

# Revista de Derecho Privado

*Cuarta Época*  
año IX • núm. 20 • julio-diciembre de 2021

ISSN 2448-7902



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



## INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

*Directora*

Dr. Mónica González Contró

*Secretario académico*

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

*Coordinación de Revistas*

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

*Revista de Derecho Privado*, año IX, núm. 20, julio-diciembre de 2021, 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: en trámite. 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: Celia Carreón Trujillo

Ricardo Hernández Montes de Oca

Enrique Rodríguez Trujano

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

# REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Dr. Jorge Barrera Graf (†)  
*Fundador*

Dr. Oscar Cruz Barney  
*Director*

Mtra. Atala P. Mayer Goyenechea  
*Secretaría técnica*

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca  
*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 Fuentesvilla (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), Christoph Paulus, (Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania), 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), Lic. Sofía Gómez Ruano (UP, México), Mtra. María Audry Luer (Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania).

**Asistente:** Rebeca E. González Ortiz

*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: 23 de octubre de 2023

2023. 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

### Artículos

La posesión en los códigos civiles mexicanos. . . . .	3
Jorge ADAME GODDARD	
La responsabilidad parental en la legislación civil de la Ciudad de México . . . . .	57
Elva Leonor CÁRDENAS MIRANDA	
Arbitraje y protección al consumidor: <i>¿tertium non datur?</i> .	81
Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO	
La contratación en la época contemporánea y la tecnología	107
Roberto SANROMÁN ARANDA	
Adriana Mercedes RUIZ REYNOSO	
Usos de la propiedad intelectual en las pequeñas y medianas empresas en Cuba. Una prioridad . . . . .	129
Reynaldo Manuel TARRAGÓ AYRA	
Nahilce BHAMEL ALOMÁ	

### Reseñas bibliográficas

Madrid Andrade, M. (2019). <i>Contratos atípicos y conexidad contractual</i> . Porrúa . . . . .	147
Jaime SERRANO LÓPEZ	

# Artículos

## La posesión en los códigos civiles mexicanos

### *Possession in the Mexican Civil Codes*

Jorge Adame Goddard

 <https://orcid.org/0000-0002-6515-0945>

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México  
Correo electrónico: adame@unam.mx

**Resumen:** Se realiza un análisis comparativo entre el régimen de posesión en el Código Civil Federal y los códigos civiles locales de las 32 entidades federativas de México. Se exploran aspectos como el concepto de posesión, el objeto de la posesión, la adquisición de la posesión, las clases de posesión y otros temas relacionados. Se destacan diferencias clave, como la sustitución de la adquisición de la propiedad por prescripción positiva por la usucapión en algunos códigos estatales. Además, se discute la noción de posesión como un poder de hecho y la capacidad para poseer. Este análisis proporciona una visión general del régimen de posesión en México y sus variaciones locales.

**Palabras clave:** Posesión, régimen legal, usucapión, coposesión, prescripción positiva

**Abstract:** A comparative analysis is made between the regime of possession in the Federal Civil Code and the local civil codes of the 32 Mexican states. Aspects such as the concept of possession, the object of possession, acquisition of possession, classes of possession and other related topics are explored. Key differences are highlighted, such as the substitution of the acquisition of property by positive prescription for usucapion in some state codes. In addition, the notion of possession as a de facto power and the capacity to possess are discussed. This analysis provides an overview of the possession regime in Mexico and its local variations.

**Keywords:** Possession, legal regime, usucapion, co-possession, positive prescription

Recepción: 18 de octubre de 2022

Aceptación: 30 de marzo de 2023

**Sumario:** I. *Introducción.* II. *Análisis del régimen de la posesión en el código federal en comparación con el de los códigos civiles locales.* III. *Adquisición de la posesión.* IV. *Clases de posesión.* V. *Defensa de la posesión.* VI.

*Reglas sobre restitución de la cosa poseída relativas a los frutos, gastos, daños o pérdida de las cosas y mejoras. VII. Régimen en caso de coposesión. VIII. Continuidad, interrupción y pérdida de la posesión. IX. Adquisición de la propiedad mediante la posesión continuada. X. Síntesis del régimen de la posesión común a todos los códigos civiles mexicanos. XI. Bibliografía.*

## I. Introducción

Este trabajo contiene dos partes. La primera es un análisis del régimen de la posesión establecido en el Código Civil Federal (CCF) comparado con el que contienen los 32 códigos civiles de cada una de las entidades federativas. Mediante este análisis comparativo se destacan las diferencias del régimen de esta importante materia, que repercute en la vida cotidiana de todos los mexicanos. No obstante que se pueda detectar una misma estructura en todos los títulos (o capítulos) de los códigos civiles que rigen la posesión, hay importantes diferencias, algunas de las cuales pueden considerarse como un progreso en comparación con el régimen federal. Quizá la diferencia más notable es la sustitución, en nueve códigos civiles estatales, de la figura de la adquisición de la propiedad por “prescripción positiva”, con la figura de la usucapión, que ya no se considera como una especie del género prescripción, y que se trata dentro del título de la posesión y no, como en el código federal, en un título distinto.

Para hacer ese análisis he dividido la materia en nueve epígrafes: 1) concepto de posesión; 2) objeto de la posesión; 3) adquisición de la posesión; 4) clases de posesión; 5) defensa de la posesión; 6) reglas sobre restitución de la cosa poseída relativas a los frutos, gastos, daños o pérdida de las cosas y mejoras; 7) régimen en caso de coposesión; 8) continuidad, interrupción y pérdida de la posesión, y 9) adquisición de la propiedad mediante la posesión continuada.

En cada epígrafe se expone primero el régimen del código federal y luego se indican las diferencias que tienen los códigos locales.

La segunda parte es una síntesis de lo que es el régimen sobre la posesión primero común a todos los códigos civiles mexicanos. El lector, que quisiera obtener una visión general de la materia, puede leer primero esta segunda parte, y luego leer la parte específica del análisis comparativo que le interese, donde encontrará referencias específicas a todas las variantes de los códigos locales.



Este trabajo es un resultado preliminar de un trabajo más amplio, que concluirá con una apreciación crítica (no necesariamente negativa) del régimen actual, resultado de una comparación con el régimen del Derecho Romano clásico, y con una propuesta de una regulación común en esta materia para toda la República Mexicana

## **II. Análisis del régimen de la posesión en el Código Federal en comparación con el de los códigos civiles locales**

Para facilitar el análisis, se ha dividido el conjunto de reglas que rigen la posesión en el CCF<sup>1</sup> en nueve epígrafes. En cada uno de ellos se expone primero el régimen federal y luego se hacen notar las diferencias que hay en los códigos locales.

### **1. Concepto de posesión**

El CCF no precisa qué es la posesión, sino quién es poseedor; dice que es poseedor quien “ejerce un poder de hecho” sobre una cosa (artículo 790). De aquí se infiere que la posesión es simplemente un poder de hecho (no un derecho) que se tiene sobre una cosa.

Llama la atención que se refiera expresamente a un “poder de hecho” sin ninguna calificación jurídica, lo que indica que el CCF toma como punto de partida para establecer el régimen de la posesión, el hecho natural de que alguien ejerza poder o tenga control sobre alguna cosa. Sin embargo, en los artículos subsiguientes distinguirá diversos tipos de posesión, como posesión derivada u originaria, a título de dueño, de buena o de mala fe, a los que corresponden distintos efectos jurídicos. Esto significa que el concepto de posesión en el CCF no es meramente un poder de hecho, sino que también comprende un poder jurídicamente calificado. Por lo tanto, en el artículo 806 se refiere al “derecho de poseer”, y al hecho de poseer con o sin derecho.

El CCF no define directamente la posesión, pero afirma que el poseedor es quien ejerce un “poder de hecho” sobre un bien. Muchos

---

<sup>1</sup> En el CCF, la posesión se trata en el libro segundo, título tercero, en un capítulo único, que comprende los artículos 790 a 829. Y se complementa con las disposiciones del título séptimo sobre la prescripción positiva, es decir, por la adquisición de la propiedad, por medio de la posesión continuada (artículos 1135 a 1180).

códigos locales<sup>2</sup> ya definen directamente la posesión diciendo que “es un poder de hecho” que se ejerce sobre algún bien corpóreo. Algunos códigos explican cómo se ejerce ese poder de hecho, diciendo que se hace efectivo por medio de los actos que corresponden “al ejercicio de la propiedad”,<sup>3</sup> o por los actos de retener la cosa, aprovecharla o custodiarla,<sup>4</sup> o que es un poder que se ejerce sobre la cosa “en forma directa y exclusiva”, para su “aprovechamiento total o parcial o para su custodia”.<sup>5</sup> La mención de esos actos por los que se manifiesta el poder de hecho sobre la cosa, me parece que es simplemente una ilustración de lo que es ese poder, y no una lista limitativa de los actos que el poseedor puede ejercer. En particular, la indicación de que el poseedor ejerce el poder “en forma directa y exclusiva” no excluye que el poseedor originario o a título de dueño posea por medio de intermediarios o poseedores derivados.

Por su parte, los códigos de Puebla (PUE), San Luis Potosí (SLP) y Tlaxcala (TLAX),<sup>6</sup> aparentemente cambian el concepto de posesión, pues la definen como “la tenencia de un bien corpóreo... con el ánimo de comportarse como propietario”. La palabra “tenencia” de una cosa en vez de “poder de hecho” no significa nada diferente, pero la mención de que el poseedor debe comportarse como propietario, introduce un elemento subjetivo en la noción de posesión, pues, además del poder de hecho o tenencia, se requiere comportarse como propietario, es decir, tener la intención o ánimo de dueño.<sup>7</sup> El cambio no es tan fuerte, porque los tres códigos admiten que aquellas personas que reciben la posesión de una cosa ajena, en virtud de un acto jurídico, como un arrendamiento, son también poseedores, aunque no tengan el ánimo de dueño.

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, el Código Civil (CC) de Coahuila (COAH), artículo 1680.

<sup>3</sup> CC de Guanajuato (GTO), artículo 1037.

<sup>4</sup> CC de Morelos (MOR), artículo 965.

<sup>5</sup> Códigos civiles de Sonora (SON), artículo 960 y Tabasco (TAB), artículo 877.1.

<sup>6</sup> Códigos civiles de Puebla (PUE), artículo 1344; San Luis Potosí (SLP), artículo 736 y Tlaxcala (TLAX), artículo 1124.

<sup>7</sup> La idea de que la posesión jurídicamente protegida, en general, es aquella que se tiene con ánimo de dueño, y que la tenencia es el control de la cosa sin ánimo de dueño, o con el ánimo de poseer para otro, es la teoría de Savigny (1926), fuertemente refutada por Ihering, en *La Posesión*, (2a. ed.), (Adolfo Posadas, trad.), edición facsimilar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.

El CCF no hace una distinción expresa entre posesión de hecho y posesión de derecho, aunque está implícita en el artículo 803, cuyo texto establece que prevalece en la posesión el que tenga “mejor derecho”. En cambio, ocho códigos locales,<sup>8</sup> hacen expresa la distinción entre posesión de hecho y de derecho, e incluso, algunos<sup>9</sup> mencionan una posesión “contraria a derecho”.

En este sentido, la noción de posesión, como el mero poder de hecho, tiene la ventaja de que todo aquel que tenga una cosa puede, en principio, defender su posesión en contra de quien la perturbe o la tome violenta o clandestinamente para sí, y esta defensa jurídica sirve al mantenimiento de la paz pública. Sin embargo, puede plantearse un conflicto entre dos personas que afirman ser poseedores y perturbados o despojados por el otro, y, en este caso, es necesario averiguar quién tiene mejor derecho para poseer. Por eso, no puede abandonarse la distinción entre el hecho de tener una cosa y el derecho de tenerla.

## **2. Objeto de la posesión**

Son las cosas que pueden ser adquiridas en propiedad (artículo 749). Como el CCF no precisa a qué tipo de propiedad se refiere, se entiende que se pueden poseer las cosas de propiedad pública o privada. Por consiguiente, puede haber un propietario de un inmueble que lo posea por sí mismo, de modo que el propietario es también poseedor; o puede ser que el propietario cede el uso y la posesión a una tercera persona, en calidad de arrendatario, comodatario u otro título. De la misma manera, puede ser que un bien de propiedad pública, como un edificio público, una mina de oro o un yacimiento de petróleo, que son bienes de la propiedad de la Nación, sea poseído por otra persona pública o privada, en virtud de un contrato o una concesión.

De acuerdo con las reglas del CCF (artículo 747), no podrían ser poseídas, porque no pueden ser adquiridas, las cosas que están fuera del comercio por su propia naturaleza (artículo 749), porque se trata de cosas comunes a todos los hombres, como el aire, que no pueden

---

<sup>8</sup> Códigos civiles de COAH, artículo 1681; Guerrero (GRO), artículo 697; MOR, artículo 965; PUE, artículo 1344; Quintana Roo (QR), artículo 1780; SON, artículo 960; TAB, artículo 877 y TLAX, artículo 1127.

<sup>9</sup> Códigos civiles de COAH, artículo 1681 y GRO, artículo 697.

ser poseídas individualmente. Las cosas que no pueden ser adquiridas en propiedad particular, aunque el código las considera fuera del comercio (artículo 749), como pueden ser objeto de propiedad pública, sí pueden ser poseídas. Por lo tanto, las cosas que pueden ser objeto de posesión son todas aquellas que pueden ser objeto de propiedad privada o propiedad pública.

El CC de COAH introduce una novedad importante en este punto. La expresión común de que son objeto de posesión las cosas que son susceptibles de “apropiación”, suscita la duda de si se refiere a apropiación privada o pública. Este CC la elimina diciendo<sup>10</sup> que son objeto de posesión las cosas que pueden ser “objeto de relaciones jurídicas patrimoniales”, por lo tanto, también lo son los bienes públicos. Hay dos códigos que ponen reparos a la posesión de bienes públicos, el primero de ellos es el CC de Quintana Roo (QR), que señala<sup>11</sup> que no pueden ser objeto de posesión los “bienes que integran el patrimonio del Estado”, cuando hayan sido adquiridos ilícitamente por los particulares, lo cual parece tener la finalidad de evitar que esos particulares adquieran la propiedad de dichos bienes por prescripción positiva o usucapión, pero no excluye que los particulares puedan poseer bienes públicos lícitamente. El segundo, es el CC de MOR, y apunta que “los particulares” no pueden poseer los bienes que estén fuera del comercio, lo cual puede aplicarse, aunque sería excesivo a los bienes públicos.

Además de la posesión sobre cosas, el CCF (artículo 790), congruente con la idea de que los derechos personales son bienes (artículo 754) que pueden ser objeto de propiedad, reconoce que los derechos pueden ser objeto de posesión por quien “goza” del derecho.

En este mismo sentido, todos los códigos aceptan que la posesión puede tener como objeto las cosas corpóreas o los derechos que sean susceptibles de apropiación. No obstante, hay tres códigos<sup>12</sup> que añaden que el “estado civil” de las personas puede ser objeto de posesión, aunque no precisan en qué consiste la posesión de estado civil.

---

<sup>10</sup> CC de COAH, artículo 1960.

<sup>11</sup> CC de QR, artículos 1785 y 1786.

<sup>12</sup> Códigos civiles de TAB, artículo 885; Tamaulipas (TAMPS); artículo 685, TLAX, artículo 1134 y Zacatecas (ZCS), artículo 94, cuyo texto establece que son objeto de posesión “los derechos inherentes.

Hay otro código<sup>13</sup> que dice de manera más amplia que pueden poseerse “los derechos inherentes al estado civil de las personas”, lo cual no es igual a la posesión del estado civil, sino una especificación de algunos de los derechos que pueden poseerse.

La idea de que los derechos personales pueden ser objeto de posesión parece contraria a la noción misma de la posesión como un poder que se ejerce sobre una cosa que se percibe corpórea. Este error deriva de otro más general, que es el de considerar los derechos como si fueran cosas, si bien se les califica como “incorporales”, pero sujetas, en principio, al mismo régimen de las cosas corpóreas. Es conveniente mantener la distinción entre cosas (siempre corporales), que son el objeto de la posesión y los derechos reales, y derechos personales, que son la materia propia de las obligaciones y los contratos. El hecho de que, tanto las cosas corporales como los derechos personales, puedan ser considerados como los bienes que integran un patrimonio no deben oscurecer la diferencia entre derechos reales y derechos personales.

### III. Adquisición de la posesión

Adquirir la posesión es tomar el control físico sobre una cosa, es decir, ejercer sobre ella un poder de hecho. Puede ser que la misma persona que va a aprovecharse de esa cosa sea quien tome posesión de ella, pero también lo puede hacer por medio de un tercero que actúa como representante de aquella (artículo 795) en cumplimiento de un deber o de un mandato, o que actúa como gestor oficioso, sin mandato, pero en este caso, el representado solo adquiere la posesión si ratifica lo que hizo el gestor.

La regla del CCF de que la posesión puede adquirirse directamente o por medio de otra persona la siguen casi todos los códigos locales. Sin embargo, hay tres códigos<sup>14</sup> que hacen un cambio importante, aunque no es congruente con la definición de la posesión como el hecho de tener una cosa, porque establecen una “capacidad para

---

<sup>13</sup> CC de ZCS, artículo 94.

<sup>14</sup> Códigos civiles de PUE, artículo 1347; TAB, artículo 889 y Yucatán (YUC), artículo 626.

poseer”. Según estos códigos, tienen esa capacidad los que son capaces de adquirir, por lo tanto, los incapaces no adquieren directamente la posesión sino a través de sus representantes legales o por medio de un mandatario.<sup>15</sup> La idea de que existe una capacidad para poseer implica la noción de que la posesión es un derecho. Hay dos códigos<sup>16</sup> que no hacen referencia al punto de cómo se adquiere la posesión.

## IV. Clases de posesión

El CCF distingue diversas clases de posesión, atendiendo a diferentes puntos de vista. No obstante, esas distinciones, más que referirse a la posesión en sí, se refieren a los poseedores.

### 1. *Posección originaria y derivada*

Considerando si el poseedor tiene el poder sobre la cosa por ser propietario o por haberlo recibido del propietario, el CCF (artículo 791) distingue entre el poseedor originario, que es quien tiene la cosa a título de propietario, y el poseedor derivado, que es quien la ha recibido del propietario en virtud de algún acto jurídico, como arrendamiento, usufructo, prenda u algún otro semejante.

El CCF aclara (artículo 793) que quien tiene una cosa “en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario”, que la retiene para provecho del propietario y siguiendo sus instrucciones, no es poseedor derivado y mucho menos originario. Es el caso de un trabajador o empleado del propietario, por ejemplo, el chofer de un auto, o el velador de una instalación, una casa o un terreno; tal persona no posee para sí, si no para la persona de la cual depende.

Esa aclaración hace ver que el poseedor derivado, aunque sea de modo limitado, es un poseedor independiente del propietario, a diferencia del subordinado. Cabe preguntar si aquel a quien el propieta-

---

<sup>15</sup> Parece poco congruente que los incapaces para poseer puedan nombrar, por sí mismos, un “mandatario” que pueda poseer lo que ellos no son capaces de poseer, por lo que cabe entender que este mandatario es un representante legal y no un voluntario.

<sup>16</sup> Códigos civiles de TAMP y ZCS. 4.

rio le ha cedido gratuitamente el uso y posesión temporal de un bien mueble o inmueble ¿es poseedor derivado o poseedor subordinado? El artículo 791 dice que el poseedor derivado ha recibido la posesión como arrendatario, usufructuario, acreedor, pignoraticio o por “otro título análogo”, como podría ser el comodato o préstamo gratuito del uso de una cosa.<sup>17</sup> Desde el punto de vista de que el comodato es un título análogo a los otros mencionados, podría concluirse que el comodatario es poseedor derivado. Por el contrario, considerando que el comodato es un préstamo gratuito y que el comodatario suele recibir únicamente un uso limitado de la cosa, podría considerarse que no es poseedor independiente. No obstante, en muchos casos, en particular respecto de bienes inmuebles, el comodatario, aunque tenga el uso gratuito de la cosa, presta un servicio importante al propietario en cuanto conserva y custodia el inmueble. Me parece que la cuestión debe juzgarse caso por caso.

La distinción entre poseedor originario y derivado tiene algunas consecuencias prácticas, en relación con la defensa judicial de la posesión y con la obligación de restituir la cosa poseída, aspectos que se analizarán al tratar la defensa de la posesión y su régimen. En cambio, la consecuencia más importante es que únicamente la posesión originaria es la que permite adquirir la propiedad de la cosa por medio de la prescripción positiva o usucapión. Eso no está expresado con claridad en el CCF, por lo que es necesario demostrarlo. El artículo 826 señala que únicamente la posesión que se adquiere y se mantiene “en concepto de dueño” puede dar lugar a la prescripción, pero no hay un artículo que precise en qué consiste dicha posesión. Hay dos artículos (810 y 812) que se refieren al poseedor a “título traslativo de dominio”, que puede ser un poseedor de buena o de mala fe. Por otra parte, el artículo 813 se refiere a la posesión “en concepto de

---

<sup>17</sup> El comodato es originariamente un contrato respecto de cosas muebles, y si bien el CCF no dice expresamente que se refiera a cosas muebles (artículos 2497 a 2515, eso está implícito en algunas de sus disposiciones, por ejemplo, las que se refieren a la pérdida de la cosa, pues los inmuebles no se pierden. Por el contrario, la Suprema Corte de Justicia ha admitido que pueda darse el comodato sobre bienes inmuebles, y así se practica en México. El comodato entre el propietario y el que recibe la posesión puede que no se manifieste en un documento escrito, pero en todo caso, el propietario, al dar la posesión, manifiesta su voluntad de cederla gratuitamente, y el que la recibe, manifiesta su voluntad de tenerla de manera limitada, sujeta a las instrucciones del propietario, y mientras él no la reclame.

dueño” de un poseedor de mala fe. Cabe preguntar si hay alguna diferencia entre la posesión originaria, la posesión en concepto de dueño y la posesión “a título traslativo de dominio”. Como el CCF afirma (artículo 791) que el poseedor originario es aquel que posee “a título de propietario”, es decir que posee la cosa, porque la ha adquirido mediante un título traslativo de dominio, como una compraventa, cabe concluir que la posesión originaria es la misma posesión a título de dueño o a título traslativo de dominio, y que las tres expresiones (posesión originaria, posesión en concepto de dueño y posesión a título traslativo de dominio) son diferentes maneras de referirse a la misma realidad: que alguien tiene una cosa como consecuencia de un acto o título traslativo de dominio. La posesión originaria es ordinariamente la que tiene el propietario de la cosa, pero si su título es defectuoso y no ha adquirido la propiedad por la deficiencia del título, podrá adquirirla por usucapión.

La posesión originaria o posesión en concepto de dueño puede ser de buena o de mala fe. La posesión derivada también puede calificarse de buena o mala fe.

Veintisiete de los treinta y dos códigos locales, usan la distinción entre posesión originaria y derivada, tal como lo hace el CCF. Los códigos de GTO,<sup>18</sup> PUE,<sup>19</sup> TLAX<sup>20</sup> y TAB<sup>21</sup> usan la distinción en el mismo sentido que el CCF, pero cambian los nombres: llaman posesión civil a la posesión originaria y posesión precaria<sup>22</sup> a la derivada. El CC de COAH sigue la nomenclatura del CCF, pero admite, además de la originaria y la derivada, un tercer tipo de posesión, la posesión precaria.<sup>23</sup>

Algunos códigos amplían la noción de posesión originaria o posesión derivada. Los códigos de GRO y QR<sup>24</sup> equiparan la posesión ori-

---

<sup>18</sup> Códigos civiles de GTO, artículo 1039; PUE, artículos 1346 y 1351, y TLAX, artículo 1128.

<sup>19</sup> CC de PUE, artículos 1346 y 1351. Aclara (artículo 1350) que el poseedor precario de la cosa es también poseedor del derecho real o personal por el cual tiene la cosa.

<sup>20</sup> CC de TLAX, artículo 1128.

<sup>21</sup> CC de TAB, artículo 879.

<sup>22</sup> El nombre de posesión precaria no parece adecuado para la posesión derivada, porque precaria es la posesión que se obtiene a ruegos (del verbo latino *precor*, que significa rogar), mientras que la posesión derivada se obtiene por un acto jurídico, muchas veces oneroso, como el arrendamiento.

<sup>23</sup> CC de COAH, artículo 1686.

<sup>24</sup> Códigos civiles de GRO, artículo 699 y QR, artículo 1782.



ginaria al poder de hecho que ejerce una persona sobre una cosa, aunque no tenga derecho, sí “pretende convertirse en propietario por usucapión”; aparentemente, basta la intención de querer ser propietario, para que la posesión sea originaria, y pueda dar lugar a la usucapión; en el CC de GRO<sup>25</sup> se dice que para adquirir por usucapión se requiere la posesión “en concepto de dueño”, pero eso también puede decirse del que no tiene derecho para poseer; en este código, el concepto de posesión originaria se vuelve totalmente subjetivo: es la posesión de quien quiere convertirse en propietario, y ¿quién no lo quiere?; lo quiere el ladrón, lo mismo que el comprador, el que invadió un terreno, que el que lo recibió por herencia. El CC de QR<sup>26</sup> es más claro, pues dice que poseer “en concepto de dueño” no “queda al arbitrio del poseedor, sino que debe estar fundado en justo título”; de esta manera vuelve a reducir la posesión originaria a la que se tiene con título de propietario.

La posesión derivada, que en el CCF es la que se obtiene por un acto jurídico del propietario o poseedor originario, en algunos códigos, como el de COAH y el de QRO<sup>27</sup> se amplía para comprender también al que posee por virtud de un decreto judicial o administrativo. En estos casos, el nombre de “posesión derivada” no parece adecuado, pues quien recibe la cosa por algún decreto potestativo, no deriva su posesión del poseedor originario, sino que es puesto en ella por una orden imperativa.

De todos los códigos locales, únicamente el CC de Yucatán (YUC)<sup>28</sup> omite la distinción de la posesión en originaria y derivada; señala expresamente<sup>29</sup> que quien posee “en nombre de otro, no es poseedor en derecho”, lo que implica que únicamente quien posee a nombre propio es poseedor con derecho. Y solo distingue entre el poseedor de buena fe y el de mala fe.

---

<sup>25</sup> CC de GRO, artículo 735.

<sup>26</sup> CC de QR, artículo 1837.

<sup>27</sup> Códigos civiles de COAH, artículo 1683 y QRO, artículo 787.

<sup>28</sup> CC de YUC en el capítulo sobre disposiciones generales de la posesión, artículos 625 a 634, solo hace la distinción entre posesión de buena y de mala fe; sin embargo, al hablar de los actos registrables, se refiere (artículo 2172) a aquellos por los que se constituya, modifique o transmita la “posesión originaria”; puede entenderse que en este código la posesión de buena fe es posesión originaria.

<sup>29</sup> CC de YUC, artículo 628.

El CCF<sup>30</sup> señala que quien posee como subordinado de otro, y siguiendo las instrucciones de éste, no es poseedor. Esta afirmación la repiten todos los códigos locales, sin excepción, pero con algunas variantes. El CC de COAH<sup>31</sup> establece que tal persona es un “mero detentador”; el CC de TAB<sup>32</sup> lo llama “simple detentador subordinado”, el CC de TLAX,<sup>33</sup> “simple subordinado”. El nombre de detentador hace referencia a la persona que tiene una cosa, es decir, a la que ejerce un poder de hecho sobre ella. Esto hace ver que el CCF no es congruente con su definición de la posesión, como mero poder de hecho sobre una cosa, cuando considera que aquel que tiene una cosa, aunque sea quien la detenta o su detentador, no es poseedor. Debe considerarse que el hecho de tener una cosa puede estar, o no, jurídicamente protegido: la tenencia jurídicamente protegida es la posesión en sentido jurídico, en cambio, la tenencia no protegida se puede llamar, como lo hacen los códigos citados, posesión simple o mera tenencia. El CC de Zacatecas (ZCS)<sup>34</sup> da un nombre diferente al detentador subordinado: lo llama “poseedor derivado”, lo cual equivale a considerarlo un poseedor jurídicamente protegido, a diferencia de lo que hacen todos los demás códigos.

El CC de COAH,<sup>35</sup> a la distinción de posesión originaria o derivada, le añade una nueva categoría: la posesión “precaria”.<sup>36</sup> Ésta es la posesión que alguien obtiene de un poseedor originario o derivado por medio de “ruego o en virtud de una concesión graciosa revocable en cualquier momento y a discreción del concedente”; el código aclara que este poseedor carece de toda acción o excepción respecto de la cosa que posee. En realidad, ese poseedor precario es igual al “mero detentador”, al que se refieren todos los códigos, que tiene la cosa, pero carece de defensa jurídica para conservarla.

Conforme al CCF, la posesión que puede dar lugar a la usucapión o prescripción positiva es la posesión “en concepto de dueño” que,

---

<sup>30</sup> CCF, artículo 793.

<sup>31</sup> CC de COAH, artículo 1685.

<sup>32</sup> CC de TAB, artículo 883.

<sup>33</sup> CC de TLAX, artículo 1132.

<sup>34</sup> CC de ZCS, artículo 93.

<sup>35</sup> CC de COAH, artículos 1686 y 1688.

<sup>36</sup> Como se mencionó arriba, hay códigos que llaman posesión precaria a la posesión derivada, pero el CC de COAH no hace ese cambio de nombre.

como se explicó arriba, equivale a la posesión originaria. Todos los códigos locales repiten esa afirmación, aunque hay cinco que la expresan de manera ligeramente diferente. Los códigos de COAH y TAB<sup>37</sup> dicen que solo la “posesión originaria” puede dar lugar a la usucapión, lo que viene a confirmar la conclusión de qué posesión en concepto de dueño y posesión originaria son lo mismo. Los códigos de PUE y TLAX,<sup>38</sup> de conformidad con la nomenclatura que adoptaron, dicen que es la “posesión civil” o posesión “a nombre propio” la que es apta para usucapir. El CC de QR<sup>39</sup> dice que es la posesión “en concepto de propietario” “fundado en justo título”. El CC de YUC,<sup>40</sup> que no distingue entre posesión originaria y derivada, señala que la posesión “en concepto de propietario” y “en nombre propio” es la posesión apta para prescribir. Es decir, que hay unanimidad en el sentido de que la posesión apta para adquirir la propiedad es la posesión originaria, que es igual a la posesión civil o a la posesión en concepto de dueño o propietario.

## **2. Posesión de buena fe y de mala fe**

El CCF hace esa distinción, desde la perspectiva de, si el poseedor tiene un título o causa, es decir, un acto jurídico, gracias al cual obtuvo la posesión de la cosa, o carece de título. Dice el artículo 806 que es poseedor de buena fe “el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer”. Y es poseedor de mala fe “el que entra en la posesión sin título alguno para poseer”, por ejemplo, el que posee alguna cosa robada o el que se introdujo en un inmueble sin autorización ni conocimiento del dueño; pero también es poseedor de mala fe el que “conoce los vicios” del título por el cual posee, por ejemplo, el arrendatario que sabe que el supuesto arrendador no es propietario ni tiene poder jurídico para hacer ese contrato, o el que compra una cosa que sabe que fue robada.

---

<sup>37</sup> Códigos civiles de COAH, artículo 1735 y TAB, artículo 906.

<sup>38</sup> El CC de PUE, en su artículo 1394 habla de poseedor a nombre propio, y el artículo 1397 de posesión civil. El CC de TLAX (artículo 1186-I) habla solo de posesión civil; cfr. artículos 1180 y 1181.

<sup>39</sup> CC de QR, artículos 1836-I y 1837.

<sup>40</sup> CC de YUC, artículos 949 y 956-I.

El poseedor de buena fe puede ser un poseedor derivado que toma posesión por virtud de un contrato de arrendamiento o algún otro acto jurídico semejante. También puede ser un poseedor originario que toma posesión por virtud de un acto traslativo de dominio, como una compraventa o una donación.

El poseedor de mala fe puede ser un poseedor derivado, que carece de título para poseer o que conoce los vicios del título por el cual posee, o un poseedor originario, que posee por virtud de un título traslativo de dominio que él sabe que es defectuoso, por ejemplo, el que posee por haber comprado de alguien que sabía que no era el propietario.<sup>41</sup> Se trata entonces de un poseedor de mala fe, pero en concepto de dueño (artículos 812 y 813).

Un tipo especial de poseedor de mala fe es el que adquiere la posesión por medio de “algún hecho delictuoso” (artículo 814), quien tiene, ante el legítimo propietario, una responsabilidad mayor que la del poseedor común de mala fe.

El CCF (artículo 807) señala que se presume que todo aquel que posee una cosa, sea poseedor originario, sea derivado,<sup>42</sup> es poseedor de buena fe,<sup>43</sup> y que esta presunción solamente termina cuando el adversario en un juicio prueba la mala fe, es decir, prueba que el poseedor no tiene título para poseer o que conoció los defectos del título por el cual posee. La prueba de que el poseedor no tiene título sería indirecta, es decir, consistiría en que el actor pida al poseedor que exhiba el título de su posesión, y si no lo exhibe, se demuestra su mala fe. La prueba de que el poseedor conoció los defectos de su título implicaría la prueba de que tuvo conocimientos que le harían pensar que el título era defectuoso, como que compró a alguien que se dedicaba al comercio de cosas robadas.

La buena o mala fe se consideran en el momento en que alguien entra en la posesión. Quien es poseedor de buena fe, en principio si-

---

<sup>41</sup> Los artículos 812 y 813 se refieren al poseedor originario, o en concepto de dueño, y de mala fe.

<sup>42</sup> El artículo, sin hacer ninguna distinción, simplemente afirma: “la buena fe se presume siempre”, y añade que quien afirme la mala fe del “poseedor”, sin distinguir si es originario o derivado, debe probarla.

<sup>43</sup> Esta presunción viene a proteger a cualquier persona que tenga una cosa, porque se presume que es poseedor de buena fe, es decir, que tiene un título para poseer originaria o derivadamente.

gue poseyendo con ese carácter, salvo que (artículo 808) se demuestre que “no ignora que posee la cosa indebidamente”. Parece que el CCF admite que quien poseyó originariamente con buena fe, pierde esa calidad si llega a saber que su posesión es ilegítima, y esto se demuestra.<sup>44</sup>

La distinción entre el poseedor de buena fe y el de mala fe tiene consecuencias prácticas para definir la responsabilidad que tiene el poseedor respecto de la cosa, cuando el legítimo propietario la reivindica, responsabilidad que, lógicamente, es más grave para el poseedor de mala fe que para el de buena fe. También interesa para determinar el plazo de posesión continua que se requiere para adquirir la propiedad por medio de la prescripción positiva o usucapión, que es un plazo mayor cuando se posee de mala fe.

Los códigos locales en su gran mayoría (25 de 32) aceptan sin cambios la distinción del código federal entre la posesión de buena fe, que se adquiere por un título o causa suficiente, y la posesión de mala fe, como la que se adquiere sin un título o causa suficiente; así como la regla que presume la buena fe del poseedor, y que ésta puede interrumpirse si el poseedor llega a conocer los vicios o la insuficiencia del título por el cual posee. Los cambios que contienen los otros siete códigos<sup>45</sup> no son muy importantes.

Algunos códigos<sup>46</sup> agregan que también es poseedor de buena fe, además del que ignora los vicios de su título, el que ignora que su título para poseer es insuficiente, lo cual es una manera diferente de decir lo mismo. Algo semejante prescribe el CC de GTO,<sup>47</sup> en cuyo texto afirma que es poseedor de buena fe el que no tiene título para poseer, pero cree con fundamento que lo tiene, pues su fundamento para creer que tiene un título es algún título insuficiente o vicioso. Consecuentemente, es poseedor de mala fe el que sabe que su título es insuficiente, o el que cree, sin fundamento, que su título es su-

---

<sup>44</sup> El artículo dice que la “posesión adquirida” de buena fe deja de serlo si el “poseedor no ignora” que su posesión es ilegítima. Como el artículo primero se refiere a un tiempo pretérito con la expresión “posesión adquirida” y luego a un tiempo presente cuando dice el poseedor “no ignora”, gramaticalmente se entiende que llegó a saber (a no ignorar) después de haber adquirido la posesión.

<sup>45</sup> Códigos civiles de COAH, GTO, JAL, PUE, TAB, TAMPS, TLAX y YUC.

<sup>46</sup> Códigos civiles de PUE, artículo 1367; TAB, artículo 901; TAMPS, artículo 694 y TLAX, artículo 1150.

<sup>47</sup> CC de GTO, artículo 1053.

ficiente. Hay códigos<sup>48</sup> que señalan expresamente que quien se hace de la posesión por violencia o clandestinamente es poseedor de mala fe, y el de Jalisco<sup>49</sup> que dice que quien posee bienes de dominio público es siempre poseedor de mala fe.<sup>50</sup>

Respecto de la presunción de buena fe del poseedor, la mayoría de los códigos la establece en los mismos términos que el código federal. Algunos<sup>51</sup> la establecen diciendo que se presume que el poseedor ignora los vicios de su título, lo cual es otro modo de decir que se presume que es poseedor de buena fe; otros<sup>52</sup> dicen que la “apariencia” de un justo título es fundamento para que el poseedor crea que tiene un título suficiente, es decir, para que se presuma que es poseedor de buena fe.

El CC de YUC<sup>53</sup> establece la presunción de buena fe de un modo singular. Primero, afirma que se presume que es poseedor de mala fe aquel que adquiere la posesión por violencia, y luego, que en los demás casos se presume la buena fe del poseedor.

Sobre la pérdida de la buena fe del poseedor cuando conoce los defectos de su título, casi todos los códigos siguen lo previsto en el CCF, excepto algunos,<sup>54</sup> que no hablan de que se pierda la buena fe, sino de que ésta se interrumpe en los mismos casos en que se interrumpe la usucapión,<sup>55</sup> entre los cuales está el hecho de que el poseedor sea demandado o citado judicialmente; esta referencia hace más fácil la prueba de la pérdida de la buena fe. Hay una precisión importante en el CC de COAH,<sup>56</sup> pues afirma que la mala fe sobrevinida “perjudica al poseedor, pero sus efectos no son retroactivos”, lo cual resulta muy adecuado para juzgar acerca de los frutos, gastos y

---

<sup>48</sup> Códigos civiles de PUE, artículo 1372; TAMPS, artículo 697-V y TLAX, artículo 1153.

<sup>49</sup> CC de JAL, artículo 856.

<sup>50</sup> Eso es una exageración, pues es razonable que se afirma la mala fe del poseedor originario sobre bienes de dominio público, pero no del poseedor derivado.

<sup>51</sup> Códigos civiles de PUE, artículo 1370; TAB, artículo 901; TAMPS, artículo 694 y TLAX, artículo 1150.

<sup>52</sup> Códigos civiles de PUE, artículo 1371 y TAB, artículo 902-II.

<sup>53</sup> CC de YUC, artículo 633.

<sup>54</sup> Códigos civiles de TAB, artículo 908; TLAX, artículo 1157 y YUC, artículo 634.

<sup>55</sup> La usucapión se interrumpe por pérdida de la posesión, por demanda o emplazamiento judicial, por reconocimiento expreso del poseedor, o por reconocimiento tácito, esto es, cuando conozca que existe un derecho de propiedad sobre la cosa que posee.

<sup>56</sup> CC de COAH, artículo 1710.

accesorios de los que responde el poseedor de buena o mala fe ante el legítimo propietario.

## V. Defensa de la posesión

La defensa jurídica que protege a quien tiene una cosa en su poder es el principal derecho que tiene el poseedor, gracias al cual puede retener o recuperar la cosa de quien lo perturbe o le quite la cosa.

La primera defensa del poseedor es la presunción que tiene de ser propietario, si es poseedor originario, o de que adquirió la posesión del legítimo propietario, si es que es poseedor derivado, así lo define el CCF (artículo 798). Esta presunción hace que quien quiera discutir el derecho del poseedor originario tenga que demostrar que él, o un tercero, es el verdadero propietario o un poseedor con mejor derecho, por ejemplo, por haber comprado la cosa antes que el poseedor actual; y si quisiera discutir el derecho del poseedor derivado, deberá demostrar que él o un tercero es el legítimo propietario o un poseedor con derecho a ceder la posesión con preferencia respecto de aquel que cedió la posesión al poseedor derivado.

La defensa activa del poseedor está prevista en el CCF (artículo 803), mismo que a la letra dice que cualquier poseedor, sin distinguir si es poseedor originario o derivado, de buena o de mala fe, de cosa mueble o inmueble, “debe ser mantenido o restituido en la posesión”, frente a aquel que no tenga un “mejor derecho para poseer”. El recurso ordinario del poseedor para defender la posesión es el interdicto posesorio, que puede ser de retener o de recuperar la posesión.<sup>57</sup>

Asimismo, el artículo 803 explica que es mejor la posesión que se funda en un título o, si se trata de inmuebles, la que esté inscrita en el registro público. El título para poseer puede ser un título traslativo de dominio o un título que solo otorgue la posesión y algún derecho de uso o de disfrute. Si se presentara una controversia entre un poseedor originario con título traslativo de dominio y otro poseedor derivado con el título correspondiente, por ejemplo, entre un propietario

---

<sup>57</sup> Algunos códigos de procedimientos civiles, como el de la Ciudad de México, han suprimido los interdictos, que eran considerados como juicios sumarios o sumarísimos, de modo que ahora la posesión se defiende mediante un juicio ordinario de posesión.

y un arrendatario, desde el punto de vista de la posesión, debe prevalecer el poseedor originario porque su título es mejor.<sup>58</sup> Si la controversia se plantea entre poseedores que carecen de título o que tienen títulos iguales, prevalece la posesión más antigua. Si la posesión más antigua es la del poseedor actual, éste debe ser defendido respecto del que la pretende, y sería una defensa que le permitirá mantener o retener la posesión. Sin embargo, si la más antigua no fuera la del poseedor actual, porque fue despojado de la cosa, y éste la reclama del poseedor actual, entonces entra en juego otra regla, la del artículo 804, que dice que el que perdió la posesión puede recuperarla si no ha pasado más de un año “desde que se verificó el despojo”.<sup>59</sup> Esto significa que quien perdió la posesión de la cosa no podrá recuperarla si ha pasado un año, contado a partir del día que la perdió, aunque pudiera probar un mejor título o mayor antigüedad que su adversario. Teniendo en cuenta conjuntamente las reglas de los artículos 803 y 804 del CCF, debe concluirse que la defensa para recuperar la posesión caduca al año de haberla perdido,<sup>60</sup> en cambio, la defensa para retener la posesión es permanente.

La defensa de la posesión toma en cuenta la distinción entre poseedor originario y poseedor derivado. En primer lugar, según lo establecido en el CCF, en el caso de que el poseedor derivado pierda la posesión por “despojo”<sup>61</sup> (artículo 792), palabra que se refiere a bienes inmuebles, el poseedor originario es quien puede pedir la restitución.

---

<sup>58</sup> El artículo no dice expresamente que sea mejor el título de posesión originaria que el de posesión derivada, pero ello está implícito porque dice que, si los títulos fueran iguales, prevalece la posesión más antigua; en ello se implica que puede haber títulos desiguales, como podrían serlo el que otorga la posesión originaria y el que otorga solo la derivada. No obstante, si la controversia se planteara desde la perspectiva del contrato de arrendamiento, podría prevalecer el arrendatario (poseedor derivado) contra el arrendador (poseedor originario), si el contrato sigue vigente.

<sup>59</sup> En el CCF, la palabra “despojo” se suele usar respecto de la pérdida de la posesión de un bien inmueble; esto podría hacer pensar que la regla del artículo 804 solo vale para la posesión de inmuebles; pero, como el artículo 803 se refiere a la defensa de “todo poseedor”, cabe interpretar, por el contexto, que el artículo 804 también se refiere a la posesión de un bien mueble que se ha perdido por cualquier causa.

<sup>60</sup> En algunos códigos locales se dispone que el poseedor que fue desposeído de la posesión por más de un año, si es poseedor originario con título suficiente, puede recuperar la cosa ejerciendo la acción plenaria de posesión (o acción publiciana).

<sup>61</sup> La palabra “despojo” usualmente se refiere a la ocupación violenta de un bien inmueble; si se trata de muebles, se hablaría de robo. El artículo, por lo tanto, parece referirse a la pérdida de la posesión de un bien inmueble.



ción en favor del poseedor derivado. Si el CCF considera al poseedor derivado como verdadero poseedor (como se infiere del artículo 803), debería concederle el recurso para defender por sí mismo la cosa objeto de su posesión; la restricción que impide que el poseedor derivado pueda defenderse por sí mismo del despojo, solo tiene sentido si se refiriera al caso de que quien despojó tuviera un mejor derecho para poseer que el poseedor derivado, de modo que solo el poseedor originario podría demostrar un mejor derecho para poseer.

Para facilitar la defensa del poseedor, el CCF ordena otras dos presunciones. Una dice (artículo 801) que el poseedor actual, si demuestra haber poseído en un tiempo anterior, se presume que poseyó en el tiempo intermedio; esto puede servir al poseedor, que quiere retener la posesión, o al que, sin haber pasado un año de la desposesión, quiere recuperarla, pues le facilita la prueba de que su posesión es la más antigua. La otra indica (artículo 802) que el poseedor del inmueble posee también los muebles que hay en él, lo que significa que el poseedor puede defender el conjunto de cosas con solo demostrar que su posesión sobre el inmueble es mejor que la del adversario. Ambas presunciones pueden servir también, como se verá más adelante, en el caso de adquisición de la propiedad por prescripción positiva.

En este sentido, el CCF contempla algunas reglas especiales (artículo 799) para la defensa del “poseedor de una cosa mueble perdida o robada”,<sup>62</sup> cuando el poseedor quiere recuperarla de un adquirente de buena fe. Una de estas reglas señala que el poseedor no podrá recuperarla de un “tercero de buena fe”,<sup>63</sup> que la hubiera adquirido en almoneda o subasta,<sup>64</sup> o que la hubiera comprado en un mercado público, a menos que le reembolse el precio que pagó por la cosa. Hasta aquí parece que la defensa posesoria de una cosa mueble perdida o robada consiste únicamente en la posibilidad de recuperar la cosa pagando un precio, pero el artículo añade que el poseedor tiene “de-

---

<sup>62</sup> La expresión del CCF es ambigua, pues puede entenderse en el sentido de que el poseedor tiene una cosa que fue perdida o robada, o en el sentido de que el poseedor que tenía una cosa la perdió o le fue robada; este último parece el sentido auténtico, pues el artículo se refiere a ese poseedor que ahora quiere recuperar la posesión que perdió.

<sup>63</sup> Es decir, de alguien que ni encontró la cosa perdida ni la robó.

<sup>64</sup> Lo cual hace pensar que la cosa perdida fue entregada a la autoridad correspondiente y luego vendida en almoneda pública, Ver los artículos 781 y 783.

recho de repetir contra el vendedor”, es decir, de recuperar de éste el precio que tuvo que pagar al adquirente de buena fe. Con tal posibilidad de repetir, resulta que quien tiene que pagar la pérdida que sufrió el poseedor es el primer adquirente que luego vendió la cosa perdida o robada y que tiene que devolver el precio cobrado. El resultado es que el poseedor original recupera la cosa, el comprador recupera el precio que pagó, y el que vendió la cosa, tiene que devolver el precio cobrado. Lo previsto en este artículo tiene sentido respecto de cosas valiosas, como joyas, obras de arte o antigüedades. El poseedor que pretende recuperar una cosa de ese tipo, reembolsando el precio que pagó el adquirente, debe probar que él era poseedor de la cosa, que luego perdió o le fue robada.

El CCF (artículo 800) dispone una segunda regla respecto de la “moneda y los títulos al portador”, de los cuales dice que “no pueden ser reivindicados del adquirente de buena fe”, aunque el poseedor hubiera sido privado de ellos en contra de su voluntad. En ese mismo sentido, el CFF, a diferencia de lo que afirma respecto de las cosas perdidas o robadas, no señala que se puedan recuperar pagando el precio que pagó el adquirente de buena fe. Esta diferencia de tratamiento se debe explicar por la distinta naturaleza de las cosas en cuestión. Conviene comenzar la explicación con lo más sencillo: los “títulos al portador” no son realmente cosas en posesión, sino créditos que tiene el portador del título contra el deudor u obligado que aparece ahí mencionado. Quien tenía originalmente ese título tenía un crédito para cobrar cierta cantidad, que lo perdió cuando fue despojado del título. Quien lo adquirió de buena fe tiene ahora, por ser su portador, el crédito que antes tenía el otro. La regla de que no se puede recuperar el título que fue robado sirve para dar seguridad al portador de un título de que él lo puede cobrar. Quien sufrió la pérdida del título podrá exigir a quien se lo quitó que le pague la cantidad consignada en el título; en realidad, no se trata de que recupere la posesión del título, sino que pueda cobrar la cantidad debida, aunque no tenga el título al portador.

El caso de quien ha perdido “moneda” requiere interpretar el sentido que tiene la palabra “moneda”, que puede entenderse en el sentido de una cantidad de dinero, o en el sentido de una moneda valiosa y específica, por ser, por ejemplo, parte de una colección de monedas antiguas. Si la palabra moneda se interpreta en el primer sentido, es

un caso análogo al que pierde un título de crédito: el que perdió esa cantidad puede exigir a quien se la quitó la devolución de una cantidad igual de la misma moneda, pues no tiene ningún sentido exigir que devuelva exactamente las mismas monedas que le quitó. En el caso de que la moneda sea una cosa específica, cabe aplicar la regla que se refiere a las cosas muebles perdidas o robadas, prevista en el artículo 799, que permite que el poseedor, que perdió o sufrió el robo de la cosa, la recupere, reembolsando el precio que pagó el tercero adquirente de buena fe.

Todos los códigos locales tienen la presunción de que el poseedor originario o poseedor civil es propietario, pero hay tres<sup>65</sup> que la complementan con otra: la que dice que todo poseedor es poseedor originario o a nombre propio, con lo cual se amplía la presunción en el sentido de que todo poseedor, originario o derivado, civil o precario, se presume propietario, lo cual parece excesivo.

La defensa de la posesión por medio de los interdictos de retener o recuperar la posesión, o “juicios posesorios”, la contemplan todos los códigos de las entidades federativas, con algunas diferencias. Una de éstas es que el interdicto de recuperar la posesión, que en el CCF aparentemente solo podría intentarlo el poseedor originario, aunque por interpretación se pueda concluir que también lo puede ejercer el poseedor derivado, siete códigos locales<sup>66</sup> afirman que el poseedor derivado puede ejercerlo. Otra diferencia es que en el CCF el interdicto de recuperar la posesión caduca si no se ejerce en el plazo de un año después del despojo, y así lo mantienen todos los códigos locales, salvo dos,<sup>67</sup> que afirman que caduca a los seis meses. Otra diferencia, de más fondo, pero que únicamente la tiene el CC de CHIS,<sup>68</sup> es que, a diferencia de los demás códigos que dicen que es mejor la posesión con título o la más antigua, ese código simplemente dice que será la “autoridad competente” la que determine por sí misma cuál es la posesión mejor.

---

<sup>65</sup> Códigos civiles de PUE, artículo 1373; TAB, artículo 892 y TLAX, artículo 1139.

<sup>66</sup> Códigos civiles de CAMP, artículo 804; Chihuahua, artículo 762; CHIS, artículo 786; COAH, artículo 1741; GTO, artículo 1049; QRO, artículo 788 y TAMPS, artículo 698.

<sup>67</sup> Códigos civiles de TAB, artículo 892 y TAMPS, artículo 699.

<sup>68</sup> CC de CHIS, artículo 797.

Hay una adición importante en cinco códigos,<sup>69</sup> que es la inclusión de un recurso adicional al poseedor que pierde en el interdicto o juicio por no tener la tenencia de la cosa por más de un año, al que tres códigos<sup>70</sup> llaman acción plenaria de posesión y los otros dos no le dan un nombre propio.

Mención aparte merece el CC de COAH,<sup>71</sup> que destina un capítulo especial sobre la tutela de la posesión, en el que regula con detalle los interdictos de retener y recuperar la posesión, la acción plenaria de posesión y añade otros recursos para la defensa del poseedor: los interdictos de obra nueva y de obra peligrosa y la acción publiciana, distinta de la plenaria de posesión. Por su parte, el CC de PUE<sup>72</sup> regula con mayor detalle en qué consiste el hecho de recuperar la posesión.

## **VI. Reglas sobre la restitución de la cosa poseída, relativas a los frutos, gastos, daños o pérdida de la cosa y mejoras**

Las reglas que da el CCF (artículos 809 a 825) sobre los frutos que produce el bien poseído, los gastos que se hacen por él, las mejoras que recibe la cosa, y sobre los daños o pérdida de la cosa, son reglas que precisan la responsabilidad de lo que el poseedor debe entregar en caso de que aparezca un propietario que lo venza en el juicio reivindicatorio o en un juicio posesorio.<sup>73</sup> El poseedor que es vencido debe restituir la cosa al vencedor, pero el monto y contenido de la restitución depende de si es poseedor derivado o poseedor originario o poseedor por hecho delictuoso.

Si el propietario (que es también poseedor originario) demanda al poseedor derivado, a quien le cedió la posesión, la responsabilidad de

---

<sup>69</sup> Códigos civiles de COAH, artículo 1750; PUE, artículo; QR, artículo 1801-III; TLAX, artículo 1145 y ZCS, artículo 103.

<sup>70</sup> Códigos civiles de COAH; PUE; QR; COAH, artículo 1750, da otro recurso al que llama acción publiciana.

<sup>71</sup> CC de COAH, artículos 1741 y ss.

<sup>72</sup> Códigos civiles de PUE, artículo 1357; TAB, artículos 907 y ss., y TLAX, artículos 1156 y ss.

<sup>73</sup> Puede ser en un interdicto posesorio o, como lo establecen algunos códigos locales, o en el juicio de posesión plenaria.

este, respecto de los frutos, gastos, daños y mejoras, se rige por las reglas que corresponden al acto jurídico, por el cual el poseedor derivado posee (artículo 809), es decir, por las reglas del arrendamiento, el comodato u otro título semejante.<sup>74</sup>

Habiendo señalado que los poseedores derivados se rigen por los actos que les dieron la posesión, el CCF (artículos 810 a 814) se refiere en los a los poseedores que no son derivados, es decir, a los poseedores originarios, especificando cuatro casos.

- 1) El poseedor de buena fe, que adquirió la posesión mediante un título traslativo de dominio, por ejemplo, por compra, tiene el derecho (artículo 810) de hacer suyos los frutos que percibió mientras su buena fe no sea “interrumpida”;<sup>75</sup> tiene derecho al reembolso de todos los gastos útiles y necesarios que hizo antes de ser demandado,<sup>76</sup> también al reembolso de los gastos que hizo después para la producción de frutos naturales o industriales que siguen unidos a la cosa productora, y puede retener la cosa mientras no se le reembolsen todos los gastos; así mismo tiene derecho a retirar las mejoras voluntarias que haya hecho respecto de la cosa, siempre y cuando no le cause daño. Este poseedor no responde de los daños ni de la pérdida de la cosa causados por caso fortuito, ni de los que él hubiera causado por sus propios actos, pero, si fuera el caso, debe devolver la utilidad que hubiera obte-

---

<sup>74</sup> Esa regla vale cuando el poseedor derivado recibió la posesión del propietario, con quien celebró algún acto jurídico, y ese mismo propietario reclama la devolución de la cosa. Sin embargo, si el poseedor derivado recibió la posesión de alguien que no es el propietario, y este reclama la restitución de la cosa que posee, el poseedor demandado responderá como poseedor de buena o mala fe según las reglas de los artículos 810 a 814.

<sup>75</sup> La buena fe se interrumpe (artículo 808) cuando existen actos que demuestran que el poseedor sabe que posee la cosa indebidamente, lo cual ocurre, entre otro caso, cuando es demandado; en ese momento también se interrumpe la posesión; ver artículos 824 y 1168.

<sup>76</sup> El CFF no se refiere expresamente a los gastos hechos antes de ser demandado, pero ese tiempo está implícito, porque en la fracción IV del mismo artículo se refiere a otros gastos, a los hechos para producción de frutos naturales o industriales que están pendientes al momento de “interrumpirse la posesión”; el CCP (artículo 828) establece que la posesión se interrumpe por los actos que interrumpen la prescripción prevista en el artículo 1168, entre otros, por la interposición de una demanda judicial.

- nido por ese deterioro, por ejemplo, por haber derribado un almacén y vendido los materiales con que estaba construido.
- 2) El poseedor a título de dueño, pero de mala fe, y que ha poseído menos de un año, debe (artículo 812) restituir todos los frutos que hubiera percibido; solamente puede exigir el reembolso de los gastos necesarios y no puede retirar las mejoras que hubiera hecho (artículo 815); responde de los daños o pérdida de la cosa, sobrevenidos por su culpa (negligencia) o por caso fortuito, a no ser que demuestre que el daño o pérdida se hubiera producido aun cuando el dueño hubiera tenido la cosa.<sup>77</sup>
  - 3) Un caso intermedio (artículo 813) es el poseedor a título de dueño y de mala fe, pero que ha poseído por más de un año, de manera pacífica, continua y pública. Ese poseedor, en caso de que se le exija la restitución de la cosa, tiene derecho (artículo 813-I y II) a las dos terceras partes de los frutos industriales que hubiera producido, pero no tiene derecho a los frutos naturales ni a los civiles;<sup>78</sup> tiene derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios, y a retirar las mejoras voluntarias sin causar daño a la cosa; responde por los daños o pérdida de la cosa sobrevenidos por su culpa, pero no por los que se produjeron por caso fortuito.
  - 4) Un caso más, aunque ya no lo llama el código poseedor a título de dueño u originario, el poseedor que ha adquirido la posesión por algún hecho delictuoso (artículo 814). Está obligado a restituir todos los frutos que hubiera percibido y, además, responde de los frutos que no se produjeron por culpa suya; no puede reclamar el reembolso de ningún gasto, ni retirar mejoras voluntarias, y responde de cualquier daño o pérdida de la cosa, aun cuando se haya causado por caso fortuito o fuerza mayor, salvo si prueba

---

<sup>77</sup> Por ejemplo, si se trataba de la pintura de un autor famoso, que se destruyó por un terremoto que sobrevino en el lugar donde la tenía el poseedor, si este demuestra que el mismo terremoto hubiera causado la pérdida de la cosa si la tuviera el propietario, entonces el poseedor no responde por esa pérdida, pero, si en el lugar donde vive el propietario no hubo tal terremoto, entonces el poseedor responde de la pérdida.

<sup>78</sup> La distinción de tipos de frutos está en el capítulo del código que trata sobre la accesión, donde dice que son frutos naturales (artículo 888), los que se producen espontáneamente, como las crías de animales; son industriales (artículo 889), los que se producen mediante el cultivo o trabajo, y son civiles (artículo 893), los alquileres, los réditos del dinero y semejantes.

que el daño o pérdida se hubiera producido también si la cosa estuviera en manos del propietario.<sup>79</sup>

Para mayor precisión sobre el deber de restituir, el CCP inserta algunos artículos acerca de los frutos, los gastos y las mejoras, que no se refieren específicamente a la posesión y que se pueden aplicar también en otras relaciones jurídicas.

Además, señala (artículo 816) que los frutos naturales o industriales se perciben desde el momento en “se alzan o separan”;<sup>80</sup> mientras que los frutos civiles, como las rentas o alquileres, se perciben día a día, en cuanto son debidos, aunque no hayan sido cobrados.

Respecto de los gastos, indica que son gastos necesarios (artículo 817) los que están prescritos en la ley, por ejemplo, los impuestos, y aquellos que se requieren para que la cosa no se deteriore o se pierda; son gastos útiles (artículo 818) los que aumentan el precio o la producción de la cosa, y “voluntarios”<sup>81</sup> (artículo 819) los que sirven al ornato de la cosa o al placer o comodidad del poseedor, los cuales nunca se reembolsan; así mismo, indica (artículo 820) que el poseedor debe demostrar el importe de los gastos, y (artículo 821) cómo puede compensarse el importe de los gastos a reembolsar con el valor de los frutos que haya percibido el poseedor.

Respecto de las mejoras, distingue las que son voluntarias de las que se producen naturalmente. Las mejoras voluntarias nunca son abonables, pero el poseedor de buena fe las puede retirar si no causa con ello daño a la cosa (artículo 815); en cambio, las mejoras que se

---

<sup>79</sup> Es difícil encontrar ejemplos de un poseedor a título de dueño y de mala fe, que no se haya hecho de la posesión por algún hecho delictuoso. Podría ser el que compra un inmueble de quien sabe que no es el propietario, que se hace de la posesión por compra, no por un hecho delictuoso, pero es de mala fe, porque sabe que el vendedor no es el legítimo propietario. En la mayoría de los casos, quien posee a título de dueño y de mala fe es porque se ha hecho de la posesión por medio de un delito.

<sup>80</sup> En realidad, los frutos primero se “separan”, es decir, dejan de ser partes integrantes de la cosa productora, y luego se “alzan” o recogen. La distinción de estos dos momentos estaba relacionada en la tradición jurídica con la afirmación de que el propietario adquiere los frutos cuando se separan, mientras que los otros poseedores los adquieren cuando los alzan o recogen; pero el código civil ya no hace esa última distinción.

<sup>81</sup> Llamar “voluntarios” a los gastos de lujo o “voluntarios” es posiblemente un error de lectura o de transcripción, pues todos los gastos son voluntarios.

producen naturalmente o por el tiempo ceden siempre en beneficio del que venció en la posesión (artículo 822).

El CCF tiene otros artículos que precisan qué es la posesión pacífica, pública y continua, que son calidades de la posesión que debe tener el poseedor de mala fe para tener los derechos de retención de frutos y de reembolso de gastos indicados en el artículo 813, y que son también calidades exigidas para que el poseedor adquiere la propiedad por prescripción positiva (artículo 1151). Dice que la posesión es pacífica cuando se adquiere sin violencia (artículo 823), continua, cuando no se ha interrumpido (artículo 824), y pública, la que se tiene a la vista de todos o está inscrita en el registro de la propiedad correspondiente (artículo 825).

Todos los códigos civiles locales siguen las reglas del código federal en esta materia, si bien con algunas cuantas peculiaridades.

Las reglas sobre responsabilidad por los frutos, gastos, daños o mejoras se refieren a diversos casos de posesión. El CCF distingue entre poseedores originarios y poseedores derivados, y respecto de estos afirma que sus responsabilidades y derechos en esta materia dependen del título o acto jurídico, conforma al cual poseen, en lo que coinciden todos los códigos locales, salvo el del Estado de México (EDOMEX)<sup>82</sup> que nada dice sobre este punto.

Respecto de los poseedores originarios, el CCF distingue cuatro casos: el poseedor a título de dueño y de buena fe, el poseedor a título de dueño y de mala fe, que posee por tiempo menor a un año, y el de mala fe, también con título de dueño, que posee durante más de un año; además, se refiere al que posee por haber adquirido la cosa mediante un hecho delictuoso. Salvo cuatro códigos, todos los demás siguen esa distinción de casos y coinciden en las reglas sobre fruto, gastos, daños y mejoras. Los códigos que difieren son los de PUE, TAB, TLAX y YUC; en ellos se distingue entre el poseedor de buena fe y el poseedor de mala fe, sin hacer referencia al tiempo de posesión, pero marcan una diferencia<sup>83</sup> si el poseedor de mala fe adquirió por causa de un “hecho ilícito, civil o penal”, o si la adquirió por un título

---

<sup>82</sup> El CC del EDOMEX no tiene disposición al respecto en su título sobre la posesión, que comprende los artículos 5.28 a 5.64.

<sup>83</sup> Códigos civiles de PUE, artículos 1380 y 1381; TAB, artículos 912 y 913; TLAX, artículos 1161 y 1162, y YUC, artículo 643, que alude a la adquisición de la posesión por “robo”, aunque se refiere a una finca, y artículo 644.



traslativo de dominio; de esta manera reducen los tipos de poseedor, que son cuatro en el CCF y los que lo siguen, y solo tres en estos otros códigos. Es una novedad interesante la que tienen estos códigos de referirse al poseedor que adquirió la posesión mediante un hecho civil ilícito, y no necesariamente mediante un delito, pues así quedan comprendidos los poseedores que poseen gracias a un acto jurídico civil viciado, como una compra o donación, celebrada por coacción o engaño.

Las reglas sobre la restitución de los frutos, el reembolso de gastos, el retiro de mejoras y la responsabilidad por daños o pérdidas son semejantes: las que se refieren al poseedor con ánimo de dueño y buena fe en el código federal son iguales a las que dan estos códigos al poseedor de buena fe; las reglas que da el código federal respecto del poseedor por un hecho delictuoso son iguales a las que dan estos cuatro códigos al poseedor que se hace de la posesión por medio de un hecho ilícito civil o penal, y las que el CCF dispone para el poseedor de mala fe con más de un año son iguales a las que en estos códigos se dan respecto del poseedor de mala fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio.

Hay otros cuatro códigos<sup>84</sup> que contienen una adición interesante respecto del CCF, pues éste dispone que el poseedor de buena fe puede adquirir los frutos mientras no se interrumpa su buena fe, y aquellos códigos precisan que la buena fe se interrumpe por las mismas causas que se interrumpe la usucapión. Además, precisan que el poseedor, a partir de ese momento, puede seguir percibiendo los frutos, salvo en los casos expresamente señalados en otras leyes, pero tendrá que devolverlos o su valor en dinero; tres de esos códigos<sup>85</sup> agravan la responsabilidad del poseedor cuya buena fe quedó interrumpida, pues prescriben que debe responder aún de los frutos no percibidos, pero que debería haber percibido, es decir, que lo consideran como un administrador de cosa ajena que responde por culpa.

Respecto de las diversas calidades que puede tener la posesión (pacífica, pública y continua) hay una general coincidencia, con algu-

---

<sup>84</sup> Códigos civiles de PUE, artículos 1375 y 1376; TAMPS, artículos 702 y 703; TAB, artículos 908 y 909, y TLAX, artículos 1157 y 1158.

<sup>85</sup> Códigos civiles de TAMPS, artículo 703; TAB, artículo 909 y TLAX, artículo 1158.

nas variantes. Una de orden sistemático es que los mismos códigos,<sup>86</sup> que no reconocen el caso del poseedor de mala fe con más de un año de posesión pacífica, pública y continua, que es donde el CCF trata de esas calidades de la posesión, las tratan en el capítulo destinado a la usucapión o a la prescripción, porque esas calidades de la posesión son necesarias para adquirir la propiedad por usucapión o prescripción positiva. Hay otras variantes que versan sobre algún aspecto de esas calidades de la posesión. Todos los códigos aceptan en los mismos términos la distinción entre posesión violenta y posesión pacífica, pero tres códigos<sup>87</sup> advierten que la posesión que en su inicio fue violenta puede volverse pacífica si interviene una justa causa, es decir, por la celebración de algún acto jurídico cuyo efecto sea autorizar esa posesión; hay tres códigos<sup>88</sup> que afirman expresamente que el poseedor pacífico puede defender su posesión con violencia.

Sobre la posesión continua, dos códigos<sup>89</sup> hacen la aclaración de que la continuidad puede ser legal o material, de modo que quien de momento no tenga físicamente la posesión, pero es la persona que debería tenerla, se entiende que su posesión es legalmente continua, aunque físicamente se hubiera interrumpido.

La posesión pública, que en el CCF y en la mayoría de los códigos locales, es la que puede ser conocida por todos o está inscrita en el registro público, se conceptúa con alguna diferencia en tres códigos<sup>90</sup> que dicen que es pública, no la posesión inscrita en el registro público, sino aquella que deriva de un título que está inscrito en dicho registro. El CC de ZCS<sup>91</sup> presenta una diferencia, que quizá sea resultado de un error de transcripción, pues dice que es pública la posesión, que sea abiertamente cognoscible, pero añade “y que la misma se encuentre inscrita”, de modo que afirma que la visibilidad pública y la inscripción en el registro no son dos modos de identificar la posesión pública, sino dos requisitos que debe tener la posesión para ser considerada pública.

---

<sup>86</sup> Códigos civiles de PUE; TAB; TLAX y YUC.

<sup>87</sup> Códigos civiles de PUE, artículo 1404; TAB, artículo 939 y TLAX, artículo 1189.

<sup>88</sup> Códigos civiles de MOR, artículo 992; SON, artículo 994 y ZCS, artículo 126.

<sup>89</sup> Códigos civiles de MOR, artículo 993 y SON, artículo 995.

<sup>90</sup> Códigos civiles de PUE, artículo 1405; TAB, artículo 941 y TLAX, artículo 1191.

<sup>91</sup> CC de ZCS, artículo 128.

En cuanto a la distinción entre gastos necesarios, útiles y “voluntarios” hay coincidencia total, lo mismo que respecto de la distinción entre mejoras voluntarias y mejoras naturales. Solo hay una discrepancia en cuanto al concepto de gastos y mejoras en el CC de YUC, el cual señala (artículo 647) que el poseedor de mala fe “puede retirar las mejoras útiles si el dueño no se las paga y pueden separarse sin detrimento”, y en el siguiente artículo (artículo 648) dice que los “gastos voluntarios” no deben reembolsarse a ningún poseedor, pero el de buena fe “puede retirar esas mejoras” si no causa detrimento; en estos artículos se supone que todo gasto da lugar a una mejora, de modo que aunque el poseedor de mala fe no tenga derecho al reembolso de los gastos útiles, no obstante, “puede retirar las mejoras útiles”, o cualquier poseedor, aunque no tenga derecho al reembolso de los gastos “voluntarios”, puede retirar las mejoras que hayan producido.

## VII. Régimen en caso de coposesión

El CCP contiene un régimen especial para una hipotética posesión común respecto de una cosa indivisa (artículos 796 y 797); a quienes poseen la cosa común, como no son propietarios, los llama “coposedores”. En principio, parece descabellado hablar de posesión común, dado que la posesión es, según el artículo 790, el poder que ejerce una persona sobre una cosa. Si hay varias personas asentadas en un terreno, o que viven en departamentos de un mismo edificio, cada una posee la porción que controla, pero no cabe decir que el grupo, si no tiene personalidad jurídica, posee en común todo el terreno o todo el edificio. No obstante, las disposiciones de estos artículos pueden ser observadas en casos específicos.

El artículo 796 dice que, si varias personas poseen una cosa indivisa, cada una de ellas puede hacer actos posesorios respecto de la cosa común, con tal de que no impida los actos posesorios de los otros. Esto puede ocurrir en el caso de los habitantes de un edificio, cuya propiedad está en litigio, y, mientras tanto, los habitantes siguen

poseyendo sus respectivas habitaciones y haciendo uso de las zonas comunes,<sup>92</sup> y, como prescribe el artículo, sin molestarte unos a otros.

El siguiente artículo señala que, si la cosa poseída en común llegara a dividirse y repartirse entre los coposeedores, se entiende que cada uno de ellos ha poseído la porción que le correspondió, desde el momento que inició la posesión común; de esta manera, se facilita que cada poseedor llegue a adquirir, por la posesión continuada (prescripción positiva o usucapión), la propiedad de la porción que le correspondió. Este caso pudiera darse cuando varias personas, en grupo, se hacen de la posesión de un inmueble por invasión violenta o clandestina. En tal caso, se puede decir que el grupo tiene la posesión sobre las tierras invadidas y no divididas, pero si el grupo invasor no tiene personalidad jurídica, no se puede decir, jurídicamente, que el grupo posea las tierras invadidas. Si, por ejemplo, gracias a la intervención del gobierno con el propietario, se acuerda dividir la tierra en porciones que correspondan a cada uno de los integrantes del grupo, la regla dice que cada uno de los invasores ha poseído, desde el momento en que el grupo tomó posesión de la tierra, la porción de tierra que le ha tocado; con esto se facilita que adquiera la propiedad de su porción por prescripción adquisitiva o usucapión.

La adquisición de la propiedad en caso de coposesión de una cosa por varias personas la convalida el artículo 1144, que dice que los coposeedores pueden adquirir la propiedad, pero lo hacen en provecho de todos, es decir, que se hacen copropietarios de la misma cosa, que luego podrá dividirse entre ellos.

Todos los códigos civiles estatales, salvo dos excepciones, reproducen esos dos artículos del CCF, la mayoría sin modificar su literalidad. Las dos excepciones son el CC de GTO,<sup>93</sup> que solo transcribe el artículo 856, cuyo texto dispone que los poseedores de una cosa común no deben molestarte unos a otros, pero no incorpora el otro artículo que presume que, en caso de división y reparto de la cosa común, cada poseedor poseyó la porción que le correspondió en el reparto, desde el momento en que inició la posesión de la cosa común.

---

<sup>92</sup> El antecedente de este artículo puede ser el CC alemán, cuyos artículos 865 y 866 se refieren a este caso, y mencionan que especialmente ocurre en caso de habitaciones o varios locales de un mismo edificio.

<sup>93</sup> CC de GTO, artículo 1043.

La otra excepción es el CC de YUC, que no incorpora ninguno de esos dos artículos del CCF.

El CC de COAH,<sup>94</sup> que sigue las reglas del CCF en este punto, añade un concepto general de coposesión, que dice que es “un estado de hecho correspondiente o correlativo a la titularidad plural de un derecho”, lo que parece decir que es algo semejante a la copropiedad, e implica la idea de que la posesión es un derecho.

### VIII. Continuidad, interrupción y pérdida de la posesión

Según el CCF, el poseedor continúa en la posesión mientras esta no se interrumpa (artículo 824), y la sigue teniendo con el mismo título con que la adquirió, a no ser que cambie la causa de la posesión (artículo 827); por ejemplo, quien era poseedor derivado en virtud de un contrato de arrendamiento, se presume que sigue poseyendo en concepto de arrendatario, pero si compra la casa, cambia la causa de su posesión y posee entonces como propietario. La posesión a título de propietario, continuada en los plazos establecidos, puede dar lugar a la adquisición de la propiedad por prescripción.

El CCF afirma que la posesión se interrumpe por las mismas causas que se interrumpe la prescripción (artículo 824); y en el artículo 1168, que es parte del título sobre la prescripción, dice que se interrumpe la posesión si el poseedor es privado de ella más de un año,<sup>95</sup> o si el poseedor es notificado de una demanda o cualquier reclamación judicial; o si el poseedor reconoce, de palabra, por escrito, o tácitamente, el derecho que tiene el propietario de la cosa o el mejor derecho a poseer de otra persona.<sup>96</sup>

Puede suceder que la posesión se interrumpa temporalmente, por ejemplo, por interposición de una demanda judicial, pero luego el poseedor recupere la posesión, por ejemplo, por desistimiento de la de-

---

<sup>94</sup> CC de COAH, artículo 1696.

<sup>95</sup> Antes del año, el poseedor tiene los interdictos posesorios para retener o recuperar la posesión.

<sup>96</sup> El artículo, como se refiere a la prescripción en general, y no exclusivamente a la prescripción positiva o usucapión, dice que la prescripción se interrumpe si se reconoce “el derecho de la persona contra quien prescribe”, que en el caso de la posesión es el derecho del propietario o el derecho a poseer de otra persona.

manda, y siga poseyendo. Por eso, la interrupción de la posesión no implica necesariamente la pérdida de la posesión.

La pérdida de la posesión se da por las siguientes causas (artículo 828) por abandono del poseedor (fracción I),<sup>97</sup> por cesión voluntaria (fracción II); por destrucción o pérdida de la cosa, o por quedar fuera del comercio (fracción III); por decisión judicial (fracción IV); “por despojo, si la posesión del despojado dura más de un año” (fracción V), lo cual parece indicar que el despojado, aunque no tenga la cosa, sigue considerándose poseedor porque tiene la posibilidad de exigir la restitución de la cosa por medio de los interdictos posesorios; esta fracción debe relacionarse con la fracción I del artículo 1168, que dice que la posesión se interrumpe si el poseedor es privado de la tenencia de la cosa por más de un año; ¿qué debe concluirse, que la posesión se pierde definitivamente o que solo se interrumpe, cuando se deja de tener la cosa por más de un año?; me parece que la conclusión es que la posesión se pierde al cabo del año, pues pasado ese período el que la tenía ya no puede reclamarla por los interdictos posesorios.

Añade el CCF (artículo 828, fracción VI) que la posesión también se pierde “por reivindicación del propietario”, lo cual significa que el propietario ha vencido en la acción reivindicatoria, pues por la sola interposición de la demanda de reivindicación, la posesión únicamente se interrumpe;<sup>98</sup> también se pierde (fracción VII) por la expropiación de la cosa por causa de utilidad pública.

Respecto de la continuidad de la posesión, todos los códigos locales aceptan la regla de que el poseedor, mientras no se interrumpa la posesión,<sup>99</sup> continúa teniéndola con el mismo título con el que empezó a tenerla, a no ser que cambie la causa de la posesión.

---

<sup>97</sup> El CCF no precisa en qué consiste el abandono. Esto puede ser evidente para los bienes muebles, por ejemplo, por no recogerlos o no buscarlos. Para los inmuebles, que en muchos casos no los tiene el propietario, sino que los conserva como terrenos, el mejor signo para probar el abandono es la falta de pago del impuesto predial, durante un tiempo largo, por ejemplo, por más de un año; ver artículo 828-V.

<sup>98</sup> Lo previsto en la fracción VI es reiterativo de lo que dice la fracción IV, pues la posesión se pierde, no por interposición de la demanda de reivindicación, sino por la decisión o resolución judicial

<sup>99</sup> Los códigos de MOR (artículo 993) y SON (artículo 995) distinguen entre continuidad material y continuidad legal y consideran que prevalece la continuidad legal, de modo que, en el caso de despojo, el despojado continúa legalmente en la posesión, y el despojador puede tener la cosa materialmente durante cierto tiempo (continuidad material) pero no es poseedor, al, menos mientras no tenga la cosa por más de un año.

Todos los códigos locales, al igual que el federal, en el capítulo sobre la posesión, tiene un artículo que dice que la posesión se interrumpe, por lo que prescribe otro artículo que está en el capítulo de la adquisición de la propiedad por prescripción positiva o por usucapión. Esta referencia hace que se entienda que la interrupción de la posesión es lo mismo que la interrupción de la prescripción positiva o de la usucapión. Únicamente el CC de JAL tiene una diferencia, pues no tiene un artículo que hable de la interrupción de la posesión, y solo tiene el que trata de la interrupción de la usucapión.

Las causas que interrumpen la posesión son, en los códigos locales, las mismas que en el CCF, si bien algunos códigos hacen ciertas precisiones, como los códigos de MOR,<sup>100</sup> SON<sup>101</sup> y ZCS,<sup>102</sup> que afirman que la posesión se interrumpe por demanda judicial, pero que no se interrumpe si la demanda es desestimada o si el actor se desiste, y que, si la demanda se tramitó ante un juzgado incompetente, la posesión se interrumpe mientras dure el juicio. Esos mismos códigos amplían la causa de interrupción de la posesión, prevista en el CCF, por la interposición de una demanda o cualquier otra forma de interpelación judicial, pues dicen que se interrumpe por “cualquier género de interpelación notificada al poseedor”, lo que puede incluir notificaciones emitidas por órganos administrativos; y también la amplían los códigos de PUE, TAB y TLAX,<sup>103</sup> que dicen que la posesión se interrumpe “por cita para un acto prejudicial o providencia precautoria”.

En cuanto a la pérdida de la posesión, todos los códigos locales indican las mismas causas que el CCF para que se pierda la posesión,<sup>104</sup> pero hay una variante interesante en cuanto a la forma de expresar la pérdida de la posesión por despojo. Dice el CCF que la posesión se pierde por despojo, “si la posesión del despojado dura más de un año”; con esta frase se indica que quien despoja no tiene la posesión, aunque tenga la cosa, y que el despojado de la cosa es el poseedor;

---

<sup>100</sup> CC de MOR, artículo 1251-II.

<sup>101</sup> CC de SON, artículo 1341-II.

<sup>102</sup> CC de ZCS, artículo 475-II.

<sup>103</sup> Códigos civiles de PUE, artículo 1412-III; TAB, artículo 948-III y TLAX, artículo 1198-III.

<sup>104</sup> Todos los códigos coinciden en que la posesión se pierde por resolución judicial, pero el CC de QR añade (artículo 824-VIII), lo que parece innecesario, que se pierde por “resolución judicial dictada en un procedimiento de extinción de dominio”.

prevalece aquí un concepto jurídico de la posesión, que no es el mero hecho de tener la cosa; esa expresión la siguen trece códigos locales, pero hay otros diecinueve que tienen una expresión diferente: quince códigos<sup>105</sup> dicen que la posesión se pierde si el “despojador” o el “despojante” tiene la cosa por más de un año, lo cual indica que siguen la idea de que el que tiene la cosa por más de un año, aunque sea por despojo, es el poseedor de la misma, y el que la tenía, de algún modo sigue siendo poseedor mientras no se cumpla un año sin tenerla; otros cuatro usan una expresión diferente: el CC del EDOMEX y el CC de QRO dicen<sup>106</sup> que la posesión se pierde “si la desposesión dura más de un año”, expresión que indica que quien tenía la cosa ya no es poseedor, pero no que el despojante sea poseedor; el CC de GRO,<sup>107</sup> por el contrario, dice que la posesión se pierde si la “nueva posesión”, esto es la que inicia el despojante, dura más de un año, lo cual también afirma el CC de PUE,<sup>108</sup> al decir que la posesión se pierde si otra persona “toma posesión” de la cosa y “esa posesión dura más de un año”.

## IX. Adquisición de la propiedad mediante la posesión continuada

El CCF trata de la adquisición de la propiedad mediante la posesión continuada, no en el título sobre posesión, sino en un título especial (título séptimo, artículos 1135 a 1180) sobre la “Prescripción”, que se refiere a la “prescripción positiva”, que lleva a la adquisición de la propiedad, y a la “prescripción negativa”, cuyo efecto es la extinción de las obligaciones (artículos 1135 y 1136).

La mayoría de los códigos locales sigue esa pauta, pero hay nueve<sup>109</sup> que tienen un título o capítulo especial sobre la adquisición de la

---

<sup>105</sup> Códigos civiles de Baja California Sur; CAMP; COAH; DGO; GTO; JAL; OAX; SIN; SLP; SON; TAB; TAMPS; TLAX; YUC y ZCS.

<sup>106</sup> Códigos civiles de EDOMEX, artículo 5.63-V y QRO, artículo 824-V.

<sup>107</sup> CC de GRO, artículo 737-V.

<sup>108</sup> CC de PUE, artículo 1391-IV.

<sup>109</sup> Códigos civiles de COAH: título quinto de la usucapión, artículos 1765 y ss.; EDOMEX, en el título cuarto sobre la propiedad y los medios de adquirirla, tiene el capítulo V sobre la usucapión, artículos 5.127 y ss.; GRO: en el título segundo sobre



propiedad por medio de la posesión continuada o usucapión; algunos tienen un título especial sobre la usucapión, que sigue a un título sobre la posesión, y otros tienen un título amplio sobre la posesión y la usucapión, en el cual, el segundo capítulo se refiere a esta forma de adquirir la propiedad. Este sistema tiene la ventaja de la cercanía de las reglas de una y otra materia, y también la de tratar la usucapión de manera específica, y no como una especie del género prescripción.

a) *Posesión apta para adquirir la propiedad.* El artículo 826 del CCF afirma que “solo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede producir la prescripción”, esto es, la adquisición de la propiedad. El código parece entender que la posesión en “concepto de dueño” depende únicamente de la voluntad del poseedor. En el artículo 791 dice que quien posee “a título de propietario” tiene la posesión originaria, y podría decirse que este artículo parece indicar que únicamente posee como propietario quien tiene un título suficiente para ello, lo cual lo corrobora el artículo 810 que dice que el poseedor de buena fe es quien ha adquirido la posesión “por título traslativo de dominio”. Sin embargo, esto lo contradice el artículo 813 que se refiere a quien “posee en concepto de dueño” por más de un año, pacífica, continua y públicamente “aunque su posesión sea de mala fe”, y, por lo tanto, se entiende que alguien puede poseer “en concepto de dueño” sin tener un título suficiente que lo justifique, basta con tener la voluntad de comportarse como propietario. Igualmente, los artículos 1152-III y 1153 admiten que el poseedor de mala fe puede ser poseedor en concepto de dueño y adquirir la propiedad en un plazo más largo que el poseedor de buena fe, e igualmente la admiten en favor de quien se hizo de la posesión por medio de violencia (artículo 1154) o por medio de un delito (artículo 1155), si bien requieren que se haya extinguido la violencia, o se haya pagado la pena

---

la posesión y la usucapión, tiene el capítulo II sobre la usucapión, artículos 739 y ss.; JAL, después del título tercero sobre la posesión, tiene el título cuarto sobre la usucapión, artículos 879 y ss.; PUE, en el libro tercero sobre los bienes, tiene el capítulo XV sobre la usucapión, artículos 1393 y ss.; QR, en el título tercero sobre la posesión y la usucapión, tiene un capítulo II sobre la usucapión, artículos 1823 y ss.; TAB, después del título tercero sobre la posesión, tiene un título cuarto sobre la usucapión, artículos 924 y ss.; TAMPs tiene el título tercero sobre posesión y usucapión, y el capítulo segundo de ese título sobre la usucapión, artículos 721 y ss., TLAX, que suele seguir el CC de PUE, tiene en el libro tercero sobre los bienes, un título específico (el título noveno) sobre la usucapión, artículos 1173 y ss.

por el delito, o haya caducado la acción penal, y que, a partir de ese momento, el poseedor posea durante el plazo que corresponde al poseedor de mala fe.

Considerando conjuntamente todos los artículos citados, se concluye que, según el CCF, la posesión apta para usucapir es cualquier posesión, siempre que el poseedor tenga el ánimo de ser propietario. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia ha establecido una jurisprudencia al respecto, que se comentará más adelante, después de considerar lo que los códigos locales dicen sobre este punto.

En el CCF hay otros requisitos para adquirir la propiedad por medio de la posesión continuada, que son: que la posesión sea pacífica, continua y pública (artículo 1151), cualidades que el código definió en el capítulo sobre la posesión (artículos 823 a 825), y que fueron previamente explicadas en el epígrafe 6.

Hay diez códigos locales que discrepan de los criterios del CCF. De esos, hay ocho<sup>110</sup> que, si bien requieren que la posesión sea a título de dueño, a la que a veces llaman posesión originaria o posesión civil o posesión a nombre propio, además exigen que el poseedor tenga y pruebe un justo título por el que posee a título de dueño. Con esta exigencia, la posesión en concepto de dueño no es un mero estado subjetivo del poseedor, no queda “al arbitrio” del poseedor, como dicen algunos de estos códigos locales, porque requiere la existencia y prueba de un elemento objetivo, el título o acto jurídico por el cual el poseedor comenzó a poseer en concepto de dueño. La exigencia de que exista y se pruebe un justo título constituye un progreso que da seguridad al poseedor y al propietario. Sin embargo, todos estos códigos admiten que también procede la adquisición de la propiedad por el poseedor de mala fe, o por el que adquirió violentamente la posesión o por medio de un delito, es decir, por aquel que no tiene justo título para considerarse como dueño o que sabe que su título no es justo, por ejemplo, porque compró un bien mueble a quien sabía que lo había robado, o un inmueble a quien lo había adquirido por violencia.

La ambigüedad que resulta de la combinación de exigir un justo título y de permitir la adquisición por el poseedor de mala fe, que no

---

<sup>110</sup> Códigos civiles de COAH, artículo 1724; EDOMEX, artículo 5.129; GTO, artículo 1250; JAL, artículo 880; PUE, artículos 1397 y 1402; QR, artículo 1837; TAB, artículos 936 y 937, y TLAX, artículo 1186.

tiene título, la expresa abiertamente el CC de GRO, que dice (artículo 753) que el tener la posesión en concepto de dueño “no queda al arbitrio del poseedor”, pero también afirma que se equipara a la posesión originaria (a la posesión a título de dueño) el “poder de hecho” que se tenga sobre un bien, sin ser su propietario, ni poseedor derivado o subordinado, si tal persona “pretende convertirse en propietario por usucapión” (artículo 699).

El CC de Nayarit introdujo una reforma el año de 2011 (artículo 1136-V) por la que admite que se pueda adquirir la propiedad sin tener la posesión en concepto de dueño, por aquel que posea, con buena o mala fe, durante quince años, siempre que su posesión no sea precaria ni derivada.

Sobre la cuestión de si se puede adquirir la propiedad por prescripción o usucapión sin tener un justo título, la Suprema Corte<sup>111</sup> estableció, en junio de 1994, como tesis de jurisprudencia, puesto que dirime una controversia entre sentencias de tribunales colegiados, que dado que los códigos civiles establecen que la posesión apta para prescribir es la que se tiene en concepto de propietario, “es necesario demostrar la existencia de un título del que se derive la posesión”. Algunos años más tarde (2011), la primera sala de la Suprema Corte de Justicia definió, también en tesis de jurisprudencia obligatoria,<sup>112</sup> que ser poseedor en concepto de dueño “no proviene del fuero interno”, pues requiere la existencia de “un acto o hecho que le permita ostentarse como tal”, por lo que concluye que quien quiera adquirir la propiedad por prescripción “siempre deberá probar la causa generadora de la posesión”, la cual puede ser un justo título o un hecho.<sup>113</sup>

Las tesis de jurisprudencia citadas no tienen en cuenta la distinción entre posesión de buena o de mala fe, por lo que parece que la adquisición por la posesión continuada procede únicamente en favor

---

<sup>111</sup> *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 78, junio de 1994, p. 10.

<sup>112</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 101. Registro digital 162032.

<sup>113</sup> No se explica como un hecho, por sí mismo, puede hacer jurídica una posesión; es evidente que el mero hecho de tener la cosa no es suficiente, según la jurisprudencia arriba citada del Pleno de la Corte, por lo que para que la posesión tenga carácter jurídico por causa de un hecho, es necesario que esté fundado en alguna pretensión jurídica, por ejemplo, el hecho de que una persona posea un inmueble por ser presunto heredero del propietario, aunque no se haya hecho el juicio testamentario; pero en tal caso, no es solo el hecho de tener la cosa, sino el tenerla por causa de herencia.

del poseedor con justo título, sea que conozca o tenga motivos para creer que su título es suficiente (poseedor de buena fe), sea que sepa que su título no es válido (poseedor de mala fe), por ejemplo porque sabe que adquirió de quien no es el propietario; en cualquier caso, la adquisición solo procede en favor de quien tiene un título para poseer como propietario.

b) *Qué bienes se pueden adquirir por prescripción.* Únicamente los bienes que están en el comercio (artículo 1137), por lo que quedan excluidos los bienes comunes a todos los hombres y aquellos que no puedan ser objeto de propiedad privada por disposición de alguna ley (artículo 749), entre los cuales hay que contar los bienes que son propiedad de la nación que la constitución declara que son imprescriptibles (artículo 27 párrafo cuarto), esto es, los yacimientos de minerales, hidrocarburos y demás minerales, mientras permanezcan adheridos al subsuelo, así como las aguas de mares, río y lagos, sobre las cuales, en realidad, no hay propiedad privada; tampoco podrían adquirirse por prescripción aquellos bienes que la ley de bienes nacionales declara imprescriptibles, pero las disposiciones de esta ley son exageradas y anticonstitucionales.<sup>114</sup>

Todos los códigos locales hacen la misma declaración de que pueden adquirirse todos los bienes que no estén fuera del comercio ni aquellos que expresamente mencionen las leyes; hay algunas diferencias: el CC de EDOMEX añade que no pueden adquirirse de esa manera los inmuebles “propios”<sup>115</sup> que son del Estado o de los Municipios;<sup>116</sup> algo semejante está en el CC de QR,<sup>117</sup> que dice que la usucapión no procede respecto de bienes del Estado, sean de dominio público, sean de dominio privado, pero nada dice respecto de los bienes municipales; en cambio, el CC de TAMPS<sup>118</sup> señala expresamente que los bienes de personas públicas, que sean del dominio privado, sí pueden adquirirse por usucapión, y el CC de TLAX admite,<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> El artículo 13 de la *Ley de Bienes Nacionales* de 2004 dice que son imprescriptibles todos los “bienes nacionales”, es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que son propiedad de alguno de los poderes públicos o de algún organismo público, lo cual es absurdo. Ver Adame, J. (2018). *La propiedad de la nación mexicana*, Porrúa-UNAM.

<sup>115</sup> Es decir, los que son del dominio privado.

<sup>116</sup> CC de EDOMEX, artículo 5.133.

<sup>117</sup> CC de QR, artículo 1845-VII.

<sup>118</sup> CC de TAMPS, artículo 728.

<sup>119</sup> CC de TLAX, artículo 1184.

sin distinguir entre dominio público y dominio privado, la adquisición por usucapión de los bienes de personas jurídicas públicas. Por su parte, el CC de JAL no menciona cuáles son los bienes usucapibles.

c) *Quiénes pueden adquirir*. Según el CCF, pueden adquirir la propiedad por prescripción las personas capaces, mientras que los menores de edad y otros incapacitados pueden adquirirla por medio de sus representantes<sup>120</sup> (artículo 1138); señala expresamente (artículo 1148) que la “Unión”,<sup>121</sup> el Distrito Federal (o Ciudad de México),<sup>122</sup> los ayuntamientos y las demás “personas morales de carácter público” podrán adquirir la propiedad por prescripción, de la misma manera que las personas privadas.

Por lo general, todos los códigos tienen esas mismas reglas respecto de las personas que pueden adquirir por prescripción. Algunos códigos, como el de TAB<sup>123</sup> y el de TLAX,<sup>124</sup> añaden que el poseedor derivado o subordinado no pueden adquirir por usucapión, lo cual es una manera de remarcar que únicamente puede usucapir el poseedor a título de dueño.

Admite el CCF que quienes son capaces de adquirir por prescripción, lo son también para renunciar a la “prescripción ganada”,<sup>125</sup> pero no al derecho de adquirir por prescripción en general (artículo 1141); y tal renuncia puede ser expresa o tácita, la cual es “la que resulta de un hecho que importa el abandono del derecho adquirido” (artículo 1142).

---

<sup>120</sup> Es decir, que los incapaces no adquieren la propiedad por sí mismos, sino por medio de sus representantes, quienes primero poseen y luego adquieren para su representado.

<sup>121</sup> Se entiende que la Unión se refiere al Gobierno Federal, es decir, a cualquiera de los poderes federales.

<sup>122</sup> El CCF no menciona que los gobiernos locales pueden adquirir por prescripción, porque era originalmente un código para el Distrito Federal, y cuando se hizo el cambio a código federal, no se hizo la modificación en este artículo para referirlo, como debería hacerlo un código federal, a los gobiernos locales.

<sup>123</sup> CC de TAB, artículo 931.

<sup>124</sup> CC de TLAX, artículo 1128.

<sup>125</sup> La renuncia a la prescripción o usucapión “ganada”, si se entiende en el sentido de que el poseedor adquirió ya la propiedad, equivale a una donación de la propiedad del bien poseído en favor de otra persona; parece mejor interpretar que es una renuncia a la acción para reclamar el reconocimiento judicial de la propiedad adquirida por usucapión.

Todos los códigos locales coinciden en estas reglas, salvo el de CHIS, que indica que la renuncia “siempre será expresa”;<sup>126</sup> y siete códigos<sup>127</sup> aclaran que la renuncia puede ser del tiempo transcurrido para usucapir o prescribir o de la usucapión o prescripción consumada.

d) *Plazos para adquirir*. El plazo comienza a correr, por regla general, a partir del momento en que se tiene la posesión a título de dueño; si alguien tiene una posesión derivada y posteriormente cambia la causa de la posesión y posee a título de dueño, el plazo para adquirir corre a partir del día que cambió la causa de la posesión (artículo 1139); si una persona recibe la posesión a título de dueño de quien ya poseía con ese mismo título, la que recibe continúa el plazo para usucapir que ya había iniciado quien le cedió la posesión (artículo 1149). Todos los códigos estatales tienen esas mismas reglas.

En los casos especiales de posesión adquirida mediante la violencia o por medio de la comisión de un delito, según el CCF, el plazo se cuenta a partir del momento en que “cese la violencia” (artículo 1154), o a partir del momento en que se haya extinguido la pena o haya prescrito la acción penal (artículo 1155); en ambos casos se considerarán como poseedores de mala fe. Esta posibilidad de adquirir la propiedad, aunque se haya obtenido la posesión por violencia o por un delito, la rechazan algunos códigos. Hay cuatro que, para admitir que la posesión obtenida por violencia pueda llevar a la adquisición de la propiedad, exigen, no que “cese la violencia” como dice el CCF, sino que “medie una causa legal posterior para adquirir la posesión pacíficamente”.<sup>128</sup> Hay tres códigos<sup>129</sup> que rechazan expresamente que la posesión obtenida por medio de un delito pueda dar lugar a la adquisición de la propiedad.

La duración del plazo, en el CCF, se determina considerando el tipo de bien que se posee y la calidad de la posesión. Respecto de bienes inmuebles, el plazo es de cinco años, para los poseedores de

---

<sup>126</sup> CC de CHIS, artículo 1130.

<sup>127</sup> Códigos civiles de COAH, artículo 1769; JAL, artículo 883; PUE, artículo 1398-II; TAB, artículo 927; TAMP, artículo 724; TLAX, artículo 1176, y YUC, artículo 945.

<sup>128</sup> Códigos civiles de COAH, artículo 1794 (de donde procede la frase citada en el texto); PUE, artículo 1404; TAB, artículo 939 y TLAX, artículo 1189.

<sup>129</sup> Códigos civiles de EDOMEX, artículo 5.131; GTO, artículo 1248 y Nuevo León, artículo 1152.

buena fe que posean pacífica, pública y continuamente o que hayan inscrito su posesión en el registro público (artículo 1152-I y II); o de diez años para el poseedor de mala fe, si su posesión es pacífica, continua y pública. El plazo para la adquisición de inmuebles se puede aumentar, en una tercera parte, si se demuestra que el poseedor de un inmueble, “durante la mayor parte del tiempo” que lo ha poseído, no la ha cultivado o que el inmueble ha estado deshabitado (artículo 1152-IV). Respecto de los bienes muebles, el plazo de prescripción para los poseedores de buena fe, que poseen pacífica y continuamente, es de tres años, y para los de mala fe, cinco años.

Los códigos de los Estados fijan esos mismos plazos para adquirir la propiedad, salvo algunas diferencias: los códigos de CAMP y GTO consideran un tipo especial de posesión con mala fe, que es la “posesión sin título”,<sup>130</sup> en la cual el plazo para adquirir bienes inmuebles es de 15 años, en el CC de CAMP,<sup>131</sup> y 20, en el de GTO.<sup>132</sup> El CC de MOR<sup>133</sup> fija plazos especiales cuando la posesión se adquiere violentamente: 20 años para la adquisición de bienes inmuebles y 10, para la de muebles. Hay tres códigos, los de PUE,<sup>134</sup> QR<sup>135</sup> y Veracruz (VER),<sup>136</sup> que, sin incluir un nuevo tipo de posesión, simplemente aumentan los plazos para la prescripción de bienes inmuebles, si se poseen con buena fe, el plazo es de 10 años (en lugar de cinco), y si la posesión es de mala fe, el plazo es de veinte años (en lugar de diez). Y hay dos códigos, el de COAH<sup>137</sup> y el de TAB,<sup>138</sup> que reducen el plazo para la adquisición de los bienes muebles, que es de dos años, si la posesión es de buena fe, y de cuatro, si es de mala fe; y el CC de PUE<sup>139</sup> que amplía el plazo a diez años para la adquisición de bienes muebles poseídos con mala fe.

---

<sup>130</sup> Si hay posesión de mala fe “sin título”, implícitamente se reconoce que puede haber posesión de mala fe con título, que sería cuando el poseedor conoce la invalidez de su título.

<sup>131</sup> CC de CAMP, artículo 1158-II.

<sup>132</sup> CC de GTO, artículo 1248.

<sup>133</sup> CC de MOR, artículo 1240.

<sup>134</sup> CC de PUE, artículos 1407 y 1409.

<sup>135</sup> CC de QR, artículo 1839.

<sup>136</sup> CC de VER, artículo 1185.

<sup>137</sup> CC de COAH, artículo 1778.

<sup>138</sup> CC de TAB, artículo 943.

<sup>139</sup> CC de PUE, artículo 1409.

El CCF (artículo 1176) y todos los códigos locales señalan que el plazo de la prescripción adquisitiva o usucapión se cuenta siempre por años, y no “de momento a momento”.

e) *Interrupción del plazo para adquirir*. Conforme al CCF (artículo 1168), si la posesión se interrumpe<sup>140</sup> porque el poseedor pierde el control de la cosa por más de un año, o porque se le haya notificado alguna denuncia o cualquier otra reclamación judicial, o porque reconozca expresa o tácitamente el derecho del propietario o de un mejor poseedor, se interrumpe también el plazo para la prescripción positiva. Esto significa que ya no podrá completar el plazo para adquirir (artículo 1175), aunque podría iniciar una nueva posesión y a contarse un nuevo plazo para adquirir. En el caso de que la posesión se interrumpa por alguna reclamación judicial, si el actor se desiste de su demanda o esta es desestimada por el juez, se considera que la posesión no se ha interrumpido ni tampoco el plazo para adquirir la propiedad.

Los códigos estatales coinciden con estas reglas, con algunas diferencias importantes. El CC del EDOMEX<sup>141</sup> no acepta que el reconocimiento del derecho del propietario o de un mejor poseedor pueda ser tácito, es decir, requiere que sea expreso, lo cual da seguridad a la persona en cuyo favor corre la prescripción. Hay tres códigos<sup>142</sup> (TAB, TAMPS y TLAX) que dicen que la usucapión se suspende si el poseedor es privado de la posesión, por más de seis meses, en lugar de un año, lo cual hace más vulnerable al poseedor que pretende usucapir; por el contrario, el CC de PUE<sup>143</sup> hace una precisión en favor del poseedor, y es que la posesión se interrumpe si pierde la posesión “durante un año consecutivo”, con lo cual se elimina la posibilidad de sumar períodos en que el poseedor no tuvo la cosa para así alcanzar el año. La interrupción de la posesión en el caso de que el poseedor sea notificado de alguna “interpelación judicial”, es ampliada en tres códigos, que afirman que basta la notificación para un acto prejudicial

---

<sup>140</sup> Ver arriba en el epígrafe 8 sobre interrupción de la posesión

<sup>141</sup> CC de EDOMEX, artículo 5.139-III.

<sup>142</sup> Códigos civiles de TAB, artículo 948-I; TAMPS, artículo 741-I y TLAX, artículo 1198-I.

<sup>143</sup> CC de PUE, artículo 1412-I.



o precautorio,<sup>144</sup> y aún más amplia en otros cinco códigos<sup>145</sup> que dicen que basta “cualquier otro género de interpelación o de requerimiento legalmente hecho al poseedor”, con lo cual se motiva a que cualquier interesado en impedir la prescripción pueda presentar alguna notificación o requerimiento administrativo o privado.

f) *Suspensión de la prescripción.* El CCF admite que el poseedor puede adquirir la propiedad del bien que posee, sin importar la calidad de la persona que sea propietario del mismo, pero establece algunas excepciones en las que la prescripción no procede por razón de la persona del propietario. Estos casos excepcionales los llama de “suspensión de la prescripción” (artículos 1165 a 1167), aunque sería mejor decir que son casos en que no existe la posibilidad de adquirir por prescripción. Tales casos, son los siguientes.

No se pueden adquirir por prescripción bienes cuyo propietario sea un incapaz, a menos de que tengan un tutor legalmente discernido (artículo 1166). Tampoco (artículo 1167) respecto de bienes que sean de los ascendientes o descendientes, mientras estos están sujetos a la patria potestad, ni respecto de bienes que sean de algún “consorte”, ni puede el tutor o el curador adquirir los bienes del incapaz mientras dura la tutela; los copropietarios o coposedores no pueden adquirir alguna porción del bien común que pertenezca a otro; y tampoco se pueden adquirir por prescripción los bienes de personas ausentes por motivo de un servicio público o bienes de militares en servicio activo “en tiempo de guerra”.

Las mismas reglas aplican por lo general todos los códigos estatales, salvo algunas peculiaridades. Hay tres códigos<sup>146</sup> que afirman que la prescripción no se da entre los “beneficiarios del patrimonio familiar”, lo que indica que el patrimonio familiar se entiende como un bien en copropiedad. El CCF dice que la prescripción no corre entre “consortes”, y tres códigos<sup>147</sup> aclaran que no corre entre cónyuges ni

---

<sup>144</sup> Códigos civiles de PUE, artículo 1412-II; TAB, artículo 948-II y TLAX, artículo 1198-II.

<sup>145</sup> Códigos civiles de QR, artículo 1846-II; QRO, artículo 1160-II; SON, artículo 1341-II; TAMPS, artículo 741-II y ZCS, artículo 475-II.

<sup>146</sup> Códigos civiles de COAH, artículo; TAB, artículo 946-VIII y TLAX, artículo 1196.

<sup>147</sup> Códigos civiles de COAH, artículo 1782-II y III; GRO, artículo 761-II y III, y CC de QR, artículo 1845-II; en este artículo no se dice que la prescripción se suspenda entre cónyuges, sino solo entre las personas “que vivan como marido y esposa sin estar

tampoco entre concubinos. Otros tres códigos<sup>148</sup> dicen que quien adquirió un bien de la sociedad conyugal o del “haber familiar”<sup>149</sup> sin el consentimiento de uno de los cónyuges, no puede adquirir, por prescripción, la parte que le corresponde al que no consintió, es decir, se ha formado una nueva copropiedad respecto de ese bien entre el adquirente y el cónyuge que no consintió. Dos códigos excluyen que la prescripción corra respecto de bienes públicos: el de QR<sup>150</sup> excluye que haya prescripción respecto de bienes del Estado, sean de dominio público, sean de dominio privado; el de VER<sup>151</sup> la excluye respecto de bienes del Estado, de los municipios y de las “corporaciones públicas”, pero no de una manera absoluta, pues la permite a partir del día en que dichas personas pierdan la posesión, lo cual equivale a decir que el nuevo poseedor sí puede adquirir la propiedad de esos bienes.<sup>152</sup> Hay otros códigos que tienen algunas excepciones únicas: el del EDOMEX,<sup>153</sup> no admite la prescripción que dé como resultado la fusión de predios; el de JAL,<sup>154</sup> no admite que la prescripción corra entre hermanos; el de MICH<sup>155</sup> no contempla que no se puedan adquirir por prescripción los bienes de ausentes por un servicio público o los de los militares en servicio activo, y el de Veracruz,<sup>156</sup> que afirma que no se pueden adquirir por prescripción los bienes de herencias (se entiende yacentes o sin heredero), sino a partir de que se declare heredero el Fisco del Estado, ni tampoco los bienes vacantes (se entiende inmuebles), sino a partir de que se haga la denuncia legal de vacancia.

g) *Efectos de la prescripción.* De conformidad con el CCF (artículo 1156), el poseedor de un inmueble que lo haya poseído el tiempo

---

casados”, por lo que cabe interpretar que también se suspende entre los que están efectivamente casados.

<sup>148</sup> Códigos civiles de PUE, artículo 1411-VII; TAB, artículo 947, TLAX, artículo 1197.

<sup>149</sup> Los códigos de TAB y TLAX son los que hablan del “haber familiar”, que es algo menos preciso que la “sociedad conyugal”.

<sup>150</sup> CC de QR, artículo 1845-VII.

<sup>151</sup> CC de VER, artículo 1200-VII.

<sup>152</sup> Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los bienes públicos pueden estar fuera del comercio, y no ser objeto de posesión, ni de prescripción.

<sup>153</sup> CC de EDOMEX, artículo 5.138.

<sup>154</sup> CC de JAL, artículo 894-III.

<sup>155</sup> CC de MICH, artículo 438, que no se refiere a los ausentes ni a los militares.

<sup>156</sup> CC de VER, artículo 1200-VII párrafo final.

necesario y con las condiciones requeridas, puede iniciar un juicio en contra del propietario de ese inmueble que aparezca en el Registro Público de la Propiedad, a fin de que un juez declare que el poseedor ha adquirido la propiedad de dicho inmueble; y la sentencia favorable (artículo 1157), que “se”<sup>157</sup> inscribirá en el registro público de la propiedad, será el título de propiedad sobre ese inmueble.

De esas reglas se deduce que el efecto de la prescripción positiva sobre bienes inmuebles es dar al poseedor una acción para que pueda adquirir la propiedad por medio de la sentencia del juez, y no la adquisición de la propiedad. En cambio, como el código nada dice de un juicio respecto de los bienes muebles, se entiende que el poseedor adquiere su propiedad en cuanto se cumpla el término de la prescripción, sin más formalidades.

Los códigos civiles de los estados también señalan que el efecto de la prescripción adquisitiva o de la usucapión, respecto de bienes inmuebles, es darle al poseedor la acción para iniciar un juicio en que el juez declara al poseedor como propietario, y que la respectiva sentencia, que deberá inscribirse en el registro de propiedad, viene a ser el título de propiedad. Y ninguno de ellos, lo mismo que el CCF, dice algo respecto del efecto de la prescripción o de la usucapión sobre bienes muebles, lo que confirma que respecto de estos bienes el efecto es la adquisición de la propiedad sin mayores formalidades.

Hay, sin embargo, algunas peculiaridades notables de los códigos estatales en esta materia. Mientras que el CCF solo prevé, respecto de la prescripción de inmuebles, que el poseedor puede iniciar un juicio contra el “propietario” que aparezca en el registro público, hay diez códigos estatales<sup>158</sup> que también contemplan un juicio en el caso de que no aparezca un propietario registrado, o en el caso de que haya un propietario “real” distinto del que aparece en el registro. En estos casos, hay dos juicios posibles: el que se hace cuando no hay propietario registrado y se sigue sin demandado, como un juicio de jurisdicción voluntaria (o «juicio de información» de la usucapión o de la prescrip-

---

<sup>157</sup> No precisa si el poseedor es quien solicita la inscripción, o es el juez quien ordena la inscripción; pero por la redacción impersonal (“se”) puede interpretarse que el juez debe ordenar la inscripción; así lo dicen expresamente algunos códigos locales.

<sup>158</sup> Códigos civiles de BC, artículo 1143; COAH, artículo 1790; GRO, artículo 775; GTO, artículo 1255; MOR, artículo 242; QR, artículo 1854; TAB, artículo 949; TAMPAS, artículo 738; TLAX, artículo 1199 y ZCS, artículo 463.

ción), y el juicio que se hace contra el propietario registrado o contra el propietario real, que es un juicio contencioso (“juicio de prescripción o de usucapión”). En ambos casos, la sentencia favorable al actor declara que él es el propietario. Algunos códigos<sup>159</sup> dicen que los trámites de estos juicios se harán siguiendo las reglas previstas en los códigos de procedimientos civiles. Dos peculiaridades a destacar son, por un lado, la que se encuentra en el CC de COAH (artículo 1792 bis), cuyo texto admite que el juicio de usucapión pueda ser colectivo. Y, por otro lado, el CC de QR (artículo 1852) el cual describe que en el juicio contra el propietario registrado, se llama, como terceros interesados, al Gobierno del Estado y al titular del Instituto encargado de proteger el patrimonio público del Estado.

Todos los códigos estatales coinciden que la sentencia del juez, inscrita en el Registro Público de la Propiedad, será el título de propiedad del poseedor victorioso en juicio, pero algunos códigos<sup>160</sup> exigen además que la sentencia antes de ser registrada debe ser protocolizada ante notario público; el CC de TAMPAS dice (artículo 737) que el juez enviará copia certificada de la sentencia al director del registro.

## **X. Síntesis del régimen de la posesión común a todos los códigos civiles mexicanos**

En esta parte se muestran las líneas generales del régimen de la posesión comunes a todos los códigos de la República, en el mismo orden en el que se hizo el análisis detallado. Por lo que, si alguien lee algún aspecto del régimen común y quiere conocerlo con más detalle y citas de los artículos correspondientes, deberá remitirse a la parte primera de este trabajo.

### **1. Concepto de posesión**

En todos los códigos está expresa la noción de que la posesión es el poder de hecho que ejerce una persona sobre una cosa, y que es un

---

<sup>159</sup> Códigos civiles de PUE, artículo 1414; TAMPAS, artículo 738, que remite al código “de la materia”, lo cual puede significar el de procedimientos civiles, y ZCS, artículo 463.

<sup>160</sup> Códigos civiles de EDOMEX, artículo 5.141, solo para inmuebles de más de 200 metros cuadrados; GRO, artículo 774; GTO, artículo 1252 y TAB, artículo 950.

poder reconocido o calificado jurídicamente, de modo que la posesión no es exclusivamente tenencia material de una cosa, sino tenencia jurídicamente calificada y protegida. Por estar calificada, puede haber una posesión que sea mejor que otra.

## **2. Las cosas que pueden ser objeto de posesión**

Todos los códigos aceptan que pueden poseerse todas aquellas cosas que pueden ser adquiridas en propiedad, es decir, todas las cosas que están en el comercio. Puede haber discrepancias en relación con las cosas que son de propiedad pública, pues muchos códigos las consideran como cosas que están fuera del comercio y que, por lo tanto, no pueden ser objeto de apropiación ni de posesión. En la práctica, es frecuente que haya personas que posean bienes públicos, como quienes tienen puestos comerciales en las vías públicas o en las carreteras, o los concesionarios de minas, de bosques o de otros bienes públicos. La dificultad de aceptar la posesión de bienes públicos, me parece que se debe al error de juzgar que toda posesión puede llevar al poseedor a adquirir la propiedad por medio de la prescripción positiva o usucapión, pero no es así. Los concesionarios de bienes públicos ejercen un poder de hecho sobre esos bienes, jurídicamente reconocido por un título de concesión, por lo que son verdaderos poseedores, aunque nunca podrán adquirir la propiedad de esos bienes por prescripción positiva o usucapión. Me parece que la regla común es que cualquier cosa que pueda ser objeto de propiedad privada o pública puede ser objeto de posesión.

En todos los códigos se conserva el error de considerar a los derechos personales como susceptibles de posesión, lo cual es una consecuencia del error de admitir que estos son bienes de la misma naturaleza y con el mismo régimen jurídico que las cosas corporales.

## **3. Adquisición de la posesión**

Todos los códigos reconocen que el poseedor puede adquirir directamente la posesión cuando él ejerce el poder sobre ella, o por medio de un representante, que lo ejerce en beneficio de su representado. La afirmación, en algunos códigos, de que es necesaria una cierta ca-

pacidad jurídica, la capacidad de ser propietario, para adquirir la posesión contradice la noción de que la posesión es un poder que se ejerce sobre una cosa. Un niño o joven menor de 18 años pueden ejercer ese poder sobre una cosa y ser un poder jurídicamente reconocido, por ejemplo, el que ejercen sobre las cosas que les han regalado, y no tiene sentido afirmar que no son poseedores porque todavía no tienen capacidad para adquirir la propiedad; distinta es la cuestión de si pueden ejercer los recursos para defender su posesión, pues eso, por ser poseedores menores de edad, les corresponde a sus representantes legales.

#### **4. Clases de posesión**

Todos los códigos hacen dos distinciones respecto de la posesión o, mejor dicho, de los poseedores.

Todos distinguen, en primer lugar, entre: a) quien posee a título de dueño, al que también llaman poseedor originario, o poseedor civil; b) quien posee por una concesión que le ha hecho el propietario, sea gratuita (como el comodato) sea onerosa (como el arrendatario), al que denominan poseedor derivado o precario, y c) quien posee en beneficio o representación de otro, al que llaman poseedor subordinado o también poseedor precario, quien no es verdadero poseedor porque ejerce el poder sobre la cosa en beneficio de otra persona.

La calificación de estos tipos de poseedor sirve para identificar al poseedor que puede, mediante la posesión continuada (prescripción positiva o usucapión), adquirir la propiedad sobre la cosa poseída, que es, en eso concuerdan todos los códigos, el poseedor a título de dueño, es decir quien posee gracias a un acto jurídico (como una compra-venta o una donación) que le permite considerarse como propietario. El poseedor derivado o el poseedor precario pueden poseer por virtud de un acto jurídico que les concede el uso y o disfrute de la cosa, como el arrendamiento o el comodato, pero no tienen causa para considerarse como propietarios, por lo que no pueden, por medio de la posesión continuada de la cosa, adquirir su propiedad.

La otra distinción, común a todos los códigos, es entre el poseedor de buena fe y el de mala fe. Es poseedor de buena fe aquel que entra en la posesión en virtud de un “título suficiente”, esto es, en virtud de un acto jurídico que le otorga el derecho de usar, usufructuar

y adquirir la propiedad de la cosa. El poseedor originario o a título de dueño es de buena fe cuando tiene un título suficiente para poseer como propietario, por ejemplo, por haber comprado la cosa o haberla recibido en pago de una deuda; el poseedor derivado es de buena fe cuando posee gracias a un acto jurídico que le concedió el derecho de usar y o disfrutar una cosa, como un arrendatario. Aclaran los códigos que es también poseedor de buena fe aquel que posea por virtud de un acto jurídico viciado o insuficiente, si desconoce los vicios o insuficiencias de su título, por ejemplo, quien compró la cosa de quien no era su legítimo propietario, sería poseedor originario o a título de dueño y de buena fe, o quien la recibió en arrendamiento de quien no tiene derecho a ceder el uso, sería poseedor derivado y de buena fe.

El poseedor de mala fe es aquel que tiene la posesión sin haberla recibido por un acto jurídico previo, es decir, sin tener un “título” para poseer, o quien posee con un título que él sabe que es defectuoso, por ejemplo, quien compró una cosa que sabía que era robada.

Esta distinción por razón de la buena o mala fe se combina, principalmente, con la categoría de poseedor originario, para determinar la responsabilidad que tiene ese poseedor, según sea de buena o mala fe, ante el legítimo propietario que le reclama la cosa; en principio, el poseedor responde de entregar la cosa, los frutos que hubiera producido y de indemnizar los daños que le hubiera causado, pero puede reclamar los gastos que hubiera hecho o las mejoras que hubiera dado a la cosa; lógicamente, la responsabilidad del poseedor de mala fe es mayor que la del poseedor de buena fe. También interesa la distinción entre el poseedor de buena fe y de mala fe para determinar los plazos por los cuales el poseedor originario puede adquirir la propiedad por prescripción positiva o usucapión, que son mayores para el poseedor de mala fe que los que tiene el poseedor de buena fe.

Si bien todo aquel que entra en la posesión sin tener un título es poseedor de mala fe, los códigos dan un tratamiento especial a quien entre en posesión por medio de la violencia o de un acto delictivo. A tal poseedor se le establece mayor responsabilidad, que al poseedor de mala fe, ante el propietario que reclama la cosa, y se le fijan plazos más largos para adquirir la propiedad por usucapión o prescripción positiva, o incluso se le excluye de poder hacerlo.

## 5. Defensa de la posesión

La primera defensa que tiene el poseedor y que reconocen todos los códigos civiles, es la presunción de que el poseedor originario es propietario, y que el poseedor derivado ha recibido la posesión del propietario. Esta presunción evita que se cuestione al poseedor sin fundamento, lo cual contribuye a la preservación de la paz. Parece excesiva la disposición de algunos códigos de que el poseedor, sin indicar si es originario o derivado, se presume siempre propietario.

Todos los códigos también hacen la presunción de que el poseedor actual, si prueba que poseyó en un tiempo anterior, se presume que poseyó en el intermedio, y la presunción de que el poseedor de un inmueble posee los muebles que contiene.

Todos los códigos civiles contemplan los interdictos posesorios,<sup>161</sup> como la primera defensa activa del poseedor, y distinguen entre el interdicto de retener y el de recuperar la posesión, pero no hacen distinción por razón de que el bien poseído sea mueble o inmueble. Todos aceptan que prevalece el poseedor con mejor derecho, o, en caso de que haya igualdad en el derecho, el más antiguo. La mayoría de los códigos dan el interdicto de recuperar únicamente al poseedor originario, y establecen la regla que caduca en un año. Hay cinco códigos que establecen un recurso adicional, la acción plenaria de posesión, en favor de quien perdió la posesión y ya no puede ejercer el interdicto de recuperar.

El código civil de Coahuila tiene un capítulo especial sobre defensa de la posesión, en la que se regulan esos recursos y también otros dos interdictos, el de obra nueva y el de obra peligrosa, y concede al poseedor una acción más, la llamada acción publiciana.

Respecto de la recuperación de la posesión de cosas muebles perdidas o robadas, los códigos coinciden en que, si la cosa la adquirió alguien de buena fe en pública subasta o en un mercado público, el poseedor podrá recuperarla únicamente si restituye el precio que pagó el adquirente de buena fe. Y respecto de la recuperación de moneda o títulos valor, todos los códigos coinciden en las reglas del có-

---

<sup>161</sup> Hay diferencias importantes respecto de la naturaleza del interdicto, según lo regulen los códigos de procedimientos civiles; en algunos se regula como un juicio ordinario y en otros, en la mayoría, como un juicio sumario o sumarísimo



digo federal de que el poseedor que los perdió no puede recuperarlos del poseedor de buena fe.

## **6. Reglas sobre la restitución de la cosa poseída relativas a los frutos, gastos, daños o pérdida de la cosa y mejoras**

El régimen común afirma que, respecto de los poseedores derivados, las reglas sobre su responsabilidad por la restitución de la cosa son las que derivan de los actos jurídicos por medio de los cuales obtuvieron la posesión.

Respecto de los poseedores originarios o a título de dueño, los códigos distinguen si son de buena o mala fe, y en este último caso, si han poseído más o menos de un año. La responsabilidad de los poseedores de mala fe es mayor que la de los de buena fe, lo mismo que la de los que poseen menos tiempo en comparación con los que poseen durante más tiempo. Se considera también, agravándola, la responsabilidad del poseedor que se hizo de la posesión mediante un delito o un acto civil ilícito.

Son comúnmente aceptadas las distinciones respecto de los gastos (útiles, necesarios y suntuarios), los frutos (naturales y civiles) y las cualidades de la posesión que tienen que ver con la responsabilidad por la restitución y la posibilidad de adquirir la propiedad por usucapión, que son que la posesión sea pública, continua y pacífica.

## **7. Régimen en caso de “coposesión”**

Todos los códigos civiles mexicanos, salvo el de Yucatán, contemplan las mismas reglas para el caso de coposesión: que cada poseedor puede ejercer actos posesorios sobre la cosa común, sin excluir a los otros coposeedores, y que al dividirse el bien que poseían varios, se entiende que cada poseedor poseyó todo el tiempo que duró la posesión común, aquella porción que le toque al hacerse la división.

## **8. Continuidad, interrupción y pérdida de la posesión**

Todos los códigos mexicanos tienen la regla de que la posesión se continúa con el mismo título con que se recibió, salvo que cambie la causa.

Las reglas sobre la interrupción y pérdida de la posesión están en los títulos relativos a la prescripción positiva o a la usucapión. En general, la posesión se interrumpe: si el poseedor es privado de ella más de un año (lo cual es más bien pérdida que interrupción de la posesión), por demanda o reclamación judicial o, en algunos códigos, por reclamación administrativa o de cualquier tipo, o por reconocimiento expreso (o tácito según algunos códigos) que haga el poseedor de que la cosa corresponde a otra persona. La posesión se pierde: por abandono del poseedor, por cesión voluntaria, por destrucción de la cosa, por decisión judicial o por “despojo” si el poseedor no recupera la posesión por medio de los interdictos en el plazo de un año, y finalmente, porque el propietario venza al poseedor en el juicio reivindicatorio.

### **9. Adquisición de la propiedad mediante la posesión continuada**

El poseedor adquiere la propiedad por la prescripción positiva en la mayoría de los códigos, o por la usucapión, según nueve códigos.

En todos los códigos, la posesión apta para usucapir es la posesión originaria o a título de dueño, que además debe ser continua, pública y pacífica. Sin embargo, hay ambigüedad respecto de lo que se entiende por posesión a “título de dueño”, pues en algunos códigos se puede entender como el ánimo del poseedor de comportarse como dueño (un estado subjetivo), y en otros como la existencia de un título o causa suficiente para poseer como propietario. La jurisprudencia de la Suprema Corte exige la existencia de un título o causa suficiente para poseer como propietario. No obstante, la ambigüedad subsiste porque todos los códigos admiten que el poseedor de mala fe, o incluso aquel que se hizo de la posesión mediante un delito, puede adquirir la propiedad.

En principio, todos los bienes que pueden ser susceptibles de apropiación privada pueden ser objeto de usucapión o prescripción positiva. Sin embargo, hay cierta confusión respecto de los bienes públicos, que la mayoría de los códigos declara que son imprescriptibles, pero otros admiten que cierto tipo de bienes públicos, los que están en el “dominio privado”, sí pueden adquirirse por prescripción.

Las personas que pueden adquirir la propiedad mediante la posesión continuada son las personas con capacidad jurídica, entre las

que se menciona expresamente a las personas públicas; los incapaces pueden adquirir por medio de sus representantes. Las personas que adquieren pueden renunciar a la propiedad adquirida, de manera expresa o tácita.

El plazo para adquirir se cuenta a partir del momento en que el poseedor posee a título de dueño, y si alguien recibe la posesión a título de dueño de otro que ya poseía con el mismo título, el plazo se cuenta a partir del momento en que el primer poseedor poseyó con tal título. Si la posesión se obtuvo por violencia, el plazo se cuenta a partir del momento en que cesa la violencia o se adquiere una justa causa para poseer. La duración del plazo para la adquisición de bienes inmuebles es de cinco años para los poseedores de buena fe, y de diez para los de mala fe; respecto de bienes muebles, es de tres años para los poseedores de buena fe y de cinco para los de mala fe. Algunos códigos modifican los plazos, especialmente los que permiten la adquisición de la propiedad de un bien que se posee sin título, que requiere un plazo de veinte años. El plazo para adquirir se interrumpe cuando se pierde la posesión (ver arriba).

La prescripción o usucapión no puede darse respecto de los bienes de ciertas personas. A esta exclusión, los códigos la llaman «suspensión» de la prescripción o de la usucapión. Los bienes excluidos son: los bienes de un incapaz sin tutor, los de los ascendientes o descendientes, mientras estos están sujetos a la patria potestad; los de un consorte o cónyuge, los de un incapaz sujeto a tutela, que no pueden ser adquiridos por su tutor mientras dura la tutela; los bienes en copropiedad, pues no pueden los copropietarios adquirir porciones del bien común mientras dura la copropiedad, ni los bienes de ausentes por causa de algún servicio público. Algunos códigos excluyen los bienes del patrimonio familiar o los bienes públicos.

Todos los códigos disponen que el efecto de la prescripción positiva o usucapión es, respecto de bienes inmuebles, no la adquisición directa de la propiedad por el poseedor, sino darle un derecho de acción para que un juez le atribuya la propiedad, de modo que el título de propiedad no es la posesión continuada, sino la sentencia del juez. Respecto de los bienes muebles, ningún código señala algo, por lo que cabe entender que el efecto de la posesión continuada es la adquisición de la propiedad sin más formalidades.

## XI. Bibliografía

- Código Civil Federal, 1928, México.  
Código Civil del Estado de Aguascalientes, 1947, México.  
Código Civil para el Estado de Baja California, 1974, México.  
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, 1996, México.  
Código Civil del Estado de Campeche, 1942, México.  
Código Civil para el Distrito Federal, 1926, México.  
Código Civil del Estado de Chihuahua, 1974, México.  
Código Civil del Estado de Chiapas, 1938, México.  
Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, 1999, México.  
Código Civil para el Estado de Colima, 1954, México.  
Código Civil para el Estado de Durango, 1934, México.  
Código Civil para el Estado de México, 2002, México.  
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Guerrero, 1937, México.  
Código Civil para el Estado de Guanajuato, 1967, México.  
Código Civil para el Estado de Hidalgo, México.  
Código Civil para el Estado de Jalisco, México.  
Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo, 2008, México.  
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos, 1993, México.  
Código Civil para el Estado de Nayarit, 1981, México.  
Código Civil para el Estado de Nuevo León, 1935, México.  
Código Civil para el Estado de Oaxaca, 1944, México.  
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, 1985, México.  
Código Civil para el Estado de Quintana Roo, 1980, México.  
Código Civil para el Estado de Querétaro, 2009, México.  
Código Civil para el Estado de San Luis Potosí, 1946, México.  
Código Civil para el Estado de Sinaloa, 1940, México.  
Código Civil para el Estado de Sonora, 1949, México.  
Código Civil para el Estado de Tabasco, México.  
Código Civil para el Estado de Tamaulipas, 1986, México.  
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, 1976, México.  
Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, 1932, México.  
Código Civil para el Estado de Yucatán, 1993, México.  
Código Civil para el Estado de Zacatecas, 1986, México.

## La responsabilidad parental en la legislación civil de Ciudad de México

### *Parental Responsibility in Mexico City's Civil Legislation*

Elva Leonor **Cárdenas Miranda**

 <https://orcid.org/0000-0002-5616-2303>

Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: cardenas.elva2017@gmail.com

**Resumen:** En este artículo se aborda la necesidad de incorporar la *responsabilidad parental*, en lugar de la *patria potestad*, en la legislación civil de Ciudad de México, con la finalidad de definir claramente los deberes comunes del padre y la madre en relación con la crianza del niño, conforme a los artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, se destaca la importancia de promover la ratificación por parte de México del Convenio de La Haya de 1996, el cual aborda aspectos relacionados con la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de niños. Dicha ratificación encuentra justificación en la necesidad de contar con una estructura normativa y administrativa basada en la cooperación internacional para atender casos urgentes derivados de situaciones internacionales fundamentados en el interés superior del niño.

**Palabras clave:** responsabilidad parental, protección de los niños, desarrollo integral del niño, cooperación internacional, interés superior de la niñez.

**Abstract:** This paper addresses the need to incorporate parental responsibility instead of parental authority in the civil legislation of Mexico City, in order to clearly define the common duties of the parents in relation to the upbringing of the child, in accordance with the articles of the Convention on the Rights of the Child. It also highlights the importance of promoting Mexico's ratification of the 1996 Hague Convention, which addresses issues related to jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement, and cooperation in matters of parental responsibility and measures for the protection of children. This ratification is justified by the need for a regulatory and administrative structure based on international cooperation to address urgent cases arising from international situations based on the best interests of the child.

**Keywords:** parental responsibility, child protection, integral development of the child, international cooperation, best interests of the child.

Recepción: 16 de marzo de 2023

Aceptación: 16 de mayo de 2023

**Sumario:** I. *Introducción*. II. *El interés superior del niño*. III. *La doctrina de la protección integral*. IV. *La responsabilidad parental en el derecho internacional privado*. V. *¿Patria potestad o responsabilidad parental?* VI. *Propuesta*. VII. *Referencias*.

## I. Introducción

La legislación civil de Ciudad de México, así como la de otras entidades federativas, no regula la *responsabilidad parental* como la institución protectora de los derechos del niño y responsable de su desarrollo pleno y armónico. En los ordenamientos persiste la denominación de la ancestral institución de la *patria potestad*, que, desde su origen en el derecho romano, representó un poder sin límite de los progenitores sobre sus hijos. Aunque se reconoce que en el transcurso del tiempo la concepción y ejercicio de la patria potestad ha evolucionado, hoy subsisten excesos que vulneran el interés superior del niño y, en consecuencia, se atenta contra los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y de la *doctrina de la protección integral* que la propia Convención sustenta.

## II. El interés superior del niño

El *interés superior del niño* no es un concepto reciente; es factible ubicar su origen en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Treinta años más tarde dicho concepto se retomó, de manera específica, en el artículo 3o., párrafo 1, de la CDN, que indica que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá primordialmente al interés del niño”.

El concepto se ha desarrollado en distintos sistemas regionales de protección de derechos humanos. Entre ellos, cabe mencionar a la Unión Europea, que en el artículo 24.2 de su Carta de los Derechos Fundamentales de 2000 recoge de manera similar el texto previsto en

la CDN; y al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —el “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969— señala: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (Torrecuadrada, 2020, p. 212).

No obstante, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, ha suscitado diversos análisis y revisiones sobre sus alcances e implicaciones, derivado de que su aplicación depende del caso particular de que se trate. Lo anterior ocurre así porque, como afirma Soledad Torrecuadrada (2020), “es imposible omitir los riesgos que derivan de la volatilidad del Interés Superior del Niño y su prevalencia en la ponderación respecto de cualquier otro interés en presencia, lo que conduce a la necesidad de concretar o limitar este concepto” (p. 214).

En esta tesitura, el Comité de los Derechos del Niño (Comité DN), en su Observación General núm. 14, adoptada mediante Resolución CRC/C/GC/14 del 29 de mayo de 2013, al analizar el artículo 3o., párrafo 1, de la CDN ha determinado que se trata de uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño. Allí se le concibe como un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución y debe evaluarse en cada contexto; además, se subraya que el interés superior del niño es un concepto triple, esto es, un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico, o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del

niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. (Comité DN, 2014, p. 260)

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la Opinión Consultiva OC-17/2002, sobre Condición Jurídica y Derechos del Niño, del 28 de agosto de 2002, reconoce al interés superior del niño como un principio regulador de la normativa de los derechos del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como la naturaleza y alcances de la CDN (Opinión Consultiva OC-17/02, 2002, párr. 56).

Por otro lado, Miguel Cillero (1998, p. 78) lo define como un principio garantista, debido a que su significado estriba fundamentalmente en la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada, por lo que, junto con la no discriminación, constituyen la base de sustentación y protección de los derechos humanos de los niños.

En México, el interés superior de la niñez se elevó a rango constitucional el 12 de octubre de 2011, en virtud de reformas al artículo 4o. de la carta magna; el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* de esta fecha también adicionó la fracción XXIX-P al artículo 73 constitucional para facultar al Congreso federal para ex-



pedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes.

Como resultado de esta adición y de una iniciativa preferente del ejecutivo federal, el 4 de diciembre de 2014 se publicó en el DOF la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, normativa acorde con la CDN y la doctrina de protección integral, con la cual se abrogó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de 2000.

En el artículo 2o. de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se destaca:

El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector.

Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños y adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.

Nuestro máximo tribunal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado sobre el interés superior del niño en diferentes tesis jurisprudenciales y aisladas. Tan sólo por citar algunas:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: “la expresión «interés superior del niño»... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración

de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”. (Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 25/2012)

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO. De la jurisprudencia 1a./J. 44/2014 (10a.), de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de título y subtítulo: “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS.”, deriva que el interés superior del menor es un principio vinculante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuya aplicación se proyecta en tres dimensiones: a) como derecho sustantivo, en cuanto a que el interés referido sea consideración primordial y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses respecto a una cuestión debatida; b) como principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que si una norma jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de forma más efectiva sus derechos y libertades, a la luz del interés superior del menor; y, c) como norma de procedimiento, conforme a la cual, siempre que se tome una decisión que afecte los intereses de uno o más menores de edad, deberá incluirse en el proceso de decisión, una estimación de las posibles repercusiones en ellos. Asimismo, la justificación de la medida adoptada deberá dejar patente que se consideró el interés superior del menor en el análisis de las diversas alternativas posibles. (Tesis 1a./ CCCLXXIX/2015)

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SUS ALCANCES Y FUNCIONES NORMATIVAS. El interés superior del menor implica, entre otras cosas tomar en cuenta aspectos dirigidos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, como criterios rectores para elaborar normas y aplicarlas en todos los órdenes de la vida del menor, conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño; así pues, está previsto normativamente en forma expresa y se funda en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades; además, cumple con dos funciones normativas: a) como principio jurídico garantista y, b) como pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos de los menores. (Tesis 1a. CXXI/2012)

### III. La doctrina de la protección integral

La preocupación mundial sobre el futuro de los niños ante la constante violación de sus derechos concitó a los países a adoptar la CDN de 1989. Este instrumento internacional fue el resultado de un intenso trabajo de treinta años, tomando como punto de partida la Declaración de los Derechos del Niño de 1959; sin dejar de mencionar la Declaración de Ginebra de 1924, normativa que, aunque escueta, significó un primer paso en el reconocimiento internacional de la protección de los derechos de los niños.

Se ha dicho, y con razón, que la CDN significó un cambio radical y trascendente sobre la manera de concebir los derechos de la infancia. En opinión de Mary Beloff, la CDN implicó un cambio radical, particularmente en América Latina, desde el punto de vista jurídico, político, histórico y cultural que generó la oposición de dos grandes modelos o cosmovisiones para entender y tratar a la infancia (2004, p. 85).

En consecuencia, tenemos un cambio de paradigma con la CDN, ya que antes de su adopción, las leyes y prácticas con relación a la infancia respondían a un “modelo tutelar”, “filantrópico”, “de la situación irregular” o “asistencialista” que consideraba al niño como objeto de protección. Después de la entrada en vigor de este instrumento internacional, se reconoce al niño como sujeto pleno de derechos humanos. El cambio de paradigma implicó dejar atrás el modelo de la situación irregular para transitar al modelo de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte IDH, sobre Condición Jurídica y Derechos del Niño, al detallar la intervención de Costa Rica, en la consulta prevista en el procedimiento para la elaboración de esta Opinión, resume en lo conducente el escrito de observaciones que formuló este país, sobre la doctrina de protección integral:

*g. Doctrina de la protección integral:*

Con la Convención sobre los Derechos de Niño se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular, que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones. Por ello, se constituían en objetos pasivos de la intervención “proteccionista o represiva del Estado”. Además, esa doctrina creaba una distinción entre “niños”,

que tenían cubiertas sus necesidades básicas, y “menores”, que eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas insatisfechas, y se encontraban, por lo tanto, en una “situación irregular”... (Opinión Consultiva OC-17/02, 2002, párr. 15)

Adicionalmente, Costa Rica manifestó:

*h. Surgimiento del Derecho de la niñez y la adolescencia:*

La Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales, y la doctrina de la protección integral trajeron consigo el surgimiento del Derecho de los niños como una nueva rama jurídica, que se sustenta en tres pilares: *el interés superior del niño*, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; *el menor de edad como sujeto de derecho*, de manera que se reconocen a éste tanto derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño; y *el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental*, siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía. Por ello, el ejercicio de la autoridad debe disminuir conforme avanza la edad del niño. (Opinión Consultiva OC-17/02, 2002, párr. 16)

Resulta claro que la responsabilidad parental que reconoce la CDN es aquella que atiende el interés superior del niño y la responsabilidad primordial de los progenitores en la crianza y desarrollo de los niños, así como la obligación del Estado de brindar la asistencia necesaria en el desempeño de estas funciones.

En este contexto, los artículos 3o., 5o., 18 y 27 de la CDN recogen principios fundamentales de la doctrina de la protección integral, en virtud de que consagran el interés superior del niño; responsabilidades y deberes de los padres, los tutores o los miembros de la familia ampliada de impartir dirección y orientación al niño en el ejercicio de sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades; las obligaciones comunes de los padres en la crianza y desarrollo del niño; la corresponsabilidad del Estado de brindar asistencia para el

cumplimiento de esta función; y la responsabilidad de los padres de proporcionar un nivel de vida adecuado para su desarrollo.

A mayor abundamiento, citamos textualmente los artículos 3o., 5o., 18 y 27 de la CDN:

#### Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

#### Artículo 5

Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, para impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

#### Artículo 18

Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

...

#### Artículo 27

Los Estados Parte reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Los Estados Parte, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a

este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda...

El Comité DN robustece las anteriores disposiciones en la Observación General núm. 7, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, dedicando un apartado en concreto al tema de las responsabilidades de los padres y otros tutores, los cuales desempeñan una función esencial en la realización de los derechos del niño. De tal modo, reconoce la trascendencia de los artículos 5o., 18 y 27 de la CDN, refrendando que la responsabilidad otorgada a los padres y otros tutores está vinculada al interés superior del niño (Comité DN, OG-7, 2014, p. 105).

Asimismo, desde su preámbulo, puntualiza que la CDN subraya el papel de la familia como medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, para lo cual la familia debe recibir la protección del Estado para asumir su responsabilidad.

Con respecto al artículo 5o. de la CDN, refiere que éste se basa en el concepto de evolución de facultades para referirse a procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor.

El Comité DN sostiene que la evolución de las facultades debería considerarse un proceso positivo y habilitador, y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño y su expresión, y que tradicionalmente se han justificado alegando la relativa inmadurez del niño y su necesidad de socialización (Comité DN, 2014, p. 106).

#### **IV. La responsabilidad parental en el derecho internacional privado**

Además de la CDN, varios tratados internacionales destacan el papel preponderante de los niños y adolescentes en la normativa internacional y el interés superior de la infancia como base de ésta. De allí que

se haya denominado al siglo XXI como un derecho de la niñez *puerocéntrico*, puesto que las normas de derecho internacional privado relativas a los menores de edad están construidas sobre los principios del interés del niño y, en consecuencia, las leyes deben interpretarse con arreglo a esa finalidad (Calvo y Carrascosa, 2017, p. 534).

Lo anterior se constata en los diversos convenios que ha impulsado la Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado (HCCH) durante el siglo XX. Tan sólo por mencionar algunos: Convenio del 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores; Convenio del 15 de noviembre de 1965 sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción; Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Convenio del 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional; Convenio del 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

Por tratarse del tema que nos ocupa en este trabajo, abordaremos el Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (Convenio de La Haya de 1996), ratificado por 53 países hasta la fecha que este trabajo se escribe, con la aclaración pertinente que el Estado mexicano no lo ha ratificado.

Marcelo D. Iñiguez señala que el Convenio de La Haya de 1996 sustituyó al Convenio de 1961 como sistema de protección internacional a los niños, debido principalmente a dos causas: en primer lugar, a la mayor concepción y evolución de los derechos humanos después de dos guerras mundiales que dejaron a muchos niños desprotegidos y en completa vulnerabilidad; en segundo lugar, en la época actual, como resultado de los aspectos sociales que propician las inmigraciones (de asiáticos, africanos, latinoamericanos, americanos del norte) donde está en tensión el interés superior frente a decisiones con respecto a los hijos de los inmigrantes. Por lo tanto, Iñiguez concluye que el derecho internacional privado *puerocéntrico* ha promovido la inclusión de elementos constitucionales y de derechos humanos para

hacer prevalecer el interés superior del niño frente a otros intereses (2018, p. 228).

A su vez, Florencia Castro y Nieve Rubaja subrayan que los esfuerzos que la HCCH ha dedicado en las últimas décadas a la protección de la niñez en situaciones privadas internacionales incluyen la elaboración del Convenio de La Haya de 1996, al que reconocen como un convenio *infantocéntrico* que tiene como eje principal el centro de vida del niño. También constituye un sistema integral de protección de los niños a nivel transnacional que no pierde de vista la movilidad a la que pueden estar expuestos, y contiene normas innovadoras sobre la ley aplicable a la responsabilidad parental, competencia, y reconocimiento y ejecución de medidas de protección, complementándose con un sistema de cooperación entre autoridades centrales (2017, p. 410).

En cuanto a su contenido, desde su preámbulo el Convenio de La Haya de 1996 expresa su deseo de evitar conflictos entre sistemas jurídicos en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas de protección de los niños. Reconoce la importancia de la cooperación internacional de los niños y confirma que el interés superior del niño merece una consideración primordial. De igual modo, refiere la necesidad de revisar el Convenio del 5 de octubre de 1961, sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores, así como el deseo de establecer disposiciones comunes atendiendo lo previsto en la CDN.

El Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 precisa que no se trata de crear un derecho internacional uniforme en materia de protección de niños, ya que se puede hacer referencia a la CDN. La función del convenio consiste en evitar conflictos jurídicos y administrativos, y construir la estructura necesaria a efectos de una cooperación internacional efectiva en materia de protección de niños entre los diferentes sistemas (2014, p. 12).

El artículo 1 del Convenio de La Haya de 1996 indica su objeto:

- a) Determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o bienes del niño;
- b) determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia;
- c) determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental;
- d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes;
- e) establecer entre



las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio.

De estos objetivos, se desprende que este Convenio aborda aspectos de jurisdicción internacional, ley aplicable, cuestiones relativas al reconocimiento y ejecución de medidas adoptadas en un Estado parte con respecto a otro Estado parte y la cooperación internacional para brindar soluciones específicas a casos de derecho internacional privado.

En el artículo 1.2 se establece que, para “los fines del Convenio, la expresión «responsabilidad parental» comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores u otros representantes legales con respecto a la persona o bienes del niño”.

En el Informe Explicativo del Convenio La Haya de 1996, elaborado por Paul Lagarde, se argumenta que la referencia a responsabilidad parental pareció poco precisa para algunas delegaciones que participaron en la elaboración del Convenio. Por lo tanto, el párrafo 2 del artículo 1o. se esfuerza en aclarar la noción de responsabilidad parental, por lo que la definición dada es amplia, cubre la responsabilidad relativa a la persona del niño, la responsabilidad relativa a sus bienes y, en general, la representación del niño, buscando abarcar cualquier denominación dada a la institución. Los derechos y obligaciones a que se refiere son los que corresponden al padre y a la madre conforme a la ley, para cuidar a sus hijos y asegurar su desarrollo. El concepto de poderes se refiere más específicamente a la representación del niño en los casos de fallecimiento, abandono o ineptitud de los padres (1998, p. 14).

El artículo 2o. determina que el convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años. De tal modo. Entre los niños que podrían resultar beneficiados por la implementación del Convenio de 1996 se encuentran los siguientes:

- Aquellos que son objetos de controversias internacionales entre los progenitores en materia de custodia o visita;
- aquellos que son objeto de sustracción internacional (incluso en los Estados que no pueden incorporarse al Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores);

aquellos que sean sometidos a medidas de protección en el extranjero que no están comprendidas en la definición de adopción y, por tanto, se encuentran fuera del alcance del Convenio de la Haya de 1993 sobre Protección de Menores y Cooperación en materia de Adopción internacional;

aquellos que sean objeto de tráfico transfronterizo y otras formas de explotación, tales como el abuso sexual;

aquellos que sean refugiados o menores no acompañados;

aquellos que se reubican internacionalmente con sus familias. (HCCH, 2014, p. 11).

## V. ¿Patria potestad o responsabilidad parental?

En relación con la patria potestad, el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884 determinó que los hijos menores de edad no emancipados estaban sujetos a la patria potestad, y ésta se ejercía por: padre, madre, abuelo paterno, abuela paterna, abuelo materno y abuela materna, siguiendo ese orden.

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 retomó algunas de las disposiciones del Código de 1884, pero estableció que la patria potestad sería ejercida de manera conjunta por ambos progenitores o ambos abuelos, paternos y maternos, teniendo preferencia los abuelos paternos sobre maternos (Rico, 2020, p. 262).

El Código Civil de 1928 para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal, atendió lo dispuesto por la Ley sobre Relaciones Familiares, haciendo énfasis en la guarda y educación de los menores y eliminando la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente como lo establecía la citada Ley en su artículo 244.

El título octavo de este código y los capítulos que lo integran, relativos a la patria potestad, han tenido posteriores reformas y adiciones en 1954, 1970, 1997, 2000, 2004, 2007, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2016; aunque es menester precisar que, a partir de la reforma en el año 2000, publicada en la Gaceta del Distrito Federal el 25 de mayo de ese año, el entonces Distrito Federal, hoy Ciudad de México, cuenta con su propio Código Civil.

Actualmente, y con motivo de las reformas de 1997 y 2007, el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

Artículo 411. En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

Quienes detenten la patria potestad tienen la posibilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

Como resultado de las reformas del 2 de febrero de 2007, se adicionó el artículo 414 BIS, relacionado con las obligaciones de crianza y el artículo 416 TER, incorporando el interés superior del menor.

No obstante estas reformas y adiciones, y sin dejar de reconocer el avance legislativo que esta institución jurídica ha tenido, podemos afirmar que de la revisión del título octavo, y sus respectivos capítulos en el Código Civil vigente, se desprende que no establecen claramente el conjunto de derechos y obligaciones de los progenitores con respecto a sus hijos y la orientación en el ejercicio de sus derechos y de acuerdo a la evolución de sus facultades; lo que no resulta acorde con la autonomía de gestión progresiva prevista en la Convención sobre los Derechos del Niño y, consecuentemente, no se atiende la doctrina de protección integral.

Asimismo, desde su denominación como “patria potestad”, denota la potestad, el poder o autoridad de los padres y no propiamente sus responsabilidades y deberes. Por ello, adicionalmente al aspecto semántico, el autor argentino, Luis Mizrahi concluye que el giro legal plausible tiene que apuntar a regular la responsabilidad y no la autoridad de los padres, tal y como lo hace el Código Civil y Comercial de la Nación, ya que en su opinión “el poder genera la probabilidad de asfixiar al niño en la célula parental desencadenando neurosis infantiles; el deber en cambio, se inclina a auxiliarlo para convertirlo en un ser pleno en sus fuerzas creativas” (2018, p. 240).

En este tenor, resulta pertinente comentar que el Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina, aprobado por Ley 26.994 y promulgado según el decreto 1795/2014, eliminó la locución latina de “patria potestad” remplazándola por el término *responsabilidad parental*, por resultar más adecuado y responder a las

nuevas exigencias sociales en concordancia con los principios y directrices de la CDN.

Como afirma Mizrahi, desde los Fundamentos del Anteproyecto del código argentino, se indicó que la regla de la autonomía progresiva de los niños ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos, a otra de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración la previsión del artículo 5o. de la CDN.

Como antecedente de esta trascendente modificación, Mizrahi cita las conclusiones emanadas de la Comisión núm. 8 durante las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires, Argentina, en 2001, que determinaron:

1. El conjunto de responsabilidades, derechos y deberes de los progenitores respecto de sus hijos no debe mantener la denominación latina “patria potestad”, que debe ser remplazada por términos más adecuados a la naturaleza de las relaciones jurídicas intra y extrafamiliares que comprende. (*de lege ferenda*)
2. Debe reafirmarse la titularidad conjunta por parte de madre y padre de la inadecuadamente llamada “patria potestad” respecto de los hijos, y su ejercicio conjunto como regla general, sin perjuicio de las situaciones en que corresponda el ejercicio unipersonal por uno de los progenitores.

La concreción de todo lo anterior, se reflejó en el artículo 638 del Código Civil y Comercial, que determinó: “Responsabilidad parental. Concepto: La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

Así como en el artículo 639, que enlista los principios generales de la responsabilidad parental:

Artículo 639. Principios generales. Enumeración.

La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

El interés superior del niño.

La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;

El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Como puede concluirse del análisis del texto de estos numerales, las disposiciones del Código Civil y Comercial de la República Argentina resultan congruentes con la CDN y con la doctrina de la protección integral.

## VI. Propuestas

La CDN, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, trajo como consecuencia no sólo hacer visibles a las niñas y los niños; el cambio de paradigma también significó reconocer a la infancia y adolescencia como sujetos titulares de derechos humanos, y no como objetos de derecho. Al ratificarla, los Estados se comprometieron a adoptar las medidas, administrativas, legislativas y de otra índole, necesarias para hacer efectivo su cumplimiento.

La Convención ha representado el replanteamiento de varias situaciones, como los deberes del Estado hacia el niño, los deberes de la familia hacia los niños y las obligaciones del Estado hacia la familia. En relación con los deberes de la familia hacia los niños, el artículo 18 señala que es responsabilidad primordial de padres y madres la crianza de los niños y es deber del Estado brindar la asistencia necesaria en el desempeño de esta función.

Se concluye que la responsabilidad parental que incorporó la CDN representa una función —un ejercicio en beneficio y cuidado— de respeto y protección de los derechos de los niños. Porque, como indica Javier Tapia, “en la época moderna, el estado va adquiriendo más poder que la familia, y la patria potestad se convierte en una institución de carácter moral y social, cuyo ejercicio no es ya un poder, sino una función primordial y temporal de los padres a favor de la protección e interés del hijo” (2018, p. 446).

En el mismo sentido se pronuncia Marcelo de Iñiguez, al afirmar que “la responsabilidad parental es una función, no se trata de un derecho subjetivo de los hijos, sino un conjunto de derechos y obligaciones que la ley asigna a los progenitores” (2018, p. 231).

En nuestro país encontramos avances significativos, aunque paulatinos, en el cumplimiento de los compromisos derivados de la ratificación de la CDN en 1990, como son las reformas constitucionales al artículo 4o. para incorporar el interés superior del niño, la promulgación en el año 2000 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y posteriormente la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de 2014. Sin embargo, no se ha cumplido con la armonización legislativa federal y de las entidades federativas, como es el caso del Código Civil para el Distrito Federal.

De allí que se afirme que nuestra legislación en materia civil no recoge los principios de la doctrina de la protección integral; al contrario, la contraviene. Porque, como sostiene Daniel O'Donnell, al explicar las implicaciones de la doctrina de protección integral para la legislación vigente sobre la familia, “la doctrina nace como una síntesis de los derechos y principios consagrados en la CDN, y en ocasiones encontramos disposiciones legislativas incompatibles con estos derechos y principios” (2004, p. 9).

En virtud de lo anterior, es necesario que las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal establezcan de manera clara los deberes comunes del padre y de la madre con respecto a la crianza del niño, en consonancia con los artículos de la CDN a los que hicimos alusión líneas arriba y eliminando cualquier autoritarismo que sean contrarios a su desarrollo integral. Por lo que se propone incorporar en nuestra legislación civil el concepto de responsabilidad parental en sustitución de la patria potestad. Lo que implicaría reformar el título octavo, capítulo I, del Código Civil para el Distrito Federal vigente. No se omite mencionar que sería deseable contar con un Código de Familia para la Ciudad de México. Un avance legislativo que ha cristalizado en otras entidades federativas.

La mayoría de los países que han ratificado el Convenio corresponden a Europa; inclusive el Consejo de la Unión Europea adoptó el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo el 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

El Reglamento en cita, especifica dentro de su Capítulo I, artículo 1o., ámbito de aplicación, apartado 1 inciso b), que éste se aplicará

a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. En el apartado 2 de este artículo, se define que las materias consideradas en la letra b) del apartado 1 se refieren en particular a: a) el derecho de custodia y el derecho de visita; b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; el acogimiento del menor en una familia o institución; las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes.

El Reglamento reitera que la responsabilidad parental es una función que debe realizarse buscando la protección y formación integral de los niños. En el artículo 2o., apartado 7, se define a la responsabilidad parental como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita.

En América Latina, el proceso de ratificación del Convenio de La Haya de 1996 ha sido lento. Actualmente los Estados parte de dicho convenio son: Ecuador, Costa Rica, República Dominicana, Paraguay, Uruguay, Cuba, Honduras y Nicaragua. De allí que se requiera promover que el Estado mexicano ratifique el Convenio del 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y las Medidas de Protección de los Niños.

La justificación para esta ratificación es que actualmente México no cuenta con una estructura normativa y administrativa, basada en la cooperación internacional, que le permita atender de manera urgente las múltiples situaciones de carácter internacional derivadas de la migración de la niñez no acompañada, niños refugiados, desplazados o en búsqueda de asilo. En los últimos años, en efecto, se han reportado cifras alarmantes de niños en estas situaciones, quienes enfrentan toda clase de peligros y formas de explotación durante su tránsito.

Por otra parte, también se requiere atender los conflictos de responsabilidad parental con motivo del cambio de la residencia habitual del niño, en materia de custodia o visita. No sólo en el supuesto de

sustracción internacional, de la que se ocupa en la cuestión de fondo la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la sustracción de Menores de 1980 —que se considera un complemento del Convenio de La Haya de 1996, y del que el Estado mexicano es parte—, sino sobre todo por la necesidad de contar con normas de fuente internacional que determinen medidas de protección de los niños y de sus bienes, las autoridades competentes para tomarlas, el juez competente para aplicar la ley, la ley aplicable a la responsabilidad parental, así como el reconocimiento y ejecución de dichas medidas. Todo lo anterior, con base en el principio del interés superior del niño y la cooperación internacional.

Con el propósito de alentar la ratificación del Convenio de La Haya de 1996, la HCCH ha impulsado publicaciones, que serían herramientas y guías muy útiles para nuestro país para atender este proceso legislativo. Algunos ejemplos de estas publicaciones son el Informe Explicativo de Paul Lagarde (1998), el Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de Niños (HCCH, 2014), y la Lista de Comprobación de Implementación (2009). Esta última resalta, en su Anexo I, la alusión a considerar las modificaciones legislativas o procesales para la implementación efectiva y el funcionamiento del Convenio. Por lo tanto, es imperativo que nuestra legislación civil refleje las reformas a las que nos referimos en el presente trabajo.

## VII. Referencias

- Beloff, M. (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Editores del Puerto. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/7.pdf>
- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2017). *Derecho Internacional Privado, vol. II* (17a. ed.). Comares. (Citado por Iñiguez, M. D. (2018). Responsabilidad parental y derecho internacional privado. *Revista de Derecho de Familia*, 85, pp. 227-237).
- Castro, F. y Rubaja N. (2017). El Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección Internacional de Niños y su interrelación con el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Niños. En Tenorio Godínez, L., Rubaja, N. y Castro, F. (coords.). *Cuestiones complejas en*



*los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica.* Porrúa.

Cillero, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño. En García Menéndez, E. y Beloff, M. (comps.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Temis-Depalma. (Citado por Buaiz Valera, Y. E. (2003). *La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. Ministerio de Salud. [https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores\\_en\\_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf](https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf))

Código Civil para el Distrito Federal, última reforma 4 de agosto 2021, [https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/images/leyes/codigos/CODIGO\\_CIVIL\\_PARA\\_EL\\_DF\\_3.2.pdf](https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/images/leyes/codigos/CODIGO_CIVIL_PARA_EL_DF_3.2.pdf)

Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26, 994, Buenos Aires, Argentina, [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf)

Comité de Derechos del Niño. *Observación General núm. 7, 2014: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. UNICEF-DIF Nacional.

Comité de Derechos del Niño. *Observación General núm 14, 2014: El derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. UNICEF-DIF Nacional.

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. (2014). *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la Ley aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. <https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faaa17e-fb050.pdf>

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. (2009). *Lista de comprobación de implementación del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la Ley aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

<https://assets.hcch.net/docs/8b479280-135c-45f4-ac92-7ea-560d51ab7.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 2021, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_280521.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf)

Convención sobre los Derechos del Niño, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la Ley aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>

Iñiguez, M. D. (2018). Responsabilidad parental y derecho internacional privado. *Revista de Derecho de Familia*, 85, pp. 227-237.

Lagarde, P. (1998). *Informe explicativo del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la Ley aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. <https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf>

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, DOF 4 de diciembre de 2014, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA\\_110121.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_110121.pdf)

Mizrahi, M. L. (2018). *Responsabilidad Parental*. Astrea.

O'Donnell, D. (2006). La doctrina de la protección integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia. En Gutiérrez Contreras, J. C. *Memorias del Seminario Internacional los Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*. Secretaría de Relaciones Exteriores / Comisión Europea. pp. 119-161. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/8.pdf>

Opinión Consultiva OC-17/2002, de 29 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2018/03/OPINION-CONSULTIVA-17.pdf>

Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de re-

- soluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Consejo de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, <https://www.boe.es/doue/2003/338/L00001-00029.pdf>
- Rico Álvarez, F. (2020). *Relaciones jurídicas familiares. Familia al amparo del código civil para la Ciudad de México*. Porrúa.
- Tapia Ramírez, J. (2018). *Instituciones de derecho civil. Derecho de familia*. Porrúa.
- Tesis de Jurisprudencia: 1ª/ J/ 25, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro XV, t. 1, septiembre 2012, p.334
- Tesis Aislada (Constitucional), 1ª. CCCLXXIX /2015 (10ª), INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Décima época, registro 2010602, Libro 7, t. 1, de junio de 2014
- Tesis Aislada, 1ª. CXXI/2012 (10ª), INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SUS ALCANCES Y FUNCIONES NORMATIVAS. *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, registro 2000989, Libro IX, t.1, junio de 2012, p. 261.
- Torrecuadrada García-Lozano, S. (2020). Una aproximación crítica al interés superior del Niño. En González Martín, N. (ed.). *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez* (pp. 209-232). Universidad Nacional Autónoma de México.

## Arbitraje y protección al consumidor: ¿*tertium non datur*?

*Arbitration and Consumer Protection: Tertium non Datur?*

Francisco **González de Cossío**

 <https://orcid.org/0009-0007-9955-1513>

Universidad Iberoamericana. México

Correo electrónico: fgcossio@gdca.com.mx

**Resumen:** Las inquietudes suscitadas por acuerdos arbitrales en actos sujetos a la legislación de protección al consumidor y las acciones colectivas han sido enfrentadas por jurisdicciones distintas definiendo cuál prevalece: el derecho arbitral o la protección al consumidor y acciones colectivas. Este ensayo propone que existe una mejor visión: que coexistan. La idea se defiende analizando el estado de la cuestión, y las implicaciones de ambas teorías.

**Palabras clave:** Arbitraje, acuerdo arbitral, efecto negativo del acuerdo arbitral, efecto negativo de *compétence-compétence*, protección al consumidor, acciones colectivas.

**Abstract:** Arbitration agreements in relations subject to consumer protection law and allowing for class claims provoke a dilemma. Different jurisdictions have tackled the said dilemma by assessing which prevails arbitration or consumer protection. This essay posits that a better view exists: their coexistence. To defend the view the implications of both theories are assessed.

**Keywords:** Arbitration, arbitration agreement, negative effect of arbitration agreement, negative effect of *compétence-compétence*, consumer protection, class actions.

Recepción: 24 de agosto de 2022

Aceptación: 14 de octubre de 2022

**Sumario:** I. *Introducción*. II. *Estado actual de la cuestión*. III. *Propuesta*. IV. *La tesis de coexistencia es preferible al análisis de prevalencia*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

## I. Introducción

El acuerdo arbitral genera dilemas cuando consta en actos jurídicos con implicaciones en derecho de protección al consumidor (incluyendo acciones colectivas). Las soluciones a dichos dilemas han oscilado entre privilegiar ya sea al arbitraje o la protección al consumidor. Este ensayo propone que existe una mejor visión: su coexistencia.<sup>1</sup> El análisis de prevalencia de una disciplina por encima de otra arroja resultados subóptimos: ponen en tela de juicio los objetivos de una u otra disciplina. Propongo —y someto al mercado de las ideas— que no tiene por qué ser así: existe una tercera vía, que coexistan. Dicha alternativa tiene el mérito de que el bien tutelado de cada una es respetado y logrado sin tener que sacrificar los objetivos de cada disciplina. Ello redundaría en más derechos, lo cual es deseable siempre, particularmente cuando es ante partes débiles o protegidas (como es el caso del consumidor). Dicha visión no requiere modificación legal alguna, solo un cambio de aproximación. Para explicar cómo lograrlo, a continuación, expongo el problema (§II), los resultados observados (§III), para abogar a favor de la tesis de coexistencia (§IV).

## II. Estado actual de la cuestión

La existencia de acuerdos arbitrales en actos sujetos a la legislación de protección al consumidor y en situaciones que permiten acciones colectivas lleva algunos años suscitando inquietudes. Jurisdicciones distintas han enfrentado el dilema que ello genera y se observa que, al día de hoy, la respuesta ha consistido en analizar cuál prevalece: el derecho arbitral o la protección al consumidor y las acciones colectivas. A veces se ha dado preferencia a una opción (§1), mientras que otras veces se ha optado por la otra (§2). Esto tiene implicaciones lamentables (§3).

### 1. *Prevalencia de la protección al consumidor*

El derecho de protección al consumidor y las acciones colectivas son de suma importancia. Aunque este ensayo no pretende agotar su ré-

---

<sup>1</sup> La idea fue propuesta por vez primera en González de Cossío (2018a, p. 465). En este ensayo desarrollo tal postulado.

gimen y objetivos, dejar constancia de su importancia es de utilidad para los fines de este ensayo y la idea que se defiende.

El derecho de protección al consumidor busca evitar abusos de la clase industrial sobre la clase consumidora. Estos abusos no sólo son probables, sino también frecuentes y serios: hacer malos productos puede resultar muy lucrativo. Y en ausencia de un régimen que permita aglomerar el costo pulverizado que resiente la clase consumidora, el fabricante de productos malos puede contar con que el costo individual de hacer valer un derecho funcionará a su favor: el consumidor que compre un producto defectuoso encontrará en la practicidad un argumento suficiente para no hacerlo valer. Un ejemplo puede ayudar a ilustrar este punto.

Imaginemos que un consumidor compra una licuadora de la marca X por la que paga 390 pesos. Al instalarla, se percata de que no sirve. El consumidor recurre al distribuidor, quien le informa que no es el productor y le indica que el productor puede encontrarse en una dirección lejana; que implica un viaje de una hora de distancia. El análisis que necesariamente debe realizar el consumidor es si vale la pena incurrir en el costo para hacer valer su derecho. Una opción es presentar una reclamación ante las autoridades de protección al consumidor, pero esto también tiene un costo. Ambos costos serán multiplicados por la probabilidad de que arrojen un resultado positivo.<sup>2</sup> De ser efectiva y enérgica la respuesta de las autoridades de protección al consumidor, el deseo de recurrir a ellas será mayor, y viceversa. Si bien existen consecuencias que militan en favor de considerar que no es en el mejor interés del productor incurrir en esa forma de hacer negocios,<sup>3</sup> tanto la experiencia como el análisis conductual en-

---

<sup>2</sup> La decisión de incurrir en un costo para lograr un objetivo lleva siempre un análisis (consciente o inconsciente) de probabilidad de éxito. Siempre.

<sup>3</sup> La reputación y la información juegan un papel. Respecto de la primera, la fama de ser una empresa decente es importante. El análisis económico de la reputación enseña que, entre más decente es una empresa, más negocio puede hacer y menos oneroso le es. Y viceversa. Respecto de información, el consumidor juega un papel: se hace de información respecto de los productos que considera adquirir. Y entre más duraderos son, más se informa pues mayores son las implicaciones de su decisión. El efecto que ambas cuestiones tienen sobre nuestro tema es que existe espacio para argumentar que un empresario que opte por la estrategia de lanzar malos productos a los mercados se hace un hara kiri: su demanda será inferior a la que podría ser, y eventualmente quedará expulsada del mercado.

seña sin embargo que ocurren. Y el que el consumidor no esté ávido de incurrir en los costos para hacer valer derechos hace sensata tal estrategia de negocios. Es ante ello que la ingeniería jurídica concibió las acciones colectivas: como un mecanismo para aglutinar un costo otrora disperso. La herramienta de las acciones colectivas, cuando se diseña correctamente,<sup>4</sup> permite concentrar el costo en un frente, permitiendo su adjudicación gracias a que el costo de hacer valer el derecho se individualiza con economías de escala. Esto permite canalizar la asunción de costo a quien lo genera, un poderoso disuasivo de conducta incorrecta.

## **2. Prevalencia del derecho arbitral**

El arbitraje es el medio de solución de controversias idóneo y más exitoso para cierto tipo de disputas. Cuando éstas detonan cuestiones de protección al consumidor, surge la duda sobre si éstas serán consideradas por el árbitro, de hecho, si el árbitro debe siquiera considerarlas. Después de todo, el árbitro es el juez del contrato, no el órgano protector del consumidor.

Esta última apreciación invita a considerar que al detonar la relación cuestiones de protección al consumidor, deben activarse los recursos que dicha *lex specialis* contempla. Ello sin embargo puede verse obstruido por el efecto negativo del acuerdo arbitral.

El efecto negativo del acuerdo arbitral y el efecto negativo de competencia-competencia son la pieza clave de la efectividad del arbitraje. Lo que garantiza que el pacto de arbitrar no será burlado por una parte que demande en un foro diverso o que intente burlar la jurisdicción del tribunal arbitral mediante una de las (diversas) tácticas que la experiencia enseña que las partes recalcitrantes utilizan para intentar frustrar el funcionamiento de acuerdos y procesos arbitrales.

El efecto negativo del acuerdo arbitral detona sin embargo una preocupación en materia de protección al consumidor: la denegación

---

<sup>4</sup> Lo cual no es el caso de la legislación de acciones colectivas de México. Aunque no explayaré los motivos, es digno mencionar que la (loable) iniciativa de ley que se basaba en la propuesta del doctor Gidi fue trastocada como resultado de la participación de grupos de interés en el proceso legislativo. Como resultado, la materia deja mucho que desear en cuanto a su efectividad (Para abundar, véase González de Cossío, 2017, p. 694).

de justicia: que el costo del arbitraje tendrá por efecto vedar de facto las reclamaciones. Y que ello tendrá por efecto restar eficacia a los objetivos del régimen de protección al consumidor. La preocupación es válida: el derecho de protección al consumidor y las acciones colectivas tienen una función que cumplir. Y su burla puede ser extremadamente lucrativa.

Como puede observarse, estamos ante un dilema: ¿cuál debe prevalecer? ¿La protección al consumidor o el arbitraje?

Usando como premisa el efecto negativo de *compétence-compétence* y el principio favor *arbitrandum*<sup>5</sup> casos diversos han sostenido que debe privilegiarse al arbitraje. Por ejemplo, en *ATT v Concepcion* (2011) la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos privilegió el foro arbitral cuando ante una acción colectiva.<sup>6</sup> Sus antecedentes fueron los siguientes: el juez de Distrito y el tribunal de apelación del noveno circuito sostuvieron que el acuerdo arbitral era “unconscionable”<sup>7</sup> pues obstruía acciones colectivas. La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos atrajo el caso y sostuvo que la §2 de la FAA desplazaba dicho *common law*.<sup>8</sup> No hacerlo sería contrario al principio favor *arbitrandum*.<sup>9</sup> Es útil destacar algunas premisas de su razonamiento:

---

<sup>5</sup> Mismo que toma nombres distintos. Por ejemplo, mucha jurisprudencia de Estados Unidos alude al principio en favor del arbitraje (“*policy in favor of arbitration*”) como premisa analítica de soluciones a dilemas diversos.

<sup>6</sup> El caso versó sobre una acción colectiva en contra de AT&T por publicidad engañosa: habiendo ofrecido teléfonos gratuitos, se cobró el impuesto de ventas, lo cual los demandantes —y otros miembros de la clase— consideraron contrario a lo prometido.

<sup>7</sup> Dicho concepto es semejante (mas no idéntico) al de “lesión” conforme a la teoría del acto jurídico de México (artículo 17 del Código Civil Federal).

<sup>8</sup> La porción relevante de la §2 de la FAA era la última oración que permite que los acuerdos arbitrales sean declarados no ejecutables “*upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract*”.

<sup>9</sup> Para ser precisos, la cuestión se planteó así: si la FAA prohíbe el que los Estados condicionen la ejecutabilidad del acuerdo arbitral a la validez de acciones colectivas arbitrales (“*whether the FAA prohibits States from conditioning the enforceability of certain arbitration agreements on the availability of classwide arbitration procedures.*”) (*ATT v Concepcion*, p. 1744). Sostuvo que no: la FAA prevalece sobre la regla californiana sobre lesión (*unconscionability*) de renunciadas a acciones colectivas en contratos de consumidor. En palabras de la Suprema Corte: “*the Federal Arbitration Act preempts California’s judicial rule regarding the unconscionability of class arbitration waivers in consumer contracts*” (*ATT v Concepcion*, p. 1740).



- 1) *El principio a favor del arbitraje*: sostener lo contrario implicaría ir en contra del principio *favor arbitrandum*, mismo que encuentra apoyo en una estela de casos de dicho alto tribunal que sostienen que “Courts must place arbitration agreements on an equal footing with other contracts, and enforce them according to their terms” [los tribunales deben colocar los acuerdos arbitrales a la par de otros contratos y hacerlos cumplir de acuerdo a sus términos] (*ATT v Concepcion*, p. 1745).
- 2) *Los objetivos del arbitraje*: Que “A prime objective of an agreement to arbitrate is to achieve ‘streamlined proceedings and expeditious results’ which objective would be “frustrated” by requiring a dispute to be heard by an agency first” [Un objetivo primordial de un acuerdo arbitral es lograr ‘procedimientos simplificados y resultados expeditos’. Dicho objetivo se “frustraría” al requerir que una disputa sea escuchada primero por una agencia] (*ATT v Concepcion*, p. 1749).
- 3) *La flexibilidad del arbitraje*: “In bilateral arbitration, parties forgo the procedural rigor and appellate review of the courts in order to realize the benefits of private dispute resolution: lower costs, greater efficiency and speed, and the ability to choose expert adjudicators to resolve specialized disputes” [En el arbitraje bilateral, las partes renuncian al rigor procesal y a la revisión de apelación de los tribunales para aprovechar los beneficios de un procedimiento privado de resolución de controversias: menores costos, mayor eficiencia y rapidez, y la capacidad de elegir árbitros expertos para resolver disputas especializadas] (*ATT v Concepcion*, p. 1741).

Algo semejante ocurrió en Francia. Los casos *Jaguar (Philippe Renault v Sociétés V2000)* y *Rado v Painewebber* decidieron a favor del arbitraje. Mientras que el primero involucró la compraventa de un auto de lujo de serie limitada, el segundo involucró la apertura y mandato de gestión de una cuenta. En el primero se razonó que la cláusula arbitral prevalecía dada su independencia. En el segundo se razonó que, en ausencia de una nulidad manifiesta, la cláusula arbitral debe prevalecer en virtud de su independencia. En ambos se dijo que los árbitros deben observar el orden público y están bajo el control del juez de nulidad en cuanto a su jurisdicción y la arbitrabilidad de la materia (*Revue de l'Arbitrage*, 2021, (3), p. 662).

Dicha visión recientemente cambió. En *PWC v Lefebvre* la Corte de Casación francesa sostuvo que, aunque el contrato base de la acción haya contenido un acuerdo arbitral,<sup>10</sup> en la medida en que el destinatario de los servicios en Francia era un consumidor, podía presentar su acción ante el juez. En sus palabras: “La société d’avocats PWC dirigeait son activité professionnelle au-delà de la sphère territoriale[...] a une clientèle internationale, domiciliée notamment en France, de sorte qu’en sa qualité de consommateur, Mme Lefebvre, domiciliée en France, pouvait porter son action devant les juridictions françaises[...]” [“La sociedad de abogados PWC dirigía su actividad profesional más allá del ámbito territorial... tiene una clientela internacional, domiciliada particularmente en Francia, por lo que en su calidad de consumidora, la Sra. Lefebvre, domiciliada en Francia, podía ejercitar su acción ante los tribunales franceses...”] (*PWC v Lefebvre* ¶24).

Como resultado de ello, la consecuencia es que: “La règle procédurale de priorité édictée par ce texte ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l’exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l’obligation de sauvegarder” [La regla procesal de prelación establecida por este texto no puede tener por efecto hacer imposible, o excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos conferidos a los consumidores por el derecho comunitario que los tribunales nacionales están obligados a salvaguardar] (*PWC v Lefebvre* ¶13).

La “regla de prioridad procesal” a la que se refiere tal párrafo es nada más y nada menos que el principio de remisión al arbitraje,<sup>11</sup> que busca hacer cumplir el principio de *compétence-compétence*.

La Corte de Casación confirmó la decisión de la Corte de Apelación en el sentido que dejó de lado la cláusula arbitral por considerarla “abusiva”<sup>12</sup> con miras a asegurar la plena eficacia del derecho

---

<sup>10</sup> CIMA, una institución arbitral española.

<sup>11</sup> En México contenido en el artículo 1424 del Código de Comercio.

<sup>12</sup> El adjetivo tiene como trasfondo el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 concerniente a las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, que establece que una cláusula será abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. El apartado 1(q) del Anexo del artículo 3.3. tilda de “abusivas” las cláusulas que tengan por objeto o por defecto: “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de *arbitraje* no cubierta por las disposi-

comunitario de protección al consumidor (“[...] il incombe d’assurer la pleine efficacité du droit Communautaire de protection du consommateur”). (*PWC v Lefebvre* ¶24)

### 3. Implicaciones

Privilegiar una *lex specialis* por encima de otra tiene implicaciones.

#### A. Protección al consumidor

De optar por privilegiar al derecho de protección al consumidor (incluyendo acciones colectivas) se frustra la voluntad de las partes de encausar vía arbitraje la solución de sus problemas. Se “neutraliza el efecto negativo de *compétence-compétence* a nombre de la protección del consumidor”, como dice Seraglini (2021, p. 658). La decisión de recurrir al arbitraje suele obedecer a una forma de gestionar el riesgo jurídico. Al dejarla sin efectos, resultado de hacer prevalecer la legislación de protección al consumidor, se desmorona el acto de gestión, generando incertidumbre jurídica.<sup>13</sup>

#### B. Arbitraje

Privilegiar el arbitraje por encima del derecho de protección al consumidor tiene por efecto descobijar al consumidor de la protección que le brinda el derecho de protección al consumidor. El costo del arbitraje se torna en un disuasivo efectivo de una acción que busque vindicar un derecho del consumidor. Ello frustra los mecanismos que el derecho ha ideado para atender el interés de la clase consumidora (como las acciones colectivas) cuando se enfrenta a una actividad que la lesiona.

Esto, a su vez, genera un segundo efecto negativo (que no veo que haya sido citado o explorado pero que como creyente en el arbitraje

---

ciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante” (énfasis añadido).

<sup>13</sup> Dicha incertidumbre se magnifica como resultado de la circulación de actos jurídicos y la posibilidad de que en algún eslabón de la cadena de transmisiones exista una parte que califique como protegida por la legislación de protección al consumidor.

me preocupa): que el arbitraje sea percibido por la clase consumidora como la forma en que las grandes empresas despojan de efectividad un régimen que les estorba y que resguarda al consumidor, que los cuida. Y que, dada la forma en que el arbitraje es asimilado en otras áreas,<sup>14</sup> ello lastime un concepto jurídico que tiene mucho valor que brindar.

#### **4. Conclusión: el análisis de prevalencia es subóptimo**

Como se puede observar, el análisis de prevalencia es subóptimo. Descuida. Sacrifica. Exige un análisis de superioridad de un interés por encima de otro, lo cual invita debates que son innecesarios y no son constructivos.

El análisis de prevalencia no es obligatorio. Existe una tercera vía. Todo el análisis visible hoy en día recuerda el principio aristotélico de tercero excluido: o es o no es: *tertium non datur*. Existen ocasiones en que hay una tercera vía para enfrentar un dilema, en cuyo caso el dilema que se expone es falso. Este es nuestro caso, como a continuación explico.

### **III. Propuesta**

Propongo, y someto al mercado de las ideas, que existe una mejor visión. Una que supera los obstáculos inherentes al análisis de prevalencia. Uno que evita las (nefastas) consecuencias descritas: la coexistencia de las disciplinas.

La protección al consumidor, las acciones colectivas y el arbitraje son conceptos jurídicos que tutelan intereses distintos que no tienen por qué enfrentarse, mucho menos supeditarse. Cuando un acto jurídico las hace aplicables a todas, propongo que se entienda que lo que existe son regímenes aditivos, no excluyentes, que ofrecen a las partes (particularmente al consumidor) opciones.

---

<sup>14</sup> El arbitraje es malentendido e injustamente vilipendiado en áreas diversas por personas diversas. Un ejemplo reciente es el arbitraje de inversión: lejos de entender la maravilla que se ha logrado con el mecanismo, algunos personajes lo critican haciendo apreciaciones incorrectas y que lo ponen bajo una luz negativa (para abundar, véase González de Cossío, 2018b; 2019).

Ante una diferencia el consumidor puede recurrir al régimen (incluyendo autoridades, en su caso) de protección al consumidor, puede también ser parte de una acción colectiva (ya sea implícita o explícitamente); puede además vindicar un derecho contractual en arbitraje. ¿Cómo? Aceptando que una cuestión contractual sea encausada en arbitraje sin perjuicio de que, si el contrato detona una arista de protección al consumidor, ésta se ventile ante el régimen de protección al consumidor. Y si ocurre una acción colectiva, que la existencia de una cláusula o proceso arbitral no la impida.

La idea propuesta puede encontrar asidero en el régimen de derecho arbitral que ya existe. No requiere cambio legal alguno, sólo una relectura de este. Para explicar por qué, detallaré cómo las piezas conceptuales de cada disciplina —consumidor (§1) y acciones colectivas (§2) y arbitral (§3)— permiten justificar el postulado conceptual.

## 1. *Protección al consumidor*

Los regímenes de protección al consumidor incluyen tanto un régimen sustantivo, a veces uno adjetivo, de derechos y obligaciones que resguardan los derechos e intereses del consumidor, como autoridades encomendadas con la misión de cerciorar el respeto de los derechos del consumidor. En el caso mexicano, lo son la Procuraduría Federal del Consumidor y la Secretaría de Economía. La Procuraduría tiene como misión promover y proteger los derechos e intereses del consumidor.<sup>15</sup> Con dicha finalidad, tiene facultades diversas, algunas severas,<sup>16</sup> incluyendo la de dirimir disputas entre los consumidores y proveedores.<sup>17</sup>

Dicha actividad no sólo no puede ser realizada por un árbitro comercial, no es propia del árbitro, cuya naturaleza y misión es distinta: ser el juez del contrato; no ejercer *imperium* para cerciorar la observancia de un régimen regulatorio. Ello se contrasta con la naturaleza regulatoria (inclusive punitiva) de una autoridad de consumidor.

---

<sup>15</sup> Artículos 20 y 24 de la LFPC.

<sup>16</sup> Como asegurar bienes (artículo 25 BIS.II y 98 TER de la LFPC), denunciar delitos (artículo 24.XVII), imponer y ejecutar las sanciones (artículos 24.XIX 125 LFPC).

<sup>17</sup> La Procuraduría ventila procedimientos por infracciones a la LFPC (artículo 123 LFPC).

Por consiguiente, conforme al derecho de protección al consumidor, su aplicación corresponde a las autoridades a quienes se confía dicha labor, no a un árbitro comercial.

## 2. Acciones colectivas

Una acción colectiva permite que un “representante” acuda a órganos jurisdiccionales en defensa de derechos o intereses colectivos. El objetivo es obtener reparación de daño mediante indemnización.<sup>18</sup> El régimen en México está disperso en diversos cuerpos normativos:<sup>19</sup> Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC),<sup>20</sup> Código Civil Federal (CCF),<sup>21</sup> Ley Federal de Competencia Económica (LFCE),<sup>22</sup> Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC),<sup>23</sup> Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJ),<sup>24</sup> Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA),<sup>25</sup> Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (LPDSF).<sup>26</sup> El artículo 17 de la Constitución dice: “El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen

---

<sup>18</sup> No es el único fin, pero sí el relevante para lo abordado en este ensayo. El artículo 1934 Bis del Código Civil Federal que establece que: El que cause un daño de los previstos en este Capítulo a una colectividad o grupo de personas, *estará obligado a indemnizar en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles.* (énfasis añadido)

<sup>19</sup> Todos modificados mediante el Decreto por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, publicado en el Diario Oficial de la Federación (“DOF”) el 30 de agosto de 2011. Dicho decreto fue derivado de la modificación del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de acciones colectivas, publicado en el DOF el 29 de julio de 2010.

<sup>20</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 30 agosto 2011. Libro V del CFPC, artículos 578 a 626.

<sup>21</sup> Artículo 1934 Bis del Código Civil Federal.

<sup>22</sup> Otorgándole facultad a la Comisión Federal de Competencia Económica de iniciar una acción colectiva (artículo 12 de la LFCE)

<sup>23</sup> Facultando a la Procuraduría para ejercer una acción colectiva (artículo 26, LFPC).

<sup>24</sup> Dando competencia a los jueces de distrito civiles y mercantiles para conocer de acciones colectivas (artículos 53 y 53.Bis).

<sup>25</sup> Otorgándole a la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente facultad de iniciar una acción colectiva (artículo 202 de la LGEEPA).

<sup>26</sup> Otorgándole la facultad a la Condusef (Comisión Nacional para la Protección y De-

las *acciones colectivas*. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. *Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos*” (énfasis añadido).

La fracción VII del artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la federación establece que: “Los jueces de distrito civiles federales *conocerán*: [...] De las acciones colectivas a que se refiere el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles[...]” (énfasis añadido).

El artículo 578 del CFPC señala: “La defensa y protección de los *derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la federación* con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios públicos o privados y medio ambiente” (énfasis añadido). Como puede observarse, en México,<sup>27</sup> las acciones colectivas son de competencia exclusiva de tribunales judiciales federales.<sup>28</sup>

El objetivo de las acciones colectivas es tutelar derechos e intereses difusos; colectivos,<sup>29</sup> los que de otra manera quedarían excluidos del sistema de justicia. Dicho objetivo no tiene por qué ser supeditado o anestesiado por la existencia de un acuerdo arbitral. De ocurrir, se privaría al consumidor de una herramienta que le tutela. Y lo inverso es igualmente cierto: la existencia de una acción colectiva no debe tener por efecto que el acuerdo arbitral quede sin efectos: el derecho a encausar al arbitraje una diferencia derivada de un acto jurídico que podría dar el derecho al consumidor a ser parte de una clase en una acción colectiva no es motivo para privarle de la (valiosa) posibilidad de recurrir al arbitraje para encausar su disputa. Tomar esta postura adolecería de concluir algo que no es obligado, restando un derecho por la existencia de otro. Lo único que merece atención es la possibili-

---

fensa de los Usuarios de Servicios Financieros) para iniciar una acción colectiva (artículos 11 y 92 LPDUSF).

<sup>27</sup> Existe una visión que apoya que es posible diseñar procesos arbitrales que conozcan de acciones colectivas. Un ensayo interesante explica la idea y cómo lograrla, elaborado por un gran experto de acciones colectivas Antonio Gidi, *Arbitraje Colectivo. Class actions and arbitration*. Edición no publicada en posesión de este autor, quien recibió autorización del doctor Gidi para citarlo.

<sup>28</sup> Han existido ya procesos arbitrales colectivos. Un ejemplo es *Abaclat v Argentina* (Caso Ciadi ARB/07/5).

<sup>29</sup> También los individuales cuando tengan incidencia colectiva.

dad de doble cobro, lo cual quedará atendido con las medidas que se proponen en §IV.1 infra.

### **3. Arbitraje**

La aplicabilidad del derecho de protección al consumidor, incluyendo acciones colectivas, no tiene por efecto el que el acuerdo arbitral no arroje consecuencias jurídicas. Ello pues se trata de materias distintas, que no tienen por qué mezclarse (§A), una de las cuales es inarbitrable (§B), sin que sea necesario abordar la cuestión del orden público (§C).

#### **A. Derechos distintos**

El derecho a la protección al consumidor es diverso al derecho aplicable al acto jurídico. Se trata de una capa regulatoria que rige por encima del derecho que nutre la existencia, validez, cumplimiento y otros aspectos del acto jurídico del cual es parte el consumidor. Mientras que el derecho de la protección al consumidor está o puede estar sujeto a una jurisdicción exclusiva (y por ende fuera del alcance de la jurisdicción del árbitro), el derecho sustantivo está claramente dentro de la jurisdicción del árbitro. Mientras que la autoridad de protección al consumidor se circunscribirá a aplicar el derecho de protección al consumidor, el árbitro aplicará el resto del derecho aplicable.

#### **B. Arbitrabilidad**

El derecho de protección al consumidor está *in natura* fuera del alcance del acuerdo arbitral por el hecho que versa sobre un régimen no contractual sino regulatorio que brinda derechos al consumidor que tienen como origen una fuente diversa al contrato: en el caso mexicano, la Ley Federal de Protección al Consumidor. Por consiguiente, no es arbitrable. Si no es arbitrable, una cláusula arbitral no tiene por qué vedar una acción que hace valer un derecho de protección al consumidor. Conforme a derecho arbitral, el radio de acción de un acuerdo arbitral no alcanza las materias no arbitrables.



## C. Orden público

Existe espacio para argumentar que el orden público, como causal de nulidad o no ejecución de laudos, es relevante para la cuestión que analizamos. Que el juez de nulidad, como controlador de la regularidad del laudo en el contexto de su inserción en el orden jurídico mexicano, verifique que no se burla u ofende el orden público mexicano.

Sin embargo, ello no es evidente. El orden público está conformado por las nociones más elementales de justicia y moralidad. La Suprema Corte de Justicia mexicana lo ha definido como:<sup>30</sup> “Las instituciones jurídicas del Estado, principios, normas e instituciones que lo conforman que trascienden a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión. El mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad”. Como puede observarse, se trata de un estándar alto. Por ende, es cuestionable que el régimen de protección al consumidor actualice dicho concepto jurídico.

Hay quien ha propuesto soluciones al dilema que aquí tocamos que pueden ser citadas en el contexto de orden público. El profesor Maximin de Fontmichel escribió una obra profunda, inteligente y elegante titulada *El débil y el arbitraje (Le faible et l'arbitrage)* (2013).<sup>31</sup> Su preocupación es la idoneidad del arbitraje en áreas en las que exis-

---

<sup>30</sup> Amparo en Revisión 755/2011, sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 13 de junio de 2012, párrafo 81.

<sup>31</sup> Hay más de un ángulo de entrada a la teoría de Fontmichel. Podría también verse como una cuestión de validez del acuerdo arbitral o de arbitrabilidad. Al respecto, la siguiente apreciación merece eco: “*La question cruciale n’est pas la présence de clauses compromissoires dans un contrat d’adhésion, mais le risque que les termes inclus dans la clause ne créent un déséquilibre entre les droits et obligations des parties. La simple présence d’une clause dans un contrat d’adhésion ne peut fonder sa nullité. ... Les jurisprudences ... qu’admettent la validité des clauses compromissoires dans les rapports entre parties déséquilibrées ne s’y trompent pas en affirmant que la simple présence d’une clause compromissoire dans un contrat d’adhésion n’est cause de nullité mais qu’il est nécessaire d’examiner plus en profondeur le contenu de la clause.*”) (Fontmichel, 2013, pp. 98 y 99).

[Traducción: “La cuestión crucial no es la presencia de cláusulas compromisorias en un contrato de adhesión, sino el riesgo de que los términos incluidos en la cláusula generen un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. La mera presencia de una cláusula en un contrato de adhesión no puede justificar su nulidad. ... La jurisprudencia ... que admite la validez de las cláusulas compromisorias en las relaciones entre partes desequilibradas no se equivocan al afirmar que la mera presencia

te una asimetría que pueda propiciar una denegación de justicia.<sup>32</sup> Su postulado: hay pasos que tomar para cerciorarse de que no ocurren abusos. Uno de ellos es precisamente orden público: matizar el nivel de revisión del laudo como parte del orden público para cerciorar que no se burla el ‘orden público de protección’, lo cual incluye nuestra materia: protección al consumidor.

La obra de Fontmichel merece ser leída y ponderada.<sup>33</sup> Pero si se acepta la idea propuesta en este ensayo,<sup>34</sup> toda la preocupación de Fontmichel es satisfactoriamente atendida: la coexistencia de regímenes tutela todas las esferas de la relación jurídica. Y si una de ellas tiene un sabor protector —como es el caso de la protección al consumidor y las acciones colectivas— estará adecuadamente amparada por la *lex specialis*. Así, evitamos tener que entrar en discusiones delicadas que pueden detonar otros problemas.<sup>35</sup>

---

de una cláusula compromisoria en un contrato de adhesión no es causa de nulidad sino que es necesario examinar el contenido de la cláusula con más profundidad”].

No obstante lo anterior, cito la teoría en este contexto por dos motivos. Primero, por reconocer que se trata de un régimen imperativo, de orden público, que podría (discutiblemente) hacerse valer en el contexto de la causal de nulidad y no ejecución de laudo “orden público”. Segundo, por que una de las propuestas que Fontmichel hace para paliar la problemática que detecta es descender el (alto) umbral de exigencia para que se actualice la causal de orden público (Fontmichel, 2013, pp. 429-459), invitando un nivel más profundo de revisión (Fontmichel, 2013, p. 451), eliminando algunos de los requisitos que la jurisprudencia francesa ha arrojado; concretamente, el requisito de “flagrancia” (Fontmichel, 2013, p. 453). Lo que él llama una aproximación matizada (“*aproche nuancée*”, p. 446).

<sup>32</sup> En sus palabras: “La solución del derecho positivo francés es lamentable. Incluso una filosofía pro-arbitraje no puede permanecer indiferente ante el riesgo de denegación de justicia” (“*La solution du droit positif français est regrettable. Même une philosophie pro-arbitrage ne peut rester indifférente à un tel risqué de déni de justice*”) (Fontmichel, 2013, p. 62.)

<sup>33</sup> Como debe ser consumida toda obra letrada y bien intencionada que proponga constructivamente soluciones a dilemas que nuestro derecho detona —algo frecuente. De hecho, en épocas de crítica iracunda, superficial y destructiva, fue un placer leer una obra que no sucumbe a dichas tentaciones.

<sup>34</sup> Que parte de algo con lo que estoy de acuerdo con Fontmichel: que hay dos aproximaciones observables: una que privilegia el respeto estricto del efecto negativo de *compétence-compétence*, otra que privilegia el principio de protección a partes débiles (Fontmichel, 2013, p. 82).

<sup>35</sup> Fontmichel propone medidas diversas que el lector agudo no puede dejar de pensar que detonará otros dilemas. Un ejemplo de ello es el incrementar el nivel de revisión del laudo como parte de la causal de orden público. Otro es reducir el umbral de

## IV. La tesis de coexistencia es preferible al análisis de prevalencia

El análisis de prevalencia no sólo genera problemas, no es obligado. Existe una alternativa —de allí el título de este ensayo. La expongo (§1), haciendo ver cómo la experiencia mexicana puede ser entendida en el sentido que la apoya (§2), para luego explicar por qué es preferible (§3).

### 1. *Postulado*

*De lege ferenda* propongo que se acepte que:

- 1) El derecho de protección al consumidor no deja de aplicar por la existencia de un acuerdo arbitral.
- 2) La acción colectiva no deja de ocurrir cuando hay un acuerdo arbitral, con o sin la participación de la parte obligada conforme a dicho acuerdo arbitral.
- 3) El acuerdo arbitral no deja de ser válido y eficaz en una disputa entre las partes (del género que sí está dentro de su jurisdicción) porque existan aristas de protección al consumidor o una acción colectiva.

Ninguna de las disciplinas en juego (arbitraje, consumidor y acción colectiva) prevalece por encima de otra; coexisten. Los tres pueden (deben) arrojar efectos cuando concurren, y ello es beneficioso para todos. La tesis contraria resta derechos cuando podría sumarlos.

Así, cuando ante una acción colectiva, el acuerdo arbitral no deja de surtir efectos: ambas acciones pueden coexistir. Y permitirlo redundaría en beneficio del consumidor: cuenta con más derechos; con más opciones. Interpretarlo así no es un paso intelectual estirado: los derechos *individuales* se encausan conforme al mecanismo *individual* pactado. Los derechos *colectivos* se encausan conforme a la legislación de acciones *colectivas* especializada.

---

actualización del orden público. Ambos diluyen la finalidad del laudo, un valor importante.

La única preocupación que puede suscitar la coexistencia de los tres mecanismos procesales es el peligro de doble cobro. Aunque el peligro existe, es importante no sobreexponerlo. Una parte que al mismo tiempo sigue un arbitraje, realiza una denuncia de protección al consumidor y acepta ser parte de una acción colectiva, podrá obtener fallos que logran cosas distintas. Por ejemplo, multas en la acción de protección al consumidor, una compensación pequeña en una acción colectiva, y órdenes de hacer y no hacer en arbitraje, incluyendo pago. En este último caso, debe tomarse en cuenta el monto obtenido en los demás mecanismos a título de indemnización, y considerarse en el monto cuyo pago se ordene en el último, compensándolo. Así, el peligro descrito se resuelve adoptando la siguiente solución: el fallo posterior compensa todo lo ya indemnizado.

## 2. *Idea en ciernes en México*

La idea propuesta puede ser ilustrada, anclada y defendida con base en un caso que se presentó en México, y la (atinada) respuesta judicial.

### A. Caso

Sesenta y dos demandantes presentaron una acción colectiva en contra de un Club de Golf demandando, (i) el cumplimiento de términos del contrato de membresía, mismos que aducían fueron modificados posterior y unilateralmente por el Club demandado; (ii) la declaración de que el contrato era de adhesión; (iii) la declaración que las cláusulas de modificación unilateral se tengan por no puestas, y (iv) bonificación por servicios deficientemente prestados.

El contrato de membresía contenía un acuerdo arbitral del Centro de Arbitraje de México (CAM).

El juez de primera instancia<sup>36</sup> rechazó la demanda por considerarse incompetente razonando que el acuerdo arbitral le privaba de jurisdicción. Los demandantes apelaron argumentando *inter alia* que las

---

<sup>36</sup> Exp. 119/2013-III, Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Guerrero, 22 de agosto de 2013.

acciones colectivas no son susceptibles de arbitraje.<sup>37</sup> El tribunal de alzada confirmó, sosteniendo que la cláusula arbitral implicaba una renuncia para acudir a la jurisdicción. Razonó que la cláusula compromisoria implica la renuncia a cualquier procedimiento en el cual intervenga un órgano de Estado, tanto individual como colectivo.<sup>38</sup> Fundamentó la conclusión en la contradicción de tesis 51/2005-PS,<sup>39</sup> indicando que la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad, y que ello no viola el artículo 17 constitucional pues los derechos pueden ser hechos valer en dicho foro, lo cual está expresamente permitido por el ordenamiento jurídico.<sup>40</sup>

La decisión del juez de alzada constituyó el acto reclamado que dio lugar a un amparo directo que la Suprema Corte de Justicia atrajo por considerar que ello entrañaría fijar un criterio de importancia y trascendencia para el orden jurídico nacional.

Algo digno de mención respecto de la solicitud de atracción es que uno de los ministros hizo la siguiente apreciación:<sup>41</sup>

¿Existen derechos fundamentales de los consumidores, y al ejercicio de las acciones colectivas?

¿Es válida la cláusula arbitral que en contratos de adhesión compromete derechos fundamentales de los consumidores?

¿Las acciones colectivas son competencia de los jueces federales independientemente de que el contrato base de la acción estipule una cláusula arbitral?

---

<sup>37</sup> Las premisas del argumento fueron que se trata de normas imperativas, no derogables, que regulan derechos colectivos, que son de orden público e interés social. También se argumentó que la cláusula arbitral era previa (2005) a la modificación legal que añadió a nuestro sistema jurídico las acciones colectivas.

<sup>38</sup> Magistrado del Segundo Tribunal Unitario del Vigésimo Primer Circuito, auto de 5 de septiembre de 2014.

<sup>39</sup> "ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL".

<sup>40</sup> Al respecto, citó los antecedentes de derecho arbitral mexicano en la Ley Modelo de la CNUDMI como premisa para concluir que la facultad de poder apartar al juez estatal del conocimiento de las controversias que surjan en virtud de contratos donde tales cláusulas se encuentren insertas, y que ello es producto de pactos internacionales celebrados por México.

<sup>41</sup> Párrafo 58 de la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 432/2013, relacionada con el Amparo Directo 1280/2013.

El caso fue turnado a la ponencia de Don José Ramón Cossío.

## **B. Criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte**

La Primera Sala de la Suprema Corte planteó la cuestión a decidir así: “¿Puede la autoridad judicial de primera instancia fundar oficiosamente su incompetencia para no conocer del procedimiento colectivo en la existencia de una cláusula arbitral contenida en el contrato base de la acción?” (Amparo Directo 33/2014).

Dicho planteamiento requería determinar si existe una relación de consumo. Al respecto, se explicó que:

El consumidor se encuentra frente a una diversidad de bienes tan compleja que excede su posibilidad de conocimiento debido a que carece de la información necesaria sobre dos aspectos: las características del bien o servicio que pretende consumir y las obligaciones que asume al suscribir contratos unilateralmente diseñados. Por ello, los principios que imperan en el sistema de libre mercado tales como la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa dejan al consumidor en una posición débil frente a las ventajas y el poder económico que poseen los proveedores al momento de intervenir en el mercado. (Amparo Directo 33/2014, ¶50)

La Sala determinó que sí se trataba de una relación de consumo (Amparo Directo 33/2014, ¶62). Los integrantes de la demanda son integrantes de una colectividad en una relación que reúne los requisitos que la LFPC define como de consumo. Y su finalidad es “romper la asimetría existente entre proveedores y consumidores”. Hecha esta determinación, pasó a la cuestión nuclear: ¿resta competencia la cláusula arbitral? Sostuvo que no (Amparo Directo 33/2014, ¶64 y 83). Ello pues:

- 1) La acción colectiva es el mecanismo idóneo para resolver la controversia entre las partes, pues la acción colectiva es: “por excelencia, el medio para la tutela de los derechos e intereses colectivos por brindar a la colectividad economía procesal y seguridad jurídica, así como por generar un efecto disuasivo ante prácticas económicas abusivas” (Amparo Directo 33/2014, ¶81).
- 2) Considerar que un acuerdo arbitral veda acciones colectivas:

Haría nugatorio los derechos de la colectividad consumidora, toda vez que, en primer término, se estaría obstaculizando su derecho constitucional de organizarse con la finalidad de proteger sus intereses; y segundo se le estaría privando de todos los beneficios que traen aparejados los procedimientos colectivos, tales como la *determinación de los derechos de una forma uniforme*, pues la sentencia que concluye el procedimiento colectivo brinda el mismo estatus al grupo frente al mismo hecho. Esta situación no se podría lograr mediante procedimientos arbitrales independientes, pues los laudos que concluyan dichos procedimientos podrían llegar a ser contradictorios. (Amparo Directo 33/2014, ¶82)

Explicó que los objetivos de las acciones colectivas son: a) proporcionar economía procesal; b) garantizar el acceso a la justicia y brindar seguridad jurídica, y c) generar en la sociedad un efecto disuasivo ante abusos. Y ello se logra al ejercer una acción colectiva: los miembros de la colectividad se agrupan por economía procesal y para dar oportunidad a otros afectados de adherirse a la demanda. Concluyó enfatizando que

La cláusula arbitral no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia se niegue a conocer de la acción colectiva individual homogénea, toda vez que, en primer término, la aplicación irrestricta de disposiciones civiles y mercantiles desconocería que estamos frente a una relación de consumo regulada en disposiciones constitucionales y legales; en segundo, se estaría privando a la colectividad consumidora del medio idóneo establecido en el texto constitucional para defender sus derechos como consumidores y, finalmente, se estaría contribuyendo a que se acentúe la asimetría existente entre proveedores y consumidores, en la cual este último generalmente es la parte débil. (Amparo Directo 33/2014, ¶90)

### **C. Comentario**

Sin duda, se trata de una magnífica decisión que sintoniza con el dilema aquí abordado. Una que sigue de premisas correctas algo que podría fácilmente no haber ocurrido, dado el planteamiento inicial de la cuestión al momento de atraerse el caso por la Corte.

“¿Es válida la cláusula arbitral que en contratos de adhesión compromete derechos fundamentales de los consumidores?”

Dicho planteamiento merece crítica: es lo que la teoría de la argumentación llama un “espantapájaros”: un planteamiento que se expone de una manera que exige una solución predeterminada. Uno que dista de exponer equilibradamente la cuestión.<sup>42</sup> El mérito de la ponencia de José Ramón Cossío es haber hecho un planteamiento objetivo, equilibrado, no cargado. Uno que expone la cuestión en forma debida.

La sentencia generó la siguiente tesis:

Protección al consumidor. La existencia de una cláusula arbitral en contratos de adhesión no puede ser el sustento para que el juez de primera instancia declare oficiosamente su incompetencia para conocer de un procedimiento colectivo. En transacciones mercantiles comunes, las cláusulas arbitrales son suscritas con miras a solucionar las controversias comerciales que puedan suscitarse entre las partes; sin embargo, cuando los consumidores se agrupan y ejercen una acción colectiva, ésta tiene la finalidad de hacer valer derechos que las personas tienen como clase consumidora, y no sólo como partes de una relación mercantil, mediante un procedimiento jurisdiccional de mayor alcance, en cuyo caso las partes no necesariamente deben someterse al arbitraje dada la situación excepcional. Considerar lo contrario, implicaría aplicar rigurosamente disposiciones ordinarias mercantiles y pasar por alto que se está ante una relación de consumo regulada por disposiciones constitucionales y legales de orden público que son irrenunciables; además de que también se privaría a la colectividad de consumidores de ciertos beneficios en concreto que se buscan con la promoción de una acción colectiva y los cuales no pudieran obtenerse con el trámite de procedimientos individuales, ya sea jurisdiccionales o arbitrales, entre los que se encuentran la economía procesal, la oportunidad de que otros miembros de la colectividad que están en igual situación se adhieran -siempre que prueben que son titulares del derecho y que éste fue vulnerado- y así desincentivar posibles abusos y malas prácticas por parte del proveedor, así como obtener una sentencia que brinde un estatus homogéneo a la colectividad y evitar posibles fallos contradictorios que pueden generarse con la promoción de diversos procedimientos individuales. Así, en

---

<sup>42</sup> Así lo explicó en González de Cossío, F. (2018a), p. 467. Se trata de un argumento que es muy fácil de vencer dado cómo se expuso —lo cual con frecuencia implica exponerlo débil o sesgadoamente. Un ejercicio similar pero que arrojaría el resultado inverso sería preguntar ¿es válido que quien firmó un contrato con un acuerdo arbitral pueda dejar de acatar el mismo aduciendo que el contrato es de adhesión?



el caso de relaciones de consumo, considerar al arbitraje como el medio idóneo para resolver controversias entre las partes haría nugatorios los derechos de la colectividad consumidora toda vez que, en primer término, se estaría obstaculizando su derecho constitucional de organizarse con la finalidad de proteger sus intereses y, en segundo, se le estaría privando de todos los beneficios que traen los procedimientos colectivos. De ahí que la existencia de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia declare oficiosamente su incompetencia para conocer de un procedimiento colectivo. (Tesis: 1a. CV/2015 (10a.))

El criterio es atinado, tanto en conclusión como contenido. Y aunque no se expresa así, propongo que puede ser asidero de la teoría de coexistencia. Desmenucémoslo:

- 1) Comencemos con el rubro: PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. LA EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL EN CONTRATOS DE ADHESIÓN NO PUEDE SER EL SUSTENTO PARA QUE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DECLARE OFICIOSAMENTE SU INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UN PROCEDIMIENTO COLECTIVO.

El rubro sintetiza el corolario de la cuestión en una oración.

- 2) La siguiente oración contiene el corazón de la cuestión:

[...]las cláusulas arbitrales son suscritas con miras a solucionar las controversias comerciales que puedan suscitarse entre las partes; sin embargo, cuando los consumidores se agrupan y ejercen una acción colectiva, ésta tiene la finalidad de hacer valer derechos que las personas tienen como clase consumidora, y no sólo como partes de una relación mercantil, mediante un procedimiento jurisdiccional de mayor alcance, en cuyo caso las partes no necesariamente deben someterse al arbitraje dada la situación excepcional[...]

La primera oración hace las veces de una aclaración y zanjamiento de la cuestión. La cláusula arbitral abarca las cuestiones que pueden resolverse en arbitraje: lo arbitrable. Si la materia no es arbitrable, *ex hypothesi* no está dentro del radio de acción de la norma consistente en el acuerdo arbitral.

- 3) La consecuencia de no seguir esta postura: “[...]implicaría aplicar rigurosamente disposiciones ordinarias mercantiles y pasar por alto que se está ante una relación de consumo regulada por

disposiciones constitucionales y legales de orden público que son irrenunciables[...].”

Este párrafo explica con tino la consecuencia de no seguir la teoría de la coexistencia: burlar régimen de orden público (no-renunciable).

- 4) Las implicaciones de seguir en análisis de prevalencia en las acciones colectivas: “[...]se privaría a la colectividad de consumidores de ciertos beneficios en concreto que se buscan con la promoción de una acción colectiva y los cuales no pudieran obtenerse con el trámite de procedimientos individuales, ya sea jurisdiccionales o arbitrales[...].”
- 5) El corolario: “la existencia de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia declare oficiosamente su incompetencia para conocer de un procedimiento colectivo”.

Tanto la conclusión como las premisas del criterio son atinadas. Cada una es una premisa válida de la conclusión que arroja, misma que resuelve adecuadamente la problemática enfrentada. Tomaría las mismas como hilo que sirve para tejer el manto de la teoría aquí defendida: la existencia de acuerdos arbitrales no debe vedar ni los recursos del derecho de protección al consumidor, ni la posibilidad de que se entablen acciones colectivas. Sin embargo, ello no significa que quede sin efectos el acuerdo arbitral. Coexisten: El consumidor puede (i) ejercer sus derechos de protección al consumidor no obstante haber pactado un acuerdo arbitral, (ii) ser parte de una acción colectiva, y (iii) comenzar un arbitraje. El motivo: *coexisten*. Se trata de instrumentos *distintos* para cuestiones *distintas* que arrojan remedios *distintos*.

Aplicada al caso que motivó la atracción de la Corte, el socio del club de golf tiene la opción de encausar su problema de formas diversas. Puede presentar una denuncia ante la Profeco, detonar una acción colectiva o activar el acuerdo arbitral. No tiene que renunciar a uno para ejercer el otro. Y aunque la cuantía de la disputa no sea enorme, pueden existir motivos de principio que hagan que el socio desee contar con un tribunal especializado, con un proceso diseñado como traje a la medida del problema, que arroje una decisión revestida de finalidad —los beneficios que arroja el arbitraje.

### 3. Deseable

Concebir las disciplinas como separadas, concluyendo que no se mezclan ni se supeditan, es deseable. Trae como resultado el que el consumidor cuenta con más opciones: puede encausar su problema de tres maneras diversas:

- 1) *Arbitraje*: puede activar el acuerdo arbitral, lo cual permitirá contar con un tribunal especializado, siguiendo un proceso como traje a la medida de las necesidades de su problema, arrojando un fallo que es cosa juzgada —el valor que da el arbitraje.
- 2) *Protección al consumidor*: puede denunciar el problema ante las autoridades de protección al consumidor.
- 3) *Acción colectiva*: puede aceptar ser parte de la clase en una acción colectiva. Dependiendo del régimen, se trataría de una aceptación (*opt in*) o no ejercer sus derechos de separarse (*opt out*).<sup>43</sup>

Resultado: el consumidor tiene más derechos.

La tesis contraria (la de prevalencia) resta derechos. Implica que una de las vertientes descritas prevalecerá, lo cual *ex hypothesi* significa que la otra no. Ergo, el consumidor tendrá menos derechos. Ello, propongo, es lamentable. Dependiendo de las características del problema, bien puede ser el interés de las partes (incluyendo el consumidor) encausar el problema de formas diversas. Es de suponerse por ejemplo que muchos de los problemas que detonen aristas de protección al consumidor sean encausadas a las autoridades de protección al consumidor: el costo del arbitraje puede hacer dicha opción indeseable. Pero ello no admite generalización. Puede ocurrir que el consumidor prefiera activar un proceso arbitral, y encausar por dicha vía la resolución de su problema.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> En México aplica el régimen *opt in*, lo cual es uno de los pasos más lamentables del régimen (artículo 594 del CFPC). El mecanismo *opt out* es la respuesta idónea de la cuestión. Esta medida es uno de los grandes *faux pas* del régimen mexicano. Debe modificarse, si es que deseamos tomar en serio la protección al consumidor y las acciones colectivas.

<sup>44</sup> Los motivos pueden ser diversos. Porque se trata de una cuestión de principio. Porque la declaración evitará problemas futuros. Porque el problema vivido puede tener una baja cuantía, pero su definición es delicada. O sencillamente porque las partes deciden que el tema es mejor ventilado ante un experto.

\* \* \*

Recientemente *The Economist* denunció: “The problem with the craze for mandatory arbitration (millions of American employees have no recourse to the courts). Kept out of the courthouse; When you cannot sue your employer (over half of non-unionised employees are now covered by mandatory arbitration)”.[“El problema con la manía por el arbitraje obligatorio (millones de empleados estadounidenses no pueden recurrir a los tribunales). Mantenido fuera de las cortes; Cuando no puede demandar a su empleador (más de la mitad de los empleados no sindicalizados ahora están cubiertos por el arbitraje obligatorio)”] (2018, 27 de enero).

La denuncia es válida. Lo denunciado proviene de la utilización del arbitraje en áreas en las que no es idóneo, sin confeccionar teorías jurídicas adecuadas que remedien el dilema que ello genera. Ello ocurre con la teoría de la prevalencia, que la tesis de coexistencia remedia.

## V. Conclusión

Se ha abordado la relevante cuestión de la coexistencia entre el arbitraje, la protección al consumidor y las acciones colectivas en el contexto jurídico de México. Se ha defendido la postura de que concebir estas disciplinas como entidades separadas y no supeditadas entre sí es deseable, ya que garantiza más opciones para el consumidor al encausar sus problemas y evita la reducción de sus derechos a través de un análisis de prevalencia. La decisión de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, que puede leerse en sentido de respaldar esta teoría de coexistencia, se presenta como un ejemplo acertado. En conclusión, promover la coexistencia entre estas vías de resolución de controversias es un paso importante hacia una mayor protección de los derechos del consumidor y un equilibrio en las relaciones comerciales, evitando abusos y asegurando que los consumidores sean respetados en todas las esferas jurídicas.

## VI. Bibliografía

- Amparo Directo 33/2014. Decisión Unánime de los cinco ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, sesión de 24 de septiembre de 2014.
- AT&T Mobility LLC v. Vincent Concepción et ux* (131 S.Ct. 1740) [*ATT v Concepcion*], decisión de 27 de abril de 2011.
- Código Civil Federal. 2008. México.
- Código de Comercio. 1889. México.
- Código Federal de Procedimientos Civiles. 1943. México.
- Fontmichel, M. (2013). *Le faible et l'arbitrage*. Economica.
- Gidi, A. (2022). Arbitraje Colectivo (*Class actions and arbitration*), *Pauta 99, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*.
- González de Cossío, F. (2019). El llano en llamas: futuro del arbitraje de inversión. *Revista de Investigaciones Jurídicas*, (43).
- González de Cossío, F. (2018a). *Arbitraje* (5a. ed.). Porrúa.
- González de Cossío, F. (2018b). El arbitraje en los tiempos de colera. *Revista de Investigaciones Jurídicas*, (42).
- González de Cossío, F. (2017). *Competencia*. Porrúa.
- Ley Federal de Competencia Económica. 2014. México.
- Ley Federal de Protección al Consumidor. 1992. México.
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. 1988. México.
- Philippe Renault v Sociétés V2000* (Jaguar France), Cass. Civ. 1re, decisión de 21 de mayo de 1997.
- Rado v Painewebber*, Cass. civ. 1re, decisión de 30 de marzo de 2004. *Revue de l'Arbitrage*, 2021, (3).
- Seraglini, C. (2021). Eclaircie pour la protection du consommateur dans l'arbitrage international (à propos l'arret Cass. Civ. 1re, 30 septembre 2020). *Revue de l'Arbitrage*, (3).
- Société PWC Landwell – PricewaterhouseCoopers Tax & Legal Services v Lefebvre et autres [PWC v Lefebvre]*, Cass. Civ. 1re, decisión de 30 de septiembre de 2020.
- Tesis: 1a. CV/2015 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. II, p. 1107
- The Economist* (2018, 27 de enero).

## La contratación en la época contemporánea y la tecnología

### *Recruitment in Contemporary Times and Technology*

Roberto Sanromán Aranda

 <https://orcid.org/0000-0002-0682-6343>

Universidad Autónoma del Estado de México. México

Correo electrónico: rsanromana@uaemex.mx

Adriana Mercedes Ruiz Reynoso

 <https://orcid.org/0000-0003-4294-2912>

Universidad Autónoma del Estado de México. México

Correo electrónico: amruizr@uaemex.mx

**Resumen:** El contrato, como acto jurídico, produce consecuencias jurídicas mediante el acuerdo que llevan a cabo las partes contratantes, el cual es recomendable elaborarlo por escrito como un medio de prueba de la operación. Una forma de realizarlo es a través el uso de la tecnología, lo que da tanto rapidez al acto jurídico como acercamiento a las partes contratantes.

El presente artículo tiene por objeto dar a conocer la importancia de estos instrumentos —la contratación y la tecnología— en la época contemporánea para la sociedad y la comercialización de bienes y servicios, tanto en el ámbito nacional como internacional; y para la búsqueda de la protección de las partes e incluso de la colectividad.

También será necesario promover la concientización de los consumidores y la supervisión de la juventud en el uso de la tecnología, para evitar tanto los daños que les pudiera causar su utilización sin límites, como la vulnerabilidad a que se encuentra sujeta la tecnología misma.

**Palabras clave:** contrato, tecnología, modernidad, acuerdo, contemporáneo.

**Abstract:** The contract as a legal act, produces legal consequences through the agreement carried out by the contracting parties, which is recommended to be done in writing as a means of proof of the operation. One way to do this is through the use of technology, which speeds up the legal act and brings the contracting parties closer together.

The purpose of this article is to make known the importance that these instruments have had, —contracting and technology— in contemporary times, for society and the movement of the commercialization of goods and services both

nationally and internationally. International law, and the search for the protection of the parties and even of the community.

Consumer awareness and supervision of youth in the use of technology will also be necessary to avoid the damage that its unlimited use could cause them, as well as the vulnerability to which technology is subject.

**Keywords:** contract, technology, modernity, agreement, contemporary.

Recepción: 23 de enero de 2023

Aceptación: 29 de marzo de 2023

**Sumario:** I. *Introducción*. II. *El derecho contractual y la tecnología*. III. *Conclusiones*. IV. *Bibliografía*.

## I. Introducción

La teoría general del contrato ha tenido una gran importancia a través de la historia. En la época contemporánea, se la aplica de manera cotidiana en las distintas ramas del derecho, lo que ha permitido su desarrollo de conformidad con la legislación civil. La contratación también se efectúa por medio de la tecnología y, con ello, aumenta la cantidad de contratos que se realizan, siendo el de compraventa el más recurrente. En este artículo se pretende conocer la interacción que existe entre la teoría general del contrato y la tecnología, con sus respectivos avances, con el objetivo de cobrar conciencia acerca de su importancia y actualidad en el ámbito nacional e internacional, como un medio de crecimiento en distintos aspectos, tales como el económico, el jurídico y tecnológico propiamente, el médico, el educativo y el cultural, por mencionar algunos.

Existen dos instrumentos que son básicos en la vida del ser humano: por una parte, el llamado *derecho contractual* y, por el otro, la tecnología. Ambos pueden ser utilizados de modo separado o unido, dependiendo de las necesidades. Dada la importancia que han adquirido, se abordarán distintos enfoques por los que pueden ser aprovechados, así como los elementos necesarios para su existencia. Se proporcionará una visión general del derecho contractual y de la tecnología, para concientizar a las personas sobre su utilidad y el impacto que han tenido en los distintos espacios, así como en la época

contemporánea. Sin embargo, no por ello hay que olvidar que las raíces del derecho contractual se encuentran en Roma.

El uso de la tecnología por parte de los jóvenes en los distintos sitios de Internet —tanto contratados como de acceso libre— se ha llevado a cabo de un modo desmedido. Esto ha representado un riesgo para su salud, por lo que habrá que supervisar a niños y jóvenes cuando hagan uso de ella, con el objeto de evitar que les cause algún daño, sobre todo psicológico.

Los avances tecnológicos han representado un reto para la sociedad y, como ya lo habíamos mencionado, han permitido un rápido desarrollo en muchas áreas o disciplinas, como la médica, educativa y jurídica, sólo por mencionar algunas. De allí la importancia de conocer más de ellos y aplicarlos para favorecer un avance social y jurídico, sin perder de vista los medios de prevención de riesgos y los cuidados que se requieren para evitar la vulnerabilidad que implica el uso de la tecnología.

Se debe tener en cuenta que, así como existen aspectos positivos en los derechos de contratación y la tecnología, otros no lo son; como es el caso de la contratación de obreros, que se ha visto disminuida por la aparición de los avances tecnológicos en los procesos productivos. Como se apreciará, la contratación y la tecnología impactan en muchos rubros. Por lo tanto, resulta importante concientizar a la sociedad sobre su uso y, según la situación en que nos encontremos, incrementar o disminuir su utilización, dependiendo de las necesidades y de la manera en que ambas deban emplearse. Con ello se busca un equilibrio en las relaciones, las actividades y en todo aquello que contribuya para mejorarlas en beneficio de una sociedad contemporánea libre de excesos tecnológicos.

El análisis del presente artículo tiene el objetivo de que el público lector tome conciencia del impacto que tienen la contratación y la tecnología en las actividades cotidianas y en las distintas materias del derecho. En la segunda sección desarrollaremos las características de la relación entre la contratación y la tecnología; y en la tercera, presentaremos las conclusiones de nuestro análisis. También ofrecemos una bibliografía actualizada para emprender futuras investigaciones. El método por utilizar será de tipo documental, el cual se aplicará de lo general a lo particular en el desarrollo de la presente investigación.



## II. El derecho contractual y la tecnología

En primer lugar, hay que dejar en claro que el contrato se encuentra regulado en el artículo 1793 del Código Civil Federal: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos”. Es decir, es el acuerdo entre dos o más personas que crea o transfiere derechos u obligaciones, por lo que tiene consecuencias jurídicas, siendo este el aspecto positivo del convenio. También es conveniente aclarar que los códigos civiles locales lo regulan en sus respectivos capítulos. A mayor abundamiento el “vocablo español Contrato proviene de la voz latina *contractus*, que quiere decir lo contraído por ser el participio pasivo del verbo *contrahere*, derivado de *cum* y *traho*, traducibles como venir en uno, ligarse, lo que después se entiende, como acuerdo de voluntades” (Fernández, 2016, p. 161).

Sin duda, dicha figura jurídica es de gran importancia en la actualidad. Desde el derecho romano su inclusión en la vida diaria ha sido determinante para la realización de distintos actos jurídicos, mediante una simple compraventa hasta la prestación de servicios profesionales. Por desgracia, muchas veces las partes en un contrato omiten llevarlo por escrito; sin embargo, celebrarlo por escrito resulta de gran utilidad como un elemento de prueba en el supuesto de que se susciten conflictos o desacuerdos en algunas de las condiciones o cláusulas, o por cualquier otro motivo.

Es importante asentar por escrito los acuerdos que alcancen las personas, a pesar de que no sea obligatorio para algunos contratos, ya que durante la vigencia del contrato se pueden dar distintos acontecimientos que influyan en dichos acuerdos. No hay duda de que actualmente nos valemos de la tecnología para facilitar el acercamiento entre las partes y dar rapidez a las negociaciones, lo cual es una condición que ha masificado la celebración de contratos. Los medios electrónicos son de gran utilidad, siempre y cuando los aprovechemos con prudencia, exista buena fe de las partes, y, por supuesto, que la información que viaja por el espacio sea protegida frente a terceros mal intencionados.

Hoy en día muchas operaciones se realizan a través de Internet, lo que ha facilitado la contratación. Sin embargo, el uso de Internet implica ciertos riesgos, debido a que la información no es confiable y los sitios de consulta no tienen herramientas de seguridad. De allí que

tengamos que usar diversos mecanismos jurídicos y tecnológicos para proteger a las partes contratantes. Una de esas herramientas consiste en encriptar la información, esto es, hacerla ilegible para terceros ajenos al contrato. Otro mecanismo es el establecimiento de cláusulas que protejan a las partes, relativas a la confidencialidad y exclusividad, por mencionar algunos.

Es importante distinguir entre un contrato tecnológico y un contrato informático. El primero, es el que se realiza a través de la tecnología o los medios electrónicos; el segundo, versa sobre el *software* y el *hardware*, es decir, los programas de la computadora que hacen trabajar al equipo (como *Word* o *Excel*), o bien, la parte dura del ordenador, que incluye a las piezas que la integran, como el monitor, la unidad central de procesamiento (CPU) y el *mouse*, por mencionar algunos componentes. A mayor detalle, J. Téllez ha definido el contrato informático como: “Todo acuerdo de partes en virtud del cual, se crean, se conservan, modifican o extinguen obligaciones relativas a los sistemas, subsistemas o elementos destinados al tratamiento sistematizado de la información” (Cortés, 2005, p. 248). Es importante hacer la observación de que en la definición citada se omite la palabra “derechos”, aplicable para el caso de los contratos, que son el aspecto positivo de los convenios, ya que sería conveniente hacerlo.

De conformidad con lo anterior, se puede hacer notar que en materia de tecnología existen dos maneras de realizar contratos tecnológicos. Se puede afirmar que en los contratos realizados a través de medios electrónicos se aplicará la regulación del Código o la Ley que dio origen al contrato. Es decir, si se trata de una compraventa, será el Código Civil Federal, o el Código de Comercio si fuera una compraventa mercantil, por ser un contrato típico; y para el caso de los contratos informáticos se aplicarán las reglas generales de los contratos o las normas con el contrato que tengan mayor similitud, por ser contratos atípicos. También puede tratarse de contratos de abastecimiento y suministro que realizan algunas empresas, en el que las reglas aplicables serán las de la compraventa mercantil o de la prestación de servicios, y de los demás contratos con los que tenga más parecido, por ser un contrato que no está regulado en el Código de Comercio, sino sólo nombrado en el artículo 75, el cual dispone entre otras cosas que “La ley reputa actos de comercio (...) Las empresas de abastecimientos y suministros; (...)”.

Con la aparición de la tecnología, Internet y las redes sociales, el mundo se ha revolucionado. Esta circunstancia ha aumentado las comunicaciones entre las personas en sus países, o con individuos de otras naciones, lo que ha traído grandes beneficios para la sociedad mexicana y el mundo entero:

La fase finisecular del siglo XX tuvo como uno de sus actores protagónicos a la Internet, la aparición en la década de los noventa y su singular masificación posterior, generó efectos impredecibles en todos los órdenes de la convivencia social, vinculado con el fenómeno de la globalización, se gestó una combinación a la cual México no escapó. (Simental, 2013, p. 276)

Sin duda, en la época contemporánea se introdujo la tecnología al ámbito jurídico; en particular, al regular el contrato por medio electrónico en el año 2000. También se incluyó a la tecnología en distintos ordenamientos jurídicos, tales como la Ley de la Propiedad Industrial, el Código de Comercio, Código Penal Federal, Ley Federal de Derecho de Autor, Código Fiscal de la Federación, entre otros.

Es importante recordar que el Código Civil Federal, en su artículo 1803, dispone:

El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente: *I.-* Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y *II.-* El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Como se puede ver, se introducen los “medios electrónicos” o tecnológicos como una forma o manera de manifestar el consentimiento. A mayor abundamiento, también se ha afirmado que, en “el campo del derecho privado, los actos convencionales y las obligaciones son dos de las instituciones jurídicas sobre las cuales el Internet tuvo un efecto más evidente” (Simental, 2013, p. 277). Cada vez es mayor la introducción de la tecnología en las distintas leyes y códigos, con el objeto de agilizar los procesos contenidos en los mismos, evitar el desplazamiento de las partes al momento de la contratación, además

de aumentar la cantidad de actos jurídicos que se realizan por dichos medios. La aparición de la tecnología ha revolucionado muchos aspectos, en los ámbitos cultural, científico, médico, económico, educativo, laboral y precisamente en las comunicaciones. Tantas cosas que eran inimaginables en el pasado para nosotros y para nuestros antepasados, ahora se han convertido en una realidad; la cual a su vez se encuentra en constante cambio por ser muy dinámica. Frente a tal situación debemos adaptarnos de acuerdo con nuestras necesidades básicas de esparcimiento, de convivencia social, entre otras, mientras nos encontramos viviendo en una época contemporánea.

Actualmente se puede afirmar que el contrato más celebrado es el de compraventa, ya sea civil o mercantil —el primero, regulado por el Código Civil Federal, y el segundo, por el Código de Comercio—. Gracias a estos contratos existe un alto número de intercambios de cosas y precios, tanto a nivel nacional como internacional. Ya sea de modo presencial o tecnológico, son muchas las operaciones que se realizan a través de la compraventa, mediante las cuales las empresas ofrecen distintos bienes para satisfacer diversas necesidades humanas.

Por otra parte, y debido a la importancia que ha tenido, la teoría de la autonomía de la voluntad es fundamental para los contratos civiles; además de ser la doctrina que sigue nuestro código civil. Esta teoría sostiene que existe una libertad de las partes para acordar un contrato, por lo que, aunque la ley no prevea su realización por medios electrónicos, no obstante se puedan celebrar contratos por dicho medio, siempre y cuando las partes así lo acepten, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad.

Cada contrato tiene sus elementos de existencia (consentimiento y objeto, ya que la solemnidad solo aplica para el contrato de matrimonio), de validez (ausencia de vicios en la voluntad: error, dolo, mala fe, violencia, lesión e incapacidad), licitud en el objeto y formalidad; por lo que llevarlos a cabo implica cumplir con estos requisitos para que tengan una vigencia y final feliz. No respetar dichos elementos significará una mala práctica para las partes y un defecto en la realización del contrato, lo que podría ocasionar graves daños y perjuicios a los contratantes, incluyendo la nulidad del contrato. Todo lo anterior sin olvidar la libertad que tienen las partes en dichos actos jurídicos, en la medida en que no contravengan una ley de orden público o una ley

prohibitiva, ya que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por dichas leyes.

El contrato debe estar regulado; la libertad para redactarlo es primordial. El contrato debe ser justo para las partes contratantes; sin abusos, sin cláusulas leoninas. De tal manera que las contraprestaciones, al ser equitativas, sean justas para ambos contratantes en relación con la cosa y precio del intercambio. Hay que recordar que el contrato es un instrumento jurídico inventado por el ser humano para normar las cláusulas y condiciones bajo las que serán sometidos los contratantes, en busca de un equilibrio en las mismas, de los derechos y obligaciones adquiridos, así como las contraprestaciones y pactos en consenso por ambos.

Cabe mencionar que una institución encargada de velar por los intereses de los consumidores, y que busca evitar que se den los contratos leoninos o abusivos, es la Procuraduría Federal del Consumidor. Esta institución protege los derechos de los consumidores al contratar con proveedores; e incluso también publica una *revista del consumidor*, que se encuentra de manera digital en distintas redes sociales, además de tener más de cuarenta años en circulación. Con esta publicación, el cliente o consumidor puede consultar lo que le es más conveniente para adquirir los bienes y servicios que le ofrece el proveedor; y, en consecuencia, realizar los respectivos contratos con las características de condiciones establecidas en dicho acto jurídico, de conformidad con lo que se apegue más a sus necesidades de consumo.

Por otra parte, es conveniente aclarar que, dependiendo del tipo de contrato, podrá existir una inclinación para proteger a una de las partes. Esto ocurre, por ejemplo: en contratos administrativos que favorecen al Estado, “de conformidad con el criterio teleológico, el carácter público de un contrato lo determina su *telos*, su finalidad; de suerte que un contrato será administrativo si tiene determinados fines, como pudiera ser el logro de la utilidad pública” (Fernández, 2016, p. 167); en contratos mercantiles que son realizados conforme a lineamientos comerciales y buscarán el lucro de manera prioritaria, donde el “derecho mercantil se nutre y enmarca la actividad, tanto del comerciante, persona física, como de las empresas mercantiles. Ambos, al desplegar su actividad, están actuando dentro del derecho comercial, o sea, en la producción e intercambio de bienes y servicios”

(Quintana, 1995, p. 333); en contratos laborales que protegen a los trabajadores, “basados en criterios de carácter social y proteccionista hacia la clase trabajadora; por lo tanto, desde 1931, con la primera Ley Federal del Trabajo, el legislador permanente mexicano configuró un sistema jurídico laboral tuitivo basado en la justicia social que reafirmó con la Ley Federal de 1970” (Macías, 2013, p. 1); y en contratos civiles en los que ha de existir un equilibrio para ambos contratantes. A mayor detalle: “El CCDF busca, por un lado, la equivalencia entre las prestaciones, y por el otro, la protección de la persona que pudiera considerarse en desventaja en relación con el que contrata, proveyendo justicia para la persona que sufre la lesión” (Sanromán, 2018, p. 67).

De conformidad con lo anterior, podemos observar que no siempre se logra una total igualdad en la contratación y que, dependiendo del supuesto en que nos encontremos, serán sus fines para el que haya sido destinado. Esto sin olvidar que, como ya lo mencionamos, existen instituciones que tutelarán la naturaleza del contrato, como la Procuraduría Federal del Consumidor (para proteger al consumidor), la Secretaría del Trabajo (para proteger al trabajador), y, en el caso de contratos administrativos, la administración pública (cuyo fin es el interés del Estado).

Los contratos a los que nos hemos referido podrán ser realizados por medios tecnológicos. Sin embargo, en lo que se refiere a su naturaleza, dependiendo de la materia en que nos encontremos, sus condiciones y estipulaciones deberán ajustarse a cada una de las leyes respectivas, ya que la tecnología solo será un medio para realizarlo y no nos establecerá la materia en que nos encontramos. Por ejemplo, el contrato mercantil que se lleve por medio electrónico estará regulado por el Código de Comercio. Por otra parte, si nos encontramos en la materia laboral: “En México, Mario de la Cueva, siguiendo las ideas de Erich Molitor, alude al tránsito del contrato de trabajo a la relación de trabajo «pensada como una figura jurídica autónoma»” (Buen Lozano, 1997, p. 316). De alguna manera, hay que dejar claro que, si la relación laboral se regula por la Ley Federal del Trabajo, desde el momento en que una persona física —llamada *trabajador*— se subordina a otra —llamada *patrón*— para realizar un trabajo, ambas partes se someterán a dicha ley, la cual tiene sus propias reglas, es decir, su propia autonomía. Sin embargo, para las cuestiones generales de los

contratos, será aplicable el Código Civil Federal. A mayor detalle: “La Teoría general del Contrato resulta aplicable a todo acto jurídico que adopte la naturaleza jurídica, ya se trate de los típicos o nominados, o bien, los atípicos o innominados” (Cortés, 2005, p. 234). El mismo concepto de contrato, la capacidad de las partes, entre muchos aspectos más, están definidos en el Código Civil Federal. Otras materias, como la laboral y administrativa, se basan en dicho Código y en su doctrina, la teoría general del contrato, con el objeto de regular los contratos en su esfera jurídica, de conformidad con el molde que les sea apropiado para los fines o propósitos mencionados en párrafos anteriores.

Las contrataciones comerciales se pueden llevar cabo no sólo en el espacio nacional sino más allá de las fronteras. La posibilidad de que, tanto sujetos físicos como morales, puedan realizar contratos comerciales por medios tecnológicos, ha impactado significativamente a las personas en todo el globo:

El fenómeno mundial de la globalización impone a los países el establecimiento de instrumentos jurídicos que posibiliten y faciliten un mejor aprovechamiento y desenvolvimiento de las relaciones comerciales entre personas de diferentes países y entre Estados, entre los que se destacan los contratos mercantiles, celebrados ya tradicional o electrónicamente. (Vázquez, 2015, p. 282)

Es claro que la tecnología acerca, de alguna manera, a los que se encuentran lejos. Esto beneficia la celebración masiva de contratos, puesto que suprime las distancias en que se encuentran las partes y permite disminuir los gastos de contratación. Sin embargo, también se deben tomar medidas preventivas —que más adelante trataremos— sobre la vulnerabilidad a que puedan estar expuestos los medios tecnológicos, cuando estos son utilizados en las distintas operaciones mercantiles o de cualquier otra índole.

En el ámbito internacional es necesaria la uniformidad de regulaciones en materia contractual, pues, a falta de ella, se han suscitado grandes pérdidas de dinero y de tiempo entre las partes, lo que desgasta las relaciones comerciales. En efecto, la globalización de los países ha obligado a realizar un gran número de transacciones y operaciones contractuales; por ello, como ya mencionamos, es indis-

pensable una mejor normatividad. Un esfuerzo por la unificación contractual es la UNIDROIT, *The International Institute for the Unification of Private Law*, que tiene por objeto la aplicación de reglas generales para los contratos mercantiles internacionales. Este ordenamiento contiene usos, principios y procedimientos en el comercio internacional y, sobre todo, en las contrataciones que se llevan a cabo en los distintos países, ya que usualmente la regulación interna de cada país no contiene estas reglas uniformes.

Junto a estos principios, los medios tecnológicos son de gran utilidad para realizar contratos con la rapidez que requiere la época contemporánea en un mundo globalizado y automatizado. No cabe duda de que los tiempos han cambiado. En efecto, cada vez es mayor el número de contratos que se celebran por medios tecnológicos. Como ya mencionamos, dependerá de la materia del contrato si éste será regulado por el respectivo código o ley. La tecnología es prometedora en cuanto al medio por el que se contrata.

Sin embargo, hay que tener presente que mientras los contratos tengan una mayor seguridad serán menos vulnerables frente a los riesgos que ha mostrado la tecnología en el ciberespacio. Los constantes ataques a los que se encuentran sujetos los contratos son realizados por los llamados *crackers* y *hackers*. En el primer caso, se intenta vulnerar los sistemas de seguridad, como violar las claves de seguridad causando un daño intencional. En el segundo caso, se trata de personas que crean sistemas de protección, expertos en sistemas informáticos que buscan causar un daño. No obstante, hay un tipo de *hacker* que vulnera sistemas informáticos con el fin de establecer mecanismos de protección o de seguridad. Se podría decir que son personas buenas, que actúan con principios éticos. Sin embargo, existe una frontera muy tenue entre vulnerar sistemas de seguridad con un fin u otro, la cual puede ser fácilmente rebasada.

Además, los contratantes deben tener cuidado al contratar a través de páginas de Internet. Es decir, deben cerciorarse de que no sean sitios fantasmas, o páginas que defraudan a las personas que intentan realizar actos jurídicos por dicho medio. También, antes de firmar un contrato por medio tecnológico, habrá que leer las cláusulas y condiciones bajo las cuales se sometan las partes; muchas veces se firman sin siquiera haber leído previamente dicho contenido. Es conveniente, por lo tanto, tener presente y seguir los refranes que



dicen: *más vale prevenir que lamentar*, o bien, *un hombre prevenido vale por dos*.

Sin duda la tecnología ha adquirido gran importancia; por lo que no sólo hay que conocerla, sino entenderla al aplicarla para no cometer errores durante su uso. En la celebración de un contrato, en el día a día, nos vemos involucrados con ella, por lo que el menor error nos puede costar mucho dinero o la pérdida de negocios importantes. En caso de tener dudas, habrá que consultar a expertos para que nos orienten sobre su mejor utilización. Con el paso del tiempo la tecnología se ha vuelto más complicada. La inteligencia artificial y la robótica han traído grandes cambios tecnológicos y un rápido desarrollo. Esto ha permitido solucionar muchas situaciones recurrentes que se presentan en los actos jurídicos que celebramos en las distintas materias del derecho.

Día con día se dan grandes avances en la ciencia y la tecnología, por lo que habrá que estar pendiente de los cambios y transformaciones. Para trascender en el mundo tecnológico y jurídico, nacional o global, debemos mantenernos actualizados; seguir el rápido e impensable ritmo de la época contemporánea. Sin duda, la tecnología ha propiciado un desarrollo sobresaliente de los seres humanos; sin embargo, también hay que tomar las medidas preventivas que mencionamos en líneas anteriores.

El ámbito de la información y la tecnología se rige bajo los intereses de un mundo globalizado. En la medida en que los países intercambian sus bienes y servicios la actividad comercial va aumentando exponencialmente. Al respecto, se afirma que

el Internet se nutre de una utopía: el acceso de todos a toda la información en todo momento y desde cualquier lugar. Pero la utopía tiene límites evidentes: aunque se disponga de los medios y la infraestructura para hacerla realidad, se vive en un mundo dominado por los intereses comerciales y las leyes del mercado, en el que la información, más que un derecho o un servicio, es una mercancía. (Anderson, Olivar y Daza, 2007, p. 34)

Ampliando lo anterior, como ya lo habíamos mencionado, las redes sociales cada vez agilizan más la comunicación y hacen posible llegar a acuerdos.

En este contexto, las redes sociales son instrumentos que permiten el intercambio dinámico de información y conforman un amplio espectro de posibilidades de comunicación con personas de cualquier parte del mundo, para acceder a periódicos, bibliotecas, vídeos, conversaciones, radio, eventos transmitidos en vivo vía *online*, etc. (Juárez, 2013, p. 1)

Internet ha sido tan importante que el 17 de mayo se ha declarado como su día internacional, según fue establecido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Si partimos de Internet, éste ha evolucionado a tal manera que podemos afirmar que en el día a día van surgiendo nuevos avances tecnológicos y dispositivos que permiten distintas formas de contratación y crear así relaciones jurídicas a través de medios novedosos. Tal situación va evolucionando incluso “Desde la maduración de tecnologías avanzadas como la *Web3* y la cuántica, hasta la gestión de redes flexibles y la fabricación bajo demanda, estas son sus predicciones sobre el corto plazo de nuestro futuro” (Saemoon, 2022, p. 1).

Como ya mencionamos, la tecnología es de gran utilidad para la vida contractual. Es conveniente aclarar, sin embargo, que el conocimiento de la ciencia jurídica no se sustenta en ella. Por ello hay que tomar las medidas precautorias necesarias para aplicar los contratos en el mundo del derecho, a través de la tecnología, pudiendo coexistir para tal efecto el mundo de la ciencia del derecho y el de la tecnología. De allí que se puedan complementar dos clases de peritos en la materia —licenciados en derecho y licenciados en informática— para llevar a cabo los contratos con el mejor beneficio para las partes involucradas según el campo que corresponda. Incluso en materia jurídica y tecnológica se afirma que “en 1968 Mario G. Lozano, buscando ordenar la metodología y conceptualmente las propuestas de sus antecesores, propuso cambiar el término de *jurimetría*, por el de *iuscibernética*, haciéndola comprendedora de dos ramas fundamentales: la modelística jurídica y la informática jurídica” (Juárez, 2013, p. 1). De lo anterior podemos inferir la importancia que tienen el derecho y la tecnología como disciplinas que se auxilian mutuamente al estudiar situaciones jurídicas y tecnológicas concretas, mediante la celebración de distintos actos jurídicos con el objeto de realizar diversas actividades.

En la medida en que avance la tecnología, tendrá mayor impacto la inteligencia artificial y los conocidos hombres-máquinas —con la robótica— como se está teniendo actualmente.

Los programas como producto intelectual serán tan buenos como lo han sido antes y lo son ahora, pues su desarrollo es una actividad que no depende de los avances tecnológicos. Lo que sí podemos esperar son mejores interfaces hombre-máquina, con mecanismos de inteligencia artificial, por ejemplo, que satisfagan varias necesidades de los usuarios. (Fernández, 2023, p. 1)

Sin duda la tecnología se va introduciendo en el mundo jurídico, como ya lo mencionamos. El incremento de la celebración de contratos se debe a la utilización de los recursos tecnológicos que están impactando globalmente, tanto en países desarrollados como subdesarrollados, lo que representa una constante adaptación a lo que se está viviendo mundialmente. Además, la comunicación constante, que cada vez es más rápida, ha tenido grandes beneficios para los países del globo, desde una simple negociación hasta la firma de un tratado internacional. Las telecomunicaciones hacen que mejoren las relaciones comerciales, o de cualquier otra índole, dentro de la comunidad internacional a la que estamos obligados a pertenecer y cooperar para un buen desarrollo de los países.

De algún modo los acuerdos entre los distintos países traen diversos beneficios para ellos. Sin embargo, hay que tener presente que en la medida en que un país produzca bienes y servicios, y los comercialice, se encontrará satisfaciendo las necesidades de la población. La interacción entre proveedores y consumidores en distintos países fomenta y contribuye al progreso de la comunidad internacional a que nos referimos con anterioridad, la cual se materializa con la celebración de contratos realizados de acuerdo con la naturaleza del acto jurídico deseado y sobre los bienes y servicios que se contraten.

Además de la inteligencia artificial y la robótica, que ya hemos mencionado, aparecen los contratos inteligentes en los que a través de una computadora, y por medio de códigos y algoritmos, se toman decisiones. Es decir:

Los contratos ya no se redactan exclusivamente a través de palabras, sino de códigos informáticos, y su cumplimiento puede no depender de la voluntad de las partes, sino de un *software*. Esta forma de operar en el tráfico jurídico no es ciencia ficción, sino una realidad a la que han dado lugar los *smart contracts*, conocidos como contratos inteligentes. (Abad, 2022, p. 1)

Lo increíble es que a través de contratos inteligentes puedan intervenir varias partes en una operación, las cuales, haciéndose valer por la tecnología, llevan a cabo el contrato sin siquiera estar presentes en el acto jurídico. De tal manera, por medio de una computadora, se van tomando las decisiones previamente alimentadas en la misma.

También hay que considerar que el avance de la tecnología y la proliferación de dispositivos de cómputo y aplicaciones —que tienen *software*, *hardware*, bases de datos y un canal de telecomunicación— aumentan la vulnerabilidad de los medios tecnológicos. El uso de dispositivos se ha vuelto muy común, incluso entre menores de edad; “como se puede observar, la lucha constante por prevenir los delitos informáticos es complicada debido al aumento de operaciones por Internet y a la falta de ética en algunos contratantes y de los ciberdelincuentes” (Sanromán y Cruz, 2019, p. 36).

En cuanto a niños y adolescentes que utilizan la tecnología desmesuradamente —lo que podría causarles graves daños— deberían ser supervisados de acuerdo con sus necesidades, ya sean escolares o de diversión, pero con un tiempo medido para que no tengan afectaciones. Cabe mencionar al respecto que

Celulares, tabletas, computadoras y televisiones son parte de la vida cotidiana alrededor del mundo. La pandemia solo ha incrementado su uso, sobre todo en relación con nuestras interacciones sociales. Sin embargo, el uso prolongado de pantallas y dispositivos podría tener efectos perjudiciales en los más jóvenes.

De acuerdo con el INEGI, en México hay 4.05 millones de viviendas que cuentan con una consola de juego, 30.8 millones tienen acceso a celulares y 18.3 millones utilizan una conexión a Internet. Por ello es importante monitorear su uso y detectar a tiempo una posible adicción. (Díaz, 2022, p. 1)

La tecnología es, sin duda, beneficiosa; sin embargo, como todo, también puede tener su parte negativa. Para hacer un uso razonable de ella, habrá que fijar un horario para el caso de menores de edad, y limitarles los sitios de Internet que contengan información perjudicial para su salud y desarrollo, como ya lo mencionamos. La protección de los jóvenes es fundamental; por ello deberán implementarse mecanismos y controles que los protejan de los problemas psicológicos que pueda acarrear su utilización sin límites, lo que podría causarles graves daños a su salud.

Los distintos actos jurídicos que se pueden realizar a través de la tecnología son innumerables: desde la celebración de contratos —que son un aspecto de nuestro estudio— hasta instrumentos de juego, o incluso la realización de negocios a través de entornos virtuales, como ocurre en el mundo del Metaverso. Allí, con el uso de un *avatar* —que es una representación digital de una persona en la realidad virtual— se practican negocios mediante el uso de la tecnología.

El Metaverso es un mundo virtual, uno al que nos conectaremos utilizando una serie de dispositivos que nos harán pensar que realmente estamos dentro de él, interactuando con todos sus elementos. Será como realmente teletransportarse a un mundo totalmente nuevo a través de gafas de realidad virtual y otros complementos que nos permitirán interactuar con él. (Fernández, 2022, p. 1)

Como se puede notar, existen muchas formas o maneras en las que se puede utilizar la tecnología. A lo largo del presente artículo se han expresado algunas de ellas —la inteligencia artificial, el metaverso, los contratos inteligentes, entre otras— y, a medida que pase el tiempo, consideramos que irán surgiendo muchas más. Dependerá de lo que queramos realizar para usar una u otra, de acuerdo con lo que se ajuste a nuestras necesidades.

Sin embargo, habrá que estar atento a las vulnerabilidades que pudiera implicar el uso de la tecnología y tomar las medidas precautorias necesarias. En la red se encuentra tanta información que cada vez se vuelve más riesgosa su utilización si no contamos con mecanismos de protección y seguridad para navegar, e incluso contratar a través de ella, debido a los *crackers* de los que ya hicimos mención en párrafos anteriores.

Un riesgo importante para tomar en cuenta es el de la contratación laboral; con los avances tecnológicos se vuelve más peligrosa para los obreros. Los descubrimientos tecnológicos desplazan la contratación de la clase trabajadora y, en especial, la obrera; cada vez más disminuyen las ofertas de empleo en los campos de trabajo. “Tecnologías como los robots, la inteligencia artificial y el aprendizaje de las máquinas evolucionan a paso veloz. Estos avances pueden mejorar la rapidez, la calidad y los costes de bienes y servicios, pero también dejar sin empleo a un gran número de trabajadores” (West, s. f., p. 1).

Como podemos observar, si bien la tecnología tiene una parte positiva, la automatización de los procesos de producción es una realidad global que puede afectar la estabilidad de los trabajadores. Por consiguiente, es necesario que muchas empresas tomen acciones preventivas, e incluso reparatorias, para involucrar a los obreros en los espacios laborales, con el fin de que las contrataciones sean equilibradas con los procesos productivos.

### III. Conclusiones

De acuerdo con todo lo anterior, concluimos lo siguiente:

- El contrato es una figura jurídica de gran utilidad para llevar a cabo distintos actos jurídicos entre las personas interesadas, la cual produce consecuencias jurídicas de conformidad con lo establecido en el contrato mismo, o con base en lo dispuesto por una ley o un código determinado.
- La tecnología es un medio o procedimiento que permite practicidad para aplicar los conocimientos —que para esta investigación son los contratos— y figuras jurídicas que se complementan, coexistiendo ante las situaciones que se nos presentan.
- La época contemporánea es aquella en la que nos encontramos viviendo actualmente y que puede aplicar tanto para los contratos como la tecnología, ya que se encuentran coexistiendo en el mismo tiempo y que son objeto de nuestro análisis.
- Los avances tecnológicos han dado lugar a distintas gamas de las tecnologías con las que se celebran los contratos, a través

de distintos medios tecnológicos, lo que trae consigo una mejor protección y un mejor aprovechamiento de dichos sistemas en beneficio de los contratantes y con terceros que pudieran verse involucrados.

- La autonomía de la voluntad en los contratos es aquella en la que existe libertad de las partes para acordar un contrato, por lo que, si la ley no establece que se pueda hacer por medio tecnológico, las partes lo podrán hacer en virtud de la libertad para contratar de conformidad con la teoría mencionada.
- La libertad que tienen las partes contratantes es totalmente válida, e incluso si desean realizarlo por medios tecnológicos, lo podrán llevar a cabo, siempre y cuando no contravengan una ley de orden público o una ley prohibitiva.
- Los contratos podrán estar tutelados por distintas materias dependiendo de las partes contratantes, por lo que también serán protegidos por sus propias instituciones; sin embargo, todos tienen en común al derecho civil como origen de la teoría general del contrato, ya sean los laborales, administrativos, mercantiles, por mencionar algunos.
- Los contratos impactan tanto en el ámbito nacional como internacional, dependiendo el espacio donde sean aplicados. Cuando vamos más allá de las fronteras debemos estar atentos a la jurisdicción y competencia de las leyes y tribunales que se sometan las partes, de lo contrario habrá que aplicar principios del derecho internacional privado, así como lo contenido en tratados internacionales en el que los países sean parte.
- Al celebrar un contrato por medio tecnológico, hay que leer las cláusulas y condiciones establecidas a través de la tecnología utilizada para tal efecto; además es conveniente que los contratantes se cercioren de la existencia del sitio de internet y de la identidad de las partes que contratan.
- Debemos estar actualizados frente a los cambios tecnológicos que se nos presentan en el día a día; la época contemporánea obliga a la renovación de las personas, lo que los hace ser cada vez mejores, así como trascender en la vida y solidarizarse con la sociedad a la que pertenece.
- Sin duda la época contemporánea trajo a la par la tecnología y el aspecto jurídico. En particular, la regulación del contrato por me-

dio electrónico en el año 2000; específicamente, también se empezó a introducir en distintos ordenamientos jurídicos, tales como la Ley de la Propiedad Industrial, el Código de Comercio, Código Penal Federal, Ley Federal de Derecho de Autor, Código Fiscal de la Federación, entre otros.

- Han surgido en la época contemporánea distintos descubrimientos tecnológicos que han revolucionado la contratación, como son los contratos inteligentes, la inteligencia artificial y las redes sociales. Se puede esperar un futuro muy prometedor con dichos avances —que se encuentran en constante en evolución— y con el surgimiento de nuevos descubrimientos digitales.
- La interacción que existe entre proveedores y consumidores en la adquisición de bienes y servicios, tanto en el ámbito nacional como internacional, que se materializa con la celebración de los contratos, deben ser realizados de acuerdo con la naturaleza del acto jurídico deseado y conforme a los bienes y servicios que se contraten, protegiendo la contratación entre las partes.
- El mundo del derecho y de la tecnología pueden coexistir para la realización de los contratos, en los que se pueden involucrar dos peritos en la materia —licenciados en derecho y licenciados en informática— que se complementarán para llevar a cabo dichos contratos con el mejor beneficio en el campo que les corresponda y de las partes involucradas en dicho acto jurídico.
- Siempre hay que tener presente la vulnerabilidad a los ataques cibernéticos —por los *crackers*— en que se encuentra la tecnología al celebrar un contrato, o en el envío de información, así como las fallas que se puedan dar, por lo que no es cien por ciento segura. El uso de mecanismos de protección —tales como claves, encriptación, entre otros— será la mejor medida preventiva.
- La tecnología es utilizada por jóvenes; sin embargo, habrá que limitar su utilización o supervisarla con el fin de que no se les produzca daño.
- La evolución de la tecnología ha sido rápida; y el derecho no se ha quedado atrás. En la medida en que se encuentren armonizados, los beneficios serán innumerables, tanto para las partes interesadas como para terceros involucrados, e incluso para la misma sociedad.



- Las personas se deben adaptar a los cambios de la época contemporánea. Sin embargo, deben tener también presente la época pasada y la modernidad para mejorar su futuro, que debe ser vista como una necesidad de solidaridad entre las personas y los distintos países que viven en un mundo sujeto a cambios constantes, que los hace transformarse y trascender en todos los aspectos.

#### IV. Bibliografía

- Anderson, O. y Daza, A. (2007). Las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y su Impacto en la Educación del Siglo XXI. *Negotium*, 3(7), 21-46. <https://www.redalyc.org/pdf/782/78230703.pdf>
- Buen Lozano, N. de (1997). Clases de contratos de trabajo. En N. de Buen Lozano y E. Morgado Valenzuela (coords.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 315-328). Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/20.pdf>
- Cortés Ontiveros, R. (2005). El *code Napoléon*, la teoría general del contrato y el contrato informático. En F. Serrano Migallón (coord.), *Código de Napoleón. Bicentenario. Estudios jurídicos* (pp. 223-259). Porrúa; UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4592/15.pdf>
- Díaz, F. (2022, marzo 24). Consecuencias perjudiciales de la exposición a pantallas en menores de edad. *Gaceta UNAM*. <https://www.gaceta.unam.mx/consecuencias-perjudiciales-de-la-exposicion-a-pantallas-en-menores-de-edad/>
- Estrada, L. (1999). Hacia el Siglo XXI. ¿Cómo Ves?; *Revista de Divulgación de la Ciencia*, 2(13). <https://www.comoves.unam.mx/numeros/articulo/13/hacia-el-siglo-xxi>
- Fernández Ruíz, J. (2016). El contrato administrativo. En J. Fernández Ruíz, *Derecho administrativo* (pp. 161-198). Secretaría de Gobernación; Secretaría de Cultura; INEHRM; UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4455/10.pdf>

- Fernández, Y. (2022, mayo 16). Qué es el Metaverso, qué posibilidades ofrece y cuándo será real. *Xataka Basics*. <https://www.xataka.com/basics/que-metaverso-que-posibilidades-ofrece-cuando-sera-real>
- Juárez Bribiesca, A. (2013, mayo 27). El impacto de la tecnología: Internet. *Hechos y Derechos*, 15. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/6835/8771>
- Macías Vázquez, M. C. (2013). Las nuevas formas de contratación y sus repercusiones en los derechos laborales. Estudio desde el marco jurídico laboral vigente. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 1(16), 83-121. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2013.16.9705>
- Marcelino Abad, R. (2022, julio 23). Los contratos inteligentes revolucionan el mundo jurídico. *El País*. <https://elpais.com/economia/negocios/2022-07-24/los-contratos-inteligentes-revolucionan-el-mundo-juridico.html>
- Quintana Adriano, E. A. (1995). Precisiones sobre el comerciante, actos de comercio y obligaciones de los comerciantes. En *Estudios en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca* (pp. 333-343). UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/15484>
- Saemoon, Y. (2022, mayo 11). 17 formas en que la tecnología podría cambiar el mundo para el 2027. *World Economic Forum*. <https://es.weforum.org/agenda/2022/05/17-formas-en-que-la-tecnologia-podria-cambiar-el-mundo-en-2027/>
- Sanromán Aranda, R. (2018). *Derecho de las obligaciones*. Tirant lo Blanch.
- Sanromán Aranda, R. y Cruz Gregg, A. (2019). *Derecho corporativo y la empresa* (3a. ed.), Cengage.
- Simental Franco, V. A. (2013). El impacto de las tecnologías de la información y la comunicación en el régimen contractual mexicano. *Revista de Derecho Privado*, 1(3), 275-286. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2013.3.9013>
- Vázquez del Mercado Cordero, Ó. (2015). La Constitución federal, las leyes secundarias y el derecho internacional; reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, (2), 247-282. <https://revistaderecho.posgrado.unam.mx/index.php/rpd/article/view/80/71>

West, D. M. (s. f.). Avance tecnológico: riesgos y desafíos. *BBVA Open Mind*. <https://www.bbvaopenmind.com/articulos/avance-tecnologico-riesgos-y-desafios/>

## Usos de la propiedad intelectual en las pequeñas y medianas empresas en Cuba. Una prioridad

### *Uses of Intellectual Property in Small and Medium-Sized Enterprises in Cuba. A Priority*

Reynaldo Manuel Tarragó Ayra

 <https://orcid.org/0000-0001-6480-6474>

Departamento Penal y Empresarial, Universidad de Oriente de Cuba. Cuba  
Correo electrónico: rtarrago@uo.edu.cu

Nahilce Bhamel Alomá

 <https://orcid.org/0000-0001-9898-0470>

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Oriente de Cuba. Cuba  
Correo electrónico: nahilce.bhamel@etecsa.cu

**Resumen:** El presente revela la concepción del estado cubano de perfeccionar la competitividad empresarial y la búsqueda de activos financieros y empresariales en las formas de gestión estatal y no estatal, con la institucionalización de las pequeñas y medianas empresas en país (MIPYMES), y la relación de esta denominación mercantil mediada por los usos de la propiedad intelectual como una herramienta legal para generar activos empresariales y búsqueda de valor agregado que impulsen la institucionalización de la figura jurídica de la pequeña y mediana empresa, por ende, dotar a la misma de mayor seguridad jurídica en la gestión de su actividad con el registro de sus resultados científicos; como fuentes de ingresos económicos.

**Palabras clave:** propiedad intelectual, pequeñas y medianas empresas.

**Abstract:** The present reveals the conception of the Cuban state to improve business competitiveness and the search for financial and business assets in the forms of state and non-state management, with the institutionalization of small and medium-sized enterprises in the country, and the relationship of this denomination commercial mediated by the use of intellectual property as a legal tool to generate business assets and search for added value that compel the institutionalization of the legal status of small and medium-sized enterprises and therefore provide it with greater legal security in the management of its activity with the registration of its scientific results; as sources of economic income.

**Keywords:** intellectual property, small and medium enterprises.

Recepción: 9 de agosto de 2023

Aceptación: 11 de septiembre de 2023

**Sumario:** I. *Necesidad de desarrollo de la propiedad Intelectual de las MIPYMES.* II. *Fundamentación epistémica en materia de propiedad intelectual.* III. *Ubicación de las pequeñas y medianas empresas en la legislación cubana.* IV. *Reflexiones finales.* V. *Referencias bibliográficas.*

## I. Necesidad de desarrollo de la propiedad intelectual de las MIPYMES

El desarrollo y gestión de la propiedad intelectual comporta un activo fundamental como paliativo de adquisición de activos económicos en el contexto empresarial cubano, donde el sector estatal y no estatal se ha visto muy afectado, a ello, el Estado en la búsqueda de soluciones financieras para el país y vías para el desarrollo local y cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo Económico Social hasta el 2030, instituyó las pequeñas y medianas empresas como una de las soluciones a inflexiones económicas y financieras; identificando que la protección de la propiedad intelectual en las MIPYMES resulta una cuestión novedosa desde el orden jurídico y económico para la sociedad, puesto que esta relación puede aportar ingresos y activos empresariales con impacto directo en la economía del país.

En Cuba la propiedad intelectual es vista como derecho de autor y propiedad industrial; regulados desde hace más de tres décadas y que han ido afinando su técnica jurídica en la medida de lo posible, adecuándose al perfeccionamiento del modelo económico cubano.

De ahí que llevar los productos y los activos de propiedad intelectual al mercado empresarial supone innumerables dificultades para las MIPYMES, aunque éstas sean de naturaleza innovadora y creadora, en Cuba existe una exigua cultura de protección de derechos de propiedad intelectual en el sector empresarial y se carece de carteras de tales derechos, los que a estas nuevas formas empresariales en el tráfico mercantil cubano pueden ayudar con las ideas de generar ingresos y riquezas.

Por ello, en el mercado de hoy, que es hipercompetitivo, no basta con prestar servicios y generar activos intelectuales, sino el saber cómo se van a generalizar, comercializar y transmitir, es por tanto que resulta de medular importancia para las MIPYMES:

1. Conocer la propiedad intelectual y tener una aproximación de los activos a generar y transferir, así como la titularidad de derechos.
2. Protección de los activos intelectuales de los derechos de propiedad intelectual para una posterior y efectiva transferencia de conocimientos.
3. Exclusividad que ofrecen los derechos de propiedad intelectual en la obtención de regalías y generación de ingresos por la concesión de licencias de los activos de propiedad intelectual.

Resulta de esta manera imprescindible reconocer el papel que el capital intelectual desempeña como catalizador de un crecimiento económico sostenible; constante resiliencia que ha mostrado la economía del conocimiento en la sed de capital intelectual como motor impulsor de las MIPYMES.

## **II. Fundamentación epistémica en materia de propiedad intelectual**

Ante la polémica de la propiedad intelectual como capaz de abarcar o no las creaciones artísticas, por una parte, y la industrial, por otra; el profesor Rangel (2009, p. 1) expresa que “por derecho intelectual se entiende el conjunto de normas que regulan las prerrogativas y beneficios que las leyes reconocen y establecen a favor de los autores y de sus causaciones por la creación de obras artísticas, científicas, industriales y comerciales”.

Lipszyc (1999), considera que “existe un tradicional agrupamiento del derecho de autor con la propiedad industrial en el campo doctrinal y en el de la enseñanza, considerablemente arraigado, bajo la rúbrica común de derechos de propiedad intelectual”.

Partiendo de lo anterior, la propiedad intelectual en sus dos acepciones fundamentales, el derecho de autor y la propiedad industrial, es reconocida y regulada en Cuba. Desde 1975 nuestro país es miembro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual como or-

ganismo especializado de las Naciones Unidas y somos parte de los convenios fundamentales en esta materia, el Convenio de París de 1883 desde 1904 y el Convenio de Berna de 1886 desde suscrito en el año 1997. En materia de derecho de autor está vigente la Ley No. 14 del año 1977.

Ambas acepciones presentan derechos morales y patrimoniales, los cuales serían comunes en relación al objeto protegido, que está constituido por un bien inmaterial,<sup>1</sup> en algunos casos creativos como las invenciones y las creaciones literarias y artísticas, y en otros, al menos vinculados a la producción intelectual, debido a su distintividad como en las marcas. Esa producción ingeniosa debe tener elementos de originalidad, aunque bajo ópticas diferentes, como veremos más adelante. Desde el punto de vista del derecho moral, en ambas se reconoce al autor o inventor como creador de la invención o la obra. Se reconocen derechos exclusivos de explotación. La mayoría de las legislaciones reconocen la transmisibilidad del derecho patrimonial.

Baylos (1988), define como derechos morales: derecho de divulgación, derecho de paternidad, derecho al respeto a la integridad de la invención u obra, derecho de arrepentimiento. Y como derechos patrimoniales: derecho de reproducción, derecho de comunicación pública, derecho de transformación, derecho de comercialización de la invención u obra.

---

<sup>1</sup> En la Teoría del derecho sobre bienes inmateriales de Kohler, se considera que el acto de creación de una obra intelectual da origen y constituye el fundamento de un derecho sobre aquella, como bien inmaterial, que es asumido por el autor en el propio acto de crear y que se manifiesta en la posibilidad de disponer de ella. La obra intelectual es cosa incorpórea, y como tal, objeto de derecho. Dada su naturaleza inmaterial este bien, no podría ser considerado como objeto de propiedad en sentido jurídico estricto, de ahí que tenga propuesto la categoría nueva de derecho sobre bienes inmateriales. La principal peculiaridad de este derecho consistiría en su carácter temporal, en contraposición a la perpetuidad del derecho de propiedad. Si esta teoría constituye un avance en el sentido de definir con más corrección, la naturaleza del derecho patrimonial del autor o inventor y explicar su génesis, incurre aún en equívoco, cuando parte de lo accidental para lo esencial, como si el carácter inmaterial del objeto y la temporalidad del derecho optasen a la inserción en la categoría del derecho de propiedad (Lipszyc, 1999, pp. 21-24).

En la doctrina de raigambre hispana se sistematizan la categoría objeto y bien inmaterial indistintamente como característica esencial del Derecho de Autor o de otro tipo, que se pueda identificar y explotar como creación de la mente humana, producto de los medios adecuados para su perceptibilidad (Bercovitz, 2012; Fernández y Otero, 2013, p. 58).

A diferencia del derecho de autor, la propiedad industrial en Cuba sí ha sido objeto de modificaciones sustanciales en el orden normativo, a partir de ser miembros fundadores de la Organización Mundial del Comercio, como continuadores del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) de 1947 y suscribir el Acuerdo de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Desde el propio año 1995 se promulgó el Decreto-Ley 160, a los efectos permitir la presentación de solicitudes de patentes para los productos farmacéuticos y químicos para la agricultura, para cumplimentar lo dispuesto en el artículo 70.8 del ADPIC. A partir de esta fecha se han promulgado nuevas disposiciones en materia de signos distintivos, indicaciones geográficas, invenciones, modelos de utilidad, modelos industriales, variedades vegetales y topográficas de circuitos integrados. Anteriormente en nuestro país se encontraba vigente el Decreto-Ley No. 68 del año 1983, que integraba de forma codificada la regulación de las diferentes modalidades de la propiedad industrial: descubrimientos científicos, invenciones, marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimientos, indicaciones geográficas, lemas comerciales y modelos industriales.

De suma importancia resulta la norma promulgada en virtud del Decreto No. 343 del Comité Ejecutivo del Consejo de ministros de 2018, que puso en vigor el Sistema Nacional de Propiedad Industrial, definiendo sus objetivos generales, así como los lineamientos metodológicos para el diseño y la organización de los sistemas internos de propiedad industrial en los órganos, organismos, empresas, instituciones y el sector cooperativo del país.

El Decreto Ley No. 290<sup>2</sup> en materia de Invenciones y Dibujos y Modelos Industriales, el cual se aviene a los requerimientos de los ADPIC, integra en su texto la protección<sup>3</sup> de las invenciones, dibujos y mode-

---

<sup>2</sup> Decreto Ley 292/2012 en su artículo 46. La patente confiere a su titular el derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen los actos siguientes: a) cuando la materia de la patente sea un producto, la fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto objeto de la patente; y b) cuando la materia de la patente sea un procedimiento, la utilización del procedimiento objeto de la patente y los actos de uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente.

<sup>3</sup> Es relevante lo regulado en el Decreto Ley No. 290 de 2012: “De las invenciones y dibujos y modelos industriales”, en su artículo 11. 1: El derecho a la protección del objeto de patente o registro creados por los investigadores o autores durante la vigen-



los industriales y además a los modelos de utilidad. Así como su reglamento previsto en el Decreto No. 342 de 2018. Con el Decreto Ley No. 290, implementan una serie de cambios no solo en cuanto a modalidades a proteger, sino también en cuanto a forma de protección, vigencia, naturaleza y alcance de los derechos exclusivos, límites a dichos derechos exclusivos.

En el nuevo texto legal se incorpora la regulación de los modelos de utilidad, modalidad que no se encontraba regulada en nuestro país, protegiendo además como ya expusimos a las invenciones y los dibujos y modelos industriales.

El elemento más trascendente que incorpora el Decreto Ley en este sentido es la eliminación del certificado de autor regulado en el Decreto Ley No. 68 de 1983. Este certificado concede a la titularidad al Estado de todas las creaciones obtenidas en el marco de una relación de empleo, así como para determinados objetos de invención reconocidos en el artículo 39 del citado Decreto Ley. No tenía periodo de vigencia determinado, ni caducaba y no era necesario el pago de tasas para su adquisición y mantenimiento en vigor. A partir del Decreto Ley No. 290, los títulos de protección reconocidos (certificado de patente y certificado de registro), el primero para las invenciones y el segundo para los modelos de utilidad y los dibujos y modelos industriales, definen la titularidad para las personas naturales y jurídicas, pero no al Estado.

Al suprimirse el Certificado de Autor, el Decreto Ley No. 290 incorpora la titularidad en ocasión de relación jurídico-laboral, aunque sin llegar a definir las invenciones laborales, bien por encargo, bien de servicios, como teóricamente se reconocen y se definen en los diferentes textos normativos sobre esta materia.

Primero, es conveniente tener claro que autor o inventor, no implica que obligatoriamente sea el solicitante de protección o futuro titular del derecho, siendo siempre conservado el derecho de paternidad sobre la invención a su autor o creador. Es aconsejable entonces definir a las invenciones laborales como aquellas que se llevan a cabo

---

cia de un contrato de trabajo o de prestación de servicios a una entidad corresponde a ésta; artículo 11. 2: la entidad está obligada a reconocer el derecho moral de los inventores y los autores respecto a la paternidad de su obra.

en el marco de una empresa o con la efectiva colaboración o recursos de esta.

La Resolución No. 152 de 2018, de la Ministra del CITMA, Procedimiento para la Remuneración a Inventores, Autores y Obtentores; complementa igualmente el Decreto-Ley No. 290 y 291 (Protección de las variedades vegetales); y establece el procedimiento para la participación de los autores, inventores y obtentores de los beneficios que obtenga la entidad por la explotación de una creación obtenida en el marco de una relación jurídico-laboral y que haya derivado en una patente o registro concedido vigente en el territorio de explotación, y se derive beneficios económicos.

El Decreto Ley No. 336, sobre las disposiciones contractuales de propiedad industrial en los negocios jurídicos, del 30 de junio de 2016; busca garantizar que la explotación de los derechos de propiedad industrial se realice mediante contratos en los cuales no se incluyan cláusulas comerciales, restrictivas y abusivas que vayan en detrimento de la libertad de desempeño empresarial y comercial de las entidades cubanas en el proceso de inversión nacional y extranjera.

Hay que destacar que en los acuerdos de colaboración que tienen lugar entre centros de investigación, o universidades con una parte extranjera, se garantice que las disposiciones de propiedad industrial que se incluyan preserven los conocimientos e innovaciones tecnológicas preexistentes de la parte cubana y sobre la protección de los resultados futuros que se puedan realizar a partir de la colaboración.

Quedaron reguladas en los artículos 23 a 25 como requisitos de patentabilidad: la novedad, la actividad inventiva y la aplicabilidad industrial. Así como en el capítulo II del Decreto Ley No. 290 se regula el procedimiento de concesión y registro donde se desarrollan aspectos tales como la presentación en la OCPI, exámenes formales y de fondo, vigencia, alcance de los derechos, límites al ejercicio de derecho de patentes, renuncia, nulidad, caducidad de la patente, restablecimiento de derechos.

La incorporación de los modelos de utilidad es algo totalmente novedoso, en tanto, en nuestra legislación no se reconoce a la protección de tal modalidad. Quedó definido en el artículo 74 cuáles modelos de utilidad son protegibles en Cuba, tema recogido de forma diferente a otras legislaciones, pues, es regulado de forma equipara-

ble a una invención, siendo exigibles los requisitos de patentabilidad previstos en el texto legal.

Se diferencian los modelos de utilidad de las invenciones, según la norma cubana de referencia, en tres aspectos fundamentalmente: en el periodo de vigencia, que es menor, diez años en el caso de los modelos de utilidad y veinte años en las invenciones; en el procedimiento de concesión, y en el nombre que adopta la forma de protección, Certificado de patente en las invenciones y de Registro en los modelos de utilidad. Asimismo, no pueden registrarse como modelos de utilidad los procedimientos y los productos químicos y biotecnológicos. El análisis de los requisitos de patentabilidad tiene el mismo rigor tanto en los modelos de utilidad como en las invenciones.

En cuanto a los dibujos y modelos industriales, estos se definen en el artículo 91, el cual protege a las formas bi y tridimensionales. En materia de invenciones, modelos de utilidad y diseños industriales, Cuba es signataria de varios tratados internacionales.<sup>4</sup>

En relación con las variedades vegetales, nuestro país adoptó, en correspondencia con lo establecido en el artículo 27.3 del Acuerdo ADPIC conferirle una protección a esta modalidad que combine elementos del régimen de patentes y de la protección *sui generis* que dispone el mencionado Convenio. A tales efectos, desde noviembre del 2011 se promulgó el Decreto Ley No. 291 De Protección de las Variedades Vegetales instrumenta la protección a los géneros y especies que taxativamente se determinen.

Esta regulación se estableció teniendo en cuenta la importancia en el orden económico, en especial para el desarrollo agrícola sostenible, de la obtención de nuevas Variedades Vegetales, y por tanto, la promulgación de un cuerpo legal independiente que dispense protección a dicha modalidad adecuada a la importancia del mejoramiento vegetal.

---

<sup>4</sup> Tratado de Cooperación en materia de Patentes desde el 16 de abril de 1996.

Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes desde el 19 de febrero de 1994.

Arreglo de Locarno sobre la Clasificación Internacional de Dibujos y Modelos Industriales desde el 19 de octubre de 1998.

Arreglo de Estrasburgo sobre la Clasificación Internacional de Patentes desde el 9 de noviembre de 1996.

Como complemento se dictó la Resolución Conjunta No. 1. Procedimiento para realizar el examen técnico de las variedades vegetales. Ministerio de la Agricultura y del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medioambiente, 29 de junio de 2018, la que establece la relación entre la OCPI y el Centro de Examen de las Variedades Vegetales.

También de forma especial en Cuba se encuentran protegidos los esquemas de trazado de circuitos integrados a partir de una normativa especial puesta en vigor a través del Decreto Ley No. 292, de noviembre de 2011. Esta normativa se corresponde con las exigencias mínimas dispuestas en los artículos del 35 al 38 del Acuerdo ADPIC de la OMC.

Decreto Ley No. 337, de la protección contra las prácticas desleales en materia de propiedad industrial, del 30 de junio de 2016, se aplica a las prácticas desleales realizadas a través de cualquier medio, por personas naturales o jurídicas en el ejercicio de actividades industriales o comerciales.

Define los actos que serán considerados prácticas desleales en materia de propiedad industrial (todo acto contrario a las prácticas honestas en la industrial y el comercio, particularmente de causar confusión, aseveraciones falsas, entre otras conductas).

Dispone la protección de la información no divulgada que se encuentre legítimamente bajo el control de las personas naturales y jurídicas, así como de los datos de pruebas depositados en los órganos regulatorios que autorizan la comercialización de productos farmacéuticos y químicos para la agricultura.

Establece quiénes son las personas legitimadas para instar al tribunal competente y las acciones que pueden ser ejercitadas cuando los intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por una práctica desleal en materia de propiedad industrial.

En la materia de marcas y otros signos distintivos, la normativa vigente es el Decreto Ley No. 203 de 1999. En cuanto a definición de marcas: “todo signo o combinación de signos, que sirva para distinguir productos o servicios de sus similares en el mercado”.<sup>5</sup>

A diferencia de lo establecido en el Decreto Ley No. 68, el texto legal introduce una importante novedad en cuanto a la capacidad para solicitar registro de marcas. De tal modo, otorga la posibilidad de soli-

---

<sup>5</sup> Decreto Ley No. 203 de 2 de mayo del 2000, artículo 2, GOE No. 3, año XCVIII.

citar el registro de marcas a personas naturales y jurídicas cubanas y extranjeras. Sobre este particular, vale aclarar que el antiguo Decreto Ley No. 68 no prohibía expresamente el registro de marcas a personas naturales cubanas, pero si podemos armar que existía una prohibición tacita, en tanto se establecía una obligación de registro para los órganos de la administración central del Estado, empresas, instituciones y órganos locales del poder popular.

Sobre el registro de esta modalidad se desarrollan cuestiones en relación con la solicitud de registro en la OCPI, exámenes formales y de fondo, vigencia, alcance de los derechos, duración del registro, marcas notorias, restablecimiento de derechos, derechos exclusivos, agotamiento de derecho, renuncia, nulidad, cancelación, caducidad, licencias de uso.

Quedan regulados en esta propia normativa de referencia los nombres comerciales, emblemas empresariales, rótulos de establecimiento y lemas comerciales. Como cuestiones novedosas, instaura la figura del emblema empresarial como modalidad de propiedad industrial, la cual nunca antes había sido regulada por la legislación cubana. En materia de signos distintivos, Cuba es signataria de los siguientes tratados internacionales.<sup>6</sup>

Novedades en el ordenamiento jurídico del trabajo por cuenta propia en las actividades en las que intervienen sujetos de derechos de autor reconocidos en la ley y que se regulan someramente en el Decreto Ley No. 349 de 2018 “Sobre las contravenciones de las regulaciones en materia de política cultural y sobre la prestación de servicios artísticos”. La Resolución No. 11 de 2008 “Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia”. Resolución No. 12 de 2018 “Aprobar la actividad en el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Resolución No. 31 de 2018 “Procedimiento que regula la autorización que se expide

---

<sup>6</sup> Arreglo de Madrid relativo a la represión de las indicaciones de procedencias falsas o engañosas en los productos desde el 1 de enero de 1995.

Arreglo de Madrid sobre el Registro Internacional de marcas desde el 6 de diciembre de 1989.

Protocolo al Arreglo de Madrid del Registro Internacional de Marcas desde el 26 de diciembre de 1995.

Arreglo de Niza sobre la Clasificación Internacional de Productos y Servicios desde el 26 de diciembre de 1995.

Acuerdo de Viena sobre la Clasificación Internacional de los elementos de las marcas desde el 18 de julio de 1997.

a los trabajadores por cuenta propia para la colocación y el contenido de carteles y anuncios”.

De este paquete legislativo se cataloga como positivo lo que concierne a la institucionalización de los sujetos de derecho de autor insertados en la política cultural y la prestación de servicios artísticos, esta última como elemento dinamizador de la política.

Lo relativo al registro de aquellas soluciones y equipos mecánicos que son construidos en actividades como recreativo, infantiles, gastronómicas y de servicios técnicos, personales y del hogar, que pueden comportar según su nivel de complejidad, dibujos, diseños industriales y modelos de utilidad en algunos casos siempre y cuando cumplan con los requisitos de novedad, actividad inventiva y patentabilidad.

Quedan cuestiones por resolver aún sobre todo con la actividad de vendedor de discos audiovisuales y musicales los que constituyen violaciones negativas al derecho de reproducción y el copyright; pues son copias piratas que inciden en la difusión y comercialización de obras de los autores y productores de fonogramas, los que ven laceados sus derechos.

Otra actividad que carece de seguridad jurídica es la actividad de programador de equipos de cómputo, en lo referente a la creación de software. Ya que no se regula la protección de todas aquellas personas que ejercen el trabajo por cuenta propia en dicha actividad, lo que incide en el inexistente registro y comercialización ineficaz del software.

Sobre la propiedad industrial se incorpora como norma de cumplimiento, las referentes a los signos distintivos; siendo la gestión de vallas, carteles, diseños de modelos y dibujos industriales en las actividades de recreación. Constituyendo el futuro registro de estos resultados del intelecto humano, pasos futuros como fuentes de ingresos como por ejemplo valores agregados, tributos a cobrar y comercialización de ellos.

### **III. Ubicación de las pequeñas y medianas empresas en la legislación cubana**

A nuestro modo de ver las falencias en esta novedosa relación MI-PYMES -propiedad intelectual está dada en el insuficiente conocimien-

to de los derechos de propiedad intelectual por parte de la población en general; ineficaz capacitación por parte de especialistas en la materia a las MIPYMES; y desorientación a resultados científicos a registrar en lo referente a que los pequeños empresarios no tienen los conocimientos necesarios para deslindar una modalidad de la propiedad intelectual de otra, por ejemplo: un emblema empresarial con un rótulo de establecimiento.

Se debe de hacer extensiva estas modificaciones iniciales en materia de propiedad intelectual a otros sujetos económicos privados como son el cooperativismo empresarial, las que fácticamente comportan un elevado nivel de resultados científicos.

La promulgación del paquete normativo que instituye a las MIPYMES en Cuba representa un paso de avance impresionante para la realidad económica cubana. A los efectos del objetivo trazado en este trabajo es necesario explicar que la norma cumple una función de reordenamiento subjetivo en la actividad económica en Cuba. Lo estipulado en el artículo 18 del Decreto Ley 46/2021<sup>7</sup> que establece la institución de la reconversión de negocios preexistentes declara en realidad un reordenamiento donde los trabajadores por cuenta propia confundían al empresario y al trabajador autónomo.

Resulta la creación del trabajo por cuenta propia, pilares conexos con el sector empresarial para la conformación de las MIPYMES , según lo estipulado en el Decreto Ley No. 49 de 2021, aunque persisten falencias que tienden a afectar varios de los objetivos propuestos por las normas en particular y por la actualización del modelo económico y la Constitución de 2019 en general.

Se parte de la legislación sobre MIPYMES para la proyección transformadora y búsqueda del valor este pueden obtener de la protección de sus activos de propiedad intelectual, tales como:

1. Aumento de las ventas de licencias y de los ingresos por regalías
2. Obtención de financiación de capital riesgo
3. Aumento del valor financiero de las MIPYMES
4. Utilización de los secretos comerciales para la protección de las creaciones

---

<sup>7</sup> Cuba. Consejo de Estado. Decreto Ley 46 de 2021 Sobre las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas. *Gaceta Oficial* 94. *Ordinaria de 19 de agosto de 2021.*

5. Gestión de los signos distintivos para fomentar las relaciones comerciales
6. Creación de activos de propiedad intelectual de gran valía y competentes en el mercado.

De ahí la importancia de aprobación de una estrategia nacional que apoye la comercialización de la propiedad intelectual, ya que la capacidad de impulsar el crecimiento económico a través de las MIPYMES está determinada en gran medida por su comercialización de los activos de propiedad intelectual.

Los derechos de propiedad intelectual crean un caparazón alrededor de un activo intangible, que consolida su valor y hace que el activo sea comerciable a través de la concesión de licencias, la titulación o adquisición. Las MIPYMES debe de tratar de proteger sus activos para apoyar y acelerar su crecimiento, consolidando el valor de éstos para que se puedan utilizar en respaldar una amplia variedad de modelos y formas empresariales, con la innovación como núcleo.

#### **IV. Reflexiones finales**

Se evidencia una aproximación inicial en la relación MIPYMES -propiedad intelectual, la que encuentra asideros iniciales en los paquetes legislativos dictados sobre trabajo por cuenta propia, propiedad industrial e institucionalización de las MIPYMES en Cuba.

Incorporación de la propiedad intelectual como una vía de generación de valor agregado y activos intangibles y empresariales en ocasión de los resultados que se generen en el tráfico jurídico mercantil de las MIPYMES .

Generación de ingresos al erario público a partir del cobro de tributos y registros de resultados científicos.

Registro, tramitación y comercialización de los resultados científicos que se generen producto de las relaciones económicas derivadas de los usos de MIPYMES.

Falencias en lo concerniente a la escasa cultura jurídica en materia de propiedad intelectual y las insuficientes acciones de capacitación sobre el tema.



## V. Referencias

- Ávalos, I. (comp.). (1993). *Aproximación a la gerencia de tecnología en la empresa, Estrategias, planificación y gestión de ciencia y tecnología*. Editorial Nueva Sociedad.
- Baylos, C. (1988). *Tratado de Propiedad Industrial*. Universidad Complutense de Madrid.
- Bercovitz, A. (1989). La relación universidad-industria en el contexto del desarrollo económico. *Revista de Derecho Industrial* (31).
- Lipszyc, D. (1999). *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Editorial Félix Varela.
- Odriozola, J. (2003). *Derecho de la competencia strictu sensu: una aproximación a la realidad cubana*. (Tesis de doctorado), Universidad de La Habana.
- OMPI. *Acuerdo de Viena por el que se establece una Clasificación Internacional de los elementos figurativos de las marcas*. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/294838>
- OMPI. *Arreglo de Estrasburgo sobre la Clasificación Internacional de Patentes*. <http://www.wipo.int/treaties/es/classification/strasbourg/>
- OMPI. *Arreglo de Locarno sobre la Clasificación Internacional de Dibujos y Modelos Industriales*. <http://www.wipo.int/treaties/es/classification/locarno/>
- OMPI. *Arreglo de Madrid sobre el Registro Internacional de marcas*. [http://www.wipo.int/madrid/es/legal\\_texts/pdf/madrid\\_protocol.pdf](http://www.wipo.int/madrid/es/legal_texts/pdf/madrid_protocol.pdf)
- OMPI. *Arreglo de Madrid relativo a la represión de las indicaciones de procedencias falsas o engañosas en los productos*. <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/madrid/>
- OMPI. *Arreglo de Niza sobre la Clasificación Internacional de Productos y Servicios*. <http://www.wipo.int/classifications/nice/es/pdf/10esp2.pdf>
- OMPI. *Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes*. [http://www.wipo.int/treaties/es/registration/budapest/pdf/wo\\_inf\\_12.pdf](http://www.wipo.int/treaties/es/registration/budapest/pdf/wo_inf_12.pdf)
- OMPI. *Tratado de Cooperación en materia de Patentes*. [http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?treaty\\_id=6](http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?treaty_id=6)

- OMPI. *Protocolo al Arreglo de Madrid del Registro Internacional de Marcas*. [http://www.wipo.int/treaties/es/registration/madrid\\_protocol/](http://www.wipo.int/treaties/es/registration/madrid_protocol/)
- Ordelin, J. (2017). *La relación jurídica civil entre el representante musical y el artista interprete o ejecutante en Cuba*. (Tesis de doctorado). Universidad de La Habana.
- República de Cuba. (2017). *Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social 2030 de Cuba*. <https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/planes/plan-nacional-de-desarrollo-economico-y-social-2030-de-cuba>
- República de Cuba. (2017). *Resolución No.85 de 2016, Gaceta Ordinaria No. 5 de 2017*. Ministerio de Justicia.
- República de Cuba. (2018). *Decreto Ley No. 252 de 2012, Gaceta Extraordinaria No. 40 de 10 de agosto de 2018*. Ministerio de Justicia.
- República de Cuba. (2018). *Decreto Ley No. 323 de 2014, Gaceta Extraordinaria No. 40 del 10 de agosto del 2018*. Ministerio de Justicia.
- República de Cuba. (2018). *Decreto Ley No. 337 de 2018, Gaceta Extraordinaria No. 40 de 10 de agosto de 2018*. Ministerio de Justicia.
- República de Cuba. (2018). *Decreto No. 342 de 2018, Gaceta Extraordinaria No. 40 de 10 de agosto de 2018*. Ministerio de Justicia.
- República de Cuba. (2018). *Decreto No. 343 de 2018, Gaceta Extraordinaria No. 40 de fecha 10 de agosto de 2018*. Ministerio de Justicia.
- República de Cuba. (2018). *Decreto Ley No. 336 de 2018, Gaceta Extraordinaria No. 40 de fecha 10 de agosto de 2018*. Ministerio de Justicia.
- República de Cuba. (2018). *Resolución No. 125 de 2018, Gaceta Extraordinaria No. 40 de fecha 10 de agosto de 2018*. Ministerio de Justicia.
- República de Cuba. (2018). *Resolución No. 152 de 2018, Gaceta Extraordinaria No. 40 de fecha 10 de agosto de 2018*. Ministerio de Justicia.
- República de Cuba. (2018). *Resolución Conjunta No. 1 de 2018, Gaceta Extraordinaria No. 40 de fecha 10 de agosto de 2018*. Ministerio de Justicia.

- República de Cuba. (2019). *Constitución de la República, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5 de 1° de abril de 2019*. Ministerio de Justicia.
- República de Cuba. (2019). *Decreto Ley No. 363 de 2019, Gaceta Extraordinaria No. 3 de febrero de 2019*. Ministerio de Justicia.
- República de Cuba. (2019). *Decreto Ley 46 de 2021, Gaceta ordinaria No. 94 de agosto de 2021*. Ministerio de Justicia.
- República de Cuba. (2019). *Decreto Ley 49 de 2021, Gaceta ordinaria No. 94 de agosto de 2021*. Ministerio de Justicia.
- Ross F. C. (2006). *Propuesta de Guía Metodológica sobre los aspectos para la negociación de los Derechos de Propiedad Industrial en los procesos de Transferencia de Tecnología*. (Tesis de maestría). Universidad de La Habana.
- Tarragó, R. (2012). La Gestión de la Innovación en la empresa del conocimiento, a partir de los usos de la Transferencia de Tecnología. *Equipo Federal del Trabajo*. <http://newsmatic.com.ar/conectar/245/109/articulo/3750/Transferencia-de-Tecnologia-Tarrago-Ayra.html>
- Tarragó, R. (2012). *La Transferencia de Tecnología, aplicada al sector turístico de Santiago de Cuba*. (Tesis de maestría), Universidad de Oriente.
- Tarragó, R., Montenegro, M. y Asín, C. (2018). Procedimiento para la gestión de la propiedad industrial desde la universidad. *Revista de Investigación, Formación y Desarrollo: Generando Productividad Institucional*, 6 (3), 75-88.
- Tarragó, R., Rodríguez, S., Montenegro, M. y Asín, C. (2019). La profesionalización de los profesores universitarios para la gestión de la propiedad industrial, En *Memorias de la I Convención Internacional Ciencia y Conciencia* (pp. 179-185). Ediciones UO.

# **Reseñas bibliográficas**

## **Madrid Andrade, M. (2019). *Contratos atípicos y conexidad contractual*. Porrúa.**

**Jaime Serrano López**

 <https://orcid.org/0000-0001-5975-7962>

Doctorante en Derecho en la Universidad Panamericana. México

Correo electrónico: licjserrano@hotmail.com

Los contratos en la actualidad son piezas fundamentales en las organizaciones societarias, puesto que definen la estructura básica que dota de organización jurídica-operacional a las actividades que las grandes empresas transnacionales desarrollan en cada país para completar la cadena productiva en la prestación de bienes y servicios. En ese sentido, la importancia que tienen los contratos reside en su carácter económico y en la seguridad jurídica que ellos representan para la consecución del fin común. En consecuencia, cada día se estructuran cadenas contractuales cada vez más complejas, sistemas societarios atípicos y redes de contratos como herramientas necesarias para la actividad económica en general.

La practicidad de elaborar un contrato único se encuentra cada vez más en desuso, puesto que ya no basta la adaptación de los contratos regulados a la actividad económica, sino que es necesario incluir cláusulas atípicas que permitan el funcionamiento de la cadena productiva y el establecimiento de sistemas basados en contratos. Ante estas consideraciones, Mario de la Madrid Andrade desglosa en seis capítulos una revisión práctica a los elementos que integran la atipicidad contractual, la función económica de los contratos, el establecimiento de los contratos coaligados, el subcontrato y el sistema propio de la actividad contractual.

En el primer capítulo se establece una distinción entre los contratos típico y atípico, así como la diferencia entre un contrato innominado y uno atípico. Estas figuras suelen confundirse en la materia, sin que ello signifique necesariamente que los contratos atípicos se en-

cuentran fuera del sistema jurídico. El elemento transversal, común a todos los contratos, es el carácter económico de los mismos; de lo que se sigue que la tipicidad juega un papel fundamental para delimitar la propia atipicidad de los contratos. Además, es preciso señalar que los contratos puedan tener variaciones con respecto al contrato típico, lo que da lugar a lo que la doctrina ha considerado como la *elasticidad* de los contratos. Por ello, no es necesario que las modificaciones sean directamente proporcionales a la finalidad establecida en la norma; y de allí precisamente que este análisis sea fundamental para determinar el entorno mismo de la atipicidad. Así, la atipicidad contractual puede tener dos vertientes: los contratos atípicos con tipicidad social y los contratos atípicos sin tipicidad social. Sin duda, este análisis sobre la atipicidad es uno de los contenidos más destacables de este capítulo, el cual culmina con una clasificación de los contratos atípicos.

En el segundo capítulo se aborda la regulación de los contratos atípicos a partir de dos problemas que la doctrina ha señalado, a saber, la admisibilidad y validez, por un lado, y la falta de normativa, por el otro. Al respecto, el capítulo desarrolla tres teorías asignadas sobre la materia, esto es, *la absorción o prevalencia*, *la combinación*, y *la analogía o de los intereses en presencia o ecléctica*. Estas teorías explican que la atipicidad no se encuentra fuera del sistema jurídico como generalmente se cree, sino que existe un grado de reasignación normativa en los contratos atípicos al sistema, para lo cual el capítulo nos propone el *método tipológico* como un mecanismo de solución para la calificación de la atipicidad. Asimismo, el capítulo examina la regulación de los contratos atípicos en el derecho mexicano a través de la normatividad establecida en el derecho común, pasando por la doctrina nacional y, desde luego, las consideraciones que el propio autor presenta sobre la regulación de los contratos atípicos mediante siete puntos fundamentales, finalizado con los elementos que conforman el derecho positivo mexicano sobre la atipicidad.

En el tercer capítulo se estudia el elemento transversal de los contratos, esto es, su función económica, a partir de lo que la doctrina ha denominado *negocio jurídico*. También se cuestiona si la *causa* es un elemento de validez en el contrato con base en su función *económico-social* o *económico-individual*. Se aborda con mayor precisión el hecho de que los contratos no se encuentran desvinculados de la economía, bajo el binomio objeto o materia del contrato y la formaliza-

ción de la operación económica a través del derecho, como elementos concurrentes en la elaboración de los contratos. Lo anterior da lugar al análisis del motivo o fin determinante del contrato, que fue sustituido en la doctrina y en la legislación por el elemento *causa*, mismo que determina la licitud de la operación contractual asumida en el derecho mexicano. Es de destacar el recorrido histórico-jurídico que el capítulo nos presenta, dado que este elemento (la causa) atraviesa por el sesgo de la doctrina francesa que el derecho mexicano ha tenido y la ambigüedad misma que representa dicho concepto. La causa es precisamente el elemento que puede determinar la legalidad del acto jurídico o, en su caso, la justificación misma de su celebración como parte de las consideraciones realizadas por las partes.

En el cuarto capítulo —asumiendo la función económica del contrato— se desarrolla un análisis de los contratos coaligados, derivados de la *conexidad contractual* que existe en la celebración de diversos contratos y el nexo funcional que los relaciona a partir de su dependencia. Asimismo, se analiza la construcción del sistema contractual y el contexto de la conexidad contractual en el derecho mexicano, dónde elementos como la ineficacia, la nulidad, la temporalidad, el incumplimiento, la responsabilidad, su interpretación y los aspectos procesales determinan cómo en ese sistema jurídico se logra su regulación, así como sus virtudes y carencias a partir de la doctrina y de la comparativa a la regulación internacional.

En la actualidad, la revisión de manera aislada de los contratos puede resultar inconveniente a la luz de la función económica que representa, ya que dentro de los mismos existen un sinnúmero de relaciones entre partes, dependencias entre los contratos, nexos que los vinculan e incluso el propio principio de relatividad entre las partes. La idea misma de la conexidad contractual conlleva el análisis sustancial de la pluralidad de contratos en los de contratos coaligados, el nexo funcional que los vincula y las clases de conexidad existente bajo el ámbito mismo de la función económica que los contratos persiguen.

Lo anterior no debe confundirse con el sistema de contratos, según el autor, puesto que entre la coligación contractual y el sistema de contratos existen diferencias fundamentales que no logran generar las mismas condiciones en la celebración de diversos contratos, lo que impone una diferencia sustancial entre dichas figuras, situación que se retoma en el último capítulo del libro.

En el capítulo cinco se aborda el subcontrato como una relación propia de las obligaciones contraídas; aunque no se descarta el cumplimiento de obligaciones por parte de terceros que en principio no forman parte de la relación primaria, esto es, la subcontratación, misma que puede ser entendida desde dos puntos de vista: la encomienda de un tercero o la transmisión del uso y goce a favor de un tercero.

La concepción del subcontrato en el derecho contemporáneo es un vínculo generalmente aceptado en la operación económica, ya que inicia con el contrato base u originario y un subcontrato, lo cual de antemano establece la vinculación de dos o más contratos en una misma causa. Sin embargo, la subcontratación por su naturaleza tiene requisitos para su celebración, puesto que los mismos no nacen necesariamente de la normatividad si no de la propia autorización expresa en el mismo.

La importancia del subcontrato radica en la coexistencia de dos o más contratos, y de allí precisamente que el análisis de su naturaleza jurídica sea retomado como coligación negocial o sucesión constitutiva de derechos de acuerdo con la doctrina. No obstante, el autor asume una tercera posibilidad sobre los mismos, esto es, la legitimación misma del subcontrato, lo que da un grado de aportación a la doctrina generada sobre la materia.

Sobre este tema, cabe señalar que las figuras relacionadas con el *outsourcing*, como esquema complementario de las relaciones de trabajo y de subcontratación, son abordadas en este capítulo. Su importancia en el derecho mexicano no es menor, especialmente considerando la pendiente aplicación de las reformas a la Ley Federal del Trabajo. Sin embargo, a consideración del autor, existen diferencias significativas entre el subcontrato y el *outsourcing*, aunque en la práctica a menudo se consideren sinónimos. El autor fundamenta su argumento en el derecho positivo mexicano previo a dichas reformas. Sin duda, este esquema permite conocer los antecedentes de la reforma y las perspectivas de la nueva subcontratación laboral en México, lo que agrega un contenido referencial para los nuevos estudios sobre la materia.

En el sexto capítulo del libro se analizan los sistemas de contratos como la relación que existe entre la celebración de dos o más contratos, mismos que son entendidos como partes de un sistema que dotan a una organización la estabilidad requerida para su función eco-



nómica. Al respecto, el análisis de estos contratos es estudiado a partir de un enfoque sistémico desarrollado en la doctrina, donde cada uno de los contratos celebrados sólo puede resolverse a la luz de su examen colectivo; y donde, además, deben analizarse los enfoques internos y externos del fenómeno a dilucidar, y este sistema da lugar a múltiples fenómenos de responsabilidad e incluso de competencia económica.

Sin duda, esta obra sienta las bases teóricas sobre la pragmática de los contratos en la actualidad, ya que, como se ha señalado, la importancia de las relaciones contractuales atraviesa por elementos distintos a los abordados por el derecho común en su momento. Actualmente la economía desempeña un papel fundamental en el análisis del derecho, lo que implica que figuras tradicionales como los contratos deben ser reanalizados en el contexto normativo para discernir la medida en que los contratos han adquirido una nueva funcionalidad en el sistema jurídico-económico.

Por otro lado, es importante señalar que la obra goza de suficientes elementos doctrinarios para lograr su cometido. Sin embargo, un punto invaluable son los “Apéndices de jurisprudencia”, que reflejan la evolución misma de los contratos, lo cual se agradece como lector pues es precisamente sobre esta base jurisprudencial como se vincula lo doctrinario con la razón práctica en caso concretos.

Finalmente, es necesario mencionar que esta obra es un documento que sintetiza muchas doctrinas publicadas sobre el contrato moderno. A través de ella, se sientan las bases necesarias para futuras investigaciones sobre el tema, por lo que es una obra que se recomienda tanto a estudiantes como a investigadores que tengan la necesidad de encontrar una guía sobre el complejo sistema contractual que actualmente existe en la economía moderna.