

CAPÍTULO TERCERO
ASPECTOS ESPECÍFICOS EN MATERIA INMOBILIARIA
DE LA REFORMA MAYOR DE 2004

I. Cuestiones generales	101
II. Temas particulares de la reforma	102
1. Sujetos obligados	102
2. Derecho de información	110
3. Derecho de seguridad jurídica. Clausulado mínimo de los contratos inmobiliarios	116
4. Obligatoriedad del registro del modelo de C de Ad.	122
5. Publicación de los modelos de C de Ad. Adopción del modelo publicado	126
6. Competencia de la Profeco en la solución de controversias derivadas de los C de Ad. inmobiliarios.	128
7. Cancelación de los modelos de C de Ad.	130
III. Otros tópicos jurídicos colaterales	133
1. Nueva época del RPCA	133
2. Análisis de la afirmativa ficta en la LFPC	139

CAPÍTULO TERCERO

ASPECTOS ESPECÍFICOS EN MATERIA INMOBILIARIA DE LA REFORMA MAYOR DE 2004

I. CUESTIONES GENERALES

Al hacer un balance de la reforma mayor de 2004 (expuesta en el capítulo primero, apartado III) en lo concerniente a la materia inmobiliaria, se pueden formular diversas consideraciones:

- 1) El total de las nuevas facultades otorgadas a la Profeco y el fortalecimiento de otras más parece abrumador; sin embargo no tienen un destinatario en particular ni son exclusivas para un sector específico, por lo que no son arbitrarias ni de aplicación discrecional. No todas implican la realización de acciones concretas en contra de los proveedores, pues ya se señaló que la mayoría de ellas van encaminadas a prevenir afectaciones en contra de los consumidores y no son de corte sancionador.
- 2) Respecto a las facultades sancionadoras de la Profeco, se ha dicho que tres de ellas ya se incluían en la ley de 1992. Los proveedores inmobiliarios, al igual que otros sectores económicos —gasolineras y gaseros— que también impugnaron la reforma de 2004, no se pueden llamar sorprendidos por las sanciones que se les pueden aplicar en caso de incumplimiento. Su alegato de que aumentan los montos de las sanciones o de que hay nuevas medidas de apremio es una muestra de que buscan una ley que les resulte cómoda en caso de incumplimiento. La realidad hasta antes de la re-

forma era insostenible para los propósitos de la Profeco: a los proveedores les resultaba más barato asumir una sanción que resarcir o cumplir al consumidor.

- 3) Las nuevas facultades de la Profeco en materia inmobiliaria no traen como consecuencia una afectación a la actividad de los proveedores inmobiliarios, sino que coadyuvarán a mejorar el mercado en el que participan, pues aquellos que no cumplan con las nuevas disposiciones tendrán menores condiciones de competencia frente al resto de los participantes. Los propios proveedores podrán denunciar a quienes no cumplan con lo exigido por la LFPC.
- 4) Los derechos de los consumidores en su relación con las obligaciones por parte de los proveedores no implican una carga desproporcionada. Según se explicará en los siguientes rubros, una debida información conlleva la transparencia de la transacción, mientras que un clausulado previamente señalado en la ley brinda seguridad jurídica a ambas partes y no es favorecedora sólo para una de ellas. Asimismo, el incorporar como proveedor a un nuevo grupo de protagonistas del sector inmobiliario representa contemplar en la regulación a la totalidad de los participantes. No es dable aseverar que las reformas de la ley les imponen obligaciones desproporcionadas. Ni siquiera en tratándose de los intermediarios inmobiliarios como nuevos proveedores en la ley, quienes también deben cumplir con la misma.

II. TEMAS PARTICULARES DE LA REFORMA

1. *Sujetos obligados*

A. Ampliación del espectro de proveedores.

Desglose del a. 73

Al analizar el capítulo VIII de la LFPC, lo primero que resulta es el contenido del a. 73, en el que a la par de establecer que to-

dos los actos jurídicos relacionados con lo inmobiliario se sujetan a la ley, se precisa quiénes son los obligados por la ley, a qué se obligan y cuándo quedan obligados por la misma. Igualmente, por exclusión se puede determinar quiénes y qué supuestos no están previstos en la ley.

Hoy en día, los sujetos obligados por la ley son todos los que participan en el mercado inmobiliario, tanto los constructores, fraccionadores y comercializadores de los inmuebles como quienes actúan como intermediarios o promotores, asesores y agentes de ventas. En todos los casos se incluye a las personas físicas y a las personas morales. En estricto sentido, salvo los intermediarios inmobiliarios, que son incorporados en la ley, el resto ya figuraba como proveedor en la ley de 1992.

El reto es lograr que sean los dueños o propietarios de los inmuebles o de los terrenos en que se construyan o se pretendan construir viviendas quienes respondan de manera solidaria ante los consumidores cuando hay incumplimiento, pues es frecuente que una persona sea la propietaria del terreno, otra la constructora, una más la desarrolladora y una distinta la que vende, es decir, hay una cadena de participantes en el mercado inmobiliario que provoca que los primeros no aparezcan frente a los consumidores en la relación de consumo. En ese supuesto, quienes celebran la relación jurídica con los consumidores, en muchas ocasiones cometen fraude y evaden su compromiso, y en caso de llegar a enfrentar el compromiso no pueden cumplir la carga obligacional por no tener patrimonio suficiente. Los afectados no pueden ejercer acción respecto del titular del terreno en cuestión. Debió preverse un esquema de obligación solidaria en que se estableciera una vinculación jurídica de todos los actores que aparecen en la construcción, fraccionamiento y comercialización de los inmuebles que se ofrecen en venta con destino para casa habitación.

En ese punto, el a. 73 bis, fracción II, exige que se muestren los documentos que acrediten la propiedad del inmueble (se interpreta que incluye tanto el terreno como la casa o departamen-

to construido), aunque debió ser más explícito en cuanto a que haya una relación contractual con obligación solidaria entre el propietario del terreno y el proveedor que celebra la relación de consumo con el consumidor.

Por otra parte, la realidad presenta una práctica viciada en perjuicio de los consumidores en la que el proveedor inmobiliario exige al interesado en adquirir un inmueble la firma de una carta compromiso, oferta de compra o un documento similar en el que se establece el acuerdo sobre determinada operación inmobiliaria y se fija el precio de la misma. Esos documentos que los consumidores firman no son del conocimiento de la Profeco, pues se argumenta que no se trata de un contrato, aunque se utilicen machotes o modelos tipo. Se está en presencia de una zona gris no prevista en la ley, lo que provoca situaciones de abuso del proveedor. Jurídicamente, al estar en presencia del acuerdo entre las partes sobre el objeto y sobre el precio, debería ser obligatorio para los proveedores que a la par de la solicitud de registro de los modelos de C de Ad. se acompañaran tales documentos que se utilizan en la práctica comercial.

Por lo que se refiere al análisis del a. 73, hay que partir de la hipótesis de que el precepto comprende cuatro aspectos:

- a) Incluir en la regulación todos los actos que se relacionen o tengan por objeto algún inmueble.⁶³
- b) Que se trate de la venta de un inmueble.
- c) Enumerar a los sujetos que tienen la calidad de proveedores.
- d) Que la vivienda que se comercialice esté destinada a casa habitación.

Lo que excluye la hipótesis legal es cualquier otro supuesto contractual, como puede ser el inmueble destinado a renta o a comodato de casa habitación, o la venta, la renta o el comodato

⁶³ En relación con la situación de los terrenos y el derecho de propiedad relacionado con el a. 73, véase *supra*, capítulo segundo, apartado I.1.B.

de locales comerciales, o cualquiera de estos supuestos cuando se celebran entre comerciantes.⁶⁴ La exclusión no desvirtúa el acto de intermediación cuando se trate de la actividad ordinaria de ofrecer y prestar servicios para conseguir locales comerciales en renta o en venta, es decir, que el hecho de que no se apliquen las disposiciones de la LFPC no les quita su calidad de comerciantes.

El mismo supuesto legal hace que se excluyan las compraventas de inmuebles destinados a casa habitación cuando se celebran entre particulares o entre comerciantes entre sí, cuando lo hacen con tal carácter. En el primer caso se aplicarán reglas civiles y en el segundo preceptos mercantiles.

Esto significa que el sujeto que aparezca como proveedor tenga el carácter de comerciante, sea en su faceta individual o societaria, además de que el inmueble tenga destino habitacional. No se exige que se ubique en una zona geográfica determinada o que se use de manera permanente. Esto hace que la venta de inmuebles en zonas turísticas quede sometida a las disposiciones del a. 73 de la ley, siempre que la venta se realice por un comerciante y dicho bien se destine a casa habitación. Lo que importa es el fin comercial que persigue el proveedor y el tipo de operación jurídica celebrada (compraventa). No es dable considerar que haya fines turísticos en lugar de fines comerciales para quedar excluidos de la aplicación legal (véase *supra* capítulo segundo, apartado I.1.C).

Por otra parte, la obligación que se impone a los sujetos incluidos en la ley es que inscriban en el RPCA los modelos de

⁶⁴ Podría quedar la duda de los arrendamientos financieros sobre inmuebles, en los que al vencimiento del plazo contractual se presenta como una de las tres opciones terminales —a que alude el a. 27 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito— el que el arrendatario elija la compra del bien a un precio inferior a su valor de adquisición por parte de la arrendadora financiera. Sin embargo, la disposición del a. 5o. de la LFPC es clara al excluir de la aplicación de la ley los servicios regulados por leyes financieras, como es el caso en cuestión.

contratos que utilicen en la relación de consumo con los consumidores. Esta obligación recae en los promotores o intermediarios inmobiliarios cuando su actuación la realicen de manera ordinaria y habitual, es decir, que actúen en forma independiente y con el carácter de comerciantes, pero no cuando figuren como trabajadores en la plantilla de una empresa.

B. Situación particular de los intermediarios inmobiliarios

Al incluir la reforma de 2004 a los intermediarios inmobiliarios en el concepto de proveedor, vino el rechazo y cuestionamiento por parte de los mismos. Pretendieron ser excluidos de la ley alegando estar en el supuesto de excepción del a. 5o. Al respecto, a través de una asociación presentaron escritos de inconformidad ante la Profeco en los que señalaron que no les era aplicable la ley. La respuesta fue puntual, con los siguientes argumentos:

- 1) La actividad de los profesionales o intermediarios inmobiliarios no encuadra en la excepción que prevé el primer párrafo del a. 5o. de la LFPC. En efecto, al descartar por su propia naturaleza los casos en que hay una relación o contrato de trabajo y aquellos en que se trata de servicios que prestan las sociedades de información crediticia, sólo resta la hipótesis del servicio profesional que no sea de carácter mercantil. Al respecto, la propia LFPC en su a. 2o., fracción II, califica como proveedor a la persona física o moral que de manera habitual o periódica ofrezca y, por ende, preste servicios al consumidor. En ese supuesto se ubica la prestación de los servicios de intermediación inmobiliaria, toda vez que en este tipo de servicios, si bien es cierto que la relación con un consumidor puede ser esporádica o eventual, también lo es que dicha actividad la realiza de manera habitual o periódica y que es su *modus vivendi*, independientemente de que el proveedor sea persona física o moral.

- 2) El carácter de proveedor no presupone un número mínimo o máximo de operaciones o actos jurídicos a celebrar. Tampoco que su actividad sea única o exclusiva. La hipótesis normativa es que la actividad del proveedor sea ordinaria y habitual. En este sentido, la figura del proveedor se corresponde con la de comerciante y, por lo tanto, la actividad que realizan es de carácter mercantil.⁶⁵

Los promotores inmobiliarios tienen el carácter de proveedores, cuya prestación de servicios es efectuada respecto de una o más personas. En cuanto al objeto de la relación jurídica que celebren con los consumidores, lo pueden hacer respecto de un bien inmueble o un conjunto de ellos.

- 3) Entre los profesionales inmobiliarios se distinguen quienes forman parte de una empresa y quienes actúan de manera independiente.⁶⁶

⁶⁵ Para el análisis de las características del comerciante persona física a la que se refiere el primer párrafo del artículo 3o. del C. Co. véase, de entre la tradicional doctrina mercantilista, a Barrera Graf, J., *Instituciones de derecho mercantil*, pp. 161 y ss., en particular la explicación que realiza de lo que significa hacer del comercio la ocupación ordinaria: “ejercerlo en forma habitual o profesional, lo que a su vez implica una actividad, una reiteración de actos de comercio que realice el sujeto, los cuales sean homogéneos y configuren una actividad sistemática y lucrativa”. No hay duda de que en esa caracterización encaja la actividad que realizan los intermediarios inmobiliarios.

⁶⁶ Entre los temas que se abordan cuando se analiza la figura de la empresa mercantil se encuentra la del personal. En este punto se debe hacer la distinción entre los denominados auxiliares del comerciante o dependientes de la empresa y los auxiliares del comercio o independientes de la empresa. Los primeros forman parte de la estructura organizacional de la empresa, dentro de los que podemos distinguir tres: los directivos (a los que el C. Co. —a. 309— califica como factores), los funcionarios y los trabajadores; la distinción entre ellos radica en las facultades de representación que les reconoce el comerciante. Por lo que se refiere a los auxiliares del comercio, que no figuran en el organigrama interno de la sociedad, se trata de personas independientes de la empresa que se vinculan con ella a través de contratos de prestación de servicios profesionales y que están al servicio de cualquier empresario que requiera de sus servicios, por ejemplo comisionistas, corredores, agentes de comercio, etcétera. Véase *ibidem*, pp. 211-232.

En el primer caso, al formar parte de una empresa, es claro que su actuación es a nombre y por cuenta de la empresa, con la cual establecen un vínculo jurídico-laboral. Frente a terceros, en especial frente a los consumidores, el titular de la empresa será el que figure como proveedor en la relación jurídica correspondiente, aunque asumen la responsabilidad por los actos propios que atenten contra los derechos del consumidor y por los de sus colaboradores y subordinados (a. 9o. de la LFPC).

En el segundo caso, los intermediarios independientes son la contraparte en la relación jurídica con el consumidor, como prestadores de un servicio o mandatarios o comisionistas en una comisión mercantil. Ellos son los que tienen el carácter de proveedores.

- 4) La relación jurídica que se busca proteger con la reforma de la LFPC es aquella que se establece entre el intermediario inmobiliario independiente y una persona física o moral que adopta el carácter de consumidor, quien solicita sus servicios para vender o adquirir a través de una compraventa un inmueble determinado o en una zona específica, siempre que esté destinado a casa habitación. El intermediario inmobiliario no figura en el contrato de compraventa respectivo, que será celebrado entre quien —como propietario de un inmueble— solicitó sus servicios y la persona a la que el propio intermediario inmobiliario logró contactar, la cual adoptará el carácter de comprador. De esa suerte, es dable distinguir dos relaciones contractuales distintas: *a)* la que se genera entre el intermediario inmobiliario y el cliente que contrata sus servicios, y *b)* la que surge entre el cliente del intermediario inmobiliario, como vendedor de un inmueble, y el tercero, como comprador, a quien el intermediario convenció de celebrar el contrato de compraventa en cuestión. Esta segunda relación también se presenta cuando el cliente del intermediario inmobiliario contrató con éste la búsqueda de un inmueble para adquirirlo.

- 5) De los dos contratos que se mencionan, el segundo puede ser de naturaleza civil cuando el vendedor es un particular que no tiene como actividad habitual la venta de inmuebles, o puede ser una relación de consumo cuando sí se dedica a ello. En cambio, el contrato que celebran el intermediario inmobiliario y su cliente es un contrato en el que ambos asumen la calidad de proveedor y de consumidor, respectivamente. Tanto a este contrato como al de compraventa, cuando el que vende lo hace como actividad ordinaria y habitual, se refiere la ley cuando exige que deben ser inscritos en el RPCA. Por supuesto que la inscripción no se refiere a cada uno de los contratos que celebren, sino al modelo de contrato que habrá de utilizar con los consumidores para la prestación del servicio de mediación mercantil, de comisión mercantil o de compraventa.
- 6) Para entender el alcance del a. 73 bis en lo que se refiere a la información que habrá de ponerse a disposición de los consumidores, debe tenerse en cuenta la distinción que se hizo de las dos relaciones jurídicas que se presentan. En lo que se refiere al contrato de mediación inmobiliaria o comisión mercantil no aplica la hipótesis del precepto. Sin embargo, para que el intermediario inmobiliario o comisionista mercantil pueda actuar en nombre de su cliente frente a los posibles compradores interesados en celebrar el contrato de compraventa o cuando el vendedor sea un fraccionador, un constructor o su actividad habitual sea la de comercializar inmuebles, es necesario que este último provea al intermediario de la información consignada en dicho precepto. Es recomendable que se incluya una cláusula de ese tenor en el contrato de mediación inmobiliaria. Dicha cláusula resulta benéfica para el intermediario inmobiliario o comisionista mercantil, ya que le permite desempeñar su encargo de un modo más eficaz.

Finalmente, a manera de colofón respecto a la incorporación del intermediario inmobiliario en la LFPC, se puede señalar que la reforma de 2004 quedó corta, pues debió incluir el supuesto en el que el consumidor celebre un contrato con el intermediario para que éste contacte a un tercero a quien habrá de rentar o para la búsqueda de un inmueble que pretende le sea rentado. Esta relación debió calificarse de consumo, pues es diferente a la que entabla el cliente del intermediario inmobiliario y el tercero que contactó este último para firmar un contrato de arrendamiento para casa habitación, el cual, es muy claro, no es de la competencia de la Profeco.

2. Derecho de información

A. Aspectos preliminares

Ya se señaló que uno de los derechos de los consumidores fortalecidos por la reforma de 2004 fue el de información. En materia inmobiliaria, la ley delimitó el contenido de dicho derecho. Sin embargo, debe reconocerse que la redacción del primer párrafo del a. 73 bis no es del todo afortunada, pues si se analizan las trece fracciones de que consta el precepto, resulta exagerado que deba proporcionarse a cualquier persona, que eventualmente puede ser un consumidor, todo lo enumerado en el artículo. Se debieron precisar dos supuestos y determinar en cada uno de ellos lo que los proveedores deben informar:

- a) El primer supuesto es la información general que se brinda a cualquier persona que está en proceso de comparar opciones, analizar sus posibilidades económicas, revisar las condiciones ofrecidas, etcétera.
- b) Un segundo supuesto, cuando una persona adquiere la calidad de consumidor y decide comprar un inmueble en particular. En este caso, el consumidor requiere conocer toda la información a la que se refiere la ley para realizar una adquisición no sólo meditada, sino muy informada.

La redacción del precepto hace obligado interpretar y determinar el alcance de la expresión “deberá poner a disposición del consumidor”. Esto ya es materia del RLFPC, en proceso de aprobación, que establece: “se entenderá como la obligación del proveedor dar a conocer al consumidor, en el lugar en que se ubique el inmueble o en sus oficinas, los datos señalados en el artículo. El proveedor deberá dar a conocer la información al consumidor cuando éste le manifieste su intención de analizar la viabilidad de celebrar la operación”.

Debido a que el a. 73 bis es un precepto extenso, se requiere hacer un desglose con base en tres interrogantes: qué se informa, cómo se informa y cuándo se informa.

B. *¿Qué se informa?*

Para una mejor comprensión de lo que debe informarse, el tema se ubica en tres planos: *a)* distinguir entre los documentos que acrediten información y los datos que contengan información; *b)* distinguir entre poner documentación y datos a disposición del consumidor y el entregar documentación y datos al consumidor, y *c)* distinguir entre preventa, venta de inmueble nuevo y venta de inmueble usado.

1) En el primer plano de ubicación de lo que se informa, esto es, el de distinguir entre los documentos que acreditan información y los datos que contengan información, las seis primeras fracciones del a. 73 bis exigen documentos que acreditan información tanto del inmueble en cuestión como del proveedor.

A) Respecto al inmueble, la documentación debe acreditar:

- La propiedad del mismo.
- La existencia o no de gravámenes sobre el inmueble.
- La situación del pago de contribuciones y servicios públicos.
- Las autorizaciones, licencias o permisos para la construcción, en los que se determinen las especificaciones téc-

nicas y de seguridad, uso de suelo, clase de materiales, servicios básicos con que cuenta y todo lo que exija la legislación aplicable.

- El proyecto ejecutivo de construcción, la maqueta del inmueble, los planos estructurales, arquitectónicos y de instalaciones o un dictamen de las condiciones estructurales del inmueble.

B) Respecto del proveedor, la documentación debe acreditar la personalidad jurídica del vendedor y la autorización al proveedor para promover la venta. En este punto, ya se dijo que la ley quedó corta, ya que se requiere obligar solidariamente al propietario del inmueble o terreno en donde se construirá el inmueble, sea persona física o moral, a la par del constructor, del desarrollador inmobiliario y del vendedor (*supra*, apartado II.1.A de este capítulo).

C) Por lo que se refiere a los datos que contienen información, las últimas siete fracciones del a. 73 bis enumeran lo que el proveedor inmobiliario está obligado a dar a conocer al consumidor. Se distinguen dos aspectos: por un lado lo relativo al inmueble, y por otro la forma de pago y condiciones generales de contratación.

a) Respecto al inmueble se deben precisar:

- Las características del inmueble: extensión del terreno, superficie construida, tipo de estructura.
- Instalaciones.
- Acabados.
- Accesorios.
- Lugar o lugares de estacionamiento.
- Áreas de uso común con otros inmuebles.
- Porcentaje de indiviso.
- Servicios con que se cuenta.
- Estado físico general del inmueble.

b) De la forma de pago y condiciones generales de contratación, la ley es muy puntual. Es obligatorio dar a conocer al consumidor lo siguiente:

- Los beneficios adicionales respecto a acabados especiales, encortinados, azulejos y cocina integral.
- Las opciones de pago y el monto a pagar en cada opción. En el proyecto de RLFPC se establece que las cantidades de dinero que se deban cubrir podrán ser determinadas en unidades de inversión o en salarios mínimos, indicando los criterios para su conversión a cantidades en moneda nacional.⁶⁷
- El tipo de crédito y una proyección del monto a pagar, que incluya la tasa de interés a establecer, las comisiones y cargos. De ser tasa variable, señalar la tasa de referencia y la fórmula para el cálculo.
- Los mecanismos para la modificación o renegociación de las opciones de pago.
- Las condiciones del proceso de escrituración y los pagos a efectuar en el mismo.
- Las condiciones para que el consumidor pueda cancelar la operación.
- La constitución de garantía hipotecaria, fiduciaria o de cualquier otro tipo, así como su instrumentación.

2) En el segundo plano de ubicación de lo que se informa en lo inmobiliario, esto es, distinguir entre poner documentación y

⁶⁷ Dentro del estudio de las características y funciones del dinero se distinguen tres teorías explicativas: el metalismo (se basa en el valor del metal que contenía la moneda); el nominalismo (la moneda tiene el valor que le atribuye su emisor, quien será en exclusiva el Estado), y el valorismo. En esta última, la moneda se convierte en un signo, al que el Estado le atribuye un valor nominal y la sociedad la acepta como moneda del país. Es el caso de las UDIS, a las que el Banco de México les determina su equivalencia en moneda nacional; lo que se busca es pagar el valor recibido. Véase *Las unidades de inversión y el sistema jurídico mexicano*, México, Barra Mexicana Colegio de Abogados, Themis, 1995.

datos a disposición del consumidor y el entregar documentación y datos al consumidor, la distinción radica en que en la primera se requiere hacer del conocimiento del consumidor la información señalada en el a. 73 bis. En este supuesto, el sentido común indica que de tratarse del público en general debiera aceptarse que se cumple con las disposiciones de la ley al proporcionar lo relativo a los datos que contienen la información a que aluden las últimas siete fracciones del precepto en cuestión. En cambio, para cumplir con la exigencia de la ley de poner la documentación a disposición del consumidor debería aceptarse que se lleve a cabo cuando se exhibe la documentación a una persona en particular con la que se han iniciado las gestiones para celebrar la compraventa (tal vez que haya entregado alguna cantidad de dinero o se haya llevado a cabo el proceso de investigación de crédito). Se trata de un consumidor que ha tomado la decisión de iniciar las gestiones mínimas para adquirir el inmueble.

En cuanto a la entrega de la documentación, el cumplimiento de la ley se presenta cuando se cierra la operación de compraventa del inmueble. Aquí debemos hacer una distinción entre los documentos que se entregan al momento de la escrituración ante notario público de aquellos otros que deben entregarse al firmarse el contrato de compraventa. Entre estos últimos se encuentran el proyecto ejecutivo, los documentos que acrediten la propiedad del inmueble, la personalidad del vendedor y las autorizaciones, licencias y permisos de construcción. A la firma de la escritura pública se entregarán los documentos relativos al pago de contribuciones y servicios públicos, así como los planos estructurales, arquitectónicos y de instalaciones hidráulicas, eléctricas, de gas, etcétera.

3) En el tercer plano de ubicación del derecho a la información en materia inmobiliaria se requiere diferenciar entre preventa, venta de inmueble nuevo y venta de inmueble usado. Hay preventa cuando se han iniciado o están por iniciarse las obras de construcción. En la venta de un inmueble nuevo, el proveedor inmobiliario transmite por primera vez, a través de una compra-

venta, un inmueble ya construido a un consumidor. La venta de inmueble usado se presenta a partir de la segunda transmisión a un consumidor de un inmueble ya construido; en este caso no es determinante el tiempo que lleve construido el inmueble, sino que se trate de un segundo adquirente.

C. *¿Cómo y cuándo se informa?*

De manera general, estas interrogantes se resuelven diciendo que el proveedor podrá escoger los medios que considere idóneos para cumplir con la obligación de informar a los consumidores, teniendo en cuenta dos aspectos: la modalidad de preventa, venta de inmueble nuevo o venta de inmueble usado y si la persona forma parte del público en general o es un consumidor que ha decidido adquirir el inmueble.

En todo caso, para determinar la manera como el proveedor va a informar en cada caso en particular y en qué momento hacerlo, se deben tener en cuenta las consideraciones formuladas en el rubro anterior sobre los tres planos de ubicación del tema.

Respecto de los medios a utilizar, se incluyen los tradicionales (copia, fax, etcétera) y los medios electrónicos (Internet, discos compactos, disquetes). Lo cierto es que para cumplir con esta obligación, el proveedor podrá contar, en la oficina promotora de ventas, con copias de los documentos enumerados en el precepto o bien exhibirlos a través de medios electrónicos. Esto es independiente de la política que siga cada empresa para publicitar los inmuebles en venta, por ejemplo, imprimir y entregar a los clientes dípticos, trípticos, volantes o hacer anuncios en medios de comunicación.

En caso de preventa, el proveedor debe informar respecto del total de aspectos incluidos en las trece fracciones del a. 73 bis. En la venta de inmueble nuevo, salvo lo relativo al proyecto ejecutivo y la maqueta respectiva, también se deberá informar del resto de lo establecido en el precepto. En cambio, en caso de venta de inmueble usado, el proveedor debe exhibir lo exigido

en las fracciones V —de no contar con los documentos a que se refiere esta fracción, deberá indicarlo expresamente en el contrato—, VI, VII, IX, X, XI y XIII.

Lo que requiere una reflexión especial en caso de preventa es la manera como se exhiba la maqueta del inmueble a que alude el a. 73 bis. En el proyecto de RLFPC se da una definición de maqueta como “la representación física o virtual, es decir, por medios ópticos o electrónicos, que tiene por objeto mostrar las características generales, distribución y dimensiones del bien inmueble objeto de la compraventa y, en su caso, el desarrollo habitacional en donde se encuentre éste”. Se aprecia el propósito de que el consumidor tenga claridad sobre el inmueble que pretende adquirir.

3. Derecho de seguridad jurídica. Clausulado mínimo de los contratos inmobiliarios

A. Aspectos preliminares

El derecho de seguridad jurídica en materia contractual implica la certidumbre de las partes firmantes de un contrato sobre el alcance, contenido y consecuencias que se derivan de dicho instrumento jurídico. En el caso de los consumidores que firman C de Ad. (cuya característica principal es que no tienen opción de discutir respecto al clausulado), la certeza jurídica la tienen cuando los modelos de C de Ad. son inscritos en el RPCA, ya que la Profeco, antes de proceder a su registro, hace las veces de lector del contenido contractual de los modelos de contratos que el proveedor va a utilizar en sus relaciones comerciales con los consumidores. A los abogados de la institución les toca leer y revisar lo que coloquialmente se conoce como “las letras chiquitas” de un contrato.

En el caso específico de la materia inmobiliaria, la reforma de 2004 busca un esquema integral de protección de los consumidores que adquieren un inmueble para casa habitación. Por tal ra-

zón, incluyó como precepto nuevo el a. 73 ter, en el que se enumeran las cláusulas que deben incluir los contratos que utilicen los proveedores inmobiliarios. La decisión de contar con un artículo en particular sobre cláusulas contractuales va acorde con una adecuada técnica legislativa, ya que el capítulo general de los C de Ad. no incluye un listado de cláusulas mínimas. Algo similar ocurre con otros rubros como el autofinanciamiento y los tiempos compartidos, en los que la ley incluye en preceptos específicos las cláusulas que debe contener el C de Ad. respectivo.

Es importante tener presente que a los contratos inmobiliarios también les resulta aplicable el capítulo X de la LFPC relativo a los C de Ad. en general, en cuyo a. 85 se precisa que estos contratos no podrán implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas o incluir cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de la ley. Por su parte, en el a. 90 se incluyen seis aspectos que en caso de ser incorporados en un contrato harán que las cláusulas respectivas no sean válidas y se tendrán por no puestas.

B. Clasificación de las cláusulas inmobiliarias

Para una mejor comprensión de las cláusulas enumeradas en el a. 73 ter que de manera obligatoria se deben incluir en los contratos inmobiliarios, resulta conveniente agruparlas en función de la similitud de aspectos que comprenden. El punto de partida es la clasificación de las cláusulas de los contratos que utiliza la autora H. León Tovar:⁶⁸ cláusulas esenciales, cláusulas naturales y cláusulas accidentales.

Las cláusulas esenciales se refieren a los requisitos ineludibles e indispensables que se deben incluir en el clausulado para que se produzcan los efectos del contrato acordado por las partes; por ejemplo, en la compraventa es esencial precisar el objeto del

⁶⁸ H. León Tovar, Z., *Contratos mercantiles*, quien encuadra el tema en el capítulo “Formación del contrato mercantil”, dentro del cual también analiza los C de Ad. previstos en la LFPC, pp. 106-113.

contrato. En caso de omisión, este tipo de cláusulas se tienen por puestas en el contrato por derivar de la obligación misma y de la intención de las partes (a. 1839, CCF).

Las cláusulas naturales se refieren a los aspectos que resultan como consecuencia de la firma de un contrato, aun cuando no se hayan incluido en el mismo, pues la ley establece que se tienen como puestas; por ejemplo, resolución tácita del contrato, evicción, plazo, etcétera.

Las cláusulas accidentales se refieren a los aspectos que las partes incluyen en el clausulado de manera voluntaria, sin exigirlo una disposición legal y sin que incidan en la esencia del contrato. Reflejan la autonomía de la voluntad y la libertad contractual dentro de los límites permitidos en la ley.⁶⁹ En esta clasificación

⁶⁹ Derivado de los aa. 6o., 7o. y 8o. del CCF, H. León Tovar distingue y analiza a la luz de disposiciones constitucionales y legales tres tipos de límites a la autonomía de la voluntad, a la libertad de contratar y a la libertad contractual:

A) Límites de orden o interés público. Según criterio de la SCJN corresponde al juez examinar tales factores en cada caso concreto, pues se trata de conceptos jurídicos indeterminados, de imposible definición, cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valorización, en la que se tengan en cuenta las reglas mínimas de convivencia social y no descansar en meras apreciaciones subjetivas.

B) Límites en atención a las leyes prohibitivas. La ley, de manera categórica, prohíbe ciertos actos o cláusulas contractuales cuya inclusión en los contratos provoca la nulidad de las mismas o del contrato, por ejemplo el pacto de retroventa y la exoneración de responsabilidad por dolo.

C) Límites a la renuncia de derechos. Según los aa. 6o. y 7o. del CCF, la renuncia es válida respecto de ciertos derechos y siempre que no perjudique derechos de terceros ni afecte el interés público. Es posible la renuncia de derechos hecha por una de las partes en el contrato siempre que se trate de derechos disponibles, es decir, derechos privados que no afecten el interés público ni perjudiquen derechos de tercero; asimismo, que se haga de manera clara y precisa, es decir, que se señale de manera expresa a cuál o cuáles derechos se renuncia, pues no basta con la mención de los preceptos legales a los que se haga referencia, ya que no debe quedar duda del derecho que se renuncia. *Ibidem*, pp. 16-20.

entran la mayor parte de las cláusulas que se insertan en un contrato, que pueden ir desde fijar el esquema de solución de controversias, el esquema de notificaciones y avisos, hasta el detalle de los bienes, productos o servicios que son objeto del contrato.

Respecto a lo establecido en el a. 73 ter de la LFPC, lo primero que descartamos es que se trate de cláusulas accidentales, ya que al ser exigidas por la ley, no queda a voluntad de las partes, principalmente del proveedor inmobiliario, el discutir su inserción o no.⁷⁰

De esta manera, restan dos opciones de la clasificación dentro de las cuales ubicar a las cláusulas inmobiliarias:⁷¹ las esenciales y las naturales.

De las quince fracciones del a. 73 ter de la LFPC, cuatro son esenciales: III, IV, V y VI, que se refieren a la identificación de las partes contratantes y al objeto del contrato, así como su precio. Las restantes once fracciones serán cláusulas necesarias.

⁷⁰ Surge la interrogante de si una cláusula que es mencionada de manera genérica en el listado de cláusulas previstas en la ley, pero cuyo contenido es detallado en el contrato, se puede calificar de natural o accidental, por ejemplo lo relativo a las garantías o a las penas convencionales. En cuanto al tópico jurídico, se trata de una cláusula natural que por exigencia legal no puede omitirse en el contrato, pero su contenido queda sujeto al acuerdo de las partes.

⁷¹ En estricto sentido, diversas cláusulas previstas en el a. 73 ter se ubican dentro de las cláusulas accidentales, por implicar condiciones que las partes determinan en los contratos en general; sin embargo, el legislador ha considerado retirarlas del ámbito de libertad contractual en la relación proveedor inmobiliario-consumidor. Es el caso de las garantías, las penas convencionales, la jurisdicción y los términos de cumplimiento. En este punto, H. León Tovar señala que las cláusulas accidentales responden a las preguntas obligadas que se deben contestar a través del clausulado del contrato: cuál es el objeto del contrato, quién, en dónde, cómo, de qué forma debe cumplir sus prestaciones, qué sucede si no cumple, cuáles son las consecuencias del incumplimiento, qué sanciones son compatibles con la ley y la naturaleza del contrato, etcétera. Entre las cláusulas que la autora incluye como accidentales están las relativas al plazo, forma, lugar, época y términos de cumplimiento, propiedad industrial, seguros, intereses, mora, saneamiento para el caso de evicción, confidencialidad, publicidad, preferencia, exclusividad, competencia, lugar de notificaciones y avisos, arbitraje, etcétera.

C. Clasificación por rubro temático de las cláusulas inmobiliarias

A la par de la clasificación de las cláusulas en esenciales y naturales, es conveniente agrupar las quince fracciones del a. 73 ter de la LFPC en siete rubros: *a)* datos generales; *b)* situación del objeto; *c)* aspectos de forma; *d)* derechos y obligaciones; *e)* aspectos del pago; *f)* aspectos de incumplimiento, garantías y terminación, y *g)* otras.

- Datos generales: nombre, domicilio, registro federal de contribuyentes. Del proveedor: denominación o razón social. Del contrato: lugar y fecha de celebración.
- Situación del objeto: descripción del mismo; fecha de inicio y término de ejecución de la actividad o servicio contratado, así como la de entrega del bien; características técnicas y de materiales de la estructura, de las instalaciones y acabados.
- Aspectos de forma: estar escrito en idioma español, sin perjuicio de que pueda ser expresado, además, en otro idioma.⁷² Asimismo, los términos bajo los cuales habrá de

⁷² Respecto de los C de Ad. en general (a. 85) y no de los contratos inmobiliarios en particular, la exigencia de que estén escritos en idioma español es cuestionada por H. León Tovar, quien señala que resulta inadecuado y localista, pues no se puede dejar de reconocer que existen infinidad de contratos en los que se usan términos en idioma inglés o siglas que no corresponden a una palabra en español, por ejemplo las compraventas en las que se recurre a los *incoterms*, que además están reconocidos en la Ley de Navegación. Es válido el argumento de la autora, sin embargo hay que precisar que en la práctica, cuando se presenta a inscripción en el RPCA un modelo de C de Ad. en inglés, se exige que venga acompañado de la traducción al español hecha por perito traductor; así ocurre, por ejemplo, con los contratos de tiempo compartido. En todo caso, no se ve con claridad la razón de permitir que los C de Ad. inmobiliarios puedan ser escritos en español y al mismo tiempo en otro idioma, mientras que en el resto de los C de Ad. se esté a lo dispuesto por el a. 85 de la LFPC. Creo que faltó una adecuada concordancia legislativa y que lo que ahora se autoriza a los contratos inmobiliarios debió ser la regla general de todos los modelos de C de Ad.

otorgarse la escrituración y precisar que el inmueble estará libre de gravámenes a la firma de la escritura.

- Derechos y obligaciones: establecerlos de manera clara y expresa.
- Aspectos del pago: precisar las cantidades de dinero en moneda nacional, sin perjuicio de que puedan ser expresadas también en moneda extranjera;⁷³ el precio total de la operación; la forma de pago y las erogaciones adicionales.
- Aspectos de incumplimiento, garantías y terminación: penas convencionales recíprocas y equivalentes; las garantías para el cumplimiento, así como los gastos reembolsables y su forma de aplicación; el procedimiento para la cancelación y las implicaciones que se deriven de ella.⁷⁴
- Otras: las demás que se exijan conforme a la LFPC para los C de Ad. Es el caso de la cláusula en la que se determine que la Profeco será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la

⁷³ Este aspecto también debió ser adecuado a las reglas generales de los C de Ad. por ser algo que se presenta en la práctica, por ejemplo en los contratos de tiempo compartido. Por otra parte, el proyecto de RLFPC agrega la posibilidad sólo en los modelos de C de Ad. inmobiliarios, pero no para todos los contratos en general (es decir, no se hace extensivo al capítulo X de la LFPC), de que las cantidades en dinero se determinen en unidades de inversión o en salarios mínimos, indicando los criterios para su conversión a cantidades en moneda nacional.

⁷⁴ El tema de las garantías en el contrato inmobiliario presenta una paradoja. Si bien en la práctica se exige que el modelo de C de Ad. incluya una cláusula específica para las garantías de cumplimiento de las condiciones ofertadas, así como de los mecanismos para corregir o reparar los defectos o fallas que llegue a presentar el inmueble, lo cierto es que el a. 73 ter, fracción X, está redactado a manera de ser opcional para el proveedor inmobiliario incluir la cláusula de garantías. El legislador siguió la regla establecida en el capítulo IX de la LFPC que regula las garantías, en el sentido de que sólo en el supuesto de que se ofrezca un bien o servicio con garantía se seguirán las disposiciones de ese capítulo. Creo que el legislador debió exigir sin más la obligación al proveedor inmobiliario de ofrecer en todas las operaciones con inmuebles las garantías suficientes en favor del consumidor. Así ocurre en el caso de los tiempos compartidos (a. 65).

interpretación o cumplimiento del C de Ad. en particular (a. 86). Igualmente, lo relacionado con la información requerida en el capítulo VII, “De las operaciones a crédito”, la fecha de entrega, especificaciones, plazos y demás elementos que individualicen el bien, así como la información requerida en el a. 73 bis.

4. Obligatoriedad del registro del modelo de C de Ad.

A. Aspectos preliminares

En la reforma de 2004 se incluyó el último párrafo del a. 73 de la LFPC para exigir que los modelos de C de Ad. inmobiliarios se registren en el RPCA.

La inclusión de esta obligación de los proveedores va aparejada con otros temas de nueva incorporación en la ley: los efectos registrales, la competencia administrativa de la Profeco en materia de C de Ad., la adopción de modelos de C de Ad. publicados en el *DO* y la cancelación de modelos de C de Ad.

A reserva de que a cada tema se dedica un apartado especial, el primer punto a analizar es el de la repercusión jurídica en la práctica de lo adicionado como último párrafo al a. 87 en cuanto a los efectos de la no inscripción o a la negativa de inscripción de modelos de C de Ad. en el RPCA.

Previo al desarrollo del tema conviene dilucidar la aparente discordancia de los aa. 73 y 86 de la LFPC. En efecto, parecería que la exigencia de inscribir los modelos de contratos inmobiliarios no va acorde con la regla de que la SE es la que determina, mediante la emisión de NOMs, los casos en los cuales se sujeta a registro previo un determinado modelo de C de Ad. Es cierto que dentro del esquema de jerarquía de normas, la LFPC no está supeditada a una NOM, por lo que la nueva fracción del a. 73 en nada contraviene o choca con lo dispuesto en el a. 86, ni mucho menos que se requiera acreditar situaciones de desproporción en las prestaciones de los consumidores ni de obligaciones inequita-

tivas o abusivas (este punto se explica en el capítulo cuarto, apartado VII.2); sin embargo, para evitar confusión respecto de ambos preceptos y acorde con una adecuada tarea de simetría legislativa, resultaba conveniente precisar en el capítulo de los C de Ad. que la obligación de inscribir los modelos de contratos en el RPCA puede derivar de la exigencia de la ley o de la previsión que haga una NOM.⁷⁵

*B. Efectos jurídicos de la no inscripción registral
y de la negativa de registro*

Este tema se desarrolla en el capítulo siguiente (apartado III.2) por ser uno de los aspectos controvertidos con el sector inmobiliario y respecto al cual la SCJN emitió jurisprudencia (véase capítulo quinto, apartado II.11). Sin embargo, para la debida coherencia en la exposición de los temas, aquí sólo se hace una explicación genérica.

El desglose del último párrafo del a. 87 arroja lo siguiente:

- 1) Existen C de Ad. que la LFPC, las NOMs u otras disposiciones aplicables⁷⁶ exigen su inscripción en el RPCA.

⁷⁵ En el proyecto de RLFPC se subsana esa asimetría legislativa al establecer que el registro de un modelo de C de Ad. será obligatorio cuando lo exija la ley o una NOM; en caso contrario, los proveedores podrán solicitar el registro de su modelo de contrato de manera voluntaria.

⁷⁶ La determinación de cuáles pueden ser las disposiciones aplicables conlleva algunas interrogantes: ¿sólo serán las que tengan el carácter de leyes?, ¿lo podrán ser normas reglamentarias?, ¿se admitiría que el registro lo exija una disposición legal de carácter local?, ¿sólo podrían ser disposiciones de carácter federal? Creo que el dilucidar estas interrogantes es importante para determinar aquellos casos fuera de la LFPC o de una NOM en los que se impongan obligaciones registrales a proveedores de bienes y servicios distintos a los actualmente obligados, sin que esté de por medio la duda acerca de la constitucionalidad de la disposición legal en cuestión. De hecho, se tiene el caso de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, que exige en el a. 69 que se cuente con la autorización y el registro ante la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como el acuerdo A/011/1994 del procurador general de Justicia del

- 2) Ante la obligación de registro se pueden presentar dos hipótesis: *a)* que un proveedor no cumpla con la obligación y no presente ante la Profeco su modelo de C de Ad., y *b)* que un proveedor busque cumplir con la obligación legal y solicite la inscripción registral de su modelo de contrato, pero el clausulado contractual se encuentra en los supuestos de los aa. 85 o 90 de la LFPC, por lo que se resuelve negar el registro hasta en tanto el proveedor no realice los ajustes necesarios al modelo de contrato.
- 3) En cualquiera de los supuestos del punto anterior, la nueva redacción del a. 87 establece que “los contratos... no producirán efectos contra el consumidor”. Éste es el punto de controversia jurídica. Por ahora sólo se adelanta que la redacción del texto legal no es la más afortunada, pues podría suponer que la referencia es a todos los contratos que en lo

Distrito Federal, en el que se establecen las Reglas Generales del Título Nove-no de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, que en su a. 5o. establece: “Para obtener autorización y registro, los prestadores deberán de cumplir con los siguientes requisitos: ...IV. Modelo del contrato de prestación de servicios aprobado y registrado por la Procuraduría Federal del Consumidor, así como de los contratos que se celebren con alguna policía oficial o algún otro prestador...”. Con independencia de calificar el registro del modelo de C de Ad. como obligatorio o voluntario, me inclino a considerar algunos parámetros para una posible fórmula de solución: *a)* que sí se admitan disposiciones de índole local siempre que estén establecidas en leyes y no en reglamentos u otros textos normativos; *b)* que la exigencia del registro sea acorde con actividades o prestación de servicios en los cuales podría darse una afectación a una parte considerable de la colectividad; *c)* que se reconozca a la Profeco la facultad de determinar en cada caso concreto si se está en el supuesto anterior; *d)* de no estar en los supuestos anteriores y dado que no hay impedimento para el registro de modelos de C de Ad. se considerará como registro voluntario, y *e)* entre los elementos de análisis a cargo de la Profeco se incluiría lo previsto en el a. 86 de la LFPC. Bajo este esquema, resultaría necesario solicitar la opinión de la Profeco al elaborarse las iniciativas de leyes locales que pretendieran imponer la obligación de inscribir en el RPCA ciertos modelos de C de Ad. para determinar si en efecto se corre el riesgo de una afectación general. Por lo que concierne a leyes como la del gobierno del Distrito Federal, no hay otra opción más que registrarlos, aunque en la modalidad de registro voluntario.

cotidiano puedan celebrar los proveedores obligados a registrar sus modelos de contratos y que incurran en los supuestos del punto anterior. No creo que sea la intención del legislador, ni lo más adecuado a la realidad jurídico-comercial ni a los principios generales civiles y registrales.

Con independencia del análisis que más adelante se hace sobre el tema en particular, por ahora vale señalar que en torno a la última parte del a. 87 se tienen dos opciones de interpretación:

- a) Que la referencia a “contratos” con la que inicia el párrafo en cuestión se entendiera como modelo de C de Ad., lo cual implicaría que al no estar inscritos en el RPCA no podrían ser utilizados por los proveedores.
- b) Que la expresión “contratos” se refiere al instrumento jurídico que sustenta la relación proveedor-consumidor y que la previsión “no producirán efectos contra el consumidor” se entendiera referida a las cláusulas del contrato celebrado entre un proveedor y un consumidor que afectarían a éste, pero sin dejar sin efecto jurídico al contrato en sí.

De optarse por la primera opción, el problema que se generaría sería la imposibilidad de imponer una sanción para la relación de consumo en particular, ya que sólo se podría aplicar la sanción al proveedor por concepto de infracción a la ley, pero no habría ninguna repercusión favorable al consumidor.

En cambio, en la segunda opción, además de la sanción por infracción a la ley, al no inscribir el modelo de C de Ad. o al negarse su registro, se tiene la posibilidad de dejar sin efecto jurídico aquellas cláusulas que resulten contrarias a los intereses jurídicos del consumidor.⁷⁷ Esta opción es la más conveniente para

⁷⁷ En el proyecto de RLFPC, la decisión legislativa recae en la segunda opción. En efecto, se indica que “no producirán efectos contra el consumidor y se

la debida protección de los consumidores. Sin embargo, como adelante se explica (*infra* capítulo quinto, apartado II.11), la SCJN interpreta que tal precepto legal genera la nulidad relativa de los contratos que celebre el proveedor con sus clientes cuando no cumple con la obligación de inscribir su modelo de C de Ad. en el RPCA.

En estricto sentido jurídico, la fórmula para evitar el debate sobre la última parte del a. 87 tendría que derivar de la propia ley, al acotar que no se trata de una declaratoria de nulidad por disposición legal sino de una repercusión a ciertas cláusulas del contrato que sean contrarias a los intereses de los consumidores que la ley protege. Habrá que meditar sobre la conveniencia de que este punto y otros más que requieren precisión y concordancia legislativa se estudien en una perspectiva de corrección legal.

5. Publicación de los modelos de C de Ad.

Adopción del modelo publicado

Ante la nueva facultad que se le reconoce a la Profeco de elaborar y publicar modelos de C de Ad. en el *DO*, los proveedores adquieren el derecho de utilizar dichos modelos. La ley lo califica como derecho de adopción.

El esquema recoge legalmente una práctica en materia de inscripción registral en el RPCA consistente en que la Profeco, en aras de agilizar el trámite de registro, se da a la tarea de elaborar tipos de modelos de C de Ad. que promueve entre los proveedores obligados a inscribir su modelo. El beneficio es triple:

- 1) El proveedor no requiere de la asistencia de un abogado para cumplir con la ley y preparar el modelo de contrato en el que se cumplan los requisitos legales y normativos.

tendrán por no puestas las disposiciones o cláusulas contenidas en los contratos que debiendo inscribirse no hayan sido registrados, y que contravengan los intereses o derechos de aquél, consignados en la ley, en las normas oficiales mexicanas o en otras disposiciones aplicables”.

- 2) Profeco suprime del trámite registral la fase de revisión del clausulado del modelo de C de Ad., pues en su momento ya lo hizo.
- 3) El consumidor tiene la certeza de que el contrato que celebra, al tener el visto bueno de la Profeco, contiene condiciones y obligaciones ajustadas a la ley.

En este esquema de beneficio trilateral permea la seguridad jurídica para las partes contratantes.

Ahora se potencia la trilogía benéfica al hacer más sencillo y expedito el trámite de registro. En efecto, el proveedor sólo dará aviso a la Profeco de que en lo sucesivo habrá de utilizar el modelo de C de Ad. publicado en el *DO* y le será asignado el número de registro correspondiente que debe utilizar en los contratos que celebre con los consumidores.

El a. 87 bis establece la salvaguarda para los modelos de C de Ad. adoptados, en el sentido de obligar al proveedor a no modificar ni incluir o excluir cláusulas o excepciones a su aplicación. De hacerlo, deberán realizar el trámite ordinario de registro, en el cual la Profeco procede a revisar esas cláusulas diferentes o excepciones incluidas, así como determinar si la supresión de algunas cláusulas no afecta los derechos de los consumidores. De no hacerlo, es claro que se debe aplicar el rigor de las sanciones legales en el sentido de considerar que no se cumple con la obligación legal, y de tenerse por no puestas las cláusulas que perjudiquen al consumidor (a. 86 quater).

Se puede presentar el caso de un proveedor que omita dar el aviso de adopción a Profeco, pero que en la práctica utilice el modelo publicado. Estaría en falta a la ley, pero sin repercusión para el consumidor. Sin imponer una sanción específica, se le invitaría a realizar el trámite por cualquiera de los medios que reconoce la ley (fax, teléfono, correo electrónico).

La facultad de la Profeco de publicar modelos de C de Ad. también se refiere a la posibilidad de hacer modificaciones a los modelos publicados cuando las prácticas comerciales lo requie-

ran o cuando una nueva NOM haya sido aprobada, o una NOM existente sea modificada o adicionada. En ese supuesto, los proveedores que hubieren adoptado el anterior modelo publicado podrán adoptar el nuevo o solicitar el registro a través del trámite ordinario.⁷⁸

A la par de los modelos que se publiquen en el *DO*, la Profeco podrá continuar con su tarea de elaborar tipos de modelos de C de Ad. que, sin elevar al *DO*, se sugieran a los proveedores sean registrados en el RPCA.

6. Competencia de la Profeco en la solución de controversias derivadas de los C de Ad. inmobiliarios

Una de las cláusulas específicas que de manera obligatoria deben figurar en todos los modelos de C de Ad. —no es exclusivo de los inmobiliarios— es el de reconocer la competencia administrativa de la Profeco. Hasta antes de la reforma de 2004 sólo se obligaba a los proveedores a registrar el modelo de contrato, pero no a intentar la conciliación en caso de controversia derivada de la firma del contrato. Con esta inserción legal se cierra la pinza de protección a los consumidores.

Si bien el tema se aborda en el siguiente capítulo (apartado IV) y es parte de la resolución de la SCJN (capítulo quinto, apartado II.12), para efectos de una adecuada sistematización en el desarrollo del trabajo, por ahora sólo se recalca que la vía administrativa a la que hace alusión el a. 86 de la LPFC se refiere a los procedimientos previstos en la propia ley, esto es, el procedimiento conciliatorio (aa. 111-116) y el procedimiento arbitral (aa. 117-122), y no sólo a este último.

El procedimiento conciliatorio inicia con la queja presentada por el consumidor, luego se corre traslado al proveedor y se le cita a una audiencia de conciliación. En este punto, el proveedor

⁷⁸ A la fecha, la Profeco ha publicado en el *DO* cuatro modelos de C de Ad. en materia inmobiliaria (véase anexo 2).

tiene dos opciones: presentarse a la audiencia o no hacerlo. En el primer caso puede ocurrir una doble situación: el proveedor acepta la conciliación y se resuelve el asunto, o bien, el proveedor no acepta la conciliación. En este último supuesto, la Profeco deja a salvo los derechos de las partes para que se hagan valer ante la autoridad judicial. No hay forzamiento alguno a someterse al procedimiento conciliatorio.

De no presentarse el proveedor a la audiencia a la que fue citado, la Profeco está facultada para utilizar las medidas de apremio y, en su caso, iniciar un procedimiento por infracciones a la ley (aa. 123-124 bis). En este esquema, es claro que queda al libre albedrío del proveedor aceptar o no la intervención conciliatoria de la Profeco.

Suponer que la cláusula competencial a favor de la Profeco que se exige incluir en los modelos de C de Ad. se traduzca en que la institución se erija como un tribunal, es desconocer las razones del surgimiento, desarrollo y consolidación del derecho de protección al consumidor. En efecto, la LFPC tiene el objetivo de equilibrar las relaciones de consumo y brindar a los consumidores la oportunidad de contar con un mecanismo ágil y gratuito para resolver los excesos y abusos que con frecuencia sufren por parte de los proveedores.

El propósito del legislador, plasmado en el a. 86, es buscar de manera preventiva que cualquier controversia que surja sobre la interpretación o cumplimiento de los contratos pueda ser resuelta de manera ágil y gratuita para los consumidores, pero sin que esto implique desconocer a los proveedores su derecho de acceder directamente a los tribunales judiciales. Después de todo, no sólo es diferente la vía administrativa a la que se refiere el a. 86 de la vía jurisdiccional, sino que el ejercicio de una (la judicial) no presupone el requisito de agotar previamente la otra (la administrativa). Se trata de instancias independientes.

De esa suerte, el contenido del a. 86 es el resultado de la congruencia jurídica que tuvo el legislador al reformar la ley. La inclusión de la cláusula a la que alude dicho precepto no tiene la

intención ni provoca el desconocimiento del derecho del proveedor de acudir a las instancias jurisdiccionales; por el contrario, se trata de favorecer la solución pronta y expedita de la controversia tanto para el proveedor como para el consumidor.

7. Cancelación de los modelos de C de Ad.

A. Análisis del a. 90 bis de la LFPC

Una figura que se incorporó con la reforma de 2004 fue la de cancelación de modelos de C de Ad. El supuesto legal es que luego del registro otorgado a un proveedor para utilizar un modelo de C de Ad., la Profeco se percate de que éste contiene cláusulas que son abusivas o desproporcionadas para el consumidor y, por tanto, contrarias a la ley o a una NOM. Se deberá iniciar el procedimiento de cancelación siguiendo las reglas que fija la LFPC para el procedimiento por infracciones a la ley (en materia de notificación, plazos, recepción y desahogo de pruebas; en su caso, procederá la aplicación supletoria de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo).

El inicio del procedimiento de cancelación de un modelo de C de Ad. puede ser de oficio o a petición de cualquier persona interesada. Esto implica que:

- a) La propia Profeco conozca de la situación contraria a la ley de un modelo de C de Ad. En este supuesto se pretende encuadrar la posibilidad de que proceda la afirmativa ficta en favor de un proveedor y que se deba hacer el registro en los términos en los que fue presentada la solicitud (véase en contrario lo expuesto en el apartado III.2 de este capítulo). Creo que la intención del legislador va más allá, en cuanto puede haber una situación que no se analice con detenimiento y que en la práctica genere afectación a los consumidores, situación en la que la Profeco tendría la facultad de cancelar el modelo de C de Ad.

- b) Corresponda a un consumidor solicitar la cancelación. Cuando el precepto se refiere a cualquier persona interesada, parece exigir que debe ser aquella que tenga un interés jurídico, esto es, que haya tenido una relación de consumo con el proveedor. Bajo una interpretación extensiva favorecedora a los intereses de los consumidores en general, la disposición legal tendría que referirse a cualquier persona que pudiera celebrar y no sólo haber celebrado la operación de consumo.

B. Razones para incorporar nuevos supuestos de cancelación

Una interrogante que de manera lógica se genera es si con la previsión legal de la figura de la cancelación se pueden incluir reglamentariamente otras causales de cancelación que coadyuven a contar con un RPCA moderno, ágil y funcional, o si la previsión legal de la figura en el a. 90 bis es cerrada y exclusiva y no admite otras posibilidades de cancelación de un registro. Para resolver la duda hay que tener en consideración que el Registro busca proporcionar seguridad jurídica a los consumidores y que cualquier medida debe cumplir con ese propósito.

Al respecto, es dable distinguir razones jurídicas y razones operativas para considerar que se debe ampliar el abanico de opciones para cancelar el registro de un modelo de C de Ad. en el RPCA:

- En ningún caso se otorgan nuevas facultades a la Profeco en materia de cancelación de registros que puedan implicar una afectación al derecho adquirido de los proveedores. Sólo se trata de formalizar o regularizar situaciones del propio proveedor que deben hacerse del conocimiento público.
- No se trata de aplicar una figura jurídica no prevista en la LFPC; por el contrario, se trata de hacer que la figura que se incorporó en la reforma de 2004 resulte más eficaz, en

aras de un RPCA que tenga mayor cobertura de certeza jurídica al consumidor.

- La previsión del a. 90 bis para que opere la cancelación de un registro se refiere a situaciones en que se puede afectar el interés jurídico de los proveedores que cuentan con un registro y están operando frente a consumidores. Por ello se exige que se observe un procedimiento especial en el que se respete la garantía de audiencia del proveedor. En cambio, en otros supuestos de cancelación no está de por medio un interés o derecho del consumidor sino una obligación o interés particular del propio proveedor y de la Profeco. A manera de ejemplo se pueden mencionar los casos en que un proveedor efectúe un traspaso y deje de realizar actividades comerciales, o ante un cambio de una NOM esté obligado a ajustar su modelo de C de Ad. Por lo que se refiere a la Profeco, por simple sentido común, habría la obligación de cancelar un registro cuando tenga conocimiento de la quiebra de un proveedor. En esos casos sería absurdo considerar vigentes los registros.
- De no prever otras causales de cancelación, en la práctica todos los registros siempre estarían vigentes, lo cual es contrario a toda lógica de actualización y modernización funcional del RPCA. El registro requiere una sección histórica de modelos de C de Ad. sin vigencia y otra sección de modelos vigentes.

C. Enumeración de nuevos casos de cancelación

Se pueden distinguir las causales de cancelación entre las estrictamente jurídicas y las de carácter operativo:

- a) El proveedor persona moral sea disuelta y liquidada en términos de la Ley General de Sociedades Mercantiles.
- b) El proveedor persona física suspenda definitivamente sus actividades mercantiles.

- c) El proveedor se ubique en alguno de los supuestos del artículo 12 del C. Co.
- d) El proveedor lo solicite expresamente.
- e) El proveedor solicite, y la Procuraduría autorice, modificaciones al modelo de C de Ad. registrado.
- f) Cuando por modificaciones a la ley o a la NOM, el modelo de C de Ad. registrado ya no se ajuste a las disposiciones legales vigentes.
- g) Cuando por modificaciones a los modelos de C de Ad. publicados en el *DO*, el modelo de contrato registrado ya no se ajuste a las disposiciones legales vigentes.

III. OTROS TÓPICOS JURÍDICOS COLATERALES

1. *Nueva época del RPCA*

A. *Configuración y funcionamiento*

Durante 2005 se presentó una cuádruple circunstancia en el RPCA:

- 1) Se cumplió el vigésimo aniversario del RPCA (véase la nota 14).
- 2) Se cambió la adscripción del área de C de Ad. De pertenecer a la Subprocuraduría Jurídica se incorpora a la Subprocuraduría de Servicios (aa. 11, fracción III, del Reglamento de la Profeco del 16 de julio de 2004, que entró en vigor el 16 de agosto, y 3o. del Estatuto Orgánico de la Profeco del 23 de noviembre de 2004, que entró en vigor el 23 de diciembre de ese año).
- 3) Se incorporó al nuevo sistema informático denominado SIIP (Sistema de Información Integral de Procesos), en el que está inmersa toda la Profeco en los procesos que realiza.
- 4) Se empezaron a observar nuevas reglas en materia de transparencia y acceso a la información gubernamental estable-

cidas en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Este cúmulo de situaciones obligó a replantear el esquema de funcionamiento con el que venía operando el RPCA a lo largo de dos décadas.

Se decidió la apertura de la nueva época del Registro, en la que se establecieron diversos mecanismos de operación y funcionamiento, que van desde los jurídico-normativos hasta los técnicos. Ahora, el RPCA busca operar bajo el siguiente esquema:

a) Políticas generales:

- Elaboración del acuerdo del procurador en el que se fijen las reglas de operación, integración y funcionamiento del RPCA.
- Establecer la sección de modelos de C de Ad. históricos y la de modelos de C de Ad. vigentes.
- Hacer que cada expediente se corresponda con un registro de modelo de C de Ad. Ya no será un expediente por proveedor solicitante.
- Distinguir cuatro procedimientos: *a)* registro de C de Ad.; *b)* modificación de C de Ad.; *c)* cancelación de registro, y *d)* aviso de adopción de un modelo de C de Ad. publicado en el *DO*. En este punto, se realizó el trámite ante la Cofemer para incorporar esos procedimientos en el Registro Nacional de Trámites. De ahí derivan los formatos de solicitudes que se utilizan por los proveedores.
- Utilizar los medios previstos en la ley para hacer las notificaciones (por teléfono, correo electrónico, fax), a efecto de agilizar el trámite. Se cuenta con el correo electrónico *contratosdeadhersion@profeco.gob.mx*.

b) Procedimiento:

- Se distinguen y definen las funciones de tres áreas de trabajo: 1) oficialía de partes, asesoría y turno de solicitudes;

- 2) análisis jurídico de los contratos, y 3) registro de contratos, notificación de resoluciones y archivo de expedientes.
- Al definir funciones y responsabilidades, los abogados dictaminadores se ven liberados de tareas administrativas y se dedican a la revisión jurídica. El documento que se emita debe ser integral, es decir, incluir los aspectos de forma y los de fondo jurídico.
 - La asignación de solicitudes de registro se hace de pares e impares entre las dos direcciones de área, aunque habrá materias de cierta especialidad: autofinanciamiento, inmobiliario, tiempos compartidos y sector automotriz.
 - Los abogados identificarán las cláusulas de los contratos a los que de manera recurrente se les formulan observaciones jurídicas. El propósito es elaborar un catálogo que luego se analice para elaborar recomendaciones de carácter general a enviar a las diversas cámaras y asociaciones de proveedores.

c) Sistema Integral de Información y Procesos (SIIP):

- A la par de la revisión jurídica de la estructura legal de la Profeco, que se tradujo en la reforma de 2004, se decidió modernizar —con ayuda de la tecnología— los procedimientos jurídicos y administrativos de la institución, lo que se traduce en un mejor control de calidad en los procesos, celeridad en los trámites, coordinación entre las áreas y obtención de información confiable. Los beneficios se reflejan ante los consumidores, los proveedores y hacia el interior de la institución.
- Por lo que se refiere al área de C de Ad., ya se señaló que en 2005 cambió la adscripción, lo que se aprovechó para ajustar el trámite procedimental del registro de C de Ad. con base en las políticas y reglas de procedimiento arriba enumeradas. Asimismo, se diseñó dentro del SIIP el esquema de las nuevas figuras que se incorporaron a la LFPC (adopción, cancelación y modificación).

B. *Funciones y efectos registrales*

- 1) El RPCA tiene funciones declarativas y no constitutivas de derechos. No se inscriben contratos celebrados entre proveedores y consumidores (como ocurre en el registro públicos de la Propiedad y en el de Comercio), sino los modelos o machotes que se utilizan en todas y cada una de las relaciones de consumo que entablen. Por eso se exige que sean los modelos de C de Ad.
- 2) La inscripción brinda seguridad jurídica en el tráfico comercial, en particular a la parte que sólo se adhiere al contrato que se celebra. Al inscribir un modelo de C de Ad. se tiene la certeza de que el clausulado contractual guarda un equilibrio jurídico-comercial al no contener cláusulas abusivas o desproporcionadas.
- 3) En las materias civil y mercantil, la inscripción en los registros públicos de la Propiedad y en el de Comercio produce dos tipos de efectos: *a)* de carácter positivo: los documentos inscritos se presumen conocidos por terceros y producen su efecto legal desde la fecha de inscripción (a. 29, C. Co.), y *b)* de carácter negativo: lo no inscrito es inoponible a terceros (a. 3007, CCF), quienes en materia mercantil y no civil pueden hacer valer a su favor la no inscripción si ésta les favorece (a. 27, C. Co.).

En cambio, la inscripción en el RPCA produce el efecto positivo de que el contrato celebrado entre proveedor y consumidor en el que se señale un número de registro asignado por la Profeco, se presume que se corresponde con el modelo de C de Ad. inscrito en el RPCA.⁷⁹ En cuanto al

⁷⁹ Sale a colación el supuesto en que un proveedor obtenga el registro de un modelo de C de Ad., pero en la práctica utilice un contrato con cláusulas diferentes. En un primer momento, se cuenta con la previsión del a. 86 quater de la LFPC de que cualquier diferencia entre el modelo de contrato registrado y el utilizado con los consumidores se tendrá por no puesta cuando sea en perjuicio de estos últimos. Sin embargo, el problema tiene más fondo en cuanto al enga-

efecto negativo, la no inscripción del modelo de C de Ad. provoca que el contrato que firmen el proveedor y el consumidor adolezca de nulidad relativa (en los términos establecidos por la jurisprudencia de la SCJN), aunque el consumidor podrá hacer valer a su favor la no inscripción cuando le favorezca y considerar como no puestas aquellas cláusulas que le perjudiquen.

- 4) La inscripción del modelo de C de Ad. no implica que el o los contratos que celebre el proveedor con los consumidores sean válidos, pues el registro no tiene efectos sanatorios. Pueden presentarse defectos o vicios en el contrato en particular que no son subsanables por la mera inscripción registral.

C. Características de la inscripción registral

- 1) El Registro es público, lo que significa que cualquier persona, sin importar la calidad de consumidor o de proveedor, puede consultar datos en el RPCA y, en su caso, solicitar certificaciones. Esto ocurre, por ejemplo, cuando un proveedor hace mención expresa en su publicidad que cuenta con el registro ante la Profeco. Se conoce el caso concreto de múltiples consultas hechas por los consumidores respecto a una escuela que promovía cursos de preparación para el examen de ingreso al bachillerato y que se comprometía a que el alumno que no ingresara a alguna de las opciones de escuelas elegidas se le devolvía el pago realizado. En efecto, una de las cláusulas del modelo de C de Ad. preveía esa obligación por parte del proveedor, aunque se establecían diversas condiciones: que hubiera asistido a un míni-

ño del proveedor a la Profeco. Por ello, a pesar de que no hubiera una queja de por medio, si con motivo de una verificación se acredita la inobservancia por el proveedor, se estará frente a una infracción a la ley, que es sancionada en los términos del a. 127.

mo de clases, que hubiera hecho el pago en los tiempos fijados, etcétera.

- 2) El número de registro es intransferible. Esto significa que el número registral se asigna a un proveedor, quien será el único que podrá utilizarlo para la actividad comercial estipulada en el modelo de C de Ad. respectivo. Ni siquiera el propio proveedor puede utilizar el mismo registro en otra actividad comercial o respecto de otra empresa; por ejemplo, la empresa dueña de un hotel requiere registros individuales para la prestación del servicio de hospedaje, de lavandería y planchaduría, de los tiempos compartidos, etcétera. Ante el traspaso de una negociación mercantil, el nuevo adquirente o proveedor tiene que realizar el trámite de inscripción.
- 3) El registro es permanente. Esto significa que al autorizarse un número de registro para un modelo de C de Ad., éste no se limita a un periodo determinado, por lo que su utilización no es temporal.⁸⁰
- 4) Los efectos del registro, así como de las modificaciones autorizadas o la cancelación registral, inician a partir de la fecha de la resolución en la que se asigne el número de registro correspondiente.
- 5) La regla general es que no todos los proveedores o comerciantes están obligados a inscribir su modelo de C de Ad. La determinación de quiénes están obligados deriva de la LFPC o de las NOMs correspondientes. En ese sentido, se

⁸⁰ El carácter permanente queda supeditado a que no haya modificaciones a la LFPC o a la NOM correspondiente. Creo que resulta importante replantear la conveniencia o no de continuar con el esquema de durabilidad del registro. Para un mejor control de los proveedores que utilizan el RPCA resulta más adecuado que se fijara una vigencia al registro, tal vez cinco años, y que hubiera renovación quinquenal. Asimismo, que se analizara la posibilidad de cobrar un derecho por la inscripción registral. En contrapartida, al posible cobro por la inscripción se puede argüir que se desalienta el registro, aunque por tratarse de una obligación legal no se trata de desalentar o no el cumplimiento de la ley, sino de analizar el beneficio económico que acarrea a la institución y la repercusión de una mayor carga legal a los proveedores.

distinguen contratos de registro obligatorio ante el RPCA y contratos de registro voluntario. El listado de las NOMs que exigen el registro lo efectuamos en el capítulo segundo, apartado II.1.

- 6) En los casos de registro voluntario de modelos de C de Ad. se aplican las disposiciones legales previstas para los modelos de registro obligatorio. Si bien no hay precepto que lo establezca de manera expresa, lo cierto es que sería ilógico suponer que se registran sólo para ostentarse frente a los consumidores pero no asumen ninguna consecuencia jurídica en cuanto a las obligaciones derivadas del registro; por ejemplo, utilizar en la práctica un modelo de C de Ad. distinto al que fue registrado. En ese sentido, la Profeco hace el análisis del clausulado de un modelo de C de Ad. de registro voluntario con el mismo rigor jurídico que uno de registro obligatorio. Esa debe ser la interpretación del a. 88 de la LFPC.
- 7) El registro del modelo de C de Ad. no exime al proveedor del cumplimiento de cualquier otro requisito legal que se exija para la operación de sus actividades comerciales.

2. *Análisis de la afirmativa ficta en la LFPC*

A. *Esquema legal*

El a. 87 de la LFPC establece que la Profeco debe resolver la solicitud de inscripción de un modelo de C de Ad. dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su presentación. De no emitirse la resolución correspondiente, los modelos se entenderán aprobados y será obligación de la Profeco registrarlos. Se trata de una previsión cuya incorporación legal data de la ley de 1992.⁸¹

⁸¹ En ese año se dio un giro en el tema de no respuesta de la Profeco en el plazo legal a las solicitudes de registro. En 1985 se había incluido en el a. 63

En la LFPC se optó por la fórmula de lo que la doctrina califica como “afirmativa ficta”, en cuanto que de no haber respuesta en el tiempo legal, se considera la resolución favorable al solicitante del registro del modelo de C de Ad. En cambio, en otros ordenamientos, como el fiscal, se opta por reconocer la “negativa ficta”, es decir que la no respuesta en tiempo a una solicitud se considera que la resolución de la autoridad es negativa. Una diferencia entre la afirmativa ficta en materia de protección a los consumidores y la negativa ficta fiscal radica en el plazo legal para emitir la resolución, pues la LFPC establece un plazo menor (treinta días) que el de la materia fiscal, que lo fija en tres meses (aa. 37, 210, fracción I, y 215 del Código Fiscal de la Federación).

B. Justificación y objetivo legal

La figura de la afirmativa ficta tiene por objeto que el solicitante del registro de un modelo de C de Ad. no se vea afectado en su esfera jurídica ante la no respuesta de la Profeco. Se busca que no sea indefinida la conducta de abstención para resolver por parte de la autoridad.

El esquema adoptado para la LFPC en cuanto al sentido de la resolución ante la no respuesta y en cuanto al término para que opere la afirmativa ficta, así como la obligación de la Profeco de registrar el modelo de C de Ad., se entiende en función de la dinámica de las relaciones comerciales. Dado que el proveedor requiere contar con el instrumento contractual que utiliza con sus consumidores, es claro que por certeza jurídica se necesita celeridad en la resolución de la Profeco.

Sin embargo, el propósito del legislador es brindar seguridad jurídica tanto al proveedor como al consumidor, pues en tanto no

de la LFPC la negativa ficta en materia de C de Ad., aunque la referencia era al dictamen que tenía que emitir la Profeco. Se señalaba que “de no emitirse el dictamen en dicho plazo [un mes] se considerará no aprobado el contrato de adhesión”. Véanse las notas 21 y 25.

se cuente con el registro ante la Profeco, se corre el riesgo de que en la práctica comercial, los contratos que se celebren con los particulares no cumplan con las disposiciones legales o requisitos de la NOM que corresponda.

Como se trata de una obligación a cargo del proveedor, en contrapartida se les reconoce el derecho de que se registre el modelo de C de Ad. si no hay resolución de la Profeco. Empero, hay que destacar que detrás de ese derecho y de esa obligación legal se encuentra la finalidad de respaldar jurídicamente la relación de consumo entre proveedor y consumidor, al brindar un adecuado equilibrio jurídico-contractual con cláusulas paritarias y equitativas.

C. Consideraciones jurídicas

De una lectura rápida del a. 87 de la ley se desprende la obligación de la Profeco de registrar de inmediato y de manera automática aquel modelo de C de Ad. del que no se emita una resolución en el término de los treinta días. Si ese fuera el caso, el riesgo es que se registre un modelo de C de Ad. que sea contrario a los intereses de los consumidores, por contener cláusulas desproporcionadas o abusivas, lo que implicaría ir en contra del propósito fundamental de la LFPC.

El primer punto a dilucidar es si los treinta días a que alude el precepto son hábiles o inhábiles. El a. 87 no establece nada en particular. Ante esta falta de señalamiento, aplica lo dispuesto en el a. 108 de que a falta de mención expresa, los plazos establecidos en días en esta ley se entenderán naturales.

El a. 87, al establecer que se debe emitir la resolución dentro de los treinta días de presentada la solicitud, no hace mención a que dentro de ese plazo deba acreditarse que se haya hecho la notificación respectiva. En ese sentido, puede darse el caso de que se emitiera la resolución en el término de los treinta días pero que la notificación al solicitante estuviera en proceso, por ejemplo en los casos de notificación vía correo postal. El proveedor tendría

que constatar que al vencimiento del plazo no se haya resuelto la solicitud.

La expresión “se entenderán aprobados” implica la presunción legal de que el modelo de C de Ad. sea aprobado de no haber resolución en el plazo legal. Sin embargo, es importante determinar si se trata de una presunción *iure et de iure* (absoluta o de pleno derecho) o de una presunción *iuris tantum* (relativa o sujeta a prueba en contrario). En el primer caso, el mero transcurso del plazo implicaría que el proveedor está legitimado para utilizar sin mayor formalidad el modelo de C de Ad. Sin embargo, dado que se debe acreditar que no se ha emitido la resolución correspondiente y de que las NOMs establecen que en los modelos de C de Ad. se debe incluir el número de registro otorgado por la Profeco, se concluye que se trata de una presunción *iuris tantum*. Esto se traduce en dos circunstancias:

- 1) Que el proveedor deba promover ante la Profeco la afirmativa ficta.
- 2) Que no se trata de una obligación *per se* a cargo de la Profeco de realizar el registro.

La figura de la afirmativa ficta se incorporó en la LFPC de 1992, aunque no se estableció un mecanismo a través del cual el proveedor pueda hacerla efectiva. Por tanto, la simple presentación ante la Profeco de un escrito en el que se haga valer la afirmativa ficta, obliga a la institución a pronunciarse respecto a la procedencia de la solicitud.

Surge la interrogante de si la mera promoción del proveedor de la afirmativa ficta acarrea una respuesta afirmativa de la Profeco de registrar el modelo de C de Ad. o es dable pronunciarse sobre el clausulado del modelo de C de Ad. Al respecto, es válido aplicar *mutatis mutandis* el criterio jurisprudencial de que al transcurrir el plazo legal se entiende que el proveedor se encuentra autorizado para utilizar el modelo de C de Ad., siempre que no haya omitido los datos y requisitos de la LFPC y la NOM co-

respondiente. La SCJN precisa que no se pueden otorgar más prerrogativas a los proveedores en su trato con las autoridades.⁸² En tal medida, aun transcurrido el plazo legal, ante una promoción de afirmativa ficta, Profeco debe analizar el modelo de C de Ad. antes de proceder a su registro. No se cuestiona la procedencia del derecho a la afirmativa ficta que hace valer el proveedor, sino que debe prevalecer la obligación de la Profeco de cotejar que el contenido del modelo de C de Ad. se ajuste a lo previsto en la LFPC y a la NOM que corresponda para, en su caso, proceder al registro.

Para sustentar el argumento hay que distinguir los intereses jurídicos en juego en torno a la afirmativa ficta. Por un lado se encuentra el derecho en favor de los proveedores y, por otro, el interés general de los consumidores. Es claro que debe prevalecer el interés colectivo, máxime que la Profeco tiene la obligación de resolver en función del principio de igualdad jurídica mediante cláusulas contractuales equitativas.

Otra interrogante que surge es si ante la promoción de la afirmativa ficta la Profeco puede resolver con la negativa de registro o con la prevención de corregir aspectos del modelo de C de Ad. que no cumplan con la LFPC o con la NOM. Por supuesto que sí. Se deberá precisar que, sin desconocer el derecho a la afirmativa ficta, no procede el registro con base en las consideraciones de que se trata de una presunción *iuris tantum*, del criterio jurisprudencial antes descrito; por los intereses en juego que se buscan salvaguardar y por el espíritu de búsqueda de un equilibrio en la relación de consumo de la ley. Resultaría de mayor repercusión negativa el registro de un modelo de C de Ad. que contenga cláusulas abusivas y desproporcionadas.

Podría alegarse que el a. 90 bis de la ley se incorporó en la reforma de 2004 para prever los casos en que la Profeco tuviera que registrar un modelo de C de Ad. al proceder la afirmativa ficta. No es el propósito del legislador, ya que de tener que regis-

⁸² SJF, 9a. época, 2a. Sala, t. 1, junio de 1995.

trar y luego iniciar el procedimiento por infracciones a la ley, resultaría de alto riesgo la posibilidad de afectación a los consumidores, pues en el tiempo que dure el procedimiento, el proveedor podría celebrar contratos con cláusulas desfavorecedoras para los consumidores.

En suma:

- 1) La afirmativa ficta es un derecho que no opera *ipso facto*, sino que requiere ser ejercitado ante la Profeco.
- 2) El proveedor tiene una doble alternativa: *a)* hacer valer la afirmativa ficta, o *b)* esperar la resolución e impugnarla en caso de ser negativa, aunque esta última sería poco práctica si se considera que el dictamen respectivo se motiva y funda debidamente.
- 3) El ejercicio del derecho a la afirmativa ficta por parte del proveedor no produce el registro automático del modelo de C de Ad., sino que la Profeco requiere analizar su contenido clausular para, en su caso, proceder al registro correspondiente.