

# REVISTA

---

# DE

# DERECHO PRIVADO

---

*Cuarta Época*

año VII • núm. 18 • julio-diciembre de 2020



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

*Directora*

Dra. Mónica González Contró

*Secretario académico*

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

*Secretario técnico*

Lic. Raúl Márquez Romero

*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

*Revista de Derecho Privado*, año VII, núm. 18, julio-diciembre de 2020, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico: [ocbarney@unam.mx](mailto:ocbarney@unam.mx). Editor responsable: Oscar Cruz Barney. Número de reserva de derechos: 04-2016-021710000500-203. ISSN 2448-7902. Número de certificado de licitud de título: 5792. Número de certificado de licitud de contenido: 4471.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa de la publicación.

Cuidado de la edición: Ilayali G. Labrada Gutiérrez y Ricardo Hernández Montes de Oca  
Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca  
Diseño de interiores: Leslie Cuevas Garibay

## REVISTA DE DERECHO PRIVADO

DR. JORGE BARRERA GRAF (†)  
*Fundador*

DR. OSCAR CRUZ BARNEY  
*Director*

LIC. RAÚL MÁRQUEZ ROMERO  
MTRA. WENDY VANESA ROCHA CACHO  
*Coordinación editorial*

### CONSEJO DE HONOR

Dr. Jorge Adame Goddard, Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma y Dr. Jorge Mario Magallón Ibarra.

### CONSEJO EDITORIAL

Hugo Alejandro Acciarri (UNS, Argentina), Dr. Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos (†) (UCM, España), Dr. Jorge Adame Goddard (UNAM, México), Dra. Rosa María Álvarez (UNAM, México), Lic. Javier Arce Gargollo (UNAM, México), Lic. Fernando Barrera Zamorategui (UNAM, México), Lic. José de Jesús Barroso Figueroa (UNAM, México), Dr. Rodolfo Cruz Miramontes (†) (UNAM, México), Luciano Benneti Timm (PUCRS, Brasil), Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma (UNAM, México), Dr. Miguel Ángel Borja Tovar (UNAM, México), Lic. Carlos Loperena Ruiz (ELD, México), Alfredo Bullard González (PUCP, Perú), Dra. Elva Leonor Cárdenas Miranda (UNAM, México), Dr. Alfonso Jesús Casados Borde (UNAM, México), Lic. Emilio González de Castilla del Valle (ELD, México), Mtro. Fernando Estavillo Castro (UIA, México), Dr. Nader Hakim (U. de Bordeaux, Francia), Fernando Castillo Cadena (PUJ, Colombia), Dr. Andrés Cruz Mejía (UNAM, México), Dr. Juan Javier del Granado (UNAM, México), Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez (UNAM, México), David Enríquez Rosas (ITAM, México), Dra. Elvia Lucía Flores Ávalos (UNAM, México), Dr. Imer Flores Mendoza (UNAM, México), Dr. Flavio Galván Rivera (UNAM, México), Lic. Eduardo García Villegas (UNAM, México), Dr. Francisco González de Cossío (UIA, México), Dra. Nuria González Martín (UNAM, México), Dr. Enrique Guadarrama López (UNAM, México), Dr. Julián Güitrón Fuentevilla (UNAM, México), Félix Huanca Ayaviri (UMSA, Bolivia), Mónica Infante Henríquez (PUCMM, República Dominicana), Dr. Pedro Alfonso Labariega Villanueva (UNAM, México), Lic. Andrés Linares Carranza (UNAM, México), Juan Carlos Marín (ITAM, México), Dr. Fernando Medina González (UNAM, México), Bruno Meyerhof Salama (FGV, Brasil), Dra. Gloria Moreno Navarro (UNAM, México), Enrique Pasquel (PUCP, Perú), Carlos

Patrón (PUCP, Perú), Dra. Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña (UNAM, México), Dr. Othón Pérez Fernández del Castillo (UNAM, México), Lic. Bernardo Pérez Fernández del Castillo (UNAM, México), Francisco Reyes Villamizar (ISU, EUA), Dr. Jorge Eduardo Magallón Ibarra (UNAM, México), Dr. Jorge Antonio Sánchez Cordero Dávila (UNAM, México), Mtro. Guillermo Solórzano Leiro (UNAM, México), Dr. Javier Tapia Ramírez (UNAM, México), Dr. Óscar Vásquez del Mercado (UNAM, México) y Dr. Jorge Alberto Witker Velásquez (UNAM, México).

## COMITÉ EDITORIAL

Dr. Horacio Heredia Vázquez (†) (UNAM, México), Dr. Jaime Olaiz González (UP, México), Dr. Eduardo Montoya López (UNAM, México), Lic. Alfonso Pérez-Cuéllar Martínez (UIA, México), Lic. Miguel Ángel Hernández-Romo Valencia (ELD, México), Lic. Consuelo Visoso Lomelín (ITAM, México), Dra. Carmen Quijano Decanini (UIA, México), Mtro. Fernando Marcín Balsa (UIA, México), Mtra. Carlota Peón Guerrero (UIA, México), Mtra. Maggie Hambleton (UP, México), Lic. Arturo Pueblita Fernández (UIA, México), Dra. Karla Roel de Hoffmann (UP, México), Dra. Laura Velázquez Arroyo (UNAM, México) y Lic. Sofia Gómez Ruano (UP, México).

**Asistente:** Atala P. Mayer Goyonechea

*Revista de Derecho Privado* por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-Sin Derivar 4.0 Internacional* (CC BY-NC-ND 4.0).

Primera edición: 19 de octubre de 2022

2022. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN: 2448-7902

# CONTENIDO

---

## Doctrina nacional

La custodia monoparental en camino de transición hacia la custodia compartida en México

Kathia Yudily Villarreal Rodríguez • 3

Peculiaridades de la rescisión, resolución y nulidad del contrato, sus efectos y consecuencias jurídicas: un análisis de derecho comparado

Roberto Sanromán Aranda • 41

La doctrina sobre gobierno corporativo y la Q de Tobin

Susana Dávalos Torres • 67

## Doctrina internacional

La pandemia COVID-19. Pasado, presente y futuro: el impacto de la pandemia COVID-19 sobre las leyes de reestructuración e insolvencia en Europa

Christoph G. Paulus • 85



**DOCTRINA  
NACIONAL**

## La custodia monoparental en camino de transición hacia la custodia compartida en México

### *Single-Parent Custody on the Way to Transition to Shared Custody in Mexico*

Kathia Yudily Villarreal Rodríguez\*

RDP

#### Resumen

Con fundamento en el principio del interés superior del menor, este artículo plantea la importancia de reconocer las razones por las cuales se debe llevar a cabo el cambio de custodia monoparental preferencial hacia custodia compartida, como régimen preferente en México. En la estructura de este estudio, se consideran tres aspectos fundamentales: Primero, el interés superior del menor y los criterios principales que sustentan la custodia compartida: por un lado, el derecho a la convivencia con ambos padres y por el otro, el deber de crianza que pertenece a padre y madre en igualdad de circunstancias. Segundo, se muestran algunas excepciones a considerar, en la asignación preferente de la custodia compartida. Tercero, se presenta un análisis de la legislación mexicana, con relación a los conceptos de custodia monoparental y compartida, que permite observar la situación jurídica de ambas modalidades. Por último, se presentan conclusiones que sustentan los beneficios de llevar a cabo la transición de la custodia monoparental hacia la custodia compartida como preferente en la legislación mexicana.

\* Doctora en derecho por la Universidad de Monterrey (UEM), maestra en Educación y licenciada en Derecho por el Tecnológico de Monterrey (ITESM). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2287-3470>.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

PALABRAS CLAVE: custodia compartida, interés superior del menor, convivencia con ambos padres.

### Abstract

Based on the child's best interest, this article proposes the importance of recognizing the reasons why the change from preferential single-parent custody to shared custody should be carried out as a preferential regime in Mexico. The approach of this study focuses on three fundamental aspects to consider: First, it is based on the child's best interest and the main criteria that support shared custody: On the one hand, the right to coexist with both parents and, on the other, the duty of parenting that belongs to father and mother in equal circumstances. Second, there are some exceptions to consider, in the assignment of shared custody is preferred. Third, an analysis of Mexican legislation is presented in relation to the concepts of single-parent and shared custody, which allows us to observe the legal situation of both modalities. Finally, it concludes with the benefits of carrying out the transition from single-parent custody to prefer shared custody in Mexican legislation.

KEYWORDS: Shared custody, child's best interest, equal shared parental responsibility.

### Sumario:

- I. Introducción.
- II. El interés superior del menor como fundamento de criterios que sustentan las bases para considerar la custodia compartida como régimen preferente.
- III. El interés superior del menor como fundamento de excepciones que impiden considerar la asignación de la custodia compartida.
- IV. Análisis del concepto custodia monoparental y custodia compartida en México.
- V. Conclusiones.
- VI. Bibliografía.

### I. Introducción

Es evidente que el mundo actual ha vivido una serie de cambios importantes y de gran trascendencia. Estos cambios han llegado, además, acom-



pañados de grandes avances a nivel tecnológico, educativo y cultural. Sin embargo, como parte de esta transición, la sociedad también se enfrenta a nuevos retos y formas de vida en el ámbito de pareja y de familia. En este sentido, ese proceso de transformación implica cambios en el ámbito jurídico, el cual deberá adaptarse a una nueva realidad social. Consecuentemente, el derecho familiar ha tratado de ajustarse a las características de la actualidad en sus legislaciones, en instituciones jurídicas como el matrimonio y el divorcio, y los efectos que se deriven de ambas.

En este sentido, dentro del marco de los derechos humanos y con la finalidad de otorgar una mayor protección jurídica a los integrantes de la familia, principalmente a los niños, niñas y adolescentes, el proceso de ruptura matrimonial conlleva el origen de un nuevo concepto jurídico con fundamento en el interés superior del menor: la custodia compartida. Régimen que permite garantizar y proteger los derechos de convivencia tanto de los progenitores, como los de los hijos.

La custodia compartida es una modalidad que países como Argentina, Estados Unidos, Francia y España, entre otros, han adoptado en sus legislaciones familiares, otorgándole el carácter de preferente y dejando en segundo término la custodia monoparental. Esto ha mostrado resultados favorables en la mayoría de los casos, debido a los beneficios emocionales en niños, niñas y adolescentes, ya que “la custodia compartida permite la equiparación de ambos padres en cuanto al ejercicio de las funciones parentales. Ello es beneficioso tanto para el menor, como para los progenitores, pues se evita, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor...”.<sup>1</sup>

Por su parte, la custodia monoparental “cumple con su cometido beneficiando a los hijos y a los padres; sin embargo, según estadísticas realizadas en países como Estados Unidos, demuestran que en la gran mayoría de los casos es deficitaria y contraria a los objetivos que persigue, generando consecuencias negativas para los menores”.<sup>2</sup> Es decir que, la custodia individual otorga protección a los niños, niñas y adolescentes, sin embargo,

---

<sup>1</sup> Herrera López, Ana María, *La custodia compartida*, Tesis de licenciatura, Universidad de Almería, 2019, p. 32, disponible en: <http://repositorio.ual.es/handle/10835/7870>.

<sup>2</sup> Pérez Gándara, Raymundo, “La custodia compartida en el derecho familiar”, *Hechos y Derechos* 1, núm. 42, 2017, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11792/13602>.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

no siempre es considerada la idónea, ya que, por ejemplo, en el caso de la custodia compartida, no sólo implica la salvaguarda de los derechos de los menores, sino que, además, respeta los deberes y derechos de los progenitores. De acuerdo con lo anterior, Romero Coloma, en “La custodia compartida”, expresa al respecto: “En general, se estimaba que la medida de guarda y custodia compartida podía dar satisfacción más adecuada al interés del menor, o, al menos, una satisfacción más adecuada que otras posibilidades. Tengamos en cuenta que los hijos, salvo circunstancias excepcionales concurrentes, desean convivir con su padre y con su madre”.<sup>3</sup>

En el caso de México, al hablar de la problemática de asignación de guarda y custodia en casos de separación de los progenitores, la custodia compartida se presenta como una opción, pero sólo en algunos códigos se reconoce como la primera alternativa. Sin embargo, hoy por hoy la legislación mexicana vive un proceso de transición cultural y jurídico, que nos lleva a buscar un cambio que logre dejar atrás la custodia monoparental y dar un paso hacia la asignación preferente de la custodia compartida. Dicho proceso de transición al cambio ya se ha iniciado, y lo podemos ver reflejado en las siguientes acciones: a) existen algunos estados que ya han adicionado a sus legislaciones la modalidad de la custodia compartida de manera preferencial, b) paralelamente, se presentan algunas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde se prioriza el interés superior del menor en los conflictos que afectan a niños, niñas y adolescentes. Aunado a lo anterior, es común actuar en perspectiva a la declaración de los Derechos Humanos que es reconocida en México, a partir de la reforma constitucional de 2011.<sup>4</sup>

El objetivo general de este artículo consiste en precisar las razones y beneficios por los cuales se debe llevar a cabo el cambio de custodia monoparental preferencial hacia la custodia compartida como régimen pre-

---

<sup>3</sup> Romero Coloma, Aurelia María, *Los abusos del régimen de visitas como supuestos de incumplimiento*, Aranzadi, 2012, pp. 65-81.

<sup>4</sup> Nota: Con fecha junio de 2011 se llevó a cabo una de las más importantes reformas constitucionales en México, la cual dio la pauta al reconocimiento de los derechos humanos, otorgando a los tratados internacionales el mismo nivel de jerarquía que la Constitución mexicana, por ende los derechos fundamentales y los principios *pro persona*, principio de autonomía del menor y el principio del interés superior del menor son criterios prioritarios al momento de tomar decisiones respecto a los niños, niñas y adolescentes.

ferente en los casos de separación de los progenitores y asignación de la guarda y custodia de los niños, niñas y adolescentes en México. Es así como nace el enfoque del presente documento, en donde, a través de reflexionar sobre los siguientes temas y subtemas, se invita a reconocer la importancia de la transición de custodia monoparental a custodia compartida preferente en la legislación mexicana.

## **II. El interés superior del menor como fundamento de criterios que sustentan las bases para considerar la custodia compartida como régimen preferente**

Actualmente, el principio del interés superior del menor es considerado el criterio de protección a la niñez de mayor trascendencia internacional, con fundamento en la Convención de los Derechos del Niño y de acuerdo con la perspectiva de los derechos humanos, que en la actualidad guía las decisiones en torno a la esfera del menor en la mayoría de los países.<sup>5</sup> Es en 1989 que se lleva a cabo la firma de este tratado, el cual cuenta con un total de 54 artículos creados con la finalidad de proteger el desarrollo y bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes. En su artículo tercero, describe al interés superior del menor como el criterio fundamental en el que deberán basarse los Estados para la toma de decisiones, en consideración a los niños, niñas y adolescentes, y con ello asegurar su adecuada protección.

México se adhiere a este tratado en 1990. Al momento de firmarlo y ratificarlo, se comprometió a transformar la vida de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, tuvieron que pasar 10 años después de la adhesión a la Convención de los Derechos del Niño, para que, en octubre del 2011, el principio del interés superior del menor fuera integrado a la Constitución mexicana, en su artículo 4o., el cual se establece:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de ma-

---

<sup>5</sup> Nota: la Convención de los Derechos del Niño es considerado el tratado internacional ratificado por el mayor número de países de la Organización de las Naciones Unidas (todos los miembros, a excepción de Estados Unidos).

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

nera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.<sup>6</sup>

Ahora bien, de la mano del interés superior del menor y en el primer párrafo del mismo artículo 4o., se reconoce el principio de igualdad: “La mujer y el hombre son iguales ante la ley”, asumiendo el compromiso de cumplir con dicho principio mediante la creación de una legislación que permite: “la protección de la organización y el desarrollo de la familia”. Con base en lo anterior, se considera entonces que el principio de igualdad, la protección a la familia y garantía del interés superior del menor, constituyen el fundamento jurídico sobre el cual versa la trascendencia de la custodia compartida. En conjunto, estos criterios generan la siguiente hipótesis: al procurar el derecho a vivir en familia, se debe considerar el principio de igualdad en ambos progenitores y el principio del interés superior del menor, como criterios prioritarios en las resoluciones de conflictos referentes a la asignación de guarda y custodia. La modalidad que garantiza el cumplimiento de ambos principios es justamente la custodia compartida.

De lo anterior, surge la necesidad de llevar a cabo un análisis de la legislación mexicana, debido a que, aunque ya se ha iniciado un proceso de cambio de la custodia monoparental a la compartida, todavía son mayoría los Estados que mantienen la postura de preferencia hacia la custodia individual. Más adelante detallaremos qué Estados reconocen la custodia preferente y cuáles aún no han evolucionado en este sentido. Para iniciar, se parte de dos conceptos básicos: a) la patria potestad: “es una institución de Derecho Civil que tiene por objeto la guarda y protección de los hijos menores y de sus bienes. El ejercicio de ésta implica un conjunto de derechos, obligaciones y facultades que la ley señala a los ascendientes”.<sup>7</sup> Y b) la guarda y custodia: la cual “define con quien va a convivir el hijo cuando se produce un divorcio o una separación. Mencionando que puede ser

---

<sup>6</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, última reforma: 28 de mayo de 2021.

<sup>7</sup> Soto, Ricardo, *Nociones de derecho positivo mexicano*, México, Esfinge, 2011, p. 82.

adjudicado tanto al padre como a la madre”.<sup>8</sup> Es con base en ambos conceptos jurídicos que nace la figura de la custodia compartida, con la intención de que la protección de los hijos se lleve a cabo de manera conjunta.

A continuación, se presentan los criterios y bases que sirven como fundamento para considerar la custodia compartida, como la opción idónea para convertirse en el régimen preferente en la legislación mexicana.

### 1. *Derecho de convivencia con ambos padres*

En primer lugar, se encuentra el derecho de convivencia con ambos padres, considerado como una prerrogativa de los niños, niñas y adolescentes que debe prevalecer aún en casos de separación. Salvo que exista una situación de riesgo o violencia, los hijos e hijas mantienen el deseo de seguir vinculados a sus padres. Es decir, que la convivencia se debe garantizar, y sólo bajo razones o situaciones de riesgo o afectación, separar a los hijos de sus padres será una opción viable, únicamente bajo causas o casos excepcionales. Esto prohibiría a cualquier persona o autoridad, la limitación de ese derecho humano, salvo que un previo procedimiento judicial llevado con estricto apego a la ley así lo indicara. Puesto que, si bien el divorcio concluye con el lazo matrimonial que unía a los progenitores, no debiera ser una razón para romper el vínculo paterno y materno con los hijos.

Esta premisa resulta básica en el contexto de la custodia compartida, el vínculo paterno y materno deben perdurar de manera positiva posterior al divorcio, debido a que el impacto, que intrínsecamente genera la ruptura, perder o disminuir el contacto con alguno de los progenitores daría como resultado una mayor afectación, lo cual sucede cuando existe un progenitor custodio y un no custodio. De hecho, se dice que “los progenitores que no tienen la custodia presentan una media más elevada de pensamientos negativos que los custodios, también existe un alto nivel de pensamientos negativos correlacionados a menor bienestar psicológico en ambos grupos”.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> González Reguera, Elizabeth, “Guarda y Custodia del Menor”, Ponencia en el Congreso Internacional de Derecho familiar del 22 al 24 de noviembre 2005, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2005.

<sup>9</sup> Nelson Zicavo, *Parentalidad y Divorcio (Des)Encuentros en la familia latinoamericana*, México, ALFEPSI, 2016.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

Es decir, que la afectación también sucede en el caso de los progenitores, quienes en teoría mantienen una madurez suficiente para afrontar sus decisiones. Los niños, niñas y adolescentes, sujetos de derecho considerados vulnerables y en proceso de maduración, presentan en consecuencia una mayor probabilidad de resultar afectados de manera negativa al transitar por una ruptura familiar.

Al partir del ámbito universal de los derechos humanos, los niños, niñas y adolescentes cuentan con el derecho a la convivencia con ambos padres, sustentado en el carácter internacional en la Convención de los Derechos del Niño, que considera en su artículo 9o., la importancia de que los niños, niñas y adolescentes no sean separados de sus padres, y en caso de así requerirse debido a la ruptura matrimonial, deberá apelarse al interés superior del menor para establecer con quién habrá de vivir el niño y asegurar el contacto con el progenitor no custodio.<sup>10</sup>

En el caso de la legislación mexicana, la convivencia con ambos padres deriva de las facultades que nacen de la patria potestad, por tanto, es considerado como un supuesto jurídico que se observa en las normativas relacionadas con el ámbito de derecho familiar. Por ejemplo, se presenta en el Código de Civil de Puebla en su artículo 635 el cual hace referencia a la importancia de reconocer este derecho de convivencia con ambos progenitores, y no sólo esto, sino que lo decreta extensivo incluso a sus familias, pues la finalidad principal derivada de este derecho consiste en lograr la integración e identidad plena de los menores con respecto a su familia.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Artículo 9o., primer y tercer párrafo: 1. Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 3. Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

<sup>11</sup> Artículo 635 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en abril de 1985, Artículo 635. La ley reconoce el derecho de convivencia que tienen los menores con sus padres y con las familias de ambos.

Otras legislaciones también hacen mención de este derecho de convivencia, anteponiéndolo ante cualquier situación de separación de los padres, y cuidando que sea respetado, mediante un régimen de visitas, en los casos de custodia monoparental asignada.

El propósito de iniciar este documento desde un ámbito internacional, luego nacional y posteriormente estatal, muestra la trascendencia del principio del interés superior del menor y su relación con el derecho de convivencia con ambos padres. Ahora bien, una vez abordada la normativa, observemos este derecho desde la perspectiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien también ha expresado su postura al respecto, pues considera que

la convivencia debe darse en un entorno seguro y confortable de un niño con sus progenitores, lo cual resulta un derecho fundamental de la más elevada importancia para su desarrollo, en función del interés superior de la infancia, consagrado tanto en la Constitución Federal, como en tratados internacionales de los que México es parte.<sup>12</sup>

Agregando a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación también se ha pronunciado a favor de la convivencia familiar, como se muestra en la tesis núm. 2004703, en donde se establece la relación entre guarda y custodia respecto al régimen de convivencia, ambas dirigidas a salvaguardar el derecho de convivencia con ambos padres, garantizando así el vínculo de relaciones personales y de trato directo de forma regular con los progenitores. Esto en aras de conservar la dinámica familiar, priorizando de esta forma el sano desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes.<sup>13</sup> Ciertamente esta no es la única postura que la Suprema Corte ha presentado. Por ejemplo, respecto al comentario anteriormente hecho

---

La convivencia permite el conocimiento directo de los menores con sus ascendientes y demás parientes, a fin de lograr su integración al núcleo familiar y obtener la identidad plena de los menores en el grupo social a que pertenece.

<sup>12</sup> Tesis: III.2o.C.81 C. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, junio de 2017, t. IV, p. 2987.

<sup>13</sup> Tesis - 2004703. 1a. CCCVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXV, octubre de 2013, t. 2, p. 1051, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/>.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

con relación a que las obligaciones derivadas de la paternidad o maternidad no terminan con el divorcio, ha expresado:

las personas menores de edad no deben ser inmiscuidas en los conflictos de sus padres, quienes deben asumir responsablemente su obligación de crianza, con la mejor disposición para seguir conviviendo con estas, educándolas consciente e integralmente, e inculcándoles valores y principios conductuales, pues la maternidad o paternidad no termina con una separación o el divorcio.<sup>14</sup>

Es así como los preceptos legales mencionados fundamentan la razón por la cual el derecho de convivencia en igualdad de circunstancias con ambos padres es uno de los principales criterios a considerar al momento de elegir la custodia compartida frente a la custodia monoparental. Ahora bien, la doctrina también mantiene posturas que sustentan este cambio, pues en el ámbito jurídico, dan pauta para reconocer que, en esta modalidad bipartita, es posible compartir los deberes y responsabilidades de los progenitores para con sus hijos. La “custodia compartida es aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos. Esto implica que comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos”.<sup>15</sup> Esta definición conlleva dejar a los progenitores en igualdad de circunstancias y, con ello, garantizar el derecho de convivencia para ambos.

En el mismo sentido, se considera que el convivir diario, permite a los niños, niñas y adolescentes mantener un mejor equilibrio integral, pues al contar con la presencia de ambos padres de manera cotidiana, el sentimiento de pérdida que genera la ruptura matrimonial es menos impactante. Por ende,

La custodia compartida provee a los menores de mejor calidad de vida, puesto que siempre existen dos para responder y satisfacer las necesidades de los hijos, por un lado, y por el otro, los menores es-

---

<sup>14</sup> Tesis 2022988. I.3o.C.433 C (10a.), Libro 85, abril de 2021, t. III, pp. 2020 y 2021, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/>.

<sup>15</sup> Morgenbesser, Mel y Nehls, Nadine, *Joint Custody: An Alternative for Divorcing Families*, Chicago, Rowman & Littlefield Publishers, 1981.



tablecen un fuerte lazo afectivo con ambos padres y reduce el sentimiento de pérdida que se da en los casos de divorcio y cuando se decreta la custodia única.<sup>16</sup>

Una vez evidenciada la importancia de garantizar el derecho de convivencia, pasemos a un segundo criterio que sirve para dar mayor fuerza al anterior. Consideremos concretamente que el cuidado diario, la atención y educación por parte de ambos padres, así como la presencia de manera cotidiana frente a sus hijos, sólo puede darse equitativamente bajo un supuesto: el reconocimiento de igualdad de derechos para los progenitores.

## 2. Deber de crianza de los padres igualdad de circunstancias

Derivado del principio de igualdad que contempla el artículo 4o. de la Constitución mexicana, basado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establece como prioridad que los Estados parte tomen las medidas necesarias para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de los cónyuges durante y después del matrimonio, con base en el interés superior de la niñez.<sup>17</sup> Sobre esta base, surge el segundo criterio de análisis en este documento: el deber de crianza de los padres en igualdad de circunstancias. Para fines de este estudio, se entiende por crianza “el proceso en el tiempo y el espacio que permite tener cuidado del niño hasta que se hace adulto”.<sup>18</sup> Parte de este proceso incluye las acciones

---

<sup>16</sup> Pérez Contreras, María de Montserrat, “Reflexiones en torno a la custodia de los hijos: La custodia compartida y las reformas de 2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 116, mayo-agosto de 2006, pp. 501-534.

<sup>17</sup> Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969. Artículo 17-4: “Los Estados Parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de este. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

<sup>18</sup> “La crianza: su importancia en las interacciones entre padres e hijos”, disponible en: <https://www.sepyrna.com/revista-sepyrna/articulos/crianza-importancia-interacciones-padres-hijos/>.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

propias de un progenitor, tales como el afecto, la educación y la manutención, entre otras.

Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocen la existencia de normas constitucionales o estatales que establecen una edad en donde los hijos deberían permanecer bajo el cuidado de la madre. Sin embargo, en estos casos, reconocen también la responsabilidad del juez y la facultad de ser él quien designe a quién deberá mantener la guarda y custodia de los hijos, decisión que deberá basarse en el interés superior de la niñez y del principio de igualdad de género, buscando realizar un análisis objetivo de las capacidades y aptitudes de los progenitores para considerar la posibilidad de que ambos puedan quedar a cargo de la custodia de los hijos. En México, así lo establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, procurando una interpretación libre de estereotipos de género y en la cual se considere la dinámica familiar.

En la misma línea, se asume que al reconocer el tipo de dinámica familiar se abre espacio a la igualdad de derechos de los padres y las funciones que realizan dentro del núcleo familiar, por lo que al estudiar cada caso,

el examen que realicen las autoridades competentes para decidir sobre una tenencia, será ejecutado a través de un análisis que respete el interés superior de la niñez, pero que también tome en cuenta las cualidades de los padres, dejando de lado consideraciones basadas en estereotipos o prejuicios sociales sobre la idoneidad y capacidad parental o la preferencia materna.<sup>19</sup>

Cuando existe un matrimonio, en donde físicamente los padres cohabitan en un mismo espacio junto a sus hijos, resulta sencillo considerar que los deberes de crianza sean compartidos, puesto que la presencia de ambos progenitores supone la corresponsabilidad de sus funciones. Sin embargo, cuando surge una ruptura matrimonial y los progenitores se separan, nace el reto de llevar a cabo dichas tareas de manera conjunta para con los hijos. En ese escenario, la participación de ambos padres respecto a la educación, trato y cuidado de los hijos, parte del supuesto en que am-

---

<sup>19</sup> Quevedo-Sacoto, Daniela Araceli, "Problemática de tenencia compartida a partir del interés superior de los niños, niñas y adolescentes", *Iustitia Socialis*, publicada el 1 de febrero de 2020, p. 678.

Los progenitores deberán considerarse aptos y adecuados para el ejercicio de la guarda y custodia, de acuerdo con el principio de igualdad de género reconocido en nuestra Constitución.

En este sentido, hablar de igualdad jurídica para las partes involucradas en el matrimonio, y comprender la paridad de género en la toma de decisiones de carácter familiar, implica considerar que en tanto no se tenga conocimiento de una situación de riesgo para los hijos, ambos progenitores podrán llevar a cabo la crianza de aquellos, es decir

debe quedar claro que no existen argumentos para descalificar a un padre respecto del otro en la crianza de los hijos, ni aquellos promovidos por las prácticas culturales, roles y estereotipos de género que siempre perjudicarán a alguna de las partes, en este caso a uno o varios miembros de la familia.<sup>20</sup>

En referencia a lo aquí planteado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hace siete años, tuvo a bien crear el “Protocolo para juzgar con perspectiva de género”, el cual constituye el fundamento jurídico utilizado para resoluciones que impliquen el análisis de los estereotipos y los roles de género. Mejor aún, en el 2020 se publica una nueva versión de este protocolo, consolidándose como un factor de cambio en la perspectiva de género en la resolución de los asuntos familiares.

Basta revisar la doctrina de la Primera Sala en materia familiar para atestiguar una profunda transformación de instituciones que, poco a poco, han abandonado su anclaje en los códigos civiles de influencia decimonónica, para nutrirse de estándares constitucionales que cuestionan, entre otros, los paradigmas sobre el modelo ideal de familia, la conceptualización de las labores de cuidado como trabajo no remunerado y la relevancia del libre desarrollo de la personalidad en casos de divorcio.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> García Villaluenga, Leticia y Bolaños Cartujo, José Ignacio, “Situación de la mediación familiar en España: detección de necesidades: desafíos pendientes”, *Subdirección de Información Administrativa y Publicaciones*, 2007, p. 64.

<sup>21</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Protocolo para juzgar con perspectiva de género”, 2020.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

Es así como, hoy en día, los cambios de roles en la sociedad y en la familia núcleo son una realidad, misma que los tratados internacionales y las legislaciones de cada país consideran en atención al principio de igualdad de género. Derivado de lo anterior, habrá casos en donde sea el padre quien mayoritariamente tenga a su cargo el rol de cuidados y protección para los hijos, ya sea por cuestiones de trabajo por parte de mamá, o porque así se ha acordado entre las partes. Al llegar la separación de los progenitores, esto deberá ser considerado como criterio de asignación para la guarda y custodia, así como todos aquellos que se identifiquen con base al interés superior del menor. Al respecto existen algunas tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde se reconoce que no existe un ordenamiento jurídico que defina o establezca idoneidad absoluta para padre o madre, respecto a la guarda y custodia de los hijos, puesto que bajo el principio de igualdad de género se reconoce que ambos están capacitados para atender a los hijos.<sup>22</sup>

El análisis de perspectiva de género y los criterios basados en el interés superior del menor, facilitan el entorno de igualdad que supone el ejercicio del deber de crianza de los padres, a partir del principio de que tanto hombres como mujeres, se consideren capacitados para llevar a cabo el cuidado de los hijos. Lo anterior trae consigo otro cambio de criterio al momento de emitir una resolución relacionada con la guarda y custodia de niños, niñas y adolescentes, que propone evitar la preferencia automática a cualquiera de los padres.<sup>23</sup> Por lo tanto,

dar automáticamente preferencia a la madre, o en su caso a cualquiera de los padres sobre el otro, bajo cualquier argumento de orden natural o de género en la custodia de los hijos, genera problemas de índole constitucional y violenta la legislación específica respecto a los derechos de los padres y de los hijos al proceso justo, a la igualdad en el proceso, y a la igualdad en la protección en y ante la ley.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Tesis Aislada núm. 1a. XCV/2012 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, primera sala, 31 de mayo de 2012 (Tesis Aisladas). Tesis Aislada núm. 1a. XCVIII/2012 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia, primera sala, 31 de mayo de 2012 (Tesis Aisladas)

<sup>23</sup> Existe una tendencia favorecer a la madre en los casos de asignación automática de la guarda y custodia en menores de 7 y 12 años en algunos estados de México, sin embargo, se abordará este tema en el siguiente apartado de esta investigación: "Análisis del concepto custodia monoparental y custodia compartida en la legislación mexicana".

<sup>24</sup> Melton, Brian J., "Solomon's Wisdom or Solomon's Wisdom Lost: Child Custody in

Considerar la presencia de ambos padres en el desarrollo de vida e infancia de los niños, niñas y adolescentes aún después de la ruptura matrimonial, es una situación que permite brindar a los hijos la garantía de convivencia con los progenitores, pero también supone una corresponsabilidad en las labores de crianza de los padres, lo cual refleja la igualdad de atribuciones y beneficios para ambas partes. Quizá por esta razón se considera “la custodia compartida como la modalidad más adecuada para el bienestar de los hijos y el único modelo posible para defender el principio de igualdad entre hombres y mujeres”.<sup>25</sup>

Con respecto al principio de igualdad y su relación con la custodia compartida, el estado de Colima hace una mención directa en su Código Civil, puesto que, en casos de desacuerdo entre los padres para la asignación de la guarda y custodia, propone revisar las aptitudes de ambos progenitores para ver si ambos, o sólo uno de ellos es idóneo para llevar a cabo las labores de crianza. Así se establece en el artículo 282:

Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el juez resolverá lo conducente tomando como principio rector el interés superior de la niñez, a fin de lograr un estudio objetivo de las aptitudes reales de los padres, que resulte acorde al principio de igualdad, con la obligación del que tenga la custodia de permitir la convivencia con el otro progenitor o progenitores, si es el caso.<sup>26</sup>

La custodia compartida reitera su postura de dualidad de protección respecto a los niños, niñas y adolescentes, así como para los derechos de los progenitores, cuando se entrelazan dos principios fundamentales, el del interés superior de la niñez y el principio de igualdad. Pues, en la actualidad, la legislación, los legisladores y la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

---

North Dakota - A Presumption That Joint Custody Is in the Best Interests of the Child in Custody Disputes”, *North Dakota Law Review*, núm. 73, 1997, p. 263.

<sup>25</sup> Fariña, Francisca et al., “Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma”, *Anuario de Psicología Jurídica* 27, núm. 1, 2017, pp. 107-113.

<sup>26</sup> Código Civil para el Estado de Colima, publicado en el *Suplemento del Periódico Oficial “El Estado de Colima”*, el 11 de junio de 2016, última reforma 2 de junio de 2018.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

reconocen que no debe considerarse una predefinición o predilección por un progenitor en particular para efecto de la guarda y custodia, pues la idoneidad para cumplir con los cuidados de los hijos debe valorarse en cada caso concreto, mediante la observancia de ambos principios, misma que el juez deberá llevar a cabo de acuerdo con las circunstancias de cada caso en particular.

Un ejemplo de lo anterior, lo podemos observar en el amparo en revisión número 331/20193, en el cual la Primera Sala declara con carácter de inconstitucional el hecho de otorgar la guarda y custodia provisional de manera privilegiada y automática a la madre, contenida en el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México).<sup>27</sup> Lo anterior aplica en casos de niños menores de 12 años, en donde el derecho de preferencia es otorgado para la madre. Y la inconstitucionalidad se mantiene por el hecho de vulnerar dos principios básicos: el de igualdad y el del interés superior de la niñez. En ese mismo sentido, el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México, establece “El Juez de lo Familiar, antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor”.<sup>28</sup>

Es decir, existe una clara tendencia hacia el reconocimiento de los mismos derechos para ambos progenitores, quienes participan de las tareas del hogar e incluso del cuidado y responsabilidad de los hijos, pues los roles han dejado de ser puntos extremos en donde mamá tiene a su cargo la casa y los niños, mientras que papá se encarga de la economía del hogar. Con base en dicha tendencia, resulta prioritario considerar el principio de igualdad entre los progenitores, y su acceso a la justicia, pues es mediante la confirmación de los derechos de ambos padres, el reconocimiento de la capacidad de ambos para ejercer las labores de crianza y de custodia y la procuración del bienestar del menor, es que puede hacerse alusión al respeto de los derechos humanos. Podemos decir, por tanto, que la custodia compartida surge como respuesta ante “la negociación de los roles de género entre los cónyuges y también de las normas y ámbitos de libertad

---

<sup>27</sup> En el amparo en revisión 331/20193, la Primera Sala declaró inconstitucional una porción del artículo 282 del Código Civil del Distrito Federal (Ciudad de México).

<sup>28</sup> Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México, México, 2020.

individual que regulan su convivencia, así como la coparentalidad, emerge vinculada a la custodia compartida”.<sup>29</sup>

Es una realidad que los roles de género han ido evolucionando, las funciones dentro de los integrantes de la familia también se han modificado, originando así una nueva forma de vida, un cambio en los paradigmas familiares, mismos que sustentan que la legislación deba adaptarse a estos nuevos roles, mediante el reconocimiento genuino de la equidad de género, excluyendo así, cualquier lineamiento normativo que “automatica” un beneficio para uno u otro cónyuge, sin que la situación deba ser estudiada a profundidad en cada caso concreto. Tal es el caso de la asignación de la guarda y custodia, siendo así la “custodia compartida una expresión para que este cambio social se refleje un nuevo modelo de familia”.<sup>30</sup>

Como cierre de este apartado, puede observarse que la equidad de género en el sistema familiar implica el reconocimiento de nuevos roles y desempeño por parte de los padres, funciones que dejan atrás la familia tradicional y que exponen a un padre participativo y dispuesto a mantener una relación cercana con sus hijos, aún en casos de separación. Se reconoce entonces que

las familias con custodia compartida y con custodia única difieren en su perfil sociodemográfico. Las variables como la actividad laboral, nivel de estudios y segregación de roles, discriminan los grupos de custodia compartida y custodia única. El perfil de las familias en custodia compartida se aproxima al modelo de familia negociadora, mientras que el modelo de custodia única responde en mayor medida al modelo de familia patriarcal.<sup>31</sup>

Lo anterior, nos lleva a confirmar la existencia del cambio social y los nuevos roles de familia de la actualidad, lo cual promueve un sistema legal más justo, y basado en el respeto a la igualdad de género.

---

<sup>29</sup> Ruiz-Callado, Raúl y Alcázar, Rafael, “Las preferencias infantiles en la evaluación de la custodia compartida. Una perspectiva sociológica”, 2019, disponible en: <https://doi.org/10.14198/OBETS2019.14.1.07>.

<sup>30</sup> Ruiz-Callado, Raúl y Alcázar, Rafael, “Custodia compartida y familias negociadoras: perfil sociodemográfico”, *Revista de Ciencias Sociales XXIII*, Venezuela, núm. 3, 2017, pp. 28-38.

<sup>31</sup> *Idem*.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

### **III. El interés superior del menor como fundamento de excepciones que impiden considerar la asignación de la custodia compartida**

Una vez presentados los criterios señalados en el apartado anterior, por los cuales se sugiere la custodia compartida como preferente, y bajo la misma línea de trascendencia del principio del interés superior del menor en los casos de asignación de guarda y custodia de niños, niñas y adolescentes, resulta apropiado reconocer que habrá situaciones en donde, contrario a lo esperado, deberá considerarse que la convivencia con ambos padres no es de beneficio para el niño, niña o adolescente, por lo que la mejor solución ante estos conflictos, puede ser que los hijos queden a cargo de sólo uno de los progenitores.

Para iniciar con este apartado, se comparte la razón por la cual se espera que sean pocos los casos de excepción a la custodia preferente, en comparación con aquellos en donde el beneficio de convivencia con ambos padres sea la mejor. El argumento por el cual se estima lo anterior, es debido a que las situaciones de excepción son aquellas que representan algún riesgo para los niños, niñas y adolescentes o, en su caso, dificultan o complican el desarrollo en su día con día. Es decir que ambas situaciones implican una afectación negativa derivada de mantener una relación cotidiana entre el infante y sus progenitores, se espera entonces que no sean situaciones que se den de manera cotidiana.

En este sentido, es conveniente mencionar dos de los factores por los cuales la convivencia con los progenitores pudiera considerarse un riesgo o dificultad para los menores, resultando preferente la custodia monoparental. El primer factor que se analiza se refiere al maltrato infantil. El segundo factor consiste en las posibles dificultades que pueden surgir como efecto de compartir la tenencia con ambos progenitores.

#### *1. Maltrato infantil*

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), el maltrato infantil se define como

los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso



LA CUSTODIA MONOPARENTAL EN CAMINO DE TRANSICIÓN HACIA LA CUSTODIA COMPARTIDA...

sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.<sup>32</sup>

En este apartado se analiza el hecho de que un niño, niña o adolescente que haya sido maltratado por alguno de sus progenitores, o que durante los tiempos de custodia resulte afectado en cualquiera de las formas o tipos de maltrato que expresa la OMS, será un factor decisivo para interrumpir o impedir la asignación de la custodia compartida.

Los organismos y legislaciones internacionales tienen entre sus principales objetivos la protección de los niños, niñas y adolescentes, utilizando como base prioritaria el principio del interés superior del menor. Este principio, establece, entre otros derechos, la convivencia con ambos padres y la protección integral del menor. En consecuencia, la legislación mexicana también considera primordial poder garantizar que la niñez de México reciba estos derechos fundamentales. Sin embargo, aunado a estas prerrogativas, y con el mismo nivel de trascendencia, los derechos humanos tienen a su cargo la labor de evitar el maltrato infantil, procurando en todo momento la salvaguarda de la niñez y su integridad. Por consiguiente, cuando el maltrato provenga de alguno de los progenitores, primaría la protección física y emocional de los niños, niñas y adolescentes, sobre el derecho de convivencia con los padres.

De igual forma, dentro de los deberes de los progenitores se encuentra la obligación de procurar la seguridad física y psicológica del menor, mismas que se vulneran al momento de ejercer cualquier tipo de maltrato o agresión. En este sentido, un ejemplo es el caso de la alienación parental que representa una forma de maltrato o manipulación que impide la convivencia sana y natural con ambos padres.<sup>33</sup> Sobre este concepto existe cierta controversia respecto a su aceptación jurídica. Sin embargo, hay le-

---

<sup>32</sup> Disponible en: [https://www.who.int/es/Organización Mundial de la Salud](https://www.who.int/es/Organización%20Mundial%20de%20la%20Salud).

<sup>33</sup> El Código Civil de San Luis Potosí publicado en el *Periódico Oficial*, el 18 de abril de 1946, última reforma del 22 de junio de 2021, define alienación parental como la manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su hijo, mediante la desaprobación o crítica tendiente a producir en el menor, rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

gislación en México que reconoce la existencia de este fenómeno, razón por la cual se consideró hacer mención al respecto. Algunos autores han manifestado, que independientemente del nombre que se decida darle a la alienación parental, es una realidad que afecta a los niños, niñas y adolescentes y por consiguiente impediría una vida en común con sus progenitores, eliminando la posibilidad de asignación de la custodia compartida.

Otra forma de maltrato relacionada con el tema de esta investigación puede consistir en la forma de crianza que los progenitores llevan a cabo con sus hijos. Una de las labores esperadas consiste en educar y/o corregir, sin embargo, en ese proceso, en ocasiones las formas resultan negativas para los hijos, al grado de ser consideradas una forma de maltrato. Un indicador de lo anterior se puede presentar al momento de la corrección, si ésta produce un efecto desfavorable, es decir que “puede destruir el sentido de apertura y confianza en la relación padre-hijo, o alterar el desarrollo moral del niño”.<sup>34</sup> Cabe aclarar que no se trata de no corregir a los hijos, pero sí es importante reconocer que un castigo puede producir efectos adversos, siendo uno de ellos que “quien es castigado tiende a evitar relacionarse con quien lo castigó, incluso llevar a complicaciones emocionales negativas y comportamientos agresivos”.<sup>35</sup>

Abordar el maltrato infantil con relación al tema de esta investigación, implica considerarlo desde la perspectiva del concepto de violencia familiar, sobre el cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado:

Todo un estado de vida constituido por un continuo sometimiento, dominio, control o agresión física, verbal, emocional o sexual dirigido por un miembro de la familia a otro u otros, a través de actos concatenados y sucesivos...<sup>36</sup>

Así mismo, considera que como respuesta a la violencia, se va mermando la salud física y emocional de quien se ve afectado, puesto que vive en un ambiente hostil e inseguro, lo cual evidentemente resultaría inapropiado para los niños, niñas y adolescentes. Por ende, sería contraproducente mantener una custodia compartida.

---

<sup>34</sup> Saucedo-García, Juan Manuel, “El castigo físico en la crianza de los hijos. Un estudio comparativo”, *Boletín Médico del Hospital Infantil Mexicano*, núm. 63, 2006, p. 7.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> Tesis: I.7o.C.53 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 2004.

El proceso de separación de los progenitores o ruptura matrimonial, por sí mismo, representa para los integrantes de la familia una situación de difícil asimilación, de estrés y de vulnerabilidad. Bajo esta situación, en la mayoría de los casos, los niños, niñas y adolescentes esperan poder seguir manteniendo una relación estable con sus padres, sin embargo, no siempre sucede así, puesto que “cuando los conflictos, a veces presenciados por los hijos, son violentos y dramáticos, estos suelen provocar en los hijos menores una serie de efectos, que, en caso de no ser tratados, pueden provocar secuelas irreversibles en la evolución del crecimiento personal del menor”.<sup>37</sup> Es así precisamente, como el maltrato infantil llega a convertirse en una excepción que impide considerar la modalidad de la custodia compartida.

## *2. Dificultades que pueden surgir como efecto de compartir la tenencia con ambos progenitores*

Como consecuencia del cambio y adaptación que implica la asignación de custodia compartida, pueden surgir dificultades que impidan una sana convivencia con ambos progenitores o que conlleven una afectación negativa en el desarrollo de la vida cotidiana en los niños, niñas y adolescentes. Estas dificultades no necesariamente son responsabilidad de las partes, sino que pueden presentarse debido a factores externos, tales como la ubicación geográfica o domicilio de las partes, los compromisos y horarios laborales de los progenitores, e incluso la edad de los hijos, que pudieran llegar a complicar las actividades cotidianas bajo la modalidad de custodia compartida.

Con relación a lo anterior, se mencionan algunos ejemplos de problemas de practicidad que pueden presentarse, los cuales deberán valorarse bajo la perspectiva del interés superior del menor, principio que regirá la toma de decisiones, al considerar cada una de las dificultades que pudieran presentarse en cada caso concreto, es decir, “se debe valorar cuando hay que sopesar diferentes intereses que puedan verse afectados en la de-

---

<sup>37</sup> Espinosa de los Monteros, Rocío, *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida, aspectos jurídico-procesales*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 16, disponible en: <http://ebookscentral.proquest.com/lib/universidadmonterreysp/detail.action?docID=5634745>.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

cisión de asignar la custodia compartida, considerando que dicha valoración satisfaga los intereses del menor, así como sus derechos”.<sup>38</sup> Dicho de otra forma, las dificultades de adaptación como, por ejemplo, cuando los progenitores viven en dos ciudades diferentes a una distancia que no permita los traslados de manera cotidiana, los hijos no podrían asistir a instituciones educativas en dos distintas ciudades. Esto tendría un impacto en los niños, niñas y adolescentes que impediría que se considere favorable la custodia compartida.

En México no existe un lineamiento establecido para casos como el expuesto en el párrafo anterior, sin embargo, son situaciones que deberán de valorarse al momento de tomar la decisión con respecto a la custodia, respetando tanto el interés superior de la niñez como el principio de igualdad entre los progenitores. En España, por ejemplo, sí existe legislación respecto a la asignación de la vivienda para quien mantenga la custodia, sin embargo, cuando ésta es compartida, la vivienda se vuelve un punto de conflicto, puesto que se tendrá que decidir respecto a su alternancia, o, en su defecto, una sola vivienda con uno de los dos progenitores. En este sentido, la primera opción siempre será esperar que los progenitores lleguen a un acuerdo, de no ser así, uno de los criterios que se ha utilizado con mayor frecuencia es el siguiente:

Se atribuye el uso exclusivo de la vivienda al progenitor que tenga más necesidad de ella, siendo los hijos los que tienen que cambiar de domicilio, permaneciendo únicamente en la vivienda familiar durante los períodos que les correspondan pasar con el progenitor usuario.<sup>39</sup>

Cuando por alguna razón la distancia del domicilio impida compartir la custodia, deberá recurrirse a un sistema de visitas alternadas. La afectación podría mitigarse a través de una comunicación constante, ya sea vía telefónica o por computadora, así como visitas temporales cuando sea posible. Al respecto se menciona incluso hablar de “que las visitas no se distancien por más de 15 días, y en fines de semana se alternen la estancia

---

<sup>38</sup> Espinosa de los Monteros, Rocío, *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida. Aspectos Jurídico-Procesales*, Dykinson, 2018, p. 212.

<sup>39</sup> Herrera López, Ana María, *La custodia compartida*, Tesis de licenciatura, Universidad de Almería, 2019, p. 32, disponible en: <http://repositorio.ual.es/handle/10835/7870>.

de los niños, niñas y adolescentes, considerando que esta visita inicie el viernes y concluya el lunes al entregarlos en la escuela”.<sup>40</sup> En la legislación mexicana, se encuentra un ejemplo similar al anterior, respecto a la posible organización y logística, y los factores que deberán tomarse en cuenta: “los horarios de comidas, descanso, estudio, circunstancias personales e interés superior de estos, para de esta forma precisar los días y las horas de convivencia”.<sup>41</sup>

La falta de practicidad en cuanto a la ubicación geográfica de los domicilios puede dificultar a su vez la distribución de los tiempos y días que los niños, niñas y adolescentes conviven con cada uno de sus padres.

En consecuencia, el cambio de domicilio del progenitor custodio generará una interferencia severa en el ejercicio del derecho de relación, pues en muchas ocasiones esta modificación implica que se torne imposible continuar con el régimen establecido y con ello se corre el riesgo de que en poco tiempo un progenitor se vuelva un extraño para el menor.<sup>42</sup>

Adicionalmente, algunas actividades podrán verse afectadas, tales como las clases vespertinas, actividades deportivas, eventos sociales, o visitas a los abuelos, tan solo por mencionar algunos ejemplos.

En este tipo de situaciones nuevamente se tendrá que recurrir al principio del interés superior del menor y su bienestar, debido al beneficio emocional que las actividades mencionadas en el párrafo anterior pueden generar. En estos casos deberá considerarse que la asistencia del menor a otro tipo de actividades (ocio, deportivas o académicas), sucedan en lugares que se encuentren cerca del domicilio que habita, puesto que “la distancia entre los domicilios de los progenitores limitaría la posibilidad de que el menor atendiera a este tipo de actividades, pues si una vez finalizadas

---

<sup>40</sup> Jiménez Gómez, Fernando *et al.*, *Evaluación psicológica forense: La custodia de los menores*, Manual Moderno, 2018.

<sup>41</sup> Artículo 257 del Código Civil para el estado de Michoacán de Ocampo, publicado en la segunda sección del *Periódico Oficial del Estado de Michoacán* el 11 de febrero de 2008, última reforma 1o. de septiembre de 2017.

<sup>42</sup> Cano Hurtado, María Dolores, “Interferencias en el ejercicio del derecho de relación paterno-filial por cambio de domicilio del progenitor custodio”, en *Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales*, Dykinson, 2019, pp. 19-45.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

éstas a las siete u ocho de la tarde, tiene que desplazarse 40 km hasta llegar a casa, el menor sufriría una alteración en su descanso”.<sup>43</sup>

Resultaría interminable ejemplificar situaciones que compliquen la asignación de la custodia compartida y que deban considerarse como parte de este proceso, puesto que, como se ha mencionado anteriormente, cada caso que se presente traerá consigo características únicas que deberán estudiarse de manera concreta. Sin embargo, se mencionan en este apartado algunos de los conflictos que pueden surgir, y se reitera la importancia de analizar cada caso concreto al momento de realizar el análisis respectivo previo a la toma de decisiones. De esta manera la finalidad principal al realizar este apartado es reiterar que la custodia compartida no es una modalidad de aplicación general hacia todos los casos, ni puede considerarse siempre la mejor opción, pero nuevamente, se espera que se tenga que recurrir a la custodia monoparental en el menor número de situaciones posibles.

#### **IV. Análisis de los conceptos de custodia monoparental y custodia compartida en la legislación mexicana**

##### *1. Preámbulo*

El estudio de la legislación mexicana se lleva a cabo con un doble propósito. El primero consiste en mostrar la situación actual respecto la presencia de la custodia compartida como modalidad preferente en la normativa mexicana. Una vez evidenciado que el número de estados que la contemplan de manera preferencial equivale a menos del cuarenta por ciento de la totalidad de entidades federativas, el segundo propósito, sugiere considerar que es necesario avanzar en el proceso de cambio de una custodia monoparental preferencial, hacia la custodia compartida como una opción preferente.

Previo al análisis de la legislación mexicana, se muestran a continuación los términos: custodia monoparental y custodia compartida. La custo-

---

<sup>43</sup> Herrera López, Ana María, *La custodia compartida*, Tesis de licenciatura, Universidad de Almería, 2019, núm. 32, disponible en: <http://repositorio.ual.es/handle/10835/7870>.

dia monoparental sucede cuando el cuidado y tenencia de los niños, niñas y adolescentes se otorga a uno de los progenitores, quedando el otro bajo la denominación de progenitor no custodio. Es decir “donde sólo uno de los padres ejerce la custodia de los hijos, confiriéndose al otro el derecho a visitar a sus vástagos, indistintamente de la obligación del pago de alimentos, vestimenta, comida, estudios...”<sup>44</sup>

Ahora bien, dado que este apartado se refiere al estudio de la legislación mexicana, para definir custodia compartida, se consideró oportuno retomar lo enunciado por la ley para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes del estado de Chiapas, “el régimen de custodia compartida del padre y la madre, sucede cuando los hijos e hijas permanecen de manera plena e ilimitada en forma alterna con ambos padres, en función de las posibilidades y necesidades de éstos y aquellos”.<sup>45</sup> Este concepto en particular, resulta práctico y real por dos razones: por un lado, establece una posibilidad ilimitada de combinaciones para establecer los tiempos que los hijos pasen junto a sus progenitores; por el otro, esta variedad de la alternancia en periodos depende de cada caso concreto y sus características particulares, retomando lo que en este documento se ha expresado anteriormente: la custodia compartida es el modelo idóneo para mantener el vínculo entre padres e hijos, en el entendido de que no siempre resulta aplicable para todos los casos.

Un primer elemento de observación es el Código Civil Federal, legislación que contiene el marco regulatorio de las actividades y relaciones de orden civil, entre las que se encuentran el matrimonio, el divorcio y los efectos derivados de estas dos figuras jurídicas entre otros. Con fecha de promulgación 30 de agosto de 1928 y con vigencia a partir de octubre de 1932, el código ha sido objeto de diversas modificaciones, de acuerdo con las necesidades que la sociedad presenta. Sin embargo, actualmente no se contempla el término custodia compartida, sólo se hace mención del derecho de convivencia con ambos padres.

---

<sup>44</sup> Pérez Gándara, Raymundo, “La custodia compartida en el derecho familiar”, *Hechos y Derechos*, núm. 42, 2017, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechosyderechos/article/view/11792/13602>.

<sup>45</sup> Artículo 8o. de la Ley de Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el Estado de Chiapas, México, 2021.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

Por otra parte, la legislación civil sí hace referencia a los dos criterios de asignación que se consideran al implementar la custodia compartida, lo cual se puede observar en los artículos 283 y 416 del código, que señalan los elementos de la sentencia de divorcio con respecto a los hijos y la convivencia con ambos progenitores, así como también a la obligación de considerar el interés superior del menor al momento de la asignación de la guarda y custodia de los niños, niñas y adolescentes.<sup>46</sup>

## 2. Cuadro legislativo

México cuenta con treinta y dos entidades federativas, cada una de ellas con la autonomía suficiente para generar su propia legislación con base en la Constitución federal, razón por la cual cada uno de los estados cuenta con su propia regulación en el ámbito de derecho civil, específicamente en el derecho de familia, el cual es objeto de investigación en este documento. Se hará un análisis de la legislación estatal. A continuación, se muestra el panorama general del marco jurídico que regula a la custodia compartida en México:

---

<sup>46</sup> Código Civil Federal de México, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, última reforma: 11 de enero de 2021, Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.



LA CUSTODIA MONOPARENTAL EN CAMINO DE TRANSICIÓN HACIA LA CUSTODIA COMPARTIDA...

FIGURA 1.2  
 CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

<i>Estado</i>	<i>Código Civil</i>	<i>Custodia Compartida Preferente</i>	<i>Custodia Monoparental Preferente</i>	<i>Otros datos</i>
Aguascalientes	Artículo 289. Fracc. II Artículo 294.-		*	CC en el Código
Baja California	Artículo 279 Artículo 420 Bis		*	CC en el Código
Baja California Sur	Artículo 305 A		*	CC en el Código
Campeche	Artículo 299 Artículo 301		*	Procurar la convivencia. Menores de 5 años CPM
Chiapas		*		Artículo 8. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
Chihuahua	Artículo 247		*	Menores de 7 años CPM
Ciudad de México	Artículo 416 Artículo 283	*		CC en el Código Artículo 282. Menores de 12 años CPM
Coahuila			*	Artículo 235. Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza
Colima	Artículo 282		*	
Durango	Artículo 277 Artículo 278 Artículo 412		*	Menores de 7 CPM
Estado de México	Artículo 4.228		*	Menores de 12 CPM

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

Guanajuato	Artículo 336		*	Menores de 12 CPM
Guerrero	Artículo 628 Artículo 629		*	.
Hidalgo			*	Artículo 227 Artículo 471 Código de Procedimientos Familiares Artículo 224 de la Ley para la Familia
Jalisco	Artículo 415 Artículo 572	*		
Michoacán	Artículo 257 Artículo 431		*	
Morelos		*		Artículo 223. Artículo 572 Código Familiar Menores de 7 CPM
Nayarit	Artículo 276 Artículo 408		*	
Nuevo León	Artículo 259 Artículo 414 BIS		*	Menores de 12 CPM
Oaxaca	Artículo 279 Artículo 284 BIS		*	CC en el Código
Puebla	Artículo 450 Artículo 635	*		Artículo 452 Menores de 7 CPM
Querétaro	Artículo 239 Artículo 447	*		
Quintana Roo	Artículo 814 Artículo 997		*	CC en el Código. Menores de 12 CPM
San Luis Potosí		*		Artículo 11 Código Familiar

LA CUSTODIA MONOPARENTAL EN CAMINO DE TRANSICIÓN HACIA LA CUSTODIA COMPARTIDA...

Sinaloa		*		Artículo 210. Artículo 161. Código de Procedimientos Familiares. Menores de 12 CPM
Sonora		*		Artículo 146 Artículo 185 Código de Familia y de Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Sonora. Menores de 7 CPM
Tabasco	Artículo 424 Artículo 366		*	
Tamaulipas	Artículo 386	*		
Tlaxcala	Artículo 116	* (A solicitud)		
Veracruz	Artículo 345	*		
Yucatán			*	Artículo 330 Artículo 135 Artículo 136 Código de Familia para el Estado de Yucatán
Zacatecas		A solicitud y previa presentación de convenio	*	Artículo 206 Artículo 234 Código de Procedimientos Civiles

Abreviaturas: (CC) Custodia compartida, (CPM) Custodia Preferencial para la madre.

FUENTE: elaboración propia con base a los Códigos Civiles y/o de Familia de la legislación mexicana.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

A diferencia del Código Civil Federal, en la figura 1.2. se logra apreciar que la custodia compartida es una modalidad que sí se contempla en diferentes entidades de la República Mexicana, lo cual ha marcado el inicio de la transición y cambio con relación a la custodia individual y aquella que se lleva a cabo de manera presencial bajo los cuidados y atenciones de ambos padres. Dicho proceso de transición también empieza a darse con relación a la preferencia automática de custodia a favor de la madre, condicionado a diferentes edades de los niños, niñas y adolescentes en algunos estados.

La tabla del panorama general del marco jurídico que regula la custodia compartida en México muestra los siguientes puntos a resaltar:

- a) Existen 12 estados que regulan la custodia compartida como preferente: Chiapas, Ciudad de México, Jalisco, Morelos, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala y Veracruz.
- b) De los 12 estados anteriores, cuatro de ellos muestran una custodia preferente a favor de la madre (CPM) en ciertos rangos de edad:
  - Morelos, menores de 7 años CPM.
  - Puebla, menores de 7 años CPM.
  - Sonora, menores de 7 años CPM.
  - Sinaloa, menores de 12 años CPM.
- c) Los 20 estados restantes que mantienen la custodia monoparental como preferente son los siguientes: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Quintana Roo, Tabasco, Yucatán, Zacatecas.
- d) De las 20 entidades federativas anteriores, se menciona la custodia compartida en las siguientes: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Ciudad de México, Oaxaca y Quintana Roo.
- e) Existen 7 estados que además de contemplar la custodia monoparental como preferente, muestran también preferencia automática a

favor de la madre, los cuales se mencionan a continuación:

En el caso de:

- Campeche, menores de 5 años CPM.
- Chihuahua, menores de 7 años CPM.
- Durango, menores de 7 años CPM.
- Estado de México, menores de 12 años CPM.
- Guanajuato, menores de 12 años CPM.
- Nuevo León, menores de 12 años CPM.
- Quintana Roo, menores de 12 años CPM.

Respecto a la custodia preferencial para la madre, existen algunos estados de la República Mexicana que mantienen vigente esta modalidad. Sin embargo, si se toma en cuenta el número de estados que mantiene esta modalidad, podría considerarse que es bajo, y que incluso se puede empezar a considerar que pueda ir disminuyendo poco a poco. Lo anterior debido a que hoy en día, se ha llegado a nombrar con carácter discriminatorio, que uno de los progenitores mantenga una preferencia automática.

Quizá una de las razones por las cuales se vuelve necesario cuestionarse el continuar aplicando la custodia preferencial a cargo de la madre, se basa en lo siguiente: cuando los conflictos judiciales invadan la esfera del menor, es imperante considerar el apoyo de un equipo especializado que les permita ser objetivos al momento de tomar decisiones en torno a su desarrollo y bienestar. Entre otros, al asignar la guarda y custodia a uno de los progenitores o a ambos, el fundamento principal deberá ser siempre: el interés superior del menor aunado al principio de igualdad de género.

Por esta razón, se observa la evolución que ha tenido la custodia de asignación preferente, puesto que hoy en día se busca evitar dar preferencia automática a las madres. Integrando el hecho en que previamente se pueda observar y estudiar cada caso de manera concreta, de manera individual y con base al criterio de un grupo de expertos en el área. En otras palabras,

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

sin dejarse mediatizar por el concepto vigente hasta hace poco tiempo, pero carente de apoyo empírico, que promulga que la madre es la persona que está más capacitada para atender al menor, privando al padre y al hijo de mantener una relación paternofamiliar, independientemente de que la relación de sus progenitores esté rota.<sup>47</sup>

La custodia preferencial para la madre no es la única modalidad que ha sufrido cambios en la legislación mexicana, la transición de custodia monoparental a custodia compartida como preferente, también ha tenido un proceso de cambio. Esto puede observarse al considerar que son varias las entidades federativas que han tomado en cuenta las ventajas de la custodia llevada a cabo de manera corresponsable entre los progenitores, al grado de considerarla prioritaria sobre la custodia individual. Sin embargo, todavía prevalece en un porcentaje menor al cuarenta por ciento de los estados. La inquietud de llevar a cabo esta investigación precisamente atiende dicha situación y pretende concientizar a jueces, partes, abogados y todas aquellas personas involucradas en los conflictos de asignación de guarda y custodia en casos de separación de los progenitores.

Con relación a la legislación de las entidades federativas, es importante resaltar la normatividad del Código Civil de Tamaulipas, en el que los artículos que mantienen relación con la custodia compartida pueden servir de base para otras legislaciones estatales. Por ejemplo, la mención de los elementos que pueden formar parte del concepto custodia compartida:

convivir juntos los fines de semana, en los cumpleaños, los periodos vacacionales, incluida la posibilidad de viajar; asimismo, acudir a las juntas y festejos escolares y, en general el de infundir a los hijos valores positivos e instrucción de civilidad que les permitan en cada etapa de su evolución, lograr un crecimiento y desarrollo físico, cognoscitivo, emocional y social plenos, dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Martín Montalbán, Alicia, "Construyendo la custodia compartida entre todos", en *La custodia compartida en España*, 2017, pp. 153-162.

<sup>48</sup> Artículo 382 del Código Civil de Tamaulipas, publicado en el *Periódico Oficial Anexo* al número 3 el 10 de enero de 1987, última reforma 18 de junio de 2022.

## LA CUSTODIA MONOPARENTAL EN CAMINO DE TRANSICIÓN HACIA LA CUSTODIA COMPARTIDA...

Por último, el numeral 382 del Código Civil de Tamaulipas hace alusión a los casos en los que los progenitores no radiquen en la misma ciudad, dando algunas propuestas de solución.

Un segundo punto al cual hace mención esta legislación es la aclaración de que la custodia compartida no implica dejar de pagar una pensión de alimentos, o una repartición de tiempo de convivencia necesariamente en igualdad de cantidad. Como lo establece el artículo 386, en el que la custodia compartida consiste en mantener los derechos de convivencia y los deberes de crianza a cargo de ambos padres.

En suma, la asignación de la mejor modalidad de custodia a asignar en cada caso deberá de considerar el interés superior del menor y el principio de igualdad de género entre los progenitores, buscando satisfacer sus necesidades psicológicas, biológicas, sociales y afectivas. Es decir, “en el caso de asignación del tipo de custodia con un enfoque centrado en el niño, la siguiente pregunta a responder es cómo hacerlo efectivo. Si reflexionamos sobre esta cuestión, nos damos cuenta de que la forma más adecuada de hacerlo eficaz podría ser ponernos en el lugar del niño”.<sup>49</sup> Ya que, desde la perspectiva del infante, podremos anteponer sus intereses ante las necesidades de los progenitores.

## V. Conclusiones

El proceso de transición de la custodia monoparental hacia la custodia compartida como preferente en la legislación mexicana, ha iniciado. Gracias a esto, legisladores, juristas, jueces, abogados y demás personal involucrado en los procesos de asignación de guarda y custodia, podrán apoyarse en los siguientes lineamientos como parte de las características, ventajas y beneficios de la asignación de la custodia compartida preferente en la legislación familiar de México:

La asignación de la custodia compartida, y en su caso la excepción hacia la custodia monoparental, en todo momento deberá fundamentarse en el principio del interés superior del menor y el principio de igualdad de gé-

---

<sup>49</sup> De Torres Perea, José Manuel y Kruk, Edward y Ortiz-Tallo, Margarita, *The Routledge International Handbook of Shared Parenting*, Routledge, 2021.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

nero entre los progenitores. Procurando siempre la salvaguarda de sus derechos y su bienestar integral como prioritario, por encima de los intereses y necesidades de los progenitores.

La custodia compartida presupone un acuerdo previamente establecido entre los progenitores, o en su defecto, se da cuando la relación entre los padres se considera hasta cierto punto positiva. Esto deriva en condiciones tales como la cooperación entre las partes, una buena comunicación, y, en consecuencia, una forma de garantizar el interés superior del menor.

La asignación de la guarda y custodia es un proceso que puede enriquecerse mediante la participación multidisciplinaria de psicólogos, abogados, auxiliares, trabajadores sociales, jueces, y profesionales especializados en los derechos de los niños, niñas y adolescentes y que permitan el reconocimiento del respeto a la igualdad de género con base en los roles de los progenitores.

La custodia monoparental o individual puede desvirtuarse en una predisposición o inclinación hacia la manipulación parental, como lo exponen algunos de los artículos de las legislaciones de Aguascalientes, Baja California, Campeche, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán. Estados que contemplan la alienación parental como posible acción que puede ejercer el progenitor custodio.

El principio de igualdad implica que ambos progenitores podrán hacerse cargo en igualdad de circunstancias de la tenencia de los hijos, por lo que la legislación deberá contemplar que, en caso de ser necesario, se lleve a cabo la evaluación de los progenitores con el fin de constatar que ambos se encuentran en aptitud suficiente para llevar a cabo las labores de crianza derivadas de la patria potestad, que se llevan a cabo al mantener la guarda y custodia de los hijos.

En el marco de la legislación basada en la perspectiva de los derechos humanos, cada día es más común que se reconozca como inconstitucional la asignación de custodia automática para la madre, considerando que es una forma de vulnerar el principio de igualdad de las partes, e incluso discriminar por género al padre (lo mismo aplicaría en caso contrario, si la asignación de la custodia se da de manera directa al padre, y se limitarían los derechos de la madre). En ambos casos lo idóneo es realizar una evaluación del caso concreto y en su caso de cada uno de los progenitores



para tomar la mejor decisión de asignación de custodia ya sea monoparental o compartida.

Con excepción de aquellos casos en donde se genere cualquier tipo de maltrato infantil por parte de los progenitores, o se presenten problemas de practicidad derivados del proceso de adaptación a la custodia compartida (como problemática en la logística y distribución de los tiempos de convivencia con los progenitores debido a la distribución geográfica de sus domicilios), habrán de considerarse las ventajas de la custodia compartida para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Por último, la custodia compartida representa una modalidad que logra cumplir con un significativo número de ventajas para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, respetando a su vez los derechos y deberes de sus progenitores, pues se garantiza el interés superior del menor y el principio de equidad de género, mediante las siguientes premisas:

- a) El respeto al derecho de convivencia con ambos padres.
- b) El cumplimiento de los deberes de crianza de los progenitores en igualdad de circunstancias.
- c) La conservación del vínculo padres e hijos.

## VI. Bibliografía

- BECERRIL RUIZ, Diego, y VENEGAS, Mar, *La custodia compartida en España*, Madrid, Dykinson, 2017.
- BUCHANAN, Graciela, *Tópicos selectos en derecho familiar*, México, Presidencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, 2013.
- BUENOSTRO BÁEZ, Rosalía y BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *El derecho de familia*, Oxford, University Press, 2019.
- CANO HURTADO, María Dolores, "Interferencias en el ejercicio del derecho de relación paterno-filial por cambio de domicilio del progenitor custodio", en PÉREZ VALLEJO, Ana Ma. y ANTÓN MORENO, Ma. Paz (eds.), *Estudio Multidisciplinar sobre Interferencias Parentales*, Madrid, Dykinson, 2019.
- JIMÉNEZ GÓMEZ, Fernando et al., *Evaluación psicológica forense: La custodia de los menores*, Manual Moderno, 2018.

KATHIA YUDILY VILLARREAL RODRÍGUEZ

- JOHNSTON, Janet R., y CAMPBELL, Linda E., *Impasses of Divorce, The Dynamics and Resolution of Family Conflict*, New York, Free Press, 1999.
- MARTÍN MONTALBÁN, Alicia, “Construyendo la custodia compartida entre todos”, en BECERRIL, Diego y VENEGAS, Mar (eds.), *La custodia compartida en España*, Madrid, Dykinson, 2017.
- MELTON, Brian J., “Solomon’s Wisdom or Solomon’s Wisdom Lost: Child Custody in North Dakota - A Presumption That Joint Custody Is in the Best Interests of the Child in Custody Disputes”, *North Dakota Law Review*, 1997.
- MORGENBESSER, Mel, y NEHLS, Nadine, *Joint Custody: An Alternative for Divorcing Families*, Chicago, Rowman & Littlefield Publishers, 1981.
- QUEVEDO-SACOTO, Daniela Araceli et al., “Problemática de tenencia compartida a partir del interés superior de los niños, niñas y adolescentes”, *Iustitia Socialis*, 2020.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)*, Madrid, Reus, 2011.
- TORRES PEREA, José Manuel de et al., *International Handbook of Shared Parenting and Best Interest*, Routledge, Reino Unido, 2021
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida, aspectos jurídico-procesales*, Madrid, Dykinson, 2018.

### Revistas

- FARIÑA, Francisca et al., “El Coordinador de Parentalidad: Un análisis de las resoluciones judiciales en España”, *Acción Psicológica*, 2017.
- GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y BOLAÑOS CARTUJO, José Ignacio, *Situación de la mediación familiar en España: detección de necesidades: desafíos pendientes*, Subdirección de información Administrativa y Publicaciones, 2007.
- GONZÁLEZ REGUERA, Elizabeth, “Guarda y custodia del menor”, *Ponencia en el Congreso Internacional de Derecho Familiar*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, noviembre de 2005.
- HERRERA LÓPEZ, Ana María, “La custodia compartida”, Tesis de licenciatura, Universidad de Almería, 2019, disponible en: <http://repositorio.ual.es/handle/10835/7870>.

- La crianza: su importancia en las interacciones entre padres e hijos”, disponible en: <https://www.sepyrna.com/revista-sepyrna/articulos/crianza-importancia-interacciones-padres-hijos/> (fecha de consulta: 6 de abril de 2022).
- PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, “Reflexiones en torno a la custodia de los hijos: La custodia compartida y las reformas de 2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 2006.
- PÉREZ GÁNDARA, Raymundo, “La custodia compartida en el derecho familiar”, *Hechos y Derechos Online*, México, 2017.
- RUIZ-CALLADO, Raúl y ALCÁZAR, Rafael, “Custodia compartida y familias negociadoras: perfil sociodemográfico”, *Revista de Ciencias Sociales XXIII*, núm. 3, Venezuela, 2017.
- “Las preferencias infantiles en la evaluación de la custodia compartida. Una perspectiva sociológica”, 2019, disponible en: <https://doi.org/10.14198/OBETS2019.14.1.07>.
- SAUCEDA-GARCÍA, Juan Manuel, “El castigo físico en la crianza de los hijos. Un estudio comparativo”, *Boletín Médico del Hospital Infantil Mexicano*, México, 2006.
- SOTO, RICARDO, *Nociones de derecho positivo mexicano*, México, Esfinge, 2011, disponible en: <https://books.google.com.mx/books?id=qkNAnQAACAAJ>.

# Peculiaridades de la rescisión, resolución y nulidad del contrato, sus efectos y consecuencias jurídicas: un análisis de derecho comparado

## *Peculiarities of The Rescission, Resolution and Nullity of the Contract, Its Effects and Legal Consequences: An Analysis of Comparative Law*

Roberto Sanromán Aranda\*

RDP

### Resumen

Los derechos personales —conocidas también como obligaciones— no son eternos. Afirmación por la cual debe existir un término respecto del cual se extingan dichas obligaciones. Sin lugar a duda, el plazo con el que se pactan las obligaciones tarde o temprano llegará a su fin, de manera natural o normal, por el simple transcurso del tiempo, llegado el término de dicho plazo y cumplidos los acuerdos pactados, las obligaciones alcanzarán su extinción.

Así mismo, existen causas extraordinarias por las cuales se puede dar por terminado un contrato, por ejemplo, el incumplimiento de este, en cuyo caso se rescindiré, o resolveré, según sean los hechos correspondientes. Es decir, el contrato se rompe o deja sin efectos de modo intempestivo por el incumplimiento. Existe un incumplimiento de las obligaciones de los contratantes cuando anteceden al término acordado por las partes.

Consecuencia de la rescisión de un contrato se deja sin efectos el mismo mediante una declaración judicial, también se puede dar la resolución

\* Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, profesor investigador de la Universidad Autónoma del Estado de México, Centro Universitario UAEM Valle de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Correo: [r\\_sanroman31@hotmail.com](mailto:r_sanroman31@hotmail.com).

ROBERTO SANROMÁN ARANDA

del contrato de manera automática por así estar pactado en el contrato, en ambos casos se debe indemnizar al afectado o, en su caso, pagar daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación pactada.

En suma, existen otras maneras de terminar un acto jurídico, sin embargo, en el presente artículo nos ocupa la terminación del contrato, como puede ser la nulidad por algún vicio o defecto de origen en el contrato, diferenciando la nulidad de la rescisión o la resolución del contrato.

**PALABRAS CLAVE:** contrato, rescisión, resolución, nulidad, consecuencias jurídicas.

### **Abstract:**

It should be considered that personal rights, also known as obligations, are not eternal. Statement from which, there must be a time frame for when they expire. Without a doubt, this period eventually will end, in a natural or normal way. Once the agreements have been fulfilled, it will be terminated. In addition, there are extraordinary causes for the contract to be terminated, such as a breach, in which case it will be terminated or resolved, depending on the instance. In other words, the contract is broken or left without effect of untimely mode due to the lack of such compliance. There is a breach of the contracting of any of the contracting parties preceding this to the time frame agreed by the parties.

As a result of the rescission of a contract, it is rendered without effect through a judicial statement, or the resolution of the contract can also be given automatically for being previously agreed in the contract. In both cases, the affected individual or if applicable, ought to pay damages for the breach of the agreed obligation.

In sum, there are other ways to end a legal act, in the case that concerns us is the contract, as is the case of nullity due to any defect, or defect of origin in the contract, differentiating them with the rescission or resolution.

**KEYWORDS:** Contract, rescission, resolution, nullity, legal consequences.

### **SUMARIO:**

- I. Introducción.
- II. Del origen de la rescisión, resolución y nulidad en los contratos.
- III. La rescisión, resolución y nulidad como figuras jurídicas utilizadas en la terminación de los contratos.
- IV. Conclusiones.
- V. Bibliografía.

## I. Introducción

Es importante distinguir entre la rescisión, resolución, nulidad y terminación, en primer término, la rescisión, se da por falta de cumplimiento de una obligación estipulada en un contrato. La rescisión es una especie de terminación que es el género. Según el *Diccionario de la Lengua Española* la palabra rescisión etimológicamente viene del latín *rescindere* “desgarrar”, “destruir, anular” *tr.* Dejar sin efecto un contrato, una obligación, una resolución judicial, etcétera.

De acuerdo con lo anterior, en el primer apartado abordaremos lo que respecta a la terminación, continuaremos con la rescisión, lo que permitirá profundizar en el tema y distinguir otras figuras jurídicas que dejan sin efectos los contratos, tales como la resolución y la nulidad.

Proseguiremos con los efectos y las consecuencias que se dan por dejar sin efectos el contrato, de las figuras jurídicas mencionadas.

Distinguiremos entre la resolución, la nulidad y la rescisión en cuanto a sus diferencias y similitudes, así como sus efectos,<sup>1</sup> tanto de los reales y los derivados de las obligaciones, como puede ser del contrato de compraventa en el que hay transmisión de propiedad que da un derecho real<sup>2</sup> y la obligación de pagar el precio, entre otros convenidos, que parten de una obligación o derecho personal y las consecuencias que se dan de los mismos.

---

<sup>1</sup> “Del contrato se derivan consecuencias personales (constituye, modifica o extingue un vínculo obligatorio) o inmediatamente efectos reales. En relación con esto se clasifican los contratos en contratos obligatorios (v.gr. locación, mandato, depósito) y contratos con eficacia real —denominados también traslativos; compraventa—.

La posibilidad reconocida a los contratantes de influir directamente sobre la situación de los derechos reales amplía sensiblemente el campo de los efectos del contrato, ya que, en tal caso, producen efectos indirectos erga omnes”. Trabucchi, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, 51a. ed., trad. de Luis Martínez Calcerrada, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1967, p. 186.

<sup>2</sup> Es importante, a diferencia de los derechos de las obligaciones, mencionar que “Los derechos reales integran un sistema jurídico compuesto por un conjunto de derechos típicos, inscribibles en el Registro Público de la Propiedad y —por lo mismo— sujetos a un sistema de control de la legalidad y de publicidad para garantía de terceros y tutelados por acciones procesales ad hoc”. Aguilar Basurto, Luis Arturo, *Derecho de los bienes (Patrimonio derechos reales, posesión y registro público)*, México, Miguel Ángel Porrúa-Tecnológico de Monterrey, EGAP, 2008, p. 24.

ROBERTO SANROMÁN ARANDA

Al final expondremos las conclusiones y proporcionaremos una bibliografía, de acuerdo con el desarrollo del tema.

Se busca dar una visión, lo más completa posible del tema, con las posibles problemáticas que se pueden dar del mismo. Partiremos de lo general para llegar a los aspectos particulares, es decir casos concretos del contenido abordado, como lo es la figura jurídica de la transacción, que puede ser rescindida si se estudia como contrato, de conformidad con nuestra legislación vigente, también algunos contratos, como lo es el contrato de obra a precio alzado, o la renta vitalicia, en los que acontece la rescisión, resolución y la nulidad, por ejemplificar algunos supuestos.

Es conveniente preguntarnos ¿por qué motivo los contratos se rescinden, resuelven o se nulifican por distintas causas? ¿La rescisión es realmente ejercida ante los tribunales? ¿La resolución del contrato se debe declarar judicialmente? ¿Qué motivo acontece en la nulidad del contrato para darlo por terminado? ¿Por qué es importante dejar claras las diferencias entre las figuras jurídicas de rescisión, resolución, nulidad y terminación? Además de estas preguntas, se dejará abierto el tema para futuras investigaciones, lo que da pauta para profundizar en el contenido del texto por parte del gremio académico y profesional de la ciencia jurídica.

Si conocemos y analizamos con detalle las figuras jurídicas de rescisión, resolución y nulidad, en cuanto a su origen, utilización, diferencias y terminación en el ámbito nacional e internacional, así como los criterios jurisprudenciales, contenidas en las llamadas tesis que se han creado y ahora constituyen precedentes judiciales obligatorios, de conformidad con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de marzo de 2021, relativas al Poder Judicial de la Federación, así como algunas relativas al derecho comparado, entonces su aplicación será correcta en el campo legislativo, jurisdiccional y así mejorará la técnica jurídica para tal efecto.

## II. Del origen de la rescisión, resolución y nulidad en los contratos

El derecho de obligación no es eterno, debe existir un término al cabo del cual se extinga, de manera natural o por causas extraordinarias, por lo re-

gular se espera que los actos jurídicos lleguen a su fin<sup>3</sup> una vez que han cumplido con su cometido, sin embargo pueden existir situaciones o acontecimientos que hacen imposible su continuación, por lo que se terminan de manera anticipada, tal es el supuesto de la rescisión<sup>4</sup> de los contratos mediante la cual hay un quebrantamiento del acto jurídico por el incumplimiento de alguna de las obligaciones pactadas en el contrato.

La rescisión es un término utilizado en la ciencia jurídica desde la antigüedad, como ya se ha mencionado, su significado atiende a un rompimiento, en este artículo nos interesa el rompimiento del contrato, viendo al contrato como la especie del convenio, en sentido positivo y estricto. Por lo general, los contratos deben tener un inicio, desarrollo y fin, se pretende con el mismo dejar las declaraciones y cláusulas pactadas, de una manera clara y precisa creando derechos y obligaciones para las partes contratantes, con lo que se evitan controversias. Sin embargo, durante su vida se puede dar un evento que afecte su contenido, de un modo intempestivo o extraordinario para cualquiera de las partes contratantes.

En la antigüedad, y en especial en el ordenamiento jurídico romano, el incumplimiento de una obligación, fuese por dolo o culpa, era castigado mediante el pago de una indemnización, lo que podemos considerar un evento importante, para la presente investigación, siguiente a Víctor Castrillón y Luna: “En el Derecho romano antiguo, Magallón Ibarra se refiere al incumplimiento intencional, como consecuencia del dolo o culpa del obligado, que en la *Lex Aquilia* se castigaba como un delito civil; el cumplimiento con mora y el no intencional, como consecuencia del caso

---

<sup>3</sup> En el derecho romano ya se trataban las causas de extinción de las obligaciones: “El *vinculum* que entraña la *obligatio* puede desaparecer de raíz, según determinación del *ius civile*. Siempre que medie una causa de extinción civil de *dare facere* optare cae por su base, e inútil será, de consiguiente, invocar en juicio la tutela de un derecho. Si no subsiste el *opertere*, el juez rechaza, en cuanto infundada, la reclamación de acreedor”. Iglesias, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*, 6a. ed., España, Ariel, 1972, p. 509.

<sup>4</sup> En el derecho romano: “El precio puede ser serio, pero quedar muy inferior al valor real de la cosa. La venta no es menos válida. Solamente bajo el reinado de Diocleciano y Maximiliano, los rescriptos permitieron al vendedor pedir la rescisión de la venta, cuando el precio era inferior a la mitad del valor real de la cosa en el momento del contrato; es lo que los comentaristas han llamado lesión de *ultramitad*. El comprador podía evitar la rescisión pagando en su justo precio lo que faltaba”. Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Fernández González, México, Editorial Nacional, 1947, p. 391.



ROBERTO SANROMÁN ARANDA

fortuito, en los que el resultado se traducía en el necesario pago de una indemnización”.<sup>5</sup>

El incumplimiento es un aspecto importante para poder hablar de rescisión del contrato, el incumplimiento trae como consecuencia un daño en el patrimonio de, por lo menos, una de las partes que deberá ser resarcido y que dicha falta de cumplimiento deliberada era considerada en el derecho romano como un delito del orden civil.

Es trascendente dejar claro que debe existir una justicia contractual —dar a cada uno lo que le corresponde, según lo pactado en el contrato—, es decir un equilibrio en las prestaciones que se intercambian las partes contratantes, contenidas en el contrato y de conformidad con la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, la voluntad de los sujetos contratantes es la que prevalece en el contrato y de acuerdo con el ordenamiento jurídico establecido en la legislación respectiva. De no darse esa prestación equitativa puede ser causa de rescisión del contrato.

En el derecho romano la buena fe en la celebración de los pactos era fundamental ya que el rompimiento del acuerdo daba lugar a la reparación del daño,<sup>6</sup> sin embargo, se conocía el término de la resolución del pacto en la que era sustancial el consentimiento. Carlos Alberto Chinchilla nos dice al respecto:

Por consiguiente, la resolución del contrato consensual por mutuo acuerdo de las partes, a partir del análisis casuístico propio del derecho romano, está demarcada por la exigencia de que no hayan sido ejecutadas las prestaciones que emanan del contrato, el equilibrio del vínculo contractual y la pérdida de la cosa... Todas estas construcciones romanas se elaboraron a partir de la intermediación empírica y el

---

<sup>5</sup> Castrillón y Luna, Víctor M., *El Incumplimiento de las obligaciones*, México, 2009, p. 63, disponible en: <http://www.revistas.unam.mx> (fecha de consulta: 24 de febrero de 2020).

<sup>6</sup> “En el derecho romano lo que se conoce como *integrum restituitum*... En qué consiste está institución pretoriana. Cuando una persona es perjudicada por causa de un acto legal, y el derecho civil no le concede ningún remedio, entonces interviene el pretor, siempre que se encuentre un motivo suficiente; por ejemplo: si el acto está tachado de fraude o violencia, o si la persona perjudicada es un menor, el pretor considera como el acto no realizado, y restablece las cosas en su estado primitivo, pero este favor solo le concede después de un examen del asunto, y es libre de rehusarlo”. Petit, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho...*, *cit.*, p. 146.

análisis de las figuras mediante un método casuístico. Se estudiaba cuidadosamente la celebración del contrato por el simple consenso, y junto a ello su opuesto, la visión concreta de la resolución por el simple consentimiento. Por ello no se trataba simplemente de la preocupación práctica que de un pacto no podía nacer una acción, sino que se buscaba dar importancia a la coherencia del sistema y al respeto de las figuras dogmáticas, que en definitiva se traduce en la consideración de los postulados que la buena fe ordena dentro de las relaciones negociales.<sup>7</sup>

En el derecho romano el abuso en la desproporción de las prestaciones contractuales autorizaba la rescisión del contrato, por lo que debía existir una proporcionalidad o equilibrio en las prestaciones pactadas, al respecto nos indica Martha Lucía Neme Villarreal:

Las reglas relativas a la lesión enorme se encuentran contenidas en el rescripto imperial recogido en el Código de Justiniano en C.4.44.2, en el que los emperadores Diocleciano y Maximiano, respondiendo al asunto planteado por Aurelio Lupo, reconocen la relevancia de la proporcionalidad de las prestaciones en el momento de celebración del contrato, al permitir al vendedor la rescisión judicial del contrato, en el evento que hubiere recibido como precio del fundo menos de la mitad del valor del mismo.<sup>8</sup>

La lesión, que se encuentra regulada en el artículo 17<sup>9</sup> del Código Civil Federal, dispone que se puede demandar la nulidad, sin embargo, es inte-

---

<sup>7</sup> Chinchilla Imbett, Carlos Alberto, “*Contrarius consensus: terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana*”, *Revista de Derecho Privado*, Colombia, núm. 28, 2015, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417539919004.pdf>.

<sup>8</sup> Villarreal, Martha Lucía Neme, *La buena fe en el derecho romano*, Colombia, 2010, p. 231, citado por: Morales Hervias, Rómulo, *Los abusos contractuales y sus remedios: Desde el Derecho Romano hasta la codificación civil y proyectos de armonización*, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4669/23.pdf>.

<sup>9</sup> Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.

ROBERTO SANROMÁN ARANDA

resante considerar lo siguiente: en el contrato puede tener lugar la rescisión del mismo: “La rescisión por causa de lesión, debe ser declarada por el juez, después de que haya sido probada por quien la invoca, el causante de la lesión se ha aprovechado de la situación de inferioridad de quien solo pide la rescisión”.<sup>10</sup> Como se muestra, la rescisión del contrato se da mediante la decisión o declaración que emita un juez, no se puede hablar de rescisión sin el fallo del órgano jurisdiccional, así lo entiende José Antonio Márquez González quien indica que “Nuestro Código Civil entiende la rescisión como el acto por el cual una de las partes mantiene a su favor la facultad de accionar judicialmente para lograr la privación de los efectos de un contrato demasiado oneroso”.<sup>11</sup>

Es importante dejar claro que la rescisión tiene su antecedente, según Ignacio Galindo Garfias:

En la teoría del abuso del derecho y en la ruptura del equilibrio de las prestaciones, produce la ineficacia del contrato (por rescisión), en la medida que causa un daño injusto a la parte víctima de la misma; pero permite la reducción de las prestaciones pactadas (a elección del perjudicado), para reestablecer el desequilibrio de las prestaciones en el caso de los contratos bilaterales y onerosos en los que existe reciprocidad; es decir correspondencia en las prestaciones de las partes... la rescisión en cambio (y resolución) ataca el acto en su ejecución (sinalagma funcional).<sup>12</sup>

Cabe mencionar que el término sinalagma viene de sinalagmático, se aplica a los contratos bilaterales en los que existe una contraprestación, es decir, si una parte no cumple una obligación pactada en el contrato la otra no está obligada a cumplir con la suya, ya que el cumplimiento va in-

---

<sup>10</sup> Por una reforma técnicamente desacertada, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1988, que entró en vigor 30 días después de su publicación, el legislador, en contra de los antecedentes históricos y doctrinales, cambió la palabra rescisión, por el vocablo “nulidad”. Galindo Garfias, Ignacio, *La frustración del fin del contrato*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 50 y 51.

<sup>11</sup> Márquez González, José Antonio, “Nulidad de los Contratos”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, México, núm. 103, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/103/cnt/cnt9.pdf>.

<sup>12</sup> Galindo Garfias, Ignacio, “La frustración del fin...”, *cit.*, p. 50.

PECULIARIDADES DE LA RESCISIÓN, RESOLUCIÓN Y NULIDAD DEL CONTRATO...

timamente ligado a las prestaciones de los dos contratantes, existe una estrecha interdependencia de las obligaciones de ambas partes pues el cumplimiento del contrato contiene derechos y obligaciones recíprocas. Por lo que, al ser un sinalagma funcional, en este caso se refiere a la secuencia, desarrollo o vida de la relación contractual, ya que las obligaciones nacidas al momento de celebración del contrato serían las llamadas sinalagma genética o de origen. Y siendo bilateral por tener varios efectos que tienen como particularidad la prestación y la contraprestación con que cuentan ambos sujetos, siendo fundamental la recíproca dependencia entre las obligaciones de los contratantes, dándole así el carácter de sinalagmático, dentro de la bilateralidad como una característica importante de los derechos y obligaciones de las partes contratantes. A mayor abundamiento:

En los otros contratos sinalagmáticos que contienen recíprocos compromisos entre cada uno de los contratantes, se pone con frecuencia la condición resolutoria de la obligación que contrate uno de los contratantes, la inejecución de algunos de los compromisos del otro. Por ejemplo; si yo os vendo mi vino, bajo la carga de que, si vos no venís a buscarlo y pagarlo dentro de los ocho primeros días siguientes, yo quedaré libre de la obligación, esto es una condición resolutoria.<sup>13</sup>

Para mayor explicación y desde el punto de vista del derecho comparado, dice Francisco José Contreras Vaca:

Incumplimiento es la falta de ejecución por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones contractuales e incluye tanto el incumplimiento defectuoso como el cumplimiento tardío... La regla UNIDROIT analizada guarda gran similitud con la legislación mexicana, ya que ambos ordenamientos establecen que una parte en el contrato puede dejar de cumplir con su obligación si descubre, dentro del plazo concedido a la otra para su cumplimiento que no satisfará la suya... No obstante, en la regla de UNIDROIT existe la gran diferencia de que

---

<sup>13</sup> Pothier, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, Argentina, Heliasta, 1993, p. 424.

ROBERTO SANROMÁN ARANDA

dicho incumplimiento debe tener carácter de esencial, requisito no exigido por nuestro derecho.<sup>14</sup>

Nuestro Código Civil Federal vigente no define la palabra incumplimiento, pero, como se afirma, éste se da cuando no se entrega la cosa que se debe o no se cumple con el servicio que se hubiere prometido, de conformidad o con el modo acordado por las partes contratantes, en tanto la contraprestación al pago o cumplimiento de una obligación que se encuentra definido en el Código que nos ocupa.

Por otra parte, la nulidad de los contratos es considerada como una especie de la ineficacia y ésta última que es el género. La nulidad es aquella en la que el contrato carece de algún requisito de validez o un elemento de existencia, que va en contra de la ley, y que como consecuencia carece de valor para obligar a las partes desde la formación de éste.

En el derecho romano el acto jurídico era considerado nulo o inexistente, es decir, no producía efectos jurídicos. En el derecho pretoriano con la nulidad se debía dar una restitución de lo recibido, ello implica que existía una restitución amplia.

Con el paso de los siglos la figura jurídica de la nulidad fue adquiriendo distintos efectos, podía existir lo que se conoce como la nulidad relativa y la nulidad absoluta, según sea el caso, hasta nuestra época, en la que se habla también de la inexistencia del acto jurídico. A mayor precisión:

Existirá nulidad cuando en el contrato falta un elemento esencial, por lo que no producirá efectos jurídicos de ninguna naturaleza. Por el contrario, hablamos de anulabilidad, cuando existiendo todos los elementos del contrato, alguno de ellos se encuentra afectado por un vicio determinado.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Contreras Vaca, Francisco José, *Resolución del contrato por incumplimiento*, 1998, p. 155, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/138/10.pdf>. Las reglas UNIDROIT fueron elaboradas por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Cabe mencionar que son principios que buscan unificar las reglas de los contratos internacionales.

<sup>15</sup> Morineau Iduarte, Marta y Iglesias González Román, *Derecho romano*, México, Oxford, 2001, p. 176.

### III. La rescisión, resolución y nulidad como figuras jurídicas utilizadas en la terminación de los contratos

Como se ha mencionado, la rescisión del contrato implica un incumplimiento de alguna de las obligaciones pactadas en el mismo, para lo cual se requiere la declaración judicial, ya que una declaración unilateral no sería suficiente para que fenezca el contrato, no obstante, en la vida cotidiana

la realidad nos muestra que quien ha sido víctima de un incumplimiento no siempre se toma la molestia de iniciar un proceso judicial para que se declare la terminación, ni tampoco suspende el contrato, sino que prefiere darlo por terminado unilateralmente. Sin embargo, quien así procede se arriesga a que lo demanden y a que el juez le recrimine el no haber recurrido a él previamente.<sup>16</sup>

En la vida práctica el actuar de las personas es imprevisible, muchas veces se piensa que las personas demandarán en determinada situación, sin embargo no es así, por lo que será necesario analizar cada supuesto para poder afirmar determinado punto de vista, a pesar de que no demanden los contratantes no implica que perderán la acción para ejercerla con posterioridad, claro está sin que prescriba, pues siempre debe existir la seguridad jurídica en el actuar de las personas en el mundo del derecho, teniendo la certeza que se aplicará el ordenamiento jurídico establecido.

Existen figuras jurídicas específicas en los actos jurídicos en las que puede acontecer la rescisión dependiendo del punto de vista en que sea tratado, por lo que es importante considerar a la transacción,<sup>17</sup> además

---

<sup>16</sup> Molina Morales, Ranfer, "La terminación unilateral del contrato por incumplimiento", *Revista de Derecho Privado Externado*, Colombia, núm. 17, 2009, p. 86.

<sup>17</sup> CONTRATO DE TRANSACCIÓN PARA PREVENIR UNA CONTROVERSI A FUTURA. EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE LO APRUEBA, LO ELEVA A CATEGORÍA DE SENTENCIA EJECUTORIA Y DECRETA SU EJECUCIÓN, ES UN ACTO FUERA DE JUICIO Y COMO TAL, ES COMPETENCIA DE UN JUZGADO DE DISTRITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). El carácter específico del contrato de transacción es el de que acabe un pleito o lo prevenga, haciendo una reciprocidad de sacrificios o concesiones por ambas partes. Cuando se celebra dicho contrato, el artículo 2641 del Código Civil del Estado de Jalisco, le da la calidad de cosa juzgada por lo que hace a los contratantes, de tal manera que, si su objeto fue prevenir una controversia futura, es decir, cuando se celebra antes de que nazca un litigio, la transacción se convierte en un auténtico sustituto jurisdiccional, al grado de que la sentencia firme y la transac-

ROBERTO SANROMÁN ARANDA

de que tiene efectos de cosa juzgada como tal, a lo que se refiere el Código Civil Federal en su artículo 2944 que dispone: “La transacción es un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura” y el artículo 2953 dispone “La transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por la ley”, que para dicho Código está vista como contrato, como se puede apreciar en la tesis citada con anterioridad y para algunos autores que tiene efectos de extinción<sup>18</sup> o pérdida de la obligación,<sup>19</sup> en cuyo caso nos preguntamos ¿podríamos hablar de que se pueda rescindir si se está extinguiendo una obligación? Sería cuestionable afirmarlo, sin embargo, como contrato sí se podrá rescindir: “La transacción también está sujeta a rescisión en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes”. Respecto a la nulidad,

---

ción son equiparables y, por tanto, pueden ejecutarse. De ahí que, la resolución emitida en el procedimiento de tramitación especial a que se refiere el artículo 506 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, en la que se aprueba el contrato de transacción, lo eleva a categoría de sentencia ejecutoria y decreta su ejecución, constituye un acto fuera de juicio, conforme a lo previsto en el primer párrafo de la fracción IV, del artículo 107 de la Ley de Amparo (de similar redacción a la fracción III, del artículo 114, de la abrogada Ley de Amparo) en un procedimiento especial de naturaleza ejecutiva, que excluye la existencia de una real controversia entre las partes; de ahí que el juicio de amparo que se promueva en contra de dicha determinación, debe ser del conocimiento de un juez de distrito.

Tesis 3/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, enero de 2016, página 2071.

<sup>18</sup> Según la doctrina, se han estudiado distintos puntos de vista, la transacción, como judicial y extrajudicial, que entre otras cosas se menciona: “En definitiva, la transacción judicial puede definirse como aquella que tiene por objeto terminar un juicio pendiente, mediante el acuerdo privado de las partes. La transacción extrajudicial es aquella que se lleva a efecto cuando el conflicto que las partes pretenden resolver no se encuentra todavía *sub judice*”. Pina Vara, Rafael de, *Elementos de derecho civil mexicano*, v. 4, 4a ed., México, Porrúa, 1982, p. 308.

<sup>19</sup> A mayor detalle: Efecto extintivo de la transacción. En la medida que la transacción importa para cada parte una renuncia parcial a las pretensiones que había formulado, primeramente, da origen a una excepción perentoria a favor de la otra parte, que impide cualquier otra acción sobre ese punto. Es por esto por lo que puede justificarse la fórmula del art. 2052, ya que la excepción de que se trata se asemeja a la excepción de cosa juzgada y está sometida a condiciones idénticas.

Planiol, Marcelo *et al.*, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VIII, La Habana, Cultural, 1940, p. 621.

ésta sería demandada por algún vicio o defecto que se dio de origen de la transacción.

De la misma manera, sobre el supuesto de terminación, el artículo 1976 del Código Civil italiano señala, según dice Trabucchi:

la resolución de la transacción no se puede pedir si la relación preexistente se ha extinguido por novación, salvo que el derecho a la resolución se haya estipulado expresamente. Generalmente la transacción se resuelve por incumplimiento de una de las partes. Este efecto de la resolución no se operará si las partes, al transigir, hubieran tenido intención de novar la relación preexistente; es claro que el incumplimiento no puede hacer revivir relaciones definitivamente extintas. (art 1.976).<sup>20</sup>

El Código Civil Italiano habla de resolución y no de rescisión, y considerando que no son lo mismo, en el mencionado Código se dispone de manera clara que se haya estipulado expresamente el derecho a la resolución. “La transacción también está sujeta a rescisión en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes”. Respecto al supuesto de la manera de terminación, el artículo 1976 del Código Civil italiano señala que “la resolución de la transacción no se puede pedir si la relación preexistente se ha extinguido por novación, salvo que el derecho a la resolución se haya estipulado expresamente”.<sup>21</sup> Respecto a la novación<sup>22</sup> el Código Civil Federal mexicano dispone en el artículo 2213: “Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua”. El Código Civil Italiano habla de resolución y no de rescisión y, considerando que no son lo mismo, en el mencionado Código se dispone de manera clara que se haya estipu-

<sup>20</sup> Trabucchi, Alberto, *Instituciones de...*, cit., p. 369.

<sup>21</sup> De la Madrid, Andrade Mario, *Los contratos civiles*, México, Oxford, 2015, p. 489.

<sup>22</sup> Además, la jurisprudencia en el derecho comparado señala: “...Acogió como categoría, la novación modificativa con base en la terminológica del artículo 1.203, el comienzo del 1.205 y el 1.207 a *sensu* contrario, insistiendo en la regla de que, en virtud del artículo 1.204 la «novación extintiva» no se presume, es la interpretación restrictiva, debiendo entenderse, en la duda, que las partes han querido la «novación modificativa» como efecto más débil.” Lacruz Berdejo, José Luis *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II. De derecho de Obligaciones*, 3a. ed., Barcelona, José María Bosch, 1994, v. I, p. 323.



ROBERTO SANROMÁN ARANDA

lado expresamente el derecho a la resolución. La rescisión no se estipula previamente, se origina con el incumplimiento de una obligación, sobreviniente a la celebración del contrato. Por ejemplo, el Código Civil Federal en su apartado de la renta vitalicia que dice en su artículo 2781: “Aquél a cuyo favor se ha constituido la renta, mediante un precio, puede demandar la rescisión del contrato, si el constituyente no le da o conserva las seguridades estipuladas para su ejecución”. Como se puede observar se reconoce la posibilidad de poder demandar la rescisión del contrato ante el órgano jurisdiccional para el caso de incumplimiento de este.

Por otra parte, se debe distinguir la rescisión de la resolución del contrato, en tanto que para la resolución existe un acuerdo previo, pactado en el contrato, sobre la que se establece dejar sin efectos el mismo, la resolución no exige la declaración judicial e implicará un resarcimiento o pago de daños y perjuicios debido al mismo incumplimiento. Es importante aclarar la diferencia que existe entre resolución y rescisión como una manera más de incumplimiento de obligación, por lo que en términos de nuestra legislación civil y de conformidad con lo anterior el Código Civil Federal establece dentro del capítulo de las obligaciones condicionales, en su artículo 1949:

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Y el artículo 1950 del mismo código indica:

La resolución del contrato fundado en falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no se ha estipulado expresamente y ha sido inscrito en el Registro Público en la forma prevenida por la ley.

En el artículo transcrito se está estableciendo la resolución de conformidad con lo que señala el Código en dicho precepto. Situación que se dará

PECULIARIDADES DE LA RESCISIÓN, RESOLUCIÓN Y NULIDAD DEL CONTRATO...

como excepción, de conformidad con lo establecido en el apartado de las obligaciones del comprador. En el artículo 2300 del mismo Código se indica: “La falta de pago del precio da derecho para pedir la rescisión del contrato, aunque la venta se haya hecho a plazo; pero si la cosa ha sido enajenada a un tercero, se observará lo dispuesto en los artículos 1950 y 1951”.

De acuerdo con los párrafos anteriores, es significativo mencionar que nos podemos encontrar ante una condición resolutoria en el supuesto de que se dé el incumplimiento, es decir, cuando no se cumplen algunas de las cláusulas del contrato acontece la condición para dar por resuelto el contrato, lo que implicará dejar sin efectos el contrato, frente a dicho incumplimiento que estaba pactado en el contrato de manera inicial. Además, en el derecho comparado se establece:

La jurisprudencia declara que la resolución surte efectos como en los casos de condición resolutoria expresa (6), es decir, retroactivamente, y restituye las cosas al mismo estado que si la obligación no hubiere existido en ningún momento (7) (art 1183). Sería más exacto decir que el contrato cesa de producir efectos y que, si hubiese sido cumplido, sus efectos pasados han de ser liquidados, porque, como es lógico, si ha mediado cumplimiento en cualquier grado, será imposible hacer como si no se hubiera realizado.<sup>23</sup>

Se establece en Código Civil Federal, en su artículo 1940: “La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido”.

A manera de profundización, en el apartado del contrato de obra a precio alzado el Código Civil Federal dispone en el artículo 2636: “Cuando la obra fue ajustada por peso o medida, sin designación del número de piezas o de la medida total, el contrato puede resolverse por una y otra parte, concluidas que sean las partes designadas, pagándose la parte concluida”. Como podemos observar, existe o se reconoce una resolución legal de contrato, ya que la ley autoriza la posibilidad de resolver el contrato por dicha causa o supuesto.

---

<sup>23</sup> Planiol, Marcelo *et al.*, *Tratado práctico...*, *cit.*, pp. 606 y 607.

ROBERTO SANROMÁN ARANDA

Al establecer el código la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícitas en las recíprocas, se refiere a que se deja sin efectos el contrato una vez que fueron expresadas previamente las obligaciones en el mismo, así como el deseo de ambas partes de dejar sin efectos dicho contrato, por lo que, en el momento en que existe el incumplimiento automáticamente queda resuelto el pacto o acuerdo. Se puede afirmar que ocasiona lo que se conoce como pacto comisorio expreso en el que ambas partes acuerdan en el contrato que será resuelto si una u otra no cumplieren con su obligación contraída en el mismo.

Cuando los contratantes hubieren pactado en el contrato una cláusula expresa (15) (pacto comisorio), previendo expresamente (16) el efecto resolutorio para el caso de incumplimiento. En este caso, la resolución se produce como consecuencia de la simple 'declaración de la parte que intenta valerse de dicha cláusula' (art 1.456)... Los efectos de la resolución son por lo general, retroactivos, pero no perjudicarán a los derechos adquiridos por los terceros (18) (v, artículos 1.458 y 2.652, núm. 1) En los contratos duraderos la resolución producirá efectos *ex nunc*,<sup>24</sup> no extendiéndose a las prestaciones ya realizadas.<sup>25</sup>

De conformidad con lo anterior, podemos desglosarlo y explicarlo de la siguiente forma: La resolución se refiere a la potestad o poder para hacer, de los sujetos, o tomar una decisión, la decisión de resolver, es decir, de dejar sin efectos la obligación, entendida ésta como un vínculo jurídico entre dos sujetos para poder constreñir a cumplir con una prestación, implícitas en las recíprocas, esto es que se sobreentienden incluidas en el contrato.

Nótese la diferencia con la rescisión del contrato en la que previamente el afectado deberá demandar ante el órgano jurisdiccional<sup>26</sup> y, una vez probado el incumplimiento, se declara la rescisión del contrato por el juez.

<sup>24</sup> *Ex nunc* expresión que significa desde ahora.

<sup>25</sup> Trabucchi, Alberto, *Instituciones de...*, cit., pp. 214 y 215.

<sup>26</sup> Se menciona como ejemplo el siguiente criterio jurisprudencial, en el que queda claro que se debe seguir el procedimiento ante el órgano jurisdiccional: ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO. DIFERENCIAS ENTRE LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA Y LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS REGULADOS POR LA LEY RELATIVA. Si

Por otra parte, el Código Civil para el Estado de México, señala dentro del apartado del incumplimiento de las obligaciones, en su artículo 7.345:

La facultad de rescindir las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le corresponde.

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

Como se puede notar, este Código no habla de resolución sino de rescisión, al parecer existe falta de técnica legislativa ya que debería indicar de manera similar que el Código Civil Federal, pues deja confusión en la utilización del término “rescisión”<sup>27</sup> con el de resolución, que según se ha expli-

---

bien tanto la rescisión administrativa como la terminación anticipada de los contratos administrativos, reguladas por los artículos 54 y 54 Bis de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, persiguen una actuación más oportuna y eficiente de la administración pública ante circunstancias que hacen patente la necesidad de salvaguardar el interés público o de evitar su detrimento, y se actualizan en la conclusión de las obligaciones previstas en un contrato, de manera previa a la fecha convenida para el término de su vigencia, lo cierto es que la rescisión administrativa del contrato en los términos ahí establecidos sí actualiza un acto privativo que exige el pleno respeto al derecho de audiencia previa reconocido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues se activa ante el incumplimiento de obligaciones del proveedor, a quien se impone esa medida como sanción, lo que a su vez puede derivar en otro tipo de sanciones, como la aplicación de penas convencionales, la prohibición de suscribir contratos con el Estado por un tiempo determinado y otras más previstas en la ley o en el contrato respectivo. Por su parte, la terminación anticipada de un contrato administrativo ocurre ante razones de interés general, o bien, cuando por causas justificadas se extinga la necesidad de requerir los bienes o servicios originalmente contratados, y se demuestre que de continuar con el cumplimiento de las obligaciones pactadas, se ocasionaría algún daño o perjuicio al Estado, o se determine la nulidad de los actos que dieron origen al contrato, con motivo de una inconformidad o intervención de oficio emitida por la Secretaría de la Función Pública... Así, mientras en la rescisión administrativa es indispensable prever el derecho de audiencia previa a favor del proveedor, lo que incluso hace el artículo 54 referido, ello no puede extenderse al caso de la terminación anticipada de un contrato, supuesto en el que no es constitucionalmente necesario hacerlo. (P./J. 6/2018 (10a.).

<sup>27</sup> Con el objeto de ejemplificar se plasma el siguiente criterio de tesis: RESCISIÓN DE COMPRAVENTA A PLAZOS. EL DERECHO RECONOCIDO EN FAVOR DEL COMPRADOR QUE HA CUBIERTO MÁS DEL CINCUENTA POR CIENTO DEL PRECIO DEL BIEN Y SE RECLAMA AQUÉLLA, DEBE SER INVOCADO AL CON-

ROBERTO SANROMÁN ARANDA

cado no son lo mismo. Como se ha mencionado, la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícitas en las recíprocas se refiere a que cualquiera de las partes puede dejar sin efectos el contrato, automáticamente, en el momento que incumpla la contraparte, sin necesidad de la declaración judicial, pues ésta se da en la rescisión, por alguna causa sobrevenida que puede afectar económicamente a alguna de las partes, desde el momento en que es declarada por el juez. A mayor abundamiento se puede citar el artículo 7.856 del Código Civil para el Estado de México que habla del contrato de obra a precio alzado y que establece: “Cuando la obra fue ajustada por peso o medida, sin designación del número de piezas o de la medida total, el contrato puede resolverse por una y otra parte, concluidas que sean las partes designadas pagándose la parte concluida”. En dicho precepto se reconoce la figura jurídica de la resolución del contrato, en la que podríamos decir que existe una resolución legal, para dicho supuesto, aunque no hayan pactado las partes la resolución en el contrato de origen y la ley lo prevé.

En la resolución las partes deben restituir todas las prestaciones pactadas, desde el momento del incumplimiento, cuando esto sea posible, ya que si se trata de un contrato en el que las prestaciones se fueron consu-

---

TESTAR LA DEMANDA Y NO DECRETARSE DE OFICIO POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL. La terminación de un contrato bilateral como lo es el de compraventa, tiene consecuencias legales, en términos de lo dispuesto por el numeral 7.593 del Código Civil del Estado de México, por lo que, si se rescinde, el vendedor y comprador deben restituirse las prestaciones que hubieren recibido. En este contexto, cuando la acción que se intenta es la de rescisión, las prestaciones principales sólo son la entrega de la cosa vendida y la devolución del dinero recibido, y así la facultad del comprador contemplada en el diverso artículo 7.581 de la legislación invocada, relativa a optar por el pago de los abonos pendientes de liquidar, junto con los daños, perjuicios y costas, cuando el comprador haya pagado más del cincuenta por ciento del precio del bien y el vendedor reclama la rescisión, constituye una prestación secundaria, al depender su reclamo de que el comprador haya pagado más del cincuenta por ciento del precio de la operación de compraventa. Además, dicho numeral al establecer que el comprador “tendrá el derecho de optar” por el pago de los abonos adeudados, cuando ha cubierto más del cincuenta por ciento del valor del bien, evidencia que su ejercicio es potestativo, pues el significado gramatical del vocablo “optar”, consiste en “escoger una cosa entre varias, que es potestativo”, por lo que no puede invocarse de oficio por el juzgador; además, por su característica de ser una cuestión secundaria en la rescisión, es claro que dicha petición debe ser elevada al juez al contestar la demanda, para que éste se pronuncie al respecto.

Tesis: PC.II.C. J/9 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, abril de 2018, p. 1422.

mando parcialmente y no es posible su restitución deberán pagarse los daños y perjuicios que se ocasionaren.

Por otra parte, una manera más de terminar el contrato es la nulidad,<sup>28</sup> por falta de idoneidad del acto para que se produzcan los efectos jurídicos deseados en la exteriorización de la voluntad. La nulidad se da cuando existe algún vicio en el contrato, ya sea el error, dolo, violencia o incapacidad de cualquiera de las partes, por lo que con la nulidad del contrato se da por terminado. En la nulidad<sup>29</sup> existe la ineficacia del acto jurídico, esto es que el contrato no es eficaz desde su origen para producir los efectos jurídicos deseados, debido a algún vicio que tenga. Se puede reafirmar que la nulidad consiste en una declaración de ineficacia que tiene como consecuencia que un acto jurídico determinado, en el caso que nos ocupa, un contrato deje de producir efectos jurídicos, previa declaración judicial que se haga de la misma.

Una vez que es declarada la nulidad desaparecen las consecuencias del contrato que se trate. Ocasionada la nulidad el contrato deja de producir sus efectos como si ese acto jurídico no hubiere existido. Es necesario mencionar que sólo subsanando los actos producirán efectos jurídicos plenamente y el contrato será válido, siempre y cuando no nos encontremos en la nulidad absoluta. Como nos podemos percatar, la terminación del contrato se puede dar de manera intempestiva, produciéndose lo que conocemos como nulidad absoluta o relativa, según sea el caso. La nulidad se diferencia de la rescisión en que la primera acontece por algún vicio o incapacidad, mientras que en la segunda existe un incumplimiento

---

<sup>28</sup> A mayor abundamiento: “Los autores de derecho civil suelen distinguir tres grados de invalidez: inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, 15... A diferencia del acto inexistente, el acto nulo reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, pero se encuentra privada de efectos por la ley, La nulidad absoluta es la que ataca a los actos que se ejecutan materialmente en contravención a un mandato o a una prohibición de una ley imperativa prohibitiva, es decir de orden público... la nulidad relativa es una medida de protección que la ley establece a favor de personas determinadas, por ejemplo: incapaces”. García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 24a. ed., México, Porrúa, 1975, p. 89.

<sup>29</sup> Se afirma que en el derecho romano “Los negocios anulables tenían existencia jurídica, según hemos dicho antes, pero los vicios de que adolecían daban fundamento para pedir su ineficacia... vgr. Era factible impugnar el testamento que infringe el régimen de la legítima, por medio de la *querela inofficiosi testamenti*”. Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho...*, cit., p. 185.

ROBERTO SANROMÁN ARANDA

sobrevenido de la obligación pactada en el contrato y que ocasiona la terminación de este.

La palabra terminación es considerada el género, tanto de la rescisión como de la resolución y como de la nulidad. También ha sido contemplada como el final del plazo, cuando acontece por el simple transcurso del tiempo, pero si fenece un contrato de manera intempestiva no estará sujeta la terminación de un plazo, sino como se extinguirá por causas distintas a las normales.

Tanto la resolución como la nulidad y la rescisión son causas por las cuales el contrato termina, sin embargo, son figuras jurídicas distintas, de ello resulta importante que sean conocidas, ya que según el supuesto será aplicada una u otra. Sin embargo, todas tienen en común el final o terminación del contrato, es decir culminar, finiquitar o extinguir el contrato.

Son variadas las formas de extinguir las obligaciones, no obstante hay que estar pendientes para que se terminen de la mejor manera posible, cuando nos encontremos con alguna causa que afecta el contrato deberemos conocer sus efectos y consecuencias para estar preparados con el resarcimiento respectivo y que los contratantes tengan las menores afectaciones posibles, en búsqueda de la construcción constante de relaciones jurídicas y sociales y no su destrucción, que tanto daño causa a la colectividad, tanto en lo nacional como en lo internacional.

Los contratos deben ser cumplido de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* —los contratos se hicieron para cumplirse— por lo que el incumplimiento de un contrato va en contra de dicho principio y deshace los pactos realizados de buena fe, que van en beneficio tanto de los contratantes como de terceros que les pudieran representar un beneficio. Por lo regular, los efectos que producen los contratos en estas figuras jurídicas se dan entre las partes contratantes, sin embargo, pueden existir supuestos en los que afecten a terceros, *vgr*: cuando fallezca un contratante y existen los terceros como es el caso de los herederos del *de cuius*, a los que también les afectarán los efectos derivados de dicha relación contractual. También el Código Civil Federal en su apartado De los Efectos de la Fianza entre el Fiador y el Acreedor en su artículo 2813 dispone: “La renuncia voluntaria que hiciere el deudor de la prescripción de la deuda, o de toda otra causa de liberación, o de la nulidad o rescisión de la obligación, no impide que el fiador haga valer esas excepciones”. Como se puede observar, en dicha

relación jurídica se dieron efectos con relación al fiador que puede defenderse haciendo valer las excepciones que tenga, derivadas de la obligación principal, en la relación que existió entre el acreedor y el deudor.

Al celebrar un contrato se deben buscar todos los medios necesarios para su cumplimiento, incluso al encontrarse en un litigio el juez ha de apearse al principio que va conforme a la conservación del contrato y no su terminación. Por ello los contratos son interpretados en el sentido en que produzcan efectos jurídicos entre las partes contratantes, con las excepciones que pudieren repercutir a los terceros.

La buena fe es la mejor vía para el cumplimiento de los contratos, éste es un valor que no puede faltar en el contrato, es determinante para la producción de los efectos jurídicos, sin embargo, no hay que olvidar que el contrato escrito dejará claro los acuerdos a que hayan llegado las partes y también como medio de prueba de la contratación de un posible juicio.

Es importante reafirmar que la rescisión de un contrato se da por incumplimiento de una obligación contenida en el mismo y mediante declaración judicial, por lo que se debe probar la falta de cumplimiento sobrevenido para que, declarándola el juez, quede sin efectos y se indemnice o se paguen daños y perjuicios al afectado; la resolución puede operar de pleno derecho, por voluntad de las partes, al establecer en el contrato resolverlo en caso de incumplimiento de alguna obligación, sin necesidad de una declaración judicial, además, la resolución la pueden fijar las partes o la puede establecer la ley. La nulidad que determina la anulación del acto jurídico es de origen y se da por la falta de idoneidad de alguno de los elementos de existencia o de validez del contrato o vicios, a excepción de la acción proforma en la que únicamente se pretende exteriorizar la voluntad por la falta de forma en el contrato y la nulidad también es declarada mediante una decisión judicial, ya se trate de nulidad absoluta o de relativa, según sea el caso.

No existe uniformidad en las opiniones tanto de la rescisión, la resolución y la nulidad, los criterios varían en cuanto a su origen, efectos y consecuencias, como lo hemos asentado en líneas anteriores, en la medida que se tengan claras sus diferencias existirán mejores soluciones y aplicaciones para las partes contratantes de dichas figuras jurídicas, lo que ayudará a una correcta utilización de la técnica jurídica, en el gremio de



ROBERTO SANROMÁN ARANDA

los licenciados en derecho, tanto postulantes como académicos e incluso investigadores.

Es indispensable que nuestros legisladores y juzgadores conozcan las diferencias y similitudes tanto de la rescisión, la resolución, la nulidad y la terminación para que sean plasmadas dichas figuras jurídicas de manera correcta en los distintos códigos de la materia y en las decisiones jurisdiccionales o arbitrales, en su caso, y que de esa manera los estudiosos del derecho las apliquen conforme a dichos lineamientos. Gracias a ello las partes litigantes podrían verse beneficiadas con una correcta aplicación de la ciencia jurídica y de la sociedad a quien va dirigida, ya que son utilizadas en el día a día de las contrataciones, tanto a nivel nacional como internacional en un mundo económico de globalización.

#### IV. Conclusiones

1. En el derecho romano el acto jurídico debía ser totalmente válido y no violar los derechos de alguno de los contratantes, de lo contrario debían restablecerse las cosas al estado anterior y dicha situación podía ser sancionada por el pretor, en su caso.

2. Se debe entender por rescisión de contrato dejar sin efectos éste por el incumplimiento de una obligación del mismo, declarada por un juez, una vez probada la falta de cumplimiento y como consecuencia traerá una indemnización o el pago de los daños y perjuicios, según sea el caso.

3. El incumplimiento es un factor determinante para poder hablar de rescisión del contrato, ocasionándose como consecuencia un daño en el patrimonio de una de las partes, que ha de ser resarcida.

4. La transacción, como contrato, está sujeta a que se pueda dar la rescisión por incumplimiento de alguna de las obligaciones pactadas en la misma. Y considerada por algunos autores como extinción de obligaciones nos preguntaremos ¿podríamos hablar de que se pueda rescindir si se está extinguiendo una obligación? Sería cuestionable afirmarlo.

5. Debe existir una justicia contractual, es decir, un equilibrio en las prestaciones que se intercambian las partes en el contrato, contenidas en el mismo y de conformidad con la autonomía de la voluntad de los contratantes y de acuerdo con el ordenamiento jurídico establecido en la legisla-

ción respectiva. De no existir dicho equilibrio se podría dar el rompimiento mediante la rescisión del contrato.

6. En la resolución se deja sin efectos el contrato una vez que fueron expresadas previamente las obligaciones en el pacto, así como el deseo de ambas partes de dejar sin efectos el contrato, el solo momento en que existe el incumplimiento automáticamente quedará resuelto el contrato, ya sea que se establezca por las partes o lo disponga la ley.

7. El Código Civil para el Estado de México en el Título Décimo Del incumplimiento de las obligaciones. Capítulo I. De las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones, no habla de resolución, sino de rescisión, debido a una carencia técnica legislativa, ya que debería decir de la misma manera que en el Código Civil Federal, es decir se resuelve la obligación, pues deja confusión en la utilización del término de rescisión con el de resolución, debido a que no son lo mismo.

8. De lo estipulado en el Código Civil Federal respecto a la resolución de la obligación se deduce que se refiere al acontecimiento de la condición resolutoria por la que se deja sin efectos el contrato y que éste es la fuente principal de las obligaciones. Y respecto al Código Civil para el Estado de México, no la prevé dentro del capítulo de las Obligaciones condicionales, sino como en el apartado denominado Del incumplimiento de las obligaciones, habla de rescisión, pero en ambas situaciones se da una falta de cumplimiento a una obligación contratada antes de dicho incumplimiento de la obligación y que al pactarse resolverse se evitará un litigio, no siendo así en el caso de una rescisión en la que habrá que demandar la rescisión del contrato por incumplimiento sobrevenido de alguna obligación pactada en el contrato.

9. El Código Civil Federal establece que la resolución del contrato se puede dar por pacto establecido en el contrato por las partes y, en otros supuestos, cuando así lo establezca el Código, por lo que la resolución del contrato puede ser legal o por pacto.

10. La rescisión y la resolución son maneras o figuras jurídicas para dar por terminado el contrato, sin embargo, nuestra legislación no hace una precisión sobre su diferenciación, por ello hay que acudir a la doctrina, tanto nacional como internacional, para clarificar dichas diferencias y similitudes, ya que sus efectos jurídicos y consecuencias impactan en toda negociación frente a las partes contratantes y en algunos casos afecta a terceros.

ROBERTO SANROMÁN ARANDA

11. Una manera más de terminar el contrato es la nulidad, por falta de idoneidad del acto para que se produzcan los efectos jurídicos deseados en la exteriorización de la voluntad, como puede ser por la existencia de algún vicio de la voluntad de alguno de los contratantes. Sin embargo, la nulidad se da desde el origen del contrato, la cual destruye sus efectos retroactivamente y, por lo regular, sin producir las consecuencias jurídicas.

12. La nulidad de los contratos es considerada como una especie de la ineficacia y esta última, que es el género del acto jurídico, en la que el contrato carece de algún requisito de validez o un elemento de existencia que va en contra de la ley y que como consecuencia se priva de valor para obligar a las partes, desde la formación del mismo.

13. La resolución, la nulidad y la rescisión tienen diferencias y similitudes, así como sus efectos.

14. Tanto la resolución como la nulidad y la rescisión son causas por las cuales el contrato termina, sin embargo, son figuras jurídicas distintas, de ello resulta importante que sean conocidas.

15. La palabra terminación es considerada el género, en tanto, la rescisión, la resolución y la nulidad son la especie. La terminación también podría ocurrir por el final del plazo de vigencia del contrato, es decir, cuando acontece de modo normal, en caso de ocurrir de forma intempestiva no estará sujeta la terminación a un plazo, sino como se mencionó, se extinguirá por causas distintas a las normales que se encuentran sujetas a un periodo de tiempo determinado y que cumplido éste se dan por concluidas y terminadas las obligaciones pactadas.

16. No existe uniformidad en las opiniones tanto de la rescisión, la resolución y la nulidad, los criterios varían en cuanto a su origen, efectos y consecuencias. En la medida que se tengan claras sus diferencias existirán mejores soluciones y aplicaciones para las partes contratantes, lo que ayudará a una correcta utilización técnica-jurídica, en el gremio de los licenciados en derecho postulantes y académicos.

17. Es indispensable que nuestros legisladores y juzgadores conozcan, de modo preciso, las diferencias y similitudes tanto de la rescisión, la resolución y la nulidad para que sean plasmadas, dichas figuras jurídicas, de manera correcta en los distintos Códigos de la materia, así como decisiones jurisdiccionales o arbitrales en su caso, y que así los estudiosos del derecho las apliquen conforme a dichos lineamientos. Las partes litigantes se

verán beneficiados con una correcta aplicación de la ciencia jurídica en su beneficio y de la sociedad a quien va dirigida.

18. El derecho comparado, así como los criterios jurisprudenciales, contenidas en las llamadas tesis que se han creado y ahora precedentes judiciales obligatorios, de conformidad con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de marzo de 2021, relativas al Poder Judicial de la Federación, son fundamentales en el análisis de la rescisión, resolución y nulidad, ya que nos forman un criterio en la aplicación de la técnica jurídica de dichas figuras jurídicas, lo que traerá consecuencias positivas para las maneras que existen de terminar los contratos.

## V. Bibliografía

AGUILAR BASURTO, Luis Arturo, *Derecho de los bienes (Patrimonio derechos reales, posesión y registro público)*, México, Miguel Ángel Porrúa-Tecnológico de Monterrey, EGAP, 2008.

CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., *El Incumplimiento de las obligaciones*, México, 2009, disponible en: <http://www.revistas.unam.mx>.

CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto, "Contrarius consensus: terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana", *Revista de Derecho Privado*, México, núm. 28, 2015, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417539919004.pdf>.

CONTRERAS VACA, Francisco José, *Resolución del contrato por incumplimiento*, 1998, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/138/10.pdf> (fecha de consulta: 27 de febrero de 2020).

*Diccionario de la lengua española*, disponible en: <https://dle.rae.es/rescindir?m=form>.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *La frustración del fin del contrato*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 24a. ed., México, Porrúa, 1975.

IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 6a. ed., Barcelona, Ariel, 1972.

LACRUZ BERDEJO, José Luis et al., *Elementos de derecho civil II. De derecho de obligaciones*, t. 1, 3a. ed., España, José María Bosch, 1994.

ROBERTO SANROMÁN ARANDA

- MADRID ANDRADE, Mario de la, *Los contratos civiles*, México, Oxford, 2015.
- MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, “Nulidad de los Contratos”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, núm. 103, 1993, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/demotmx/cont/103/cnt/cnt9.pdf>.
- MOLINA MORALES, Ranfer, “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, *Revista de Derecho Privado Externado*, Colombia, 2009.
- MORALES HERVIAS, Rómulo, *Los abusos contractuales y sus remedios: Desde el Derecho Romano hasta la codificación civil y proyectos de armonización*, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4669/23.pdf>.
- MORINEAU IDUARTE, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, *Derecho romano*, México, Oxford, 2001.
- PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Fernández González, México, Nacional, 1947.
- PINA VARA, Rafael de, *Elementos de derecho civil mexicano*, t. IV, 4a. ed., México, Porrúa, 1982.
- PLANIOL, Marcelo et al., *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VI, La Habana, Cultural, 1940.
- POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, Argentina, Heliasta, 1993.
- RIPERT, Georges y BOULANGEL, Jean, *Tratado de Derecho Civil*, t. VIII, Buenos Aires, La Ley, 1965.
- TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, 51a ed., trad. de Luis Martínez Calcerrada, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1967.

# La doctrina sobre gobierno corporativo y la Q de Tobin

## *The Doctrine About Corporate Governance and Tobin's Q*

---

Susana Dávalos Torres\*

RDP

### Resumen

A partir del artículo de Robert Bartlett y Frank Partnoy sobre el empleo inapropiado de la q de Tobin como indicador en la valuación de las acciones en el mercado bursátil y su impacto en la doctrina y legislación en materia corporativa, este texto elabora una reflexión para sus implicaciones en el sistema jurídico mexicano.

PALABRAS CLAVE: sociedad anónima, gobierno corporativo, mercado de valores, q de Tobin, estudios cuantitativos, estudios cualitativos, historia.

### Abstract

Based on the article by Robert Bartlett and Frank Partnoy on the misuse of Tobin's q as an indicator in the valuation of stocks in the stock market and its impact on corporate doctrine and legislation, this text elaborates a reflection for their implications in the Mexican legal system.

---

\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUSANA DÁVALOS TORRES

KEYWORDS: Corporation, Corporate Governance, Tobin Q, Quantitative Studies, Stock Market, Qualitative Studies, History.

## Sumario:

- I. Introducción.
- II. Historia de la doctrina del gobierno corporativo y la “q de Tobin”.
- III. Argumentos históricos.
- IV. Argumentos técnicos.
- V. Replanteamiento de la q de Tobin en estudios sobre gobierno corporativo.
- VI. ¿Cuál es la importancia de este artículo de Bartlett y Partnoy en derecho corporativo, específicamente, derecho corporativo mexicano?
- VII. Conclusiones.
- VIII. Bibliografía.

## I. Introducción

Durante más de una década, la literatura empírica norteamericana sobre gobierno corporativo ha empleado la q de Tobin para demostrar su correlación con el aumento del valor de las acciones.<sup>1</sup> De tal manera que hay más de 400 artículos publicados en revistas norteamericanas, incluidos los más citados en materia de derecho corporativo y derecho bursátil, así como cientos de artículos especializados en finanzas y economía, en las principales revistas de finanzas han empleado la q de Tobin como un indicador para determinar el valor de una sociedad anónima y su relación con el lugar en donde se constituye, los derechos fiduciarios, los consejos de administración escalonados y el gobierno corporativo, por mencionar algunos.<sup>2</sup> A partir de estos estudios se han tomado decisiones legislativas en cuanto a la regulación de las sociedades anónimas, específicamente en materia de gobierno corporativo. Es así que la Organización para la Co-

---

<sup>1</sup> Se explicará más adelante esto, a partir del artículo: *What Matters in Corporate Governance?* de Lucian Bebchuck, Alma Cohen y Allen Farrell.

<sup>2</sup> Datos obtenidos por Bartlett y Partnoy de una revisión exhaustiva en las tres revistas más citadas en materia de finanzas, a saber: *Journal of Finance*, *Journal of Financial Economics* y *Review of Financial Studies*. Bartlett, Robert y Partnoy, Frank, “The Misuse of Tobin’s q”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 73, núm. 2, 2020, p. 353.

peración y Desarrollo Económicos (OCDE) emitió por primera vez los *Principios de gobierno corporativo del G20 y de la OCDE* en 1999, siendo su última revisión en 2015 para extenderlos a países no miembros del G20, entre los cuales se encuentra México.<sup>3</sup> De ahí la importancia de reseñar el artículo *The misuse of Tobin's Q* (El uso inapropiado de la q de Tobin) de Robert Bartlett y Frank Partnoy<sup>4</sup> y señalar sus implicaciones para nuestro sistema jurídico en materia de derecho corporativo.

## II. Historia del gobierno corporativo y la “q de Tobin”

De acuerdo con Bartlett y Partnoy la q de Tobin es un indicador poco confiable para determinar el valor de una sociedad anónima en relación con su estructura de gobierno corporativo, para lo cual desarrollaron dos clases de argumentos: 1) argumentos históricos y 2) argumentos técnicos.

### 1. Argumentos históricos

En esta parte, los autores hacen una revisión histórica sobre el origen de la q de Tobin, a partir del artículo escrito por James Tobin y William C. Brainard titulado *Pitfalls in Financial Model-Building*,<sup>5</sup> en el cual concibieron a la q de Tobin como un indicador en política monetaria para determinar el valor de mercado de los activos de una sociedad anónima dividido por su valor de reemplazo, así como su desarrollo y su adopción por los estudios de Microeconomía, para transformarse en un indicador, que los autores llaman “la q simple”, es decir, es un indicador para determinar el valor de mercado de los activos de una sociedad anónima dividido por su valor en libros.<sup>6</sup>

Así, Bartlett y Partnoy dividen la historia de la q de Tobin en varias etapas.

<sup>3</sup> Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf> (fecha de consulta: 13 de noviembre de 2021).

<sup>4</sup> Bartlett, Robert y Partnoy, Robert, *op. cit.*

<sup>5</sup> Brainard, William C. y Tobin, James, “Pitfalls in Financial Model-Building”, *Cowles Foundation Discussion Papers*, 1968, p. 477.

<sup>6</sup> Bartlett, Robert y Partnoy, Robert, *op. cit.*, p. 358.



SUSANA DÁVALOS TORRES

### A. 1968-1967: la visión macroeconómica clásica

Como ya fue mencionado, la  $q$  de Tobin tiene su origen en un artículo de los autores James Tobin y William C. Brainard en 1968, cuyo objetivo era examinar las fluctuaciones en la inversión, así concluyeron que: “el valor de mercado de las acciones, en relación con el costo de reemplazo de los activos tangibles, es el principal determinante de una inversión”,<sup>7</sup> es decir, Tobin y Brainard observaron que la inversión en bienes físicos o tangibles se estimula o incrementa cuando el valor de mercado de las acciones —capital— aumenta más que lo que cuesta producirlo, y que la inversión en estos bienes disminuye cuando el valor de mercado del capital es menor que su costo de reemplazo. De ahí que estos autores propusieron comparar el rendimiento a valor de mercado del capital con los rendimientos reales de la inversión en bienes físicos o tangibles. En este momento, no obstante, Tobin y Brainard todavía no denominaban “ $q$ ” a este indicador.

Al siguiente año, Tobin publicó “A General Equilibrium Approach to Monetary Theory”,<sup>8</sup> en el que reiteró la relación valor de mercado de las acciones de una sociedad anónima y el valor de reemplazo de los bienes tangibles, con la finalidad de emplearlo en el modelo Inversión Ahorro-Liquidez Oferta Monetaria (conocido por sus siglas en inglés como IS-LM), o modelo de Hicks-Hansen, el cual postula que:

El equilibrio de mercado monetario implica que, dada una cantidad de dinero, el tipo de interés aumenta como una función de la producción. Cuando la producción aumenta, la demanda de dinero aumenta, pero, como hemos dicho, la oferta monetaria está dada. Por lo tanto, el tipo de interés debe aumentar hasta que los efectos contrarios, actuando sobre la demanda de dinero, se cancelen, la gente demandará más dinero debido a las mayores rentas y menos debido al aumento de los tipos de interés.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Brainard, William C. y Tobin, James, *op. cit.*, 244, p. 9.

<sup>8</sup> *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 1, num. 1, febrero, 1969, pp. 15-29.

<sup>9</sup> Disponible en: <https://policonomics.com/es/is-lm/>.

Tobin propuso la inclusión de la variable  $q$  como un instrumento en la teoría de política monetaria, para describir cómo los mercados financieros afectan la inversión y la actividad económica.<sup>10</sup>

### B. 1977-1984: primeras interpretaciones de las finanzas empíricas

Durante la crisis de los setenta, la academia se centró en buscar elementos diferentes a las tasas de interés que afectaran la inversión corporativa, tales como los impuestos. Fue así como la literatura en economía y finanzas retomó la  $q$  de Tobin. Hasta ese momento, se empleaban cálculos contables para valorar el rendimiento de una sociedad anónima, los cuales fueron cuestionados por sus limitaciones para reflejar las expectativas de ganancias futuras, además de ser sensibles a la inflación.<sup>11</sup>

En 1981, Eric Lindenberg y Stephen Ross publicaron el artículo “Tobin’s  $q$  Ratio and Industrial Organization”,<sup>12</sup> en el cual los autores le dan un nuevo uso a la  $q$  de Tobin, pasando de su aplicación en la macroeconomía a la microeconomía para hacer el análisis de problemas de organización industrial. Lindenberg y Ross propusieron emplear la  $q$  de Tobin no solamente para determinar los niveles de inversión en una sociedad anónima, sino también su rentabilidad. Cabe destacar que, una aportación muy importante de Lindenberg y Ross fue que desarrollaron un procedimiento para calcular la  $q$  de Tobin, con base en una base de datos. A partir de entonces, la literatura comenzó a emplear la  $q$  de Tobin para determinar el rendimiento de las sociedades anónimas en lugar de cálculos contables.<sup>13</sup>

### C. 1984-1992: la divergencia entre la macroeconomía y las finanzas empíricas

Durante los años ochenta, la  $q$  de Tobin ganó fuerza como la medida para determinar el desempeño de una sociedad anónima. Es en este mo-

---

<sup>10</sup> Bartlett, Robert y Partnoy, Robert, *op. cit.*, pp. 364-366.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 367.

<sup>12</sup> *The Journal of Business*, vol. 54, núm. 1, 1981, pp. 1-32.

<sup>13</sup> Bartlett, Robert y Partnoy, Robert, *op. cit.*, pp. 367-369.

SUSANA DÁVALOS TORRES

mento en que el uso de la  $q$  de Tobin por la macroeconomía y la microeconomía se escindió.

En 1982, Fumio Hayashi escribió el artículo “Tobin’s Marginal  $q$  and Average  $q$ : A Neoclassical Interpretation”, en cual busca relacionar la  $q$  de Tobin con la teoría neoclásica de la inversión.<sup>14</sup> El texto propone un modelo de inversión en capital físico para maximizar las ganancias, tomando en cuenta los costos de instalación.<sup>15</sup>

En 1988, Randall Morck, Andrei Shleifer y Robert Vishny realizaron un estudio sobre la relación entre la existencia de administradores accionistas en una sociedad anónima y su valor.<sup>16</sup> En el artículo analizaron 371 sociedades anónimas utilizando datos recabados a partir de 1980, en los que encontraron que existía correlación entre el aumento de la  $q$  de Tobin y la existencia de administradores accionistas. Los autores además asumieron que una  $q$  de Tobin alta estaba asociada con ganancias futuras esperadas. Para su estudio emplearon el archivo maestro Griliches R&D de 1980, elaborado por el *National Bureau of Economic Research*.<sup>17</sup> Para los autores, el incremento de  $q$  de Tobin implicaba la presencia de bienes intangibles valiosos, además de capital físico, tales como el poder de mercado, reputación, propiedad intelectual y buena administración.<sup>18</sup> Es en este momento en que la  $q$  de Tobin se convirtió en un indicador del efecto que tiene la administración en el valor de la sociedad anónima.<sup>19</sup>

Estos estudios tuvieron consecuencias en el concepto de la  $q$  de Tobin, pues a partir de entonces, para la Macroeconomía es un indicador de inversión, es decir, la  $q$  de Tobin es igual a la proporción entre el valor de mercado de las acciones del capital tangible y el valor de reemplazo de esas acciones. A esta concepción de la  $q$  de Tobin, los autores la denominaron la *Macro  $q$*  (o  $q$  macro). Por otro lado, para la microeconomía y las finanzas es un indicador del valor de la sociedad anónima, es decir, la  $q$  de Tobin es la proporción entre el valor de mercado de los títulos valor y el costo de re-

---

<sup>14</sup> *Econometrica*, vol. 50, Issue 1, enero 1982, pp. 213-224.

<sup>15</sup> Bartlett, Robert y Partnoy, Robert, *op. cit.*, p. 369.

<sup>16</sup> Morck, Randall et al., “Management Ownership and Market Valuation: An Empirical Analysis.” *Journal of Financial Economics*, vol. 20, núms. 1 y 2, 1988, pp. 293-315.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 296.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 311-314.

<sup>19</sup> Bartlett, Robert y Partnoy, Robert, *op. cit.*, p. 371.

emplazo de todos los bienes —tangibles e intangibles—, no sólo el capital físico. A esta concepción de la *q* de Tobin, Bartlett y Partnoy la denominan *Finance q* (*q* financiera).<sup>20</sup>

D. 1994-presente: *la adopción de la q simple como una medida del valor de las sociedades anónimas*

La consolidación de la *q* de Tobin como una relación entre el valor de mercado y el valor en libros de los bienes de la sociedad anónima, es decir, la *q* simple, se dio en los noventa, a partir de los trabajos de investigación empírica en materia de finanzas corporativas. Esta concepción fue rechazada por la microeconomía no sólo por cuestiones teóricas, sino por errores en la medición y falta de datos para emplearla, pero ampliamente aceptada por la microeconomía.

En 1994, Kee Chung y Stephen Pruitt propusieron una alternativa de calcular la *q* de Tobin basada en datos que podían obtenerse de bases de datos financieras y contables de fácil acceso al público.<sup>21</sup> Chung y Pruitt propusieron la siguiente ecuación:  $\text{Approximate } q = (\text{MVE} + \text{PS} + \text{DEBT}) / \text{TA}$ , donde MVE es el resultado del precio de una acción y el número de acciones comunes; PS es el valor de liquidación de cualquier acción preferente; DEBT es el valor de las deudas de corto plazo, más el valor en libros de la deuda a largo plazo, y TA es el valor en libros de los bienes totales de la sociedad anónima. A esta propuesta los autores le denominaron *Approximate q* (o *q* aproximada). Con esta fórmula no es necesario calcular el valor de reemplazo de los bienes, sino que se asume que el valor de reemplazo de los inmuebles, equipo e inventario es igual al valor en libros. Además, se evita calcular el valor de mercado de la deuda, pues se obtiene de restar el valor en libros del valor de mercado de las acciones.<sup>22</sup>

En 1994, por otro lado, Steven Perfect y Kenneth Wiles publicaron un estudio sobre cómo varían los resultados en diferentes estudios empíricos en materia de finanzas corporativas aplicando diferentes conceptos de la *q* de

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 372 y 373.

<sup>21</sup> Chung, Kee H. y Stephen W. Pruitt. "A Simple Approximation of Tobin's *q*." *Financial Management*, vol. 23, núm. 3, 1994, pp. 70-74.

<sup>22</sup> Bartlett, Robert y Partnoy, Robert, *op. cit.*, pp. 376-379.

SUSANA DÁVALOS TORRES

Tobin.<sup>23</sup> Perfect y Wiles llegaron a la conclusión de que la  $q$  de Tobin en sus diferentes modalidades implica errores de medición. No obstante, los estudios empíricos en materia de finanzas corporativas emplearon este artículo para justificar el empleo de la  $q$  de Tobin simple.<sup>24</sup> Así, por ejemplo, Robert Daines publicó un artículo sobre la relación entre el valor de una sociedad anónima y su incorporación en Delaware;<sup>25</sup> mientras que Steven Kaplan y Luigi Zingales escribieron un artículo sobre la sensibilidad de la sociedad anónima al flujo de efectivo, reexaminando un artículo previo de Fazzardi, Hubbard y Peterson, empleando una versión de la  $q$  simple.<sup>26</sup>

Cabe destacar que, por otra parte, la literatura en materia de contabilidad no se concentró en la  $q$  de Tobin sino en cómo determinar el valor de las sociedad anónima conforme a su tamaño.<sup>27</sup> Así, un año antes de que Kaplan y Zingales publicaran el artículo mencionado, Mary Barth y Sanjay Kallapur publicaron un estudio sobre los efectos del sesgo que resulta de las diferencias en las regresiones cuando se emplea el valor de mercado de las acciones como una variable dependiente.<sup>28</sup> De esta manera, a diferencia de la literatura en finanzas, los estudios contables se han enfocado en desarrollar y refinar maneras de valorar conforme al tamaño de la sociedad anónima sin que figure la  $q$  de Tobin.<sup>29</sup>

## 2. Argumentos técnicos

De acuerdo con Bartlett y Partnoy, el empleo de la  $q$  de Tobin también puede ser criticado metodológicamente, por las siguientes razones: a) los altos resultados que arroja la  $q$  de Tobin no significan necesariamente que

---

<sup>23</sup> Perfect, Steven B. y Wiles, Kenneth W., "Alternative Constructions of Tobin's  $q$ : An Empirical Comparison", *Journal of Empirical Finance*, vol. 1, núms. 3-4, 1994, pp. 313-341.

<sup>24</sup> Bartlett, Robert y Partnoy, Robert, *op. cit.*, p. 378.

<sup>25</sup> Daines, Robert, "Does Delaware law improve firm value?", *Journal of Financial Economics*, vol. 62, núm. 3, 2001, p. 525-558.

<sup>26</sup> Steven N., Kaplan y Zingales, Luigi, "Do Investment-Cash Flow Sensitivities Provide Useful Measures of Financing Constraints?", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 112, núm. 1, 1997, pp. 169-215.

<sup>27</sup> Bartlett, Robert y Partnoy, Robert, *op. cit.*, p. 381.

<sup>28</sup> Barth, Mary E. y Kallapur, Sanjay "The Effects of Cross Sectional Scale Differences on Regression Results in Empirical Accounting Research", *Contemporary Accounting Research*, vol. 13, núm. 2, septiembre 1996, pp. 527-567.

<sup>29</sup> Bartlett, Robert y Partnoy, Robert, *op. cit.*, p. 384.

la sociedad anónima es más valiosa, que los autores llaman “error de interpretación”; b) hay errores de medición en relación con la q simple de Tobin, que es la empleada por la literatura sobre finanzas corporativas, denominado por los autores como “errores de medición en la q simple” y c) la literatura sobre valuación de bienes ha destacado el problema del riesgo de emplear la proporción valor en libros entre valor de mercado, la q simple de Tobin, en los modelos para valorar bienes, pues existe evidencia que demuestra que las sociedad anónima con niveles altos en la q simple tienen más probabilidades de tener bajas ganancias futuras y viceversa. A este problema, los autores le han llamado “rendimientos en q, y en los valores de renta variable”.<sup>30</sup>

#### A. *Error de interpretación*

El enunciado original de la q de Tobin es la siguiente: cuando la q es elevada, el valor de mercado de un bien —por ejemplo, un aparato— de la sociedad anónima es mayor a su costo de reemplazo. En términos sencillos, explican los autores, si la q de Tobin resulta elevada es porque los inversionistas perciben en el mercado que ese bien es mucho más valioso en la sociedad anónima que el costo de reemplazarlo. Por lo tanto, de ser cierta esta percepción, la sociedad anónima puede incrementar sus operaciones, invertir en sus aparatos y así continuamente hasta que el valor de mercado de los aparatos sea igual al costo de su reemplazo. Los autores observan, que esta formulación original de la q de Tobin no tiene que ver con que la sociedad anónima valga más o menos, sino que tiene que ver con la eficiencia de mantener o reemplazar un bien. Es por esta razón que existe literatura en la materia que postula que un nivel alto en la q de Tobin significa que la sociedad anónima no está maximizando el valor de sus bienes.<sup>31</sup>

#### B. *“Errores de medición en la q simple”*

La q de Tobin que se emplea en los estudios sobre finanzas corporativas es la q simple. Recordemos que este indicador, en la actualidad está deter-

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 386 y ss.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 390-394.

SUSANA DÁVALOS TORRES

minado por la relación de valor de mercado y el valor en libro de los bienes de una sociedad anónima. Originalmente, la *q* simple incluía otros datos que no se toman en cuenta, los cuales permitían determinar de manera más exacta el valor de reemplazo de los bienes de una sociedad anónima. Específicamente Perfect y Wiles, los creadores de la *q* simple, emplearon los reportes anuales de sociedad anónima a las que durante los años setenta se les exigía reportar las estimaciones de los costos de reemplazo de planta, equipo e inventarios, así como la depreciación y el costo de los bienes vendidos. Perfect y Wiles concluyeron que los resultados no son consistentes entre diferentes sociedades anónimas.<sup>32</sup>

### C. Rendimientos en *q* y en los valores de renta variable

Los textos sobre finanzas corporativas emplean la *q* de Tobin para determinar la relación que existe entre el gobierno corporativo y las ganancias que produce una sociedad anónima a lo largo de determinado periodo. Muchos de estos estudios tratan de demostrar que contar con un gobierno corporativo tiene efectos positivos en el valor a largo plazo de una sociedad anónima. Lo que estos estudios no toman en cuenta es que existe evidencia de que un resultado elevado en la *q* de Tobin está relacionado con rendimientos o ganancias bajas a corto plazo. Esto lo demuestran con un estudio empírico realizado por los autores con datos del *Center for Research in Security Prices* que incluye información de 1980 a 2009. Los autores obtuvieron que, en promedio, del conjunto de sociedad anónimas que obtuvieron pequeñas *q*, obtuvieron los mejores resultados en el siguiente periodo y viceversa.<sup>33</sup>

Otro problema que implica la *q* simple es que el denominador que refleja el valor de reemplazo de los bienes de la sociedad anónima no es confiable, pues su cálculo es problemático. El valor en libros de los bienes no es necesariamente el valor justo del bien; por otro lado, hay bienes que no se encuentran en los registros contables por su complejidad pues se trata de bienes intangibles. A conclusiones similares llegaron Eugene Fama y Ke-

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 394-400.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 400.

neth French, quienes en los noventa se enfocaron a estudiar la razón por la cual los rendimientos promedio de las acciones en los Estados Unidos se desviaban de las predicciones obtenidas del empleo del *Capital Asset Pricing Model* (CAMP).<sup>34</sup>

### III. Replanteamiento de la q de Tobin en estudios sobre gobierno corporativo

Bartlett y Partnoy, con base en sus hallazgos en la historia del empleo de la q de Tobin, replantearon el ya inmortalizado artículo *What Matters in Corporate Governance?*, escrito por Lucian Bebchuk, Alma Cohen y Allen Ferrell, publicado en 2009.<sup>35</sup> Recordemos que en este artículo Bebchuk y sus coautores postularon que la presencia de estatutos que permiten que los consejeros se perpetúen en el tiempo independientemente de su desempeño en una sociedad anónima —por ejemplo, ausencia de un consejo de administración, mayorías calificadas para fusiones o escisiones, liquidaciones cuantiosas por despido justificado, etcétera— está relacionado con el valor negativo de esas sociedades anónimas.

Los autores replicaron el estudio con base en la q de Tobin modificada encontrando una relación inversamente proporcional entre la perpetuación del consejo de administración y el valor de la sociedad anónima. Cabe destacar que, al haber obtenido resultados con diferencias significantes, los autores demuestran los problemas de validez de la metodología utilizada por Bebchuk, Cohen y Ferrell.

Con base en lo anterior, los autores concluyen que es necesario debatir la metodología que se ha venido empleando en la literatura sobre gobierno corporativo a partir del artículo de Bebchuk, Cohen y Ferrell, con la finalidad de buscar alternativas que no solamente den resultados confiables sino también válidos.

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 402-404.

<sup>35</sup> Bebchuk, Lucian et al., *What Matters in Corporate Governance? The Review of Financial Studies*, vol. 22, núm. 2, febrero 2009, pp. 783-827.



SUSANA DÁVALOS TORRES

#### **IV. ¿Cuál es la importancia de este artículo de Bartlett y Partnoy en derecho corporativo, específicamente, derecho corporativo mexicano?**

La adopción de las reglas de gobierno corporativo en México es muy reciente. Desde la Ley del Mercado de Valores de 2005, se incorporaron en nuestro sistema jurídico reglas sobre transparencia, integración del consejo de administración, incorporación de directores independientes, deberes de diligencia y lealtad, límites a los montos de liquidación, etcétera. Estas disposiciones solamente son aplicables a los tipos de sociedades anónimas regulados por esta ley, específicamente, la Sociedad Anónima Bursátil.

No se han incorporado normas en esta materia a la Ley General de Sociedades Mercantiles, aunque cabe destacar que el Consejo Coordinador Empresarial en México emitió en 1999 el primer Código de Prácticas Corporativas, emitiendo la tercera versión revisada. Fue hasta 2015 que, por recomendación de la OCDE, México integró disposiciones similares en la Ley de Instituciones de Crédito, con la finalidad de imponer obligaciones similares a la banca múltiple. Por otra parte, hay evidencia de que la literatura latinoamericana sobre gobierno corporativo necesariamente cita el artículo de Bebchuk, Cohen y Ferrell como referencia, e incluso en un caso replica el estudio con base en la q de Tobin.<sup>36</sup> México no es la excepción y también se han replicado estudios similares para nuestro país. Por ejemplo, Martín Dávila y Karen Watkins realizaron un estudio en 2010 sobre la relación entre la rentabilidad de la sociedad anónima y el reemplazo de los presidentes en los consejos de administración, basados en la literatura que analizan Bartlett y Partnoy.<sup>37</sup> Antonio Macías y Francisco Roman elaboraron en 2014 un estudio sobre la adopción del Código de Mejores Prácticas

---

<sup>36</sup> Por ejemplo, Pinzón, José Víctor *et al.*, “Relación entre gobierno corporativo y desempeño Financiero: evidencia para las empresas colombianas durante el periodo de 2006 a 2013”, *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, vol. XXVI, núm. 2, diciembre 2018, pp. 85-97, disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfce/v26n2/0121-6805-rfce-26-02-85.pdf>.

<sup>37</sup> David, Martín y Watkins, Karen, “Gobierno corporativo y reemplazo de presidentes de los consejos de administración en México”, *Panorama Económico*, vol. 6, núm. 11, 2010, p. 32, disponible en: <http://www.panoramaeconomico.mx/ojs/index.php/PE/article/view/76>.

Corporativas en 107 sociedades anónimas y sus beneficios, también empleando la *q* de Tobin.<sup>38</sup>

Es necesario considerar el artículo de Bartlett y Partnoy, pues a partir de la crisis financiera de 2008, especialistas europeos en materia financiera se han pronunciado en un sentido similar al de estos autores en cuanto a criticar el empleo de la *q* de Tobin como se ha hecho hasta el momento, pues ha resultado en la sobrevaloración de las acciones. Por ejemplo, en Reino Unido, Andrew Smithers ha planteado el empleo de lo que él llama la *equity q* (*q* accionaria), la cual no incluye los pasivos en valor en libros ni el CAPE —la relación precio/ganancias ajustadas cíclicamente— para demostrar cómo se han sobrevalorado las acciones cuando se aplica la *q* simple y, a partir de estos resultados, este autor ha elaborado propuestas alternativas de regulación del mercado de valores.<sup>39</sup>

Por último, pero no menos importante, el texto de Bartlett y Partnoy demuestra un problema que supera el ámbito financiero y que, por falta de espacio no es posible discutir, pero que consiste en que los estudios empíricos que emplean métodos cuantitativos pueden establecer la correlación no así la causa, por lo que es necesario siempre complementarlos con estudios cualitativos.

## V. Conclusiones

La *q* de Tobin es un indicador que se ha empleado en la última década por la literatura especializada en finanzas y en derecho corporativo para determinar el valor de una sociedad anónima en relación con su estructura de gobierno corporativo, de cuyas conclusiones se han adoptado reglas en materia corporativa. El más reciente artículo de Bartlett y Partnoy, hace una revisión histórica del origen de la *q* de Tobin en la macroeconomía para convertirse en un indicador empleado en microeconomía para medir el valor de una sociedad anónima, basado en la proporción entre el valor

---

<sup>38</sup> Macías, Antonio J. y Román, Francisco J., “Consecuencias Económicas de la Reforma de Gobierno Corporativo en un mercado de capitales emergente. Pruebas de México”, *El Trimestre Económico*, vol. 81, núm. 322, abril-junio de 2014.

<sup>39</sup> Smithers, Andrew, *Wall Street Revalued. Imperfect Markets and Inept Central Bankers*, United Kingdom, Wiley, 2009.

SUSANA DÁVALOS TORRES

de mercado y el valor en libros, dejando a un lado otros elementos importantes que determinan el valor de las acciones. Los autores llevan a cabo una réplica del inmortal estudio de Bebchuck *et al.* sobre la relación entre el valor de las acciones y el gobierno corporativo para corroborar las deficiencias de la  $q$  de Tobin como instrumento metodológico tal como se ha venido empleando hasta el momento. Los resultados de este estudio tanto para el análisis financiero como para la literatura en México en materia de gobierno corporativo son de especial relevancia, pues de alguna manera, tal como ha sucedido en Estados Unidos y muchas partes del mundo, parten de este indicador o de estudios que han empleado este indicador. Por otra parte, en general, es necesario considerar que los estudios cuantitativos deben ser complementados con estudios cualitativos.

## VI. Bibliografía

- BARTH, Mary E. y KALLAPUR, Sanjay, "The Effects of Cross Sectional Scale Differences on Regression Results in Empirical Accounting Research", *Contemporary Accounting Research*, vol. 13, núm. 2, septiembre de 1996.
- BARTLETT, Robert y PARTNOY, Frank, "The Misuse of Tobin's  $q$ ", *Vanderbilt Law Review*, vol. 73, núm. 2, 2020.
- BEBCHUCK, Lucian *et al.*, "What Matters in Corporate Governance?", *The Review of Financial Studies*, vol. 22, núm. 2, febrero de 2009.
- BRAINARD, William C. y TOBIN, James, "Pitfalls in Financial Model-Building", *Cowles Foundation Discussion Papers*, 1968
- CHUNG, Kee H. y PRUITT, Stephen W., "A Simple Approximation of Tobin's  $q$ ", *Financial Management*, vol. 23, núm. 3, 1994.
- DAINES, Robert, "Does Delaware law improve firm value?", *Journal of Financial Economics*, vol. 62, núm. 3, 2001.
- DAVID, Martín y WATKINS, Karen, "Gobierno corporativo y reemplazo de presidentes de los consejos de administración en México", *Panorama Económico*, vol. 6, núm. 11, 2010.
- HAYASHI, Fumio, "Tobin's Marginal  $q$  and Average  $q$ : A Neoclassical Interpretation", *Econometrica*, volume 50, Issue 1, enero de 1982.

LA DOCTRINA SOBRE GOBIERNO CORPORATIVO Y LA Q DE TOBIN

- LINDENBERG, Eric y ROSS, Stephen, "Tobin's q Ratio and industrial Organization", *The Journal of Business*, vol. 54, núm. 1, 1981.
- MACÍAS, Antonio J. y ROMÁN, Francisco J., "Consecuencias Económicas de la Reforma de Gobierno Corporativo en un mercado de capitales emergente. Pruebas de México", *El Trimestre Económico*, vol. 81, núm. 322, abril-junio de 2014.
- MORCK, Randall et al., "Management Ownership and Market Valuation: An Empirical Analysis", *Journal of Financial Economics*, vol. 20, núms. 1 y 2, 1988.
- PERFECT, Steven B. y WILES, Kenneth W., "Alternative Constructions of Tobin's q: An Empirical Comparison", *Journal of Empirical Finance*, vol. 1, núms. 3-4, 1994.
- PINZÓN, José Víctor et al., "Relación entre gobierno corporativo y desempeño Financiero: evidencia para las empresas colombianas durante el periodo de 2006 a 2013", *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, vol. XXVI, núm. 2, diciembre 2018.
- STEVEN N., KAPLAN y ZINGALES, Luigi, "Do Investment-Cash Flow Sensitivities Provide Useful Measures of Financing Constraints?", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 112, núm. 1, 1997.
- TOBIN, James, "A General Equilibrium Approach to monetary Theory", *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 1, num. 1, febrero de 1969.

**DOCTRINA  
INTERNACIONAL**



# La pandemia COVID-19. Pasado, presente y futuro: el impacto de la pandemia COVID-19 sobre las leyes de reestructuración e insolvencia en Europa

*COVID19 Pandemic. Past, Present and Future: The  
Impact of COVID19 Pandemic Over Restructuring  
and Insolvency Law in Europe*

Christoph G. Paulus\*

RDP

## Resumen

El profesor Christoph G. Paulus cita ejemplos del pasado y del presente respecto al impacto de las pandemias en las leyes de reestructuración e insolvencia en Europa que pueden ayudarnos a estar preparados para eventos similares futuros.

PALABRAS CLAVE: insolvencia, desastres.

## Abstract

Professor Christoph G. Paulus presents us past and present examples of how pandemics have influenced restructuring and insolvency law in Europe that can help us be better prepared for similar events in the near future.

KEYWORDS: insolvency, catastrophes.

\* Profesor/Conferenciante de la Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania.  
Traducción de María Audry Luer, Humboldt-Universität zu Berlin.

Nota del autor: Este artículo tiene su fundamento en una presentación hecha ante la 10a. Conferencia Europea de Insolvencia y Reestructuración del 15 de junio de 2021.

CHRISTOPH G. PAULUS

## Sumario:

- I. El pasado.
- II. El presente.
- III. El futuro.
- IV. Conclusión.
- V. Bibliografía.

### I. El pasado

Debiéramos evitar creer que los europeos nunca hemos pasado por experiencias similares a la que hemos vivido durante el último año y medio porque no es así. Esto se debe, no únicamente, pero en gran medida, a la belicosa historia de Europa.

Eventos como la Guerra de los 100 años entre Francia e Inglaterra, la Guerra de 30 años en la que la conflagración fue casi de todos contra todos y se llevó a cabo en suelo alemán; las guerras mundiales con su relativamente corta duración tuvieron efectos desastrosos sobre la población y sus actividades económicas. El tratado sobre la entonces aplicable Ley de Insolvencia de David Mevius, *Theatri Concursus Creditorum Diaskepsis de Cessione Bonorum*, publicado en Greifswald en 1637 solo puede ser cabalmente comprendido teniendo en cuenta que este político, estudioso y diplomático lo escribió teniendo como trasfondo la Guerra de los 30 años. Es más, ya en el siglo V a. C. el renombrado médico griego Hipócrates escribió sobre “epidemias”.

Pero también si volvemos la mirada a la historia mucho más reciente, estoy seguro de que todos encontraremos en las décadas previas ejemplos de súbitos cambios en las leyes de insolvencia debido a circunstancias imprevistas. Como alemán, puedo contribuir a esta lista con dos o tres eventos acaecidos dentro de los últimos 20 años aproximadamente, en los que lluvias veraniegas de intensidad excepcional con duración de varios días, causaron que regiones enteras a la orilla de ríos —incluso ríos pequeños y hasta arroyos— quedaran literalmente bajo el agua, incluidas tiendas, empresas y fábricas.

Cada uno de estos motivaron a que el legislador reaccionara de inmediato y suspendiera la notoria obligación de los propietarios o empresarios de declararse en concurso de acreedores dentro de las tres semanas siguientes al acontecimiento causante de éste. Los griegos pueden sumar a dicha lista de desastre, —por llamarle de algún modo—, sus experiencias de alrededor de diez años antes, en el curso de su crisis de deuda. La aplicación de la ley de insolvencia se suspendió entonces por una razón fundamentalmente económica: no existía mercado alguno en el que pudiera ser liquidado un patrimonio insolvente.

Las experiencias alemana y griega me llevaron, hace alrededor de ocho años, a escribir sobre la necesidad de distinguir entre nuestra ley usual y tradicional de insolvencia “para buen clima” para contrastarla con una “ley de insolvencia para mal clima” aplicable en situaciones fuera de lo habitual y determinar los hechos para su aplicación. Esta idea está lejos de ser innovadora, después de todo, en muchos actos legislativos y tratados de quiebra de la Edad Media, encontramos una y otra vez excepciones al mal trato a insolventes en caso de “inundaciones, incendios y demás desastres”. En mi artículo citado, recomendé, además, el desarrollo de ideas sobre configurar la ley de insolvencia para mal clima, para evitar ser sorprendidos con la guardia baja una y otra vez, cuando aparece en el escenario un cisne negro.

## II. El presente

Esto nos trae directamente al presente. Dado que ocasionalmente se anunciaba que entrábamos en una era de epidemias, no se trató realmente de un evento “desconocido imprevisible”, sino más bien de un tipo de cisne negro —un “desconocido previsible”— cuando en marzo de 2020, la pandemia fue mundialmente anunciada e iniciaron los cierres uno tras otro. Mientras más se prolongó su duración, más evidente resultó que las leyes de insolvencia también tenían que ser ajustadas a la nueva situación, al menos temporalmente.

Con respecto a la aplicación de esa ley, Chipre fue probablemente la jurisdicción más rígida al suspender íntegramente la aplicación de su ley de



CHRISTOPH G. PAULUS

insolvencia durante un periodo específico de tiempo.<sup>1</sup> Italia actuó en una dirección similar, aunque un tanto menos dramática; suspendió la entrada en vigor de su ley de insolvencia revisada para prevenir confusión e irritación acerca de la nueva ley en un momento turbulento y tumultuoso; en consecuencia, la ley antigua tuvo que seguir siendo aplicada.

Menciono deliberadamente al inicio estos dos ejemplos extremos. Con mayor claridad que las demás reacciones nacionales, apuntan al núcleo de todas aquellas alteraciones: se trata de mitigar las severas consecuencias de la ley de insolvencia “cotidiana” o de la ley de insolvencia para buen clima.

Como en los ejemplos históricos arriba señalados, en los cuales una inundación, un incendio, una guerra u otras catástrofes naturales golpearon parcial o íntegramente a la población, la pandemia irrumpió en nuestras vidas sin culpa de nadie y sin advertencia. No hubo culpable, no hubo una mala administración, no hubo un acreedor agresivo, ningún deudor imprudente, ningún seguro incorrecto, nada, solamente aconteció. Ante estas circunstancias se consideró en toda Europa y en el mundo entero que la aplicación del derecho concursal en la forma “usual” daría un resultado inadecuado. Una lista más o menos reunida al azar de ejemplos<sup>2</sup> legislativos lo comprueba:

- La obligación de solicitar cuando y si se presenta un motivo causante fue suspendida no sólo en Alemania, sino también en Bélgica, la República Checa, Estonia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Portugal o España.
- Otras jurisdicciones como Finlandia o Lituania limitaron el derecho a solicitar de los acreedores.
- Francia, por ejemplo, manipuló su prueba de insolvencia con el fin de ofrecer a los deudores un respiro.
- En Bélgica<sup>3</sup> se impidió a los acreedores imponer un embargo preventivo o ejecutivo, y se prolongaron los plazos de pago, lo cual también se hizo en Bulgaria, Croacia, Chipre, Finlandia, Hungría, Italia, Portugal, Rumania y España.

---

<sup>1</sup> Decisiones similares fueron adoptadas en Bulgaria, India, Chipre, Rumania y España.

<sup>2</sup> Disponible en: [www.insol-europe.org/technical-content/covid19](http://www.insol-europe.org/technical-content/covid19).

<sup>3</sup> De modo similar en Escocia.

- Los Países Bajos pusieron en práctica la promulgación de su WHOA —*wet homologatie onderhands akkoord*— como una medida protectora para los deudores. Esta nueva ley que traspone la Directiva de Reestructuración e Insolvencia<sup>4</sup> en el derecho holandés, entró en vigor alrededor del inicio de la pandemia. El equivalente alemán<sup>5</sup> debe su increíblemente expedita promulgación, en cierto grado, a la pandemia. Asimismo, cabe asumir que otros países miembros tienen en cuenta este efecto al trasponer la Directiva en su derecho nacional.

“Como una inundación, un incendio, una guerra u otro desastre natural... la presente pandemia irrumpió en nuestras vidas sin culpa de nadie y sin advertencia”.

Claro está que estos ejemplos se refieren solo a las leyes de insolvencia y acciones estrechamente relacionadas con ellas. Sin embargo, no son con mucho las únicas medidas que fueron adoptadas por legisladores nacionales con el fin de superar al menos las penurias más dolorosas de la pandemia.<sup>6</sup> En Alemania, por ejemplo, se discutieron los contratos de instalaciones comerciales, también los billetes de viaje o acontecimientos culturales por mencionar sólo algunos ejemplos. Todas estas medidas tienen en común —al menos en cierta medida— la idea de abstenerse y/o liberarse de la aplicación rígida de la ley para buen clima y mitigar sus efectos.

Antes de volver a esta última observación, valga una posible justificación adicional sobre la intervención y el apoyo estatales. Es perfectamente comprensible que los legisladores a una escala literalmente global hayan ofrecido aplazamientos y préstamos como parte de ese paquete de mitigación.

---

<sup>4</sup> La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de junio de 2019 sobre los marcos de reestructuración preventiva, sobre la descarga de deudas y descalificaciones, y con respecto a las medidas para incrementar la eficiencia de procedimientos concernientes a la reestructuración, insolvencia y descarga de deuda y modificación de la Directiva (UE) 2017/1132.

<sup>5</sup> Sobre la StaRUG cf. Paulus, “El nuevo marco de reestructuración preventivo alemán”, *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, pp. 9 y ss., disponible en: [www.rivistaodc.eu/Article/Archive/index\\_html?ida=171&idn=25&idi=-1&idu=-1](http://www.rivistaodc.eu/Article/Archive/index_html?ida=171&idn=25&idi=-1&idu=-1).

<sup>6</sup> Con respecto a aquellas medidas adicionales cfr. disponible en: [https://insol.azureedge.net/cmsstorage/insol/media/documents\\_files/covidguide/30%20april%20updates/2-covid-map-17-may.pdf](https://insol.azureedge.net/cmsstorage/insol/media/documents_files/covidguide/30%20april%20updates/2-covid-map-17-may.pdf).

CHRISTOPH G. PAULUS

Sin embargo, la buena intención de hoy podría resultar en un impacto crítico mañana. Porque llegará el día del plazo en el que debe reembolsarse la suma, además de los gastos cotidianos de ese momento.

En consecuencia, lo que se necesita es un doble ingreso —o una acumulación de ahorros—. Si eso no existe, la cantidad de préstamos en mora aumentará y volverá a amenazar a los bancos.<sup>7</sup> Probablemente es bien sabido que no solo la Directiva en materia de Reconstrucción e Insolvencia, sino también otras, sirven al propósito de provocar la reducción de la cantidad de estos mismos préstamos dudosos. En su conjunto, tienen el potencial de arruinar a bancos enteros —Eslovenia e Italia tienen recuerdos recientes de tales amenazas—, y dado que los colapsos bancarios siempre conllevan el riesgo de causar problemas al respectivo Estado, este es un problema grave.<sup>8</sup>

### III. El futuro

Los ejemplos históricos a los que se hace referencia antes nos enseñan que sería prudente prepararse para próximos eventos similares; esto también es más cierto siempre y cuando la predicción de que entramos en una era de pandemias resultara correcta. Para no volver a experimentar un golpe sorpresivo, parece ser una buena idea desarrollar, sin esperar a mañana, una especie de ley de catástrofes que, con base en las lecciones aprendidas hasta ahora, sea lo suficientemente flexible para adaptarse rápidamente una vez que comience a formarse la nueva situación.

Una vez aceptada esta conclusión, surge la tarea de averiguar cuáles son las lecciones que debemos aprender de los eventos pasados. Es aquí donde las cosas adquieren un giro interesante, cuando no fascinante. Dado que la mayoría de las medidas legislativas tienen en común la mitigación de los bordes agudos no solo del derecho concursal, sino también de otros ámbitos del derecho. La ley para mal clima reacciona hasta cierto punto al cambio de circunstancias de modo similar al nacimiento de la

---

<sup>7</sup> Sólo orientación ECB's a bancos con respecto a préstamos en mora, disponible en: [www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance\\_on\\_npl.en.pdf](http://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance_on_npl.en.pdf).

<sup>8</sup> A este respecto, *cfr.* Paulus, "Europa en la coronacrisis", *Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice*, 2020, p. 545 y ss.

equidad de los siglos XII a XVII frente a la severidad del derecho consuetudinario. El derecho continental tuvo una evolución similar unos 1500 años antes cuando fue descubierto el poder de la buena fe y cultivado por los juristas romanos.<sup>9</sup> Este concepto tiene equivalentes hoy en día en todas las codificaciones del derecho civil de una forma u otra; en Alemania en el parágrafo 242 del Código Civil.

Este paralelismo explica porqué la legislación COVID-19 con frecuencia se rige conforme a la cláusula *rebus sic stantibus* o el compromiso —un contrato mejor descrito en el derecho alemán como aquel en el que ambas partes renuncian a su pretensión inicial del 100%— al que se refieren, ya sea directamente o cuando menos implícitamente. Esto es particularmente cierto para los ejemplos antes mencionados de la legislación concursal: el deber del deudor de tramitar el concurso permite principalmente proteger a los acreedores; ahora, tendrán que esperar, pero el deudor, por otra parte, no obtiene más que un diferimiento. Lo mismo aplica a las restricciones de presentación del acreedor, para la definición de insolvencia, o para la extensión estatutaria de fechas límite de pago. Todas estas medidas tienen en común otorgar al deudor cierto respiro, dado que la pandemia le aconteció a la humanidad al igual que una catástrofe natural.

Si ahora ampliamos nuestra perspectiva e incluimos todo lo demás que han hecho los Estados y la Unión Europea, aprendemos que debemos avanzar un paso más hacia una comprensión total de la lección que la pandemia nos ha dejado. Más o menos cada Estado miembro de la Unión Europea ha implementado un programa de ayuda por cantidades hasta el día de hoy inéditas. Además de ello, los europeos inclusive han configurado una lista impresionante de auxilio:

- La Comisión Europea sigue un plan de acción bipartita: la primera parte trata de empoderar la resiliencia y recuperación mediante un gasto de 750,000 millones de euros en apoyo a Estados miembros para la recuperación, el impulso de arranque a la economía y la ayuda a la inversión privada, además del aprendizaje de las lecciones de la crisis; en tanto que la segunda parte viene solo con

---

<sup>9</sup> A este respecto *cfr.* Kunkel, “Fides como elemento creativo en el derecho romano de obligaciones”, en *Homenaje a Paul Koschaker*, vol. II, 1939, pp. 5 y ss.

CHRISTOPH G. PAULUS

un presupuesto de largo plazo reforzado de 1.1 billones de euros.

- El Banco Central Europeo también ha conformado un paquete de ayuda de 750,000 millones de euros —por el momento—, que contiene, entre otras, medidas destinadas al incremento temporal de la tolerancia al riesgo del Sistema Europeo para facilitar el acceso al crédito y el uso colateral de reclamaciones crediticias. Este último paso ha sido diseñado en particular para aumentar el marco adicional de reclamaciones de crédito mediante, entre otros, la aceptación de créditos de baja calidad crediticia.
- El Mecanismo de Estabilidad Europeo ofrece un programa de 240,000 millones de euros que prevé durante los siguientes 2.5 años, préstamos en términos favorables y sin condiciones macroeconómicas vinculadas a los préstamos.<sup>10</sup>
- El 18 de mayo de 2020 fue presentada una propuesta francoalemana para el establecimiento de un paquete de rescate por 500,000 millones de euros, que constituyó una sorpresa después de extensas discusiones sobre si debieran emitirse Eurobonos como muestra de solidaridad europea.

Esta última palabra resulta decisiva: ¡Solidaridad! Puesto que todas estas increíbles sumas no son pagadas por algún tercero, sino por nosotros los europeos. Cuando nos percatamos de este mecanismo y reflexionamos sobre dónde encontramos alguno similar —incluso a lo largo de los siglos—<sup>11</sup> nos damos cuenta de que el derecho de los seguros se basa en un mecanismo sorprendentemente similar, basado en el principio de la solidaridad. En casos de emergencia, es necesario mantenerse unidos y hacer a un lado los antagonismos usuales resultantes de los derechos individuales.

---

<sup>10</sup> Cfr. Comunicado de prensa del 15 de mayo de 2020.

<sup>11</sup> Usualmente se dice que el derecho de seguro moderno se originó en Venecia cfr. Nehlsen-Stryk, *El seguro marítimo veneciano en el siglo XV*, 1986. Sin duda, los esfuerzos para minimizar el riesgo se remontan a la antigüedad.

## IV. Conclusión

Por lo tanto, concluyo que los legisladores debieran prepararse para el siguiente desastre: después de la pandemia significa antes de la siguiente pandemia. El lineamiento adecuado para esta preparación es el estudio intenso del principio de solidaridad del derecho de seguros, para convertirlo en el pilar central de un... derecho de catástrofes.

“Los legisladores debieran prepararse para el siguiente desastre: después de la pandemia es antes de la siguiente pandemia”

## IV. Bibliografía

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de junio de 2019 sobre los marcos de reestructuración preventiva, sobre la descarga de deudas y descalificaciones, y con respecto a las medidas para incrementar la eficiencia de procedimientos concernientes a la reestructuración, insolvencia y descarga de deuda y modificación de la Directiva (UE) 2017/1132.

KUNKEL, Wolfgang, “Fides como elemento creativo en el derecho romano de obligaciones”, en *Homenaje a Paul Koschaker*, vol. II, 1939.

NEHLSSEN-STRYK, *El seguro marítimo veneciano en el siglo XV*, 1986.

PAULUS, Christoph G., “El Nuevo Marco de Reestructuración Preventivo Alemán”, *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale* 2021, disponible en: [www.rivistaodc.eu/Article/Archive/index\\_html?iida=171&idn=25&idj=-1&idu=-1](http://www.rivistaodc.eu/Article/Archive/index_html?iida=171&idn=25&idj=-1&idu=-1).

PAULUS, Christoph G., “Europa en la Corona-Crisis”, *Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice* 2020.