



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

¿DECADENCIA O PERFECCIONAMIENTO
DEL CONTRATO?

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

AGUSTIN MANUEL VELAZQUEZ BUSTAMANTE

México, D. F.

1984



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

PAG.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO,	1
I.-EL CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO,	3
1.-DE CÓMO APARECE EL CONTRATO CIVIL EN ROMA,	4
2.-PRIMEROS CONTRATOS APARECIDOS EN EL DERECHO ROMANO,	5
3.-EVOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS ANTIGUOS, LOS CONTRATOS EN EL DERECHO CLÁSICO,	9
4.-LOS CONTRATOS EN EL DERECHO JUSTINIANO,	18
II.-EL DERECHO DE LOS CONTRATOS EN EL SIGLO XIX,	19
1.-ETAPA DEL PREDOMINIO DEL INDIVIDUALISMO EN EL DERECHO CONTRACTUAL,	19
2.-ETAPA EN QUE EL CONTRATO EMPIEZA A SER CONSIDERADO EN SU FUNCIÓN SOCIAL,	22

CAPITULO SEGUNDO

ESTUDIO SISTEMÁTICO Y ANALITICO DEL CONTRATO,	25
I.-CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DEL ACTO JURÍDICO, DEFINICIÓN DE CONTRATO,	27
II.-ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO,	31
1.-LA VOLUNTAD,	31
A)EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, ALCANCE, LÍMITES,	32
B)DIVERSAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD,	34
A)VOLUNTAD EXPRESA,	34
B)VOLUNTAD TÁCITA,	35
C)EL SILENCIO Y SUS EFECTOS,	36

	PAG.
2.-EL OBJETO.	37
A) OBJETO DIRECTO Y OBJETO INDIRECTO.	38
B) LA COSA QUE EL OBLIGADO DEBE DAR, COMO OBJETO INDIRECTO, REQUISITOS QUE DEBE LLENAR.	40
C) EL HECHO QUE EL OBLIGADO DEBE HACER, COMO OBJETO INDIRECTO, REQUISITOS, DIFERENCIA ENTRE HECHO ILICITO Y HECHO IMPOSIBLE JURÍDICAMENTE.	45
III.-ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO.	50
A) CAPACIDAD.	50
A) LA CAPACIDAD DE GOCE.	52
B) LA CAPACIDAD DE EJERCICIO.	53
B) AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD.	59
A) ERROR.	60
B) DOLO.	62
C) MALA FE.	63
D) VIOLENCIA.	64
C) LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN.	67
D) FORMA EXIGIDAS POR LA LEY.	69

CAPITULO TERCERO

FORMACIÓN DEL CONTRATO.	73
I.-DIVERSOS SISTEMAS ACERCA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO.	75
1.-EL CONTRATO ENTRE PRESENTES.	76
2.-EL CONTRATO ENTRE NO PRESENTES.	78
II.-FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS CONSENSUALES, FORMALS, REALES Y SOLEMNES.	81

III.-LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN,	PÁG. 87
1.-TESIS QUE CONSIDERA QUE EL LLAMADO "CONTRATO DE ADHESIÓN" ES EN REALIDAD UN ACTO UNILATERAL,	89
2.-TESIS QUE CONSIDERA A LOS "CONTRATOS DE ADHESIÓN" VERDADEROS CONTRATOS,	92

CAPITULO CUARTO

EL CONTRATO EN LA ACTUALIDAD,	99
I.-EL PAPEL DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO MODERNO,	102
II.-TEORÍA QUE SOSTIENE QUE EL CONTRATO ESTÁ EN DECADENCIA,	113
III.-NUESTRA REPLICA A LA TESIS QUE SOSTIENE LA DECADENCIA DEL CONTRATO,	116

CONCLUSIONES,	123
---------------	-----

BIBLIOGRAFÍA,	127
---------------	-----

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO

I.-EL CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO.

Para el análisis del tema es necesario señalar, antes de iniciarlo, el principio que rige en el Derecho Natural de que - "si el objeto de la Convención es lícito, el que se ha comprometido libremente debe estar obligado". Es aquí de donde parte el presente trabajo, ya que este principio no es aceptado por el Derecho Romano de manera absoluta; es cierto que la voluntad de las partes es soberana, pero es necesario que esta voluntad sea sancionada por la ley. De esta manera se señala que toda convención destinada a producir obligación - se califica de contrato.

Cuando dos o más personas se ponen de acuerdo respecto de un objeto determinado, se dice que hay entre ellas una convención o pacto. Ulpiano nos señala que en todo contrato hay una convención (1). Las partes que realizan una convención o pacto destinada a producir un efecto jurídico pueden proponerse crear, modificar o extinguir un derecho. En el desarrollo del tema nos ocuparemos única y exclusivamente de las convenciones que tienden a crear un derecho: son las únicas que forman el género cuya especie es el contrato.

La regla antigua, que domina aún en la época clásica, y que subsiste hasta en tiempos de Justiniano, es que el acuerdo de las voluntades, el simple pacto, no basta para crear una obligación civil. El Derecho Civil no reconoce este efecto más que a convenciones acompañadas de ciertas formalidades,-

(1) Citado por Eugene Petit: "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editora Nacional. México, 1976. Pág. 317.

cuya ventaja es dar más fuerza y más certidumbre al consentimiento de las partes y disminuir los pleitos, encerrando en límites precisos la manifestación de la voluntad. Las formalidades podrían ser palabras solemnes que debían emplear las partes para formular su acuerdo, menciones escritas y la remisión de una cosa hecha por una de las partes a la otra. -- Con estas formalidades el Derecho Civil sancionaba una o varias obligaciones. (2)

Con el tiempo algunas convenciones se utilizaban de manera más frecuente y se derogaron por consiguiente estas reglas. -- El Derecho Civil las aceptó tal como el Derecho de Gentes -- las admitía, es decir, válidas por el solo consentimiento de las partes, sin ninguna solemnidad. (3)

En conclusión, cada convención que sancionaba el Derecho Civil formaba un contrato y se designaba por un nombre especial. Los contratos en Derecho Romano eran convenciones que estaban destinadas a producir obligaciones y que estaban sancionadas y nombradas por el Derecho Civil.

1.-DE CÓMO APARECE EL CONTRATO CIVIL EN ROMA.

El Derecho Civil se formula y concreta por primera vez en -- las XII Tablas (años 451-0 a.c.), no habiendo otra compilación hasta la época de Justiniano. Las XII Tablas se conocen de manera fragmentaria por algunos pasajes de Cicerón y de los juristas y otros testimonios de menor relieve. Sin embar

(2)Eugene Petit. Op. cit. Pág. 317.

(3)Ib. Idem.

go, esta Ley, que llega a nosotros en estado tan imperfecto, inicia la historia auténtica del Derecho Romano, que desde entonces acrecienta incesantemente su caudal hasta desembocar en el Corpus Juris. (4)

En un pueblo de costumbres sencillas y rudas, como las de los romanos de los primeros siglos, los procedimientos empleados para ligar a dos partes que quieren obligarse una con respecto a la otra debían ser poco numerosos y llenos del formalismo que caracteriza las legislaciones más antiguas. No es sino por un proceso lento y continuo por lo que las formalidades primitivas de que estaba rodeada la convención han debido simplificarse y por lo que el Derecho Romano, sea por el perfeccionamiento de sus propias instituciones, sea por prestación de los usos comunes de los pueblos vecinos, es decir, el Jus Gentium, que se han empezado a sancionar los contratos. (5)

La época exacta en que aparecen definitivamente los contratos es difícil de precisarse, lo que sí se puede señalar es que las listas aparecidas no datan de los orígenes de Roma. (6)

2.- PRIMEROS CONTRATOS APARECIDOS EN EL DERECHO ROMANO.

En la época de las XII Tablas, dadas las características de que Roma era una ciudad enteramente comercial aparecen dos negocios jurídicos: la mancipatio -mancipium en el lenguaje-

(4)Rodolfo Shom: "Instituciones de Derecho Privado Romano". Gráfica Panamericana, S. de R. L. México, 1951. Pág. 26.

(5)Eugene Potit. Op. cit. Pág. 318.

(6)Ib. Idem.

antiguo- y el nexum.

En la primitiva terminología romana, la palabra nexum en sentido amplio, comprende ambos conceptos, razón por la cual la mancipatio recibe a veces -así en Cicerón- el nombre de nexum. Bajo esta acepción general, nexum es todo negocio jurídico "vinculatorio" y formal. Ata y obliga por el empleo solemne del "cobre y la balanza", per aes et libram. (7)

La Mancipatio era la compra solemne per aes et libram. Consistía en pesar un lingote de cobre que representa el precio ante un libripens y cinco testigos, todos estos ciudadanos romanos, y el comprador, mediante palabras solemnes, toma en su mano como propia la cosa vendida o lo que la represente - si se trata de una finca.

El lingote de cobre -aes-, pesado por el libripens, representaba casi siempre, antes de las XII Tablas, el precio real, cuando aún no existía el dinero amonedado. La mancipatio no era una imaginaria venditio, sino una venta efectiva. Fueron los decénviroes quienes introdujeron la moneda de cobre llamada as (la de plata, creada hacia el año 268 a.c., se llamó "denario"). Esto no obstante, la mancipación conserva inalterable su carácter formalista. Subsiste el libripens y sigue empleándose la balanza, si bien el metal no es ya signo representativo del pago. Es un pago aparente, revestido con el antiguo ritual. La entrega material del precio desaparece --

(7) Rodolfo Shom. Op. cit. Pág. 26.

del acto mancipatorio. (8)

La mancipación, venta al contado o de presente, en un principio real y efectiva y desde los decenviros casi siempre simbólica, es la única forma válida de venta, en Derecho Civil, y el único modo que éste reconoce para enajenar la propiedad por acto privado de libre disposición. En consecuencia, para tener carácter legal, toda enajenación onerosa debe celebrarse ante cinco testigos y el libripens, con la aportación material del objeto. No pueden enajenarse simultáneamente más cosas de las que el comprador pueda tomar en su mano -manucapir-; en caso necesario, deberá repetirse, cuantas veces -- sea preciso, el ritual mancipatorio. Es, como se ve, un régimen torpe de transacciones, notoriamente necesitado de evolución. (9)

Empleada como medio de venta, la mancipatio obliga al vendedor a garantizar al comprador la posesión de la cosa vendida -auctoritas-. Si aparece un tercero que, alegando mejor derecho -por ser el verdadero propietario- pretende despojar al comprador de la cosa, el mancipante debe comparecer en defensa del adquirente. El incumplimiento de este deber o la pérdida del proceso origina a favor del comprador una acción especial -la actio auctoritatis- para reclamar el doble del -- precio abonado. A este efecto obligatorio, que ata al vendedor mancipante, debe la mancipación su nombre de nexum. En la técnica del Derecho antiguo llámase nexum a todo negocio

(8) *Ib.* Idem. Pág. 27.

(9) *Ib.* Idem.

jurídico vinculatorio, particularmente cuando versa sobre di-
nero: quod per aes et libram geritur. (10)

Coexiste con la mancipación el nexum en sentido estricto, al que por antonomasia se refiere la técnica jurídica cuando ha bla de nexum. Es un préstamo solemne, también per aes et libram. El libripens, ante cinco testigos, pesa y entrega al prestatario la cantidad de metal que éste se obliga a devolver. La forma del acto y la presencia de los testigos hacen del préstamo fuente de obligaciones personales; de aquí su nombre de nexum. Con el nacimiento de la moneda, este acto, al igual que la mancipación, queda reducido a una mera forma. El verdadero contrato de préstamo realizase ahora al margen del antiguo ceremonial. Y, sin embargo, a pesar de su carácter, meramente simbólico, el nexum conserva, como la mancipación, su primitivo contenido material, limitado a fin concreto; solo sirve para contraer préstamos. El régimen contractual es mezquino, pobre, como la vida de toda esta época. (11)

El lugar preeminente que en las XII Tablas ocupan el préstamo y la venta -negotia per aes et libram- revela el progreso jurídico cifrado en esta Ley. La permuta queda ya relegada al pasado. Antes de la promulgación de las XII Tablas, la riqueza comercial reside en las barras de cobre -aes-. Su venerable antigüedad explica que, no obstante la implantación del régimen monetario, persisten como elementos simbólicos -

(10) Ib. Idem. Pág. 28.

(11) Ib. Idem.

en el formalismo de la mancipatio y del nexum. La moneda aparece en Roma con las XII Tablas. La vida económica de la ciudad orientase hacia el comercio monetario. La compraventa es fuente genuina de propiedad y las cosas susceptibles de enajenación -res mancipi- constituyen su peculiar objeto. Las fincas obtienen consideración de cosas "mancipables" y se lanzan al flujo del libre tráfico. A pesar de esto, el número de cosas capaces jurídicamente de ser vendidas es todavía muy reducido. Sólo se concede categoría de res mancipi a los instrumentos de labranza y a las fincas -fundus-. El inmenso poder social del dinero, representado por el nexum, que llegaba hasta el extremo de aniquilar al deudor insolvente, es signo manifiesto de la gran escasez de capitales en esta época. (12)

En conclusión, el Derecho de las XII Tablas es un verdadero Derecho Civil, aunque rígido, severo y torpe: un Derecho Civil propio de los labriegos. (13)

3.-EVOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS ANTIGUOS. LOS CONTRATOS EN EL DERECHO CLÁSICO.

Los Contratos en el Derecho Romano se van distinguiendo entre sí atendiendo al fundamento a que respondan, es decir, dependen del hecho del que nace su acción protectora.

A través de su historia, el Derecho Romano se mantiene fiel al principio de que no toda promesa contractual es válida y

(12) Ib. Idem. Pág. 29.

(13) Ib. Idem.

exigible, sino que precisa la existencia de un fundamento jurídico -causa civilis- para contrastar y hacer ejecutivo en Derecho el consentimiento que sirve de base a la obligación. De aquí el sentido estricto, preciso, que la palabra contractus tiene en la técnica romana. "Contrato", para los juristas, no es todo acuerdo de voluntad, sino exclusivamente aquél que da base a obligaciones sancionadas por una acción civil. (14)

Se distinguen cuatro clases de contratos atendiendo al tipo de nacimiento de la obligatoriedad: re, verbis, literis y -- consensuales.

El Derecho antiguo no era tan rico en formas contractuales. Como la más antigua de todas aparece el nexum, préstamo de dinero de carácter formalista y ritual, celebrado con palabras solemnes, per aes et libram, ante cinco testigos y un libripens. Con la invención de la moneda acuñada, el verdadero préstamo queda ya al margen de semejante acto formal; pero la forma -o sea el préstamo "imaginario", realizado mediante el acto de pesar el cobre- tenía que seguir observándose, simultáneamente con la entrega del dinero, si se pretendía infundir al contrato validez civil. Parece, sin embargo, que este nexum imaginario fué sustituido bien pronto por la forma, mucho más sencilla, de la stipulatio, creada por entonces. Más tarde, en las postrimerías de la República, reconocese como civilmente válido el préstamo no formal, bajo el

(14) Ib. Idem. Pág. 216.

nombre de mutuum, en el que es suficiente la entrega de las cosas prestadas, sin necesidad siquiera de que consistan en dinero, pues este préstamo puede ya versar sobre todo género de cosas fungibles -por ejemplo, trigo-. Tenemos, pues, aquí un contrato real, revestido de acciones, que se coloca ya bajo el amparo del nuevo Derecho en vías de desarrollo -jus gentium- y conservando tan sólo del Derecho antiguo la reminiscencia de su condición de negocio stricti juris: por virtud del contrato el mutuario sólo se obliga a devolver taxativamente la suma recibida, sin asumir otras obligaciones accesorias, como, por ejemplo, la de intereses. (15)

A la par del nexum surge una nueva figura de contrato, con fines completamente distintos: la mancipatio -o in jure cessio- fiduciae causa, sancionada por la actio fiduciae, es una acción de buena fe. Esta nueva forma de contratación permite alcanzar los fines de la prenda, del depósito -con sólo mancipar la cosa a un amigo, fiduciae causa-, del comodato y de todos los contratos en que antes había que entregar una cosa, reservándose el derecho a reclamar su restitución -por ejemplo: el mandato, el arrendamiento-; surge así la llamada fiducia cum amico contracta. Pero, en todos estos casos, resulta sobremanera incómodo tener que convertir formalmente -en propietario, mediante mancipación, al acreedor pignoraticio, depositario, comodatario, etc. Debido a ésto, el que entrega la cosa conserva tan sólo un derecho personal -mero derecho de crédito-, que le faculta para reclamar su devolu---

(15) Ib. Idem. Págs. 216 y 217.

ción de la parte contraria o de sus herederos, por haberse -
 desprendido de su propiedad en virtud de la mancipación. ---
 Del mismo modo que la mancipatio en función de garantía cede
 más tarde el puesto a un modo de constituir directa y váli-
 damente derechos pignoratícios, así acaba también por consi-
 derarse suficiente el mero hecho de entregar una cosa -sin -
 necesidad de mancipación ni, por tanto, de transferir la pro-
 piedad- para que nazca un derecho personal a pedir la devolu-
 ción de la cosa depositada, comodada, etc. (16)

En la época clásica se señalan cuatro clases de contratos:

- 1) Los contratos que se forman con la ayuda de palabras solem-
 nes y se les denomina: verbis.
- 2) Los contratos que exigen menciones escritas denominados li-
teris.
- 3) Los contratos que se perfeccionan por la entrega de una co-
 sa y que se denominan re, y
- 4) Los contratos formados única y exclusivamente por el con-
 sentimiento de las partes, denominados consensuales.

Al lado del nexum, los ciudadanos romanos parecen haber em-
 pleado pronto la sponsio como medio de dar fuerza jurídica a
 las convenciones destinadas a producir una obligación. Desde
 el siglo V, la sponsio consiste en una interrogación del a-
 creedor seguida de una respuesta hecha por el deudor por me-
 dio del verbo ¿spondere, spondesne? spondeo. Pero es difícil
 saber lo que era la sponsio primitiva y cuál fue su origen.-

(16) Ib. Idem. Pág. 217.

Unos la hacen proceder de una simplificación del nexum, pues la nuncupatio habría llegado a ser suficiente para obligar. Pero, si era así, ¿por qué se había suprimido la solemnidad del aes et libra, mientras que se conservaba a título de símbolo en la mancipatio? Después la nuncupatio emana del acreedor solo; en la sponsio, hay una pregunta y una respuesta: es ésa una diferencia muy importante para que se pueda admitir entre esos dos contratos una relación de filiación. Otros hacen derivar la sponsio de un juramento prestado por el deudor sobre el altar de Hércules. Lo que parece cierto es que tuvo primero un carácter religioso. Pero las ceremonias que la acompañaban fueron descuidadas a continuación, a medida que tomó extensión. Recibió un nombre más en armonía con su función, que era fortalecer la convención de las partes: éste fue la stipulatio. Esta manera de contratar acabó por ser accesible aún a los extranjeros, a condición, sin embargo, de emplear otros términos, porque la palabra spondere quedó especial para los ciudadanos. (17)

Del nexum se desprenden dos nuevos contratos: el contrato litteris y el mutuum.

Todo ciudadano acostumbraba a tener un registro, codex, donde consignaba los actos de su vida privada. El que había hecho un préstamo por medio del nexum no dejaba de hacerlo constar, escribiendo que tal suma se había pesado y entregado al prestatario: pecunia expensa Titio lata. Se acabó por

(17) Eugene Petit. Op. cit. Pág. 320.

admitir, sin duda después de la Ley Paetelia Papiria, que la comprobación del nexum, escrita por el acreedor, con el consentimiento del deudor, bastaba para hacer nacer la obligación civil, como si hubiese habido realmente empleo del aes et libra. Una prueba de este origen del contrato litteris -- consiste en la mención que sirve todavía para realizarlo en la época clásica, y en que figura la palabra expensum. Se supone, pues, un peso que no ha tenido lugar, y que no tiene ya razón de ser. (18)

Posteriormente los préstamos de dinero se realizaban de una manera más sencilla.

Cuando la moneda de plata estuvo en uso, se tuvo necesidad de pesar la suma prestada. El empleo del aes et libra cesó de ser necesario para la perfección del contrato, que no exigió en lo sucesivo más que la tradición de la suma al prestario. Sin embargo, es probable que se añadiese con anterioridad a la entrega de las especies una estipulación para obligar al prestatario a devolver. Después se debió libertar de esta formalidad, que necesitaba la presencia de las partes, y se consideró como obligado al que había simplemente recibido una suma a título de préstamo. Esto fué el contrato de mutuum que se formó re, por la tradición traslativa de propiedad de cierta suma al prestatario. El uso de añadir una estipulación se conservó largo tiempo, sin ser obligatorio en adelante, atestiguando el estado anterior del Dere---

(18) Ib. idem.

cho. Pero cualesquiera que hayan sido sus transformaciones, y aunque haya llegado a ser un contrato del derecho de gentes accesible a los extranjeros, el mutuum no ha perdido nunca su carácter originario. Como el contrato litteris, ha engendrado siempre una obligación de derecho estricto. (19)

Posteriormente a estos contratos aparecen los contratos que se perfeccionan por la entrega de una cosa y se denominan -- re. Aparecen el comodato, el depósito y el pignus o contrato de prenda.

Estos contratos operaban de la manera siguiente: la propiedad del objeto prestado, depositado o dado en prenda se -- transfería al prestatario, al depositario o al acreedor, por mancipatio o in jure cessio. Se añadía ahí un pacto por el cual el adquirente se comprometía a volver a transferir, en momento oportuno, la cosa al antiguo propietario. Esto era un pacto de fiducia sancionado por la acción fiduciae. (20)

La entrega de una cosa en comodato, en depósito o en prenda llevada de esta manera no engendraba ninguna obligación contractual, pero la negación a restituir era un acto de mala fe condenado por las costumbres, y que acabó por ser tratado como una especie de delito, cuya represión aseguró al pretor dando al que había sido víctima de él una acción in factum.

(21)

(19) Ib. Idem. Pág. 321.

(20) Ib. Idem.

(21) Ib. Idem. Pág. 322.

cho. Pero cualesquiera que hayan sido sus transformaciones, y aunque haya llegado a ser un contrato del derecho de gentes accesible a los extranjeros, el mutuum no ha perdido nunca su carácter originario. Como el contrato litteris, ha engendrado siempre una obligación de derecho estricto. (19)

Posteriormente a estos contratos aparecen los contratos que se perfeccionan por la entrega de una cosa y se denominan -- re. Aparecen el comodato, el depósito y el pignus o contrato de prenda.

Estos contratos operaban de la manera siguiente: la propiedad del objeto prestado, depositado o dado en prenda se -- transfería al prestatario, al depositario o al acreedor, por mancipatio o in jure cessio. Se añadía ahí un pacto por el -- cual el adquirente se comprometía a volver a transferir, en momento oportuno, la cosa al antiguo propietario. Esto era un pacto de fiducia sancionado por la acción fiduciae. (20)

La entrega de una cosa en comodato, en depósito o en prenda -- llevada de esta manera no engendraba ninguna obligación contractual, pero la negación a restituir era un acto de mala -- fe condenado por las costumbres, y que acabó por ser tratado como una especie de delito, cuya represión aseguró al pretor dando al que había sido víctima de él una acción in factum.

(21)

(19) Ib. Idem. Pág. 321.

(20) Ib. Idem.

(21) Ib. Idem. Pág. 322.

Más tarde, la simple entrega de la cosa fué, por último, considerada, como una causa suficiente de obligación civil. El que la había recibido estaba obligado a restituirla según la buena fe, y el acreedor estaba provisto contra él de una acción redactada in jus (en derecho). Así, tres nuevos contratos, formados re, el comodato, el depósito, la prenda, se agregaron al mutuum, pero con carácter diferentes. Es únicamente hacia fines de la República cuando parece realizado ese progreso. Por otra parte, aún en la época clásica, la práctica antigua, que consistía en transferir la propiedad de la cosa con pacto de fiducia, estaba todavía en uso. (22)

Para concluir con este punto, nos resta hablar de los contratos consensuales, es decir, aquéllos que se forman única y exclusivamente por el consentimiento.

Aparece aquí la venta como la operación más antigua considerada dentro de la clasificación de los contratos consensuales. Mientras que la moneda fué desconocida, no se practicó más que el cambio al contado, efectuado por una doble traslación de propiedad. Después de la introducción de la moneda, la venta, en la que se adquiere una cosa mediante un precio se distinguió el cambio. Para realizarla, el vendedor transfería al comprador la propiedad de la cosa vendida por mancipación o tradición, según los casos; era un datio a título de venta, de donde el nombre de venumdatio. En cuanto al precio, era pagado inmediatamente. Más tarde, la estipulación -

(22) Ib. Idem.

proporcionó a las partes el medio de hacer la venta de otro modo distinto que al contado. Las obligaciones consentidas - por el vendedor y el comprador se resumían y formulaban en una doble estipulación: uno se comprometía a entregar la cosa; el otro a pagar el precio. La estipulación debió permitir también crear relaciones civilmente obligatorias en caso de arrendamiento y de sociedad. Se encuentran aún bajo el Imperio vestigios de este procedimiento. Pero la acción de derecho estricto que sancionaba la obligación nacida de la estipulación se sometía mal a la apreciación de deudas recíprocas. Por eso el Derecho Civil acabó por sancionar la simple convención en caso de venta, de arrendamiento y de sociedad. Fueron contratos formados solo consensu. (23).

Por otra parte, el mandato fué en los comienzos uno de esos servicios gratuitos que se piden a un amigo, y cuya ejecución estaba suficientemente garantizada por la buena fe y -- por las costumbres. Es probable que fuese ofrecida primeramente por el pretor una sanción más eficaz, bajo la forma de una acción in factum, y que el Derecho civil hiciese a continuación del mandato un contrato productor de obligación y -- formado por el solo consentimiento. (24)

La fecha en que aparecen estas innovaciones no se puede precisar con exactitud, supuestamente datan desde el siglo VI o aún con anterioridad, lo que sí se puede precisar es la fecha que se señala en los pasajes de Cicerón al hablar del --

(23) Ib. Idem.

(24) Ib. Idem. Págs. 322 y 323.

Pontífice Q. Scaevola quien habla que entre las acciones de buena fe, hay las que nacen de la sociedad, del mandato, de la venta y el arrendamiento.

4.-LOS CONTRATOS EN EL DERECHO JUSTINIANO.

Es hasta la época de Justiniano que se regulan los contratos innominados.

Señala Juan Iglesias en su libro Derecho Romano que en el -- "Derecho Justiniano, contrato es todo acuerdo capaz de constituir a una persona en deudora de otra. Refiérese el acuerdo a toda suerte de negocios, ya se encaminen a la constitución de obligaciones o de derechos reales, ya a la modificación o extinción de cualquier relación jurídica. Queda así superada la concepción propia del ius civile, a tenor de la cual el contractus sólo puede producir obligaciones." (25)

Las Instituciones de Gayo clasifican a los contratos en reales, verbales, literales y consensuales. Esta clasificación corresponde a la vigente en la época clásica. Fuera de ella quedan el nexum, así como los contratos innominados, acogidos éstos a la sanción pretoria. Por otra parte, por litterarum obligatio se entiende aquí el nomen transscripticium.

Una vez que desaparece la transscriptio, la clasificación de los contratos se reduce a tres: re, verbis y consensu. Volverá a ser de cuatro en la época de Justiniano, con la nueva obligación literal. Se habla de la obligatio litteris cuando

(25) Juan Iglesias: "Derecho Romano". Ediciones Ariel. Barcelona, 1972. - Pág. 401.

media un documento escrito y no es dable oponer contra él, - por haber transcurrido el tiempo útil, la querela non numeratae pecuniae. Si no cabe oponer la querela, el deudor queda obligado por la escritura. (26)

II.-EL DERECHO DE LOS CONTRATOS EN EL SIGLO XIX.

1.-ETAPA DEL PREDOMINIO DEL INDIVIDUALISMO EN EL DERECHO CONTRACTUAL.

Señala León Duguit en su libro Las Transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón (27) que "la Declaración de los derechos del hombre, el Código de Napoleón y todos los códigos modernos que proceden más o menos de esos dos actos, descansan en una concepción puramente individualista del Derecho."

Se concibe al Derecho Subjetivo como el poder que corresponde a una voluntad de imponerse como tal a una o varias voluntades, cuando quiere una cosa que no esta prohibida por la Ley. (28) De esta manera la cosa objeto del contrato siempre dependerá de la voluntad de una de las partes, es decir, podrá imponer su voluntad el propietario de la cosa a la otra voluntad y ésta así quedará condicionada al respeto de la parte mas fuerte.

El hombre es por naturaleza libre, independiente, aislado, - titular de derechos inalienables e imprescriptibles, de dere

(26) Ib. Idem. Pág. 402.

(27) León Duguit: "Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón". Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera. Madrid, 1920. Págs. 23 y 24.

(28) Ib. Idem. Pág. 26.

chos llamados naturales, indisolublemente unidos a su cualidad de hombre. Las sociedades se han formado por la aproximación voluntaria y consciente de los individuos, que se han reunido con el fin de asegurar la protección de sus derechos individuales naturales. Sin duda por efecto de esta asociación, se han impuesto restricciones a los derechos de cada uno, pero sólo en la medida en que ésto es necesario para asegurar el libre ejercicio de los derechos de todos. La colectividad organizada, el Estado, no tiene otro fin que proteger y sancionar los derechos individuales de cada uno. La regla de derecho, o el derecho objetivo, tiene por fundamento el derecho subjetivo del individuo. Impone al Estado la obligación de proteger y de garantizar los derechos del individuo; le prohíbe hacer leyes o realizar actos que atenten contra ellos. Impone a cada cual la obligación de respetar los derechos de los demás. El límite de la actividad de cada cual tiene por fundamento y por medida la protección de los derechos de todos. En el artículo 4º de la Declaración de los derechos del hombre se lee: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro: así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley." El artículo 5º dice: "La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales para la sociedad." Y en el título I, párrafo 3º de la Constitución de 1791 se lee: "El poder legislativo no podrá hacer --

ninguna ley que atente y sea obstáculo al ejercicio de los -
derechos naturales y civiles..." (29)

Esta concepción puramente individualista del derecho es tan_
artificial como la concepción metafísica del derecho subjeti_
vo. Como ésta es un producto histórico, ha tenido su valor -
de hecho en un momento dado; pero no puede subsistir. (30)

Señala Duguit que la noción del derecho subjetivo es una no-
ción de orden metafísico que no se puede dar en las socieda-
des modernas, las cuales han sido dominadas por el realismo_
y el positivismo, y que por ende, la concepción individualis_
ta debe desaparecer.

Por otra parte, tomada en sí misma, la concepción individua-
lista es insostenible. Esta idea del hombre natural, aisla-
do, independiente, que tiene en su calidad de hombre dere--
chos anteriores a la sociedad y que aporta estos derechos a_
la sociedad, es una idea extraña por completo a la realidad.
El hombre aislado e independiente es una pura ficción; no ha
existido jamás. El hombre es un ser social; no puede vivir -
más que en sociedad; ha vivido siempre en sociedad. (31)

Es cierto lo que señala Duguit, ya que los derechos que se o-
torgan al hombre de manera particular siempre van relaciona-
dos con otro ser, ya sea el Estado u otro hombre, en donde -
hay un sólo individuo no puede haber derechos, ya que es él_

(29) Ib. Idem. Págs. 32 y 33.

(30) Ib. Idem. Pág. 33.

(31) Ib. Idem. Pág. 34.

solo y no necesitaría de ellos. Este individuo aislado de los demás nunca ha podido existir, porque la misma reproducción de él no se permite individualmente.

2.-ÉTAPA EN QUE EL CONTRATO EMPIEZA A SER CONSIDERADO EN SU FUNCIÓN SOCIAL.

El hombre no tiene derechos; la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Y ese es precisamente el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados. (32)

Este concepto es de orden realista y socialista que transforma a las concepciones jurídicas anteriores. Para demostrar lo anterior Duguit habla de los conceptos de libertad y propiedad.

La libertad -señala- se define en el sistema individualista como el derecho de hacer todo lo que no daña a otro y, por lo tanto, a fortiori el derecho de no hacer nada. En la concepción moderna, la libertad no es eso. Todo hombre tiene una función social que llenar, y por consecuencia tiene el deber social de desempeñarla; tiene el deber de desenvolver, tan completamente como le sea posible, su individualidad física, intelectual y moral para cumplir esa función de la mejor manera y nadie puede entorpecer ese libre desenvolvimiento. Pero el hombre no tiene el poder de permanecer inactivo,

(32) Ib. Idem. Págs. 35 y 36.

de entorpecer el libre desenvolvimiento de su individualidad; no tiene derecho a la inactividad, a la pereza. Los gobernantes pueden intervenir para imponerle el trabajo. Pueden incluso reglamentárselo; porque los gobernantes no hacen entonces más que imponerle la obligación de realizar la función social que le incumbe. (33)

En cuanto a la propiedad, no es ya en el derecho moderno el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella. Ella es y ella debe ser; es la condición indispensable de la prosperidad y la grandeza de las sociedades y las doctrinas colectivistas son una vuelta a la barbarie. Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino. (34)

(33) Ib. Idem. Págs. 36 y 37.

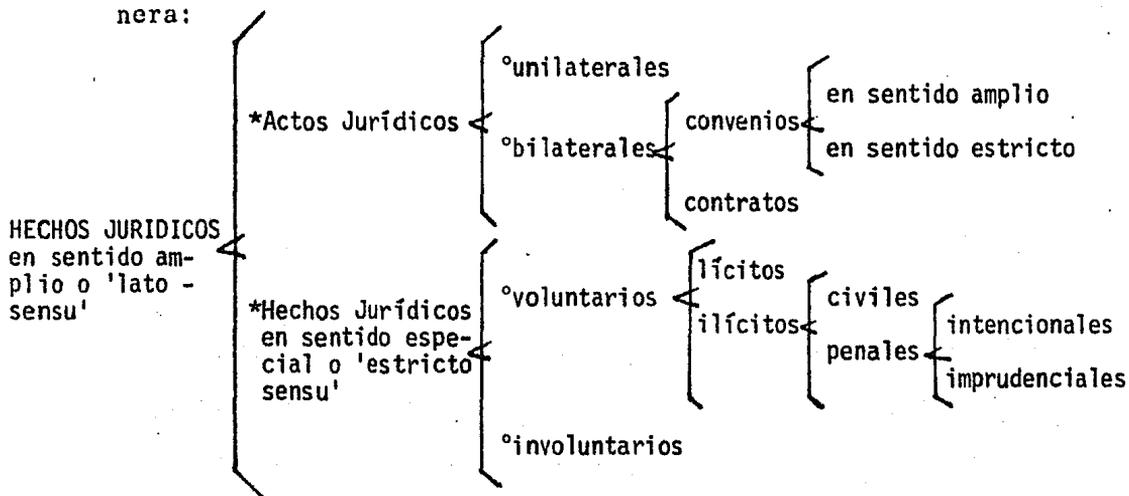
(34) Ib. Idem. Pág. 37.

CAPITULO SEGUNDO

ESTUDIO SISTEMÁTICO Y ANALÍTICO DEL CONTRATO.

I.-CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DEL ACTO JURÍDICO. DEFINICIÓN DE CONTRATO.

Para iniciar este punto es necesario referirse a la clasificación que efectúa el maestro Julián Bonnacase acerca de los hechos jurídicos y que se puede ilustrar de la siguiente manera:



Para explicar este cuadro, se seguirá la exposición formulada por el maestro Benjamín Flores Barroeta en sus "Apuntes de Derecho Civil, Primer Curso" e iniciaremos definiendo a cada concepto.

"Hechos jurídicos en sentido amplio o 'lato sensu', son todos los acontecimientos que producen consecuencias jurídicas, porque realizan un supuesto jurídico de manera que se actualice la disposición de una norma jurídica", (1) es decir, que tomando o no en cuenta la voluntad del hombre (sujeto de derecho) se producen consecuencias jurídicas.

Los hechos jurídicos en sentido amplio o "lato sensu" se di-

(1)Op. cit. Pág. 75.

viden en actos jurídicos, que son "aquellos en que el derecho toma de manera fundamental la voluntad del hombre para la producción de efectos jurídicos", y en hechos jurídicos - en sentido especial o estricto, que son "aquellos en que independientemente de la voluntad del hombre, se producen las consecuencias jurídicas." (2)

Los hechos jurídicos en sentido estricto se subdividen en voluntarios e involuntarios. En estos tipos de hechos jurídicos independientemente de la voluntad del hombre se producen las consecuencias jurídicas que la ley prevé, es decir, que a diferencia de los actos jurídicos en los cuales la voluntad de las partes es esencial para producir consecuencias de derecho, en los hechos jurídicos en sentido estricto, voluntarios e involuntarios, no se requiere de la voluntad de las partes para que se produzcan las consecuencias jurídicas, si no que son una consecuencia del Derecho.

A continuación nos ocuparemos única y exclusivamente de desarrollar lo concerniente a los actos jurídicos en virtud de ser los que interesan a los fines de este trabajo, siguiendo por supuesto a la doctrina francesa representada por Bonnecase.

Flores Barroeta siguiendo a lo expuesto por Bonnecase define al Acto Jurídico como "una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en en

(2) Ib. Idem.

gendar con fundamento en una regla de derecho, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado o un efecto de derecho, relativo a la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y de obligaciones." (3)

Siguiendo el cuadro sinóptico señalado al inicio de este capítulo se puede observar en él que los actos jurídicos se subdividen en unilaterales y bilaterales. Los actos jurídicos unilaterales son aquellas manifestaciones de la voluntad de una sola persona, es decir, son obras de un solo individuo, de su propia voluntad. El único acto jurídico unilateral que existe en nuestro Derecho Positivo es el testamento, el cual se define en el artículo 1295 del Código Civil vigente como un "acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte."

Los actos jurídicos bilaterales son aquellas manifestaciones exteriores de la voluntad, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado o un efecto de Derecho, relativo a la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y de obligaciones. A su vez estos actos jurídicos se dividen en convenios y contratos.

La diferencia entre convenios y contratos estriba en las consecuencias jurídicas que produzcan; es decir, los convenios

(3) Op. cit. Pág. 77.

producen el nacimiento, transmisión, modificación o extinción de derechos u obligaciones; en cambio los contratos solamente se proponen crear o transmitir derechos u obligaciones.

Los convenios, a su vez, pueden ser entendidos en sentido amplio, ésto es cuando crean, transmiten, modifican o extinguen derechos u obligaciones y en sentido estricto, cuando solamente modifican o extinguen también derechos y obligaciones. Siguiendo estas ideas, se puede definir al contrato como aquel acuerdo de voluntades, cuyo fin directo consiste en crear, con fundamento en una regla de derecho, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado o un efecto de derecho relativo a la creación o transmisión de derechos u obligaciones.

El Código Civil vigente siguiendo estas mismas ideas define en sus artículos 1792 y 1793 lo que debe entenderse por convenio y contrato y expresa: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones"; "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."

Los actos jurídicos para perfeccionarse en Derecho, es decir para que puedan ser eficaces, deben reunir ciertos elementos; estos elementos pueden ser de dos órdenes: de existencia y de validez. A continuación analizaremos cada uno de e

llos.

II.-ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO.

Los elementos de existencia están señalados en el artículo - 1794 del Código Civil y son el consentimiento y el objeto. - Cabe aclarar que existe un tercer elemento referido por la - doctrina, denominado solemnidad, que requieren ciertos actos jurídicos (los llamados solemnes), pero el cual dentro de -- nuestra legislación vigente no se contempla de manera expresa, sino que de diversas disposiciones se puede desprender - como un elemento de existencia.

1.-LA VOLUNTAD.

La voluntad o consentimiento es el primer elemento de existencia del contrato. Es necesario que este elemento esencial en el contrato se manifieste de acuerdo a las formas que regula la ley y las cuales se analizarán en este capítulo.

En el Código Civil vigente se emplea el término consentimiento como sinónimo de voluntad, pero cabe aclarar que el término voluntad es correcto expresarlo al señalar que en los actos jurídicos unilaterales depende de la voluntad de un solo individuo para producir las consecuencias de derecho. El término consentimiento se emplea en los actos jurídicos bilaterales, cuando en éstos es necesario el acuerdo de voluntades de dos o más individuos para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

A) EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, ALCANCE, LÍMITES,

Según la Teoría Clásica, señala Borja Soriano (4) "el concurso de voluntades que caracteriza al contrato, se entiende, - como el acuerdo de las libres voluntades de los contratos".

Flores Barroeta define a la autonomía de la voluntad como -- "el poder o facultad que tienen las personas para autorregular su conducta." (5) Pero también señala que los particulares disponen de una zona de libertad en todo aquello que no se encuentra vedado por el ordenamiento jurídico; es decir, - que la conducta que no se encuentra regulada por el derecho_ quedará al libre albedrío de los particulares.

Añade Borja Soriano que "la noción de la libertad individual se expresa habitualmente diciendo que todo lo que no está -- prohibido, está permitido. Esto es lo que en el dominio del_ Derecho se llama el principio de la autonomía de la volun--- tad."

Atendiendo a este principio señalan algunos autores entre ellos Nestor de Buen Lozano, Borja Soriano, etc., que la voluntad del individuo ya no es autónoma tal y como se expresaría dentro de un régimen liberal, pero debemos de atender un poco al espíritu socializador de nuestra legislación, como - lo señalaron la Comisión de legisladores encargadas de elaborar el proyecto del Código Civil en 1928, al expresar como -

(4) Manuel Borja Soriano: "Teoría General de las Obligaciones". Tomo Primero. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1971. Pág. 142.

(5) Op. cit. Pág. 79.

motivos que dieron origen a esta socialización que "es preciso socializar el Derecho porque como dice un publicista: 'una socialización del derecho será un coeficiente indispensable de la socialización de todas las otras actividades, en oposición con el individuo egoísta, haciendo nacer así un tipo de hombre más elevado: el hombre social.' Socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra" (6) tal y como se venía observando en los regímenes liberales.

Flores Barroeta interpreta lo anterior acertadamente, al decir que "nuestro Código Civil pretendiendo socializar el derecho, es decir, en el lenguaje del legislador extender los beneficios de las normas jurídicas a todas las personas sin distinción y a efecto de que el derecho no constituya un instrumento de opresión, sino que la esfera del derecho, o sea la protección jurídica, se extienda a todos por igual, que el derecho no contemple distingos, que se proyecte hacia todos a efecto de lograr la verdadera igualdad que es el objeto de la justicia y del derecho. En un régimen de esta especie, la autonomía de la voluntad se ha de encontrar restringida." (7)

(6) Motivos del Código Civil. Código Civil para el Distrito Federal. Cuadragésimo séptima edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980. Pág. - 9.

(7) Op. cit. Pág. 80.

Los límites que tiene el principio de la autonomía de la voluntad se encuentran consagrados en los artículos 60. y 80. del Código Civil, al expresar que "la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos -- privados que no afecten directamente al interés público, --- cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero" (artículo 6 del Código Civil), es decir, la autonomía de la voluntad será aplicable única y exclusivamente al derecho privado; no podrá intervenir en el Derecho Público.

El artículo 8 del Código Civil señala que "los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario". De esta manera si se afecta el interés público, aún cuando se tratare de un acto privado, la autonomía será ineficaz.

B) DIVERSAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD.

La ley reconoce diversas formas de manifestar la voluntad: a través de la palabra, la escritura, el lenguaje mímico, la ejecución de ciertos gestos, señas o actos que constituyen una forma válida para exteriorizar la voluntad y por medio -- del silencio.

A) VOLUNTAD EXPRESA.

La voluntad podrá manifestarse expresamente para formar el -

contrato y será expresa, señala la ley, cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos (artículo 1803-1a. parte del Código Civil). Es decir cuando se manifiesta por medio de la palabra es verbal; mediante la escritura, redactando un documento público o privado, será escrita, y en algunos contratos es más que suficiente que la expresión del consentimiento se realice a través de señas o gestos que revelen la voluntad, para que ésta quede configurada, como la manifestación expresa de una o ambas partes del contrato.

B) VOLUNTAD TÁCITA.

Es tácita, dispone la ley, cuando la manifestación "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." (Artículo 1803-2a. parte del Código Civil)

Para que se considere manifestada la voluntad tácitamente, basta con que se ejecuten ciertos actos que necesariamente supongan la manifestación de una voluntad, aunque no se lleve a cabo gesto o seña alguna; ejemplo de esto lo encontramos en el contrato de arrendamiento, con la denominada "tácita reconducción", que tiene lugar cuando una vez vencido el plazo estipulado en el contrato continúa el arrendamiento sin oposición del arrendador, que acepta el pago por concepto de renta del bien arrendado y del arrendatario, al lle-

var a cabo dicho pago, es decir, ambos aceptan tácitamente, con su conducta, que el contrato continúa vigente.

C) EL SILENCIO Y SUS EFECTOS.

Se puede iniciar diciendo que el silencio no es una forma de manifestar la voluntad, ya que el adagio aquél que señala -- "el que calla, otorga" no opera en derecho en virtud de que la ley no puede producir consecuencias jurídicas, salvo aquellos casos en que lo señala expresamente, es decir, si no lo regula no se puede considerar como una forma de manifestar la voluntad.

Aquel caso en que el silencio sí produce efectos jurídicos - lo encontramos como excepción en el contrato de mandato al expresar el artículo 2547 del Código Civil que "el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume por aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehusen dentro de los tres días siguientes. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato."

En contraposición con lo anterior, la ley señala expresamente al transmitir las obligaciones por medio de una cesión de deudas que el silencio no surte efectos jurídicos al señalar el artículo 2054 del Código vigente, que "cuando el deudor y

el que pretenda substituirlo fijen un plazo al acreedor para que manifieste su conformidad con la substitución, pasando e se plazo sin que el acreedor haya hecho conocer su determinación, se presume que rehusa."

Se ve claramente una disposición contraria a aquel adagio -- que se podría covertir en principio si hubiere ordenamientos a su favor, pero el simple hecho de guardar silencio, se considera que el acreedor rehusa y no otorga ningún consenti--- miento.

2.-EL OBJETO.

El objeto es el segundo elemento de existencia o esencial -- del contrato. El artículo 1794 del Código Civil ya señalado dispone que para "la existencia del contrato se requiere: .. . II. Objeto que pueda ser materia del contrato."

Nuestro Código Civil vigente señala en su artículo 1824 que "son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar, II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer."

La doctrina señala que existen dos tipos de objeto, el directo que consiste en crear o transmitir obligaciones en los -- contratos, y el indirecto, que es la cosa o el hecho que asi mismo son el objeto de la obligación que engendra el contra-to. Igualmente, en la obligación el objeto directo es la conducta del deudor, y el indirecto es la cosa o el hecho rela-

cionados con dicha conducta.

A) OBJETO DIRECTO Y OBJETO INDIRECTO.

El objeto directo de todo acto jurídico consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; ejemplo de ello sería el contrato de arrendamiento, que crea la obligación por una parte de conceder el uso o goce temporal de una cosa, y por la otra, de pagar por ese uso o goce un precio cierto y que se denomina renta.

El objeto indirecto viene a ser el objeto inmediato de la obligación, siguiendo el mismo ejemplo expuesto, el objeto indirecto vendría a ser la cosa materia del contrato, es decir, el bien arrendado.

Ahora bien, el objeto de los contratos podrá consistir según lo expuesto en la introducción a este punto (número dos) en un dar, hacer o no hacer, es decir, el objeto indirecto como consecuencia inmediata de la obligación podrá consistir en un entregar, realizar o abstenerse de llevar a cabo algo.

Se señala en la ley que el "objeto sea materia del contrato", (artículo 1794-II del Código Civil) esto significa que sea posible y para que sea posible es necesario distinguir entre dos posibilidades que son necesarias para que el contrato exista pero que no tienen las mismas consecuencias: la posibilidad física y la posibilidad jurídica.

La posibilidad física consiste en que la cosa se encuentre - dentro de la naturaleza, si no se encuentra en la naturaleza se dirá que es físicamente imposible, porque no existe y así lo expresa la fracción I del artículo 1825 del Código Civil_ vigente.

Para que la cosa pueda ser jurídicamente posible -señala el_ mismo precepto en sus fracciones II y III- debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio.

El que sea determinada significa que la cosa puede definirse o fijarse lo más específico posible para que pueda efectivamente satisfacerse, y así tenemos que en el derecho existen_ dos grados de determinación de la cosa: individualmente y -- por especie.

Se determina individualmente cuando la cosa se distingue de_ cualquier otro bien y tiene características propias, y se determina en especie cuando se atiende al género, cantidad y - calidad de la cosa.

El segundo requisito señalado para que la cosa pueda ser jurídicamente posible es que se encuentre dentro de el comercio, es decir que puedan ser susceptibles de apropiación individual, ya sea por su naturaleza o por una disposición legal. Este requisito encuentra una regulación dentro del Códig

go Civil vigente en los artículos 747 al 749 al señalar "que pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio"; "las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley"; y; "están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular."

En conclusión con lo anterior, se puede resumir que el objeto puede ser directo o indirecto; el objeto indirecto puede consistir en una cosa (dar), en un hecho (hacer) o en una abstención (no hacer); la cosa, el hecho o la abstención han de ser posibles física y jurídicamente.

B) LA COSA QUE EL OBLIGADO DEBE DAR, COMO OBJETO INDIRECTO, REQUISITOS QUE DEBE LLENAR.

Existen cuatro especies de obligaciones de dar:

- I.-Traslativas de dominio.
- II.-Traslativas de uso.
- III.-Restitución de cosa ajena, y
- IV.-Pago de cosa debida.

El Código Civil enumera estas formas de obligaciones en el artículo 2011 al señalar que "la prestación de cosa puede consistir: I. En la traslación de dominio de cosa cierta; II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta; III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida."

Ejemplos de obligaciones de dar traslativas de dominio tenemos a la donación, mutuo, sociedad, etc.; de traslativas de uso al arrendamiento y comodato; de restitución de cosa ajena al depósito y prenda y por último a las de pago de cosa debida al pago del precio en la venta, arrendamiento, prestación de servicios, etc. (8)

Siguiendo las ideas expresadas en el punto A, podremos señalar como requisitos que debe llenar la cosa que el obligado debe dar los siguientes:

1) Que la cosa exista en la naturaleza, es decir, que exista en el momento de celebrarse el contrato, o que si en un futuro existirá que pueda ser objeto del contrato (Artículos 1825-1º y 1826 del Código Civil).

Así, no pueden ser objeto del contrato cosas o servicios imposibles, en cambio podrán ser cosas futuras, siempre y cuando sean posibles, a excepción de "la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento." (Artículo 1826 del Código Civil).

2) Que sea determinado o determinable en su especie, y

3) Que esté dentro del comercio (Artículo 1825- 2º y 3º del Código Civil)

Aparte de estos requisitos atendiendo a la naturaleza de la cosa la ley señala disposiciones complementarias para perfeccionar al contrato y tenemos así que en los casos en que la cosa sea cierta el acreedor no está obligado a recibir otra,

(8) Rafael Rojina Villegas: "Derecho Civil Mexicano". Tomo Quinto, Obligaciones. Volumen I. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, - 1976, Pág. 292.

aún cuando su valor sea superior al de la primera; lo que sí se debe de entregar al acreedor son los accesorios o frutos de la cosa cuando se haya pactado. (Artículos 2012 y 2013 -- del Código Civil).

Cuando la cosa sea cierta y determinada se transfiera su propiedad por mero efecto del contrato, es decir, se perfecciona una vez que se haya celebrado este, pero si esta no es -- cierta y determinada se perfeccionará el contrato cuando la cosa sea cierta y determinada (Artículos 2014 y 2015 del Código Civil).

Cuando la cosa que resultase de incierta e indeterminada no se designe su calidad, el deudor cumple al entregar una de mediana calidad, contrario sensu, si en el contrato se señalase una calidad específica superior a la de mediana calidad, el deudor no podrá cumplir con una de esta calidad, tendrá que dar lo pactado en los mismos términos (Artículo 2016 del Código Civil).

Cuando la cosa cierta implique la trasmisión de la propiedad y ésta llegare a perderse o deteriorarse una vez que la tiene el deudor o cuando la obligación de dar, tenga por objeto una cosa designada sólo por su género y cantidad, una vez individualizada por elección de alguna de las dos partes y también llegare a perderse una vez que la tiene el deudor -la ley de la materia señala ciertas reglas que deberán de obser

vase en su artículo 2017-:

- I. Si la pérdida fué por culpa del deudor, éste responderá - al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios;
- II. Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado que se - encuentre y exigir la reducción de precio y el pago de daños y perjuicios;
- III. Si la cosa se perdiera por culpa del acreedor, el deudor queda libre de la obligación;
- IV. Si se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle; y
- V. Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, - a menos que otra cosa se haya convenido."

Una vez que la cosa se encuentre en poder del deudor, si se pierde, la culpa será de él, salvo prueba en contrario. Si - el contrato se perfecciona por medio de una cosa cierta y de terminada proveniente de una falta o delito y el deudor la perdiere no se libera del pago el acreedor, salvo que intento entregarle la cosa al acreedor pero éste se negó a recibirla y por consiguiente se constituyó en mora. (Artículos - 2018 y 2019 del Código Civil).

Ahora bien, cuando la cosa materia del contrato llegase a --

perderse o deteriorarse por causa ajena al deudor, éste tendrá la obligación de ceder los derechos y acciones al acreedor para exigir al responsable el pago de una indemnización. (Artículo 2020 del Código Civil).

Señala la ley que "la pérdida de la cosa puede verificarse: - I. Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio y, II. Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o --- que, aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar." - (Artículo 2021 del Código Civil)

En las enajenaciones con reserva de dominio, o uso o goce -- hasta cierto tiempo, se atenderá a las siguientes disposiciones: si hay pacto se estará a el; en caso de pérdida será -- responsabilidad de la parte que la originó; si no hubiese -- contrato expreso o culpabilidad de alguna de las partes, la pérdida será mutua, es decir, las pérdidas de derechos y o-- bligaciones será equitativa, sin importar si fué total o parcial; si llegase a existir controversia en cuanto a la disminución de derechos para aquéllos casos de pérdida parcial se nombrará perito competente para determinar el grado de disminución por ambas partes. (Artículo 2023 del Código Civil).

Si no hay traslación de la propiedad, sino únicamente el uso o goce de una cosa, el riesgo de que la cosa se pierda será para el acreedor, a menos que hubiere culpa o negligencia -- por parte del deudor. (Artículo 2024 del Código Civil).

Cuando la cosa necesita para su conservación que el obligado realice ciertos actos y no los realiza, habrá culpa o negligencia por parte de él.

Dispone el artículo 2026 del Código Civil vigente que "si -- fuesen varios los obligados a prestar la misma cosa, cada uno de ellos responderá, proporcionalmente, exceptuándose en los casos siguientes:

- I. Cuando cada uno de ellos se hubiere obligado solidariamente;
- II. Cuando la prestación consistiere en cosa cierta y determinada que se encuentre en poder de uno de ellos, o cuando dependa de hecho que sólo uno de los obligados pueda prestar;
- III. Cuando la obligación sea indivisible; y
- IV. Cuando por contrato se ha determinado otra cosa."

C) EL HECHO QUE EL OBLIGADO DEBE HACER, COMO OBJETO INDIRECTO. REQUISITOS. DIFERENCIA ENTRE HECHO ILÍCITO Y HECHO IMPOSIBLE JURÍDICAMENTE.

Se ha señalado al inicio del estudio del objeto, como segundo elemento necesario para que el contrato pueda existir, -- que el objeto indirecto consiste en la consecuencia inmediata de la obligación, es decir en un dar, hacer o no hacer. - En este punto se analizará el hecho que el obligado debe hacer.

Siguiendo así las ideas expuestas con anterioridad, el objeto de las obligaciones de hacer, como objeto indirecto, debe ser posible física como jurídicamente. Habrá imposibilidad física para poder ejecutar una obligación de hacer, cuando una ley de la naturaleza impide la realización del hecho, --- constituyendo un obstáculo insuperable, de tal manera que en forma absoluta y para toda persona no podrá realizarse la -- prestación pactada.

Cuando habiendo posibilidad física, la persona obligada no puede ejecutar el acto debido a sus condiciones, es decir, im posible jurídicamente, pero un tercero puede realizarlo; la obligación de hacer es jurídicamente existente, y el deudor_ estará obligado a que pague al tercero para que ejecute el - acto o a que indemnice al acreedor por los daños y perjui--- cios, si así lo desea éste.

Por imposibilidad física se debe de entender a aquel hecho - que va en contra de una ley de la naturaleza que constituye_ un obstáculo insuperable para su realización, es decir, que_ si el hecho que se pretende ejecutar o hacer no se puede rea lizar porque la ley de la naturaleza no lo permite, existirá una imposibilidad física.

Señala la ley de la materia vigente en sus artículos 1827 y_ 1828 que: "el hecho positivo o negativo, objeto del contra-- to, debe ser: I. Posible; II. Lícito", "es imposible el hecho_

que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización."

Aparte de lo anterior, es decir que el hecho sea posible físicamente, el hecho debe ser posible jurídicamente. Es imposible jurídicamente cuando el hecho no puede realizarse debido a que una norma de derecho constituye un obstáculo insuperable para su realización.

El Código Civil vigente al regular las obligaciones de hacer o no hacer señala que si el deudor no cumple con la obligación a que está sujeto, el acreedor tendrá el derecho a pedir al obligado que a su costa lo ejecute un tercero, cuando esta substitución sea posible. Ahora si la cosa se realizó de manera diferente a la convenida también podrá el acreedor pedir que un tercero lo ejecute a costa del mismo deudor. -- (Artículo 2027 del Código Civil).

Si una persona ejecuta un hecho cuando está obligado a no ejecutarlo, cuando se trata de obligaciones de no hacer, se le podrá obligar al pago de daños y perjuicios y a que la cosa sea destruida en los casos en que hubo obra material. (Artículo 2028 del Código Civil).

Es necesario diferenciar cuando un hecho es imposible jurídicamente

camente, es decir que la norma jurídica impide su nacimiento y la ejecución del acto, y el hecho es ilícito, ya que aquí la norma jurídica es violada, porque en este caso el acto existe, se ejecuta y produce determinadas consecuencias de derecho.

El hecho ilícito, se realiza en contra de una norma de derecho, ya sea prohibitiva o imperativa; el acto produce consecuencias determinadas que serán invalidadas posteriormente.

El hecho imposible jurídicamente es aquél que no tiene ningún principio ni de nacimiento ni de ejecución, porque la norma impide que la prestación se realice y en dado caso de que se lleve a cabo se trataría de una situación inexistente. En cambio el hecho ilícito, se realiza, llega a tener nacimiento y puede tener consecuencias según el grado de nulidad, pero la norma impide que el acto o prestación tenga nacimiento.

Lo imposible jurídicamente es aquéllo que no llega a realizarse, porque la norma de derecho supone ciertos supuestos necesarios, que de no observarse en el acto, aún cuando tengan aspecto material, no tendrán existencia jurídica, en cambio el hecho ilícito es lo posible prohibido. (9)

La imposibilidad jurídica produce la inexistencia del contrato, en cambio, el hecho ilícito produce la nulidad.

(9) Ib. Idem. Pág. 294.

Dispone la ley de la materia vigente en el artículo 1830 --- que: "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

Asimismo, en su artículo 2224 se dispone que "el acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto -- que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno..." El objeto según lo ya expresado con anterioridad para que el contrato exista es necesario que pueda ser materia -- del mismo. Es' decir, que si el objeto no puede ser materia -- del contrato será inexistente de todo hecho.

Al inicio del punto II del presente capítulo se señaló como tercer elemento de existencia referido por la doctrina para ciertos actos, a la solemnidad; todos los actos del estado civil de las personas son solemnes más sin embargo no son -- contratos. El problema se suscitaba si al matrimonio se le puede considerar un acto solemne o un contrato. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 130, tercer párrafo señala que "el matrimonio es un contrato civil..." de aquí que se le debe de considerar como tal, pero el Código Civil vigente en su artículo 1794 no señala como elemento de existencia del contrato a la solemnidad, sino que únicamente a el consentimiento y al objeto. La solemnidad como elemento de existencia del contrato de matrimonio -- se desprende de diversas disposiciones del Código Civil que lo regulan al referirse a la forma en que el acto debe de --

llevarse a cabo, elevándola al rango de elemento de existencia. Pero el matrimonio es un acto solemne no por ser contrato, sino por ser un acto del Registro Civil, de aquí que no puede pertenecer al derecho contractual, sino al derecho familiar quedando sujeto a las normas que regulan a este tipo de instituciones; por lo que como conclusión, la solemnidad no es elemento de existencia de los contratos.

III.-ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO.

Los elementos de validez del contrato se desprenden del artículo 1795 contrario sensu y son:

- I.-Capacidad legal de las partes o de una de ellas.
- II.-Ausencia de vicios del consentimiento o voluntad.
- III.-Licitud en su objeto, su motivo o fin.
- IV.-Formas de manifestar el consentimiento establecidas por la ley.

A continuación se analizará cada uno de estos elementos de validez, señalando sus conceptos y requisitos que la ley establece para su perfeccionamiento.

A)CAPACIDAD.

Siguiendo las ideas expresadas por el maestro Benjamin Flores Barroeta, define a la capacidad como "la aptitud que tienen las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para ejercitarlos por sí mismas." (10)

(10)Op. cit. Pág. 85.

De esta definición se desprende que existen dos tipos de capacidad: la de goce que sería la aptitud que tienen las personas para ser titulares de derechos y obligaciones; y la de ejercicio que es la aptitud que tienen las personas para ejercitar por sí mismas esos derechos y obligaciones de que son titulares.

A contrario sensu de todo ésto existe la incapacidad que vendría a ser "la falta de aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para hacerlos valer o ejercitar por sí mismas." (11)

De la definición anterior se desprenden dos tipos de incapacidad: la de goce que es la falta de aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones; y la de ejercicio que es la falta de aptitud de las personas para hacer valer o ejercitar por sí mismas esos derechos y obligaciones de que son titulares.

La ley vigente de la materia señala en principio en su artículo 22 que "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código", es decir toda persona física tiene capacidad de goce y de ejercicio. La incapacidad se determina en el artículo siguiente que dispone:

(11) Ib. Idem.

"la minoría de edad, el estado de interdicción y las demás - incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar - sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes."

De lo anterior se concluye que la incapacidad ya sea de goce o de ejercicio es la que vendrá a señalar las limitaciones a que se encuentra sujeto toda persona física para poder perfeccionar el primer elemento de validez del contrato señalado por la ley.

A) LA CAPACIDAD DE GOCE.

Como se ha señalado, la capacidad de goce es la aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones.

En un principio todas las personas tienen capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones, y así podemos decir -- que una persona desde que es concebida hasta su muerte tendrá capacidad de goce.

Sufren de incapacidad de goce aquellas personas que dada su situación jurídica se les regula de manera especial por la ley; es decir, se les priva de ciertos derechos y obligaciones. Así tenemos que las personas que tienen capacidad de goce para contratar son aquellas que no se exceptúan por la --

ley. Como ejemplo de personas que se exceptúan por la ley para ser titulares de derechos y obligaciones parcialmente, encontramos a los extranjeros, al señalar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 27, ---fracción I, segundo párrafo que ... "en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas"...

Las personas físicas de nacionalidad mexicana se les ve restringida su capacidad de goce parcialmente a aquellos conyuges que hayan celebrado su matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal no podrán celebrar contrato de compraventa - entre si mismos. (Artículo 176 del Código Civil)

B) LA CAPACIDAD DE EJERCICIO.

La capacidad de ejercicio es la aptitud que tienen las personas para ejercitar por sí mismas esos derechos y obligaciones de que son titulares.

La capacidad de ejercicio se ve restringida por la ley a los menores de edad; a los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan - intervalos lúcidos; a los sordo-mudos que no saben leer ni - escribir, y; a los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes. (Artículo 450 del Código Civil)

Estas personas se ven privadas de la capacidad de ejercicio para contratar, pero pueden ser titulares de derechos y obligaciones, más no los podrán hacer valer por sí mismos. Así tenemos que existe la capacidad de ejercicio total o parcial. Total para los mayores de edad en pleno uso de sus facultades mentales y parcial para los menores emancipados que pueden hacer valer sus derechos personales y sus derechos reales sobre bienes muebles.

La falta de capacidad de ejercicio origina una nulidad relativa; tiene todas las características de este tipo de nulidad: admite ratificación o confirmación del acto por el incapaz, cuando ha salido de su incapacidad o por medio de su representante legal, cuando ha sido autorizado para celebrar el contrato.

"La ratificación no podrá realizarla el representante, ya que éste tiene autorización para realizar ciertos actos de los cuales tiene capacidad en nombre del representado; pero también tiene prohibido celebrar otros actos en una forma absoluta o relativa, cuando se requiera autorización judicial. Por consiguiente, si el representante ratifica aquellos actos jurídicos que la ley le faculta para celebrarlos, la ratificación convalida retroactivamente el acto o contrato; pero si el representante ratifica un acto jurídico que él mismo no puede ejecutar en nombre del incapaz, esta ratificación no surtirá ningún efecto." (12)

(12)Rafael Rojas Villegas: Op. cit. Pág. 387.

Existen otros contratos en virtud de los cuales es necesario una previa autorización judicial para que el tutor o el que ejerza la patria potestad puedan celebrarlos.

La acción de nulidad solamente la podrá ejercitar el incapaz por conducto de su representante o por él mismo, cuando haya dejado de ser incapaz.

El Código Civil vigente señala en su artículo 637 al referirse a los contratos o actos celebrados por los incapaces que la nulidad "solo puede ser alegada, sea como acción sea como excepción, por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes, pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al constituirse la obligación, ni por los mancomunados en ellas."

El artículo 638 del mismo código señala que "la acción para pedir la nulidad prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretenda", es decir, que la nulidad relativa que produciría la falta de ejercicio, si no es ejercitada dentro del término que señalan las acciones personales o reales, se tendrá por no interpuesta y el contrato se perfeccionaría, dejando sin existencia el recurso de nulidad y por ese simple hecho el contrato ya no podrá ser nulo.

La representación. Cabe señalar que esta institución jurídi-

ca es auxiliar a la incapacidad de ejercicio, ya que aquellos que gozan de capacidad de goce, pero que sufren una incapacidad de ejercicio debido a que la ley les prohíbe realizar ciertos actos, pero al mismo tiempo contempla quiénes en nombre del incapaz pueden ejecutarlos es necesario hacer alusión a ella.

Existen dos tipos de representación: la legal y la voluntaria. La legal es la que se les confiere a los padres de los menores y a los tutores de éstos y de otros incapacitados -- por la ley. La voluntaria es cuando el que goza de la capacidad de ejercicio le encarga por su cuenta a un tercero a ejecutar ciertos contratos.

Los casos de representación legal más comunes son los siguientes: representación de los incapacitados; representación de los intereses sujetos a concurso o quiebra; representación de los bienes, derechos y obligaciones en una herencia y representación en el caso de ausencia.

Señala Rafael Rojina Villegas en su obra Derecho Civil Mexicano, Volumen V, tomo I, que "existe la representación, cuando una persona celebra un contrato o un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, de tal manera que los efectos se referirán al patrimonio y a la persona de aquél que no ha intervenido en el acto jurídico, denominado representado, y no afectarán al patrimonio del representante, que sí intervino-

en dicho acto." (13)

La doctrina señala diversas teorías acerca de la representación, trataremos de analizar cada una de ellas lo más conciso que se pueda, ya que solamente para los efectos de que la representación legal pueda ocurrir cuando se lleven a cabo contratos en los cuales una de las partes que se obliga no puede ejercitar por sí mismo esos derechos y obligaciones si no que necesita de un representante que los haga valer por ella, es necesario cumplir con los requisitos señalados por la ley, atendiendo al caso específico, es decir, al contrato que se vaya a celebrar.

La primera teoría, denominada de la ficción señala que el derecho recurre a una ficción; atribuye los efectos del acto al representado, pues entiende, ficticiamente, que el acto ha sido celebrado por él.

La segunda teoría representada por Savigny que se denomina del nuncio, en virtud de la cual el representante es un mensajero o nuncio que lleva al acto la voluntad del representado y los efectos se producen respecto de éste y no del representante.

Mitteis sostiene la tercera teoría de la cooperación en virtud de la cual el representante no contrata solo, y el representado no contrata de manera exclusiva, sino que ambos con-

(13)Op. cit. Pág. 389.

tratan jurídicamente y los dos producen el acto jurídico.

La cuarta teoría negativa de Duguit sostiene que la representación debe rechazarse porque no es sino un producto del espíritu que no contiene nada de real: es la consecuencia, según Duguit de un análisis inexacto del papel de la voluntad en la formación del acto jurídico.

La teoría mas acertada y última, se denomina teoría de la sustitución real de la personalidad del representado por la del representante, en la cual hay una sustitución real de la voluntad del representado, manifestando el representante su voluntad y obligándolo a los efectos que el acto ejecutado produciría.

Nuestro Código Civil vigente al regular la representación sigue la teoría de la ficción al disponer en su artículo 1800 que "el que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado."

El artículo 1801 señala la distinción entre representación legal y voluntaria al expresar que "ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley."

Por último, el artículo 1802 dispone que "los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nom-

bre fuerón celebrados los ratifique antes de que se retrac--
 ten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con --
 las mismas formalidades que para el contrato exige la ley. -
 Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá
 derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente -
 contrató."

B) AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD.

Hasta este punto se ha visto que el contrato para que exista
 es necesario que se manifieste la voluntad, que exista un ob
 jeto y que la persona que se va a obligar goce de la capaci-
 dad señaladas por la ley. A continuación se analizará el se-
 gundo elemento de validez necesario para que el contrato no_
 sufra la nulidad respectiva en caso de que el consentimiento
 haya sido manifestado con un vicio de la voluntad.

Los vicios de la voluntad señalados por la doctrina son: el_
 error, el dolo, la mala fe y la violencia.

Flores Barroeta señala que "la voluntad en el acto jurídico_
 debe ser expresada en forma consciente y libre. El acto, con_
 siderado como instrumento de la autonomía de la voluntad, de_
 be ser producto de un querer consciente del sujeto, expresa-
 do con plena libertad. Varias circunstancias pueden impedir_
 la expresión consciente y libre de la voluntad, recibiendo -
 tales circunstancias, la denominación de vicios de la volun-
 tad." (14)

(14) Op. cit. Pág. 89.

Continúa Flores Barrocta definiendo a los vicios de la voluntad "como las circunstancias que impidan la manifestación libre y consciente de la voluntad en el acto jurídico y que el Derecho califica para estimar la invalidez del mismo. Estas circunstancias son tres: el error, el temor y la lesión. Dentro del error se comprenden el dolo y la mala fe. El temor supone la violencia ejercitada contra el autor del acto. La lesión en nuestro ordenamiento supone propiamente un vicio de la voluntad." (15)

A continuación se analizará cada uno de los vicios de la voluntad.

A) ERROR.

Gramaticalmente se entiende por error a aquél falso concepto de la realidad. Dentro de nuestro derecho este tipo de error no importa, el que importa es aquél que la ley regula en su artículo 1813, el cual dispone: "el error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, - si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa."

El error tiene diversas especies, a saber:

I.-Error de aritmética o de cálculo, señalado en el artículo

(15) Ib. Idem.

1814: "el error de cálculo sólo da lugar a que se rectifi---
que."

II.-Error de hecho, que es aquél que recae sobre hechos mate-
riales, y por último,

III.-Error de derecho, que es aquél que recae sobre una re-
gla de derecho.

El error de hecho y de derecho dan lugar a la nulidad del --
contrato, según se desprende del citado artículo 1813.

Atendiendo a la gravedad del error, se distinguen tres ti-
pos:

- 1.-Error obstáculo o radical.
- 2.-Error nulidad, y
- 3.-Error indiferente.

1.-Error obstáculo o radical: este tipo de error es "aquel -
que impide la adecuación del acto elegido para el objeto_
propuesto o la proyección de la voluntad al objeto queri-
do, en los actos unilaterales; por las mismas razones, la
formación del consentimiento o acuerdo de voluntades en -
los actos jurídicos bilaterales." (16)

Este tipo de error da lugar a dos supuestos: a) Cuando re-
cae sobre la naturaleza del acto jurídico, y b) Cuando re-
cae sobre la identidad del objeto sobre el cual se proyec-
ta la voluntad.

Ambos supuestos impiden la existencia del contrato.

2.-Error nulidad: es aquél que recae sobre el motivo determinante del acto jurídico.

En este tipo de error el contrato tiene una existencia, - es decir, el contrato existe, pero el que ha sufrido el error puede invocarlo y pedir la nulidad de él.

El artículo 1813 del Código Civil vigente lo regula al expresar que "el error... de hecho invalida el contrato --- cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan..."

3.-Error indiferente: es aquel que recae sobre circunstancias irrelevantes, es decir, sobre cualidades secundarias del objeto, sobre motivos no determinantes de la voluntad.

No produce la invalidez, ni la inexistencia del contrato, ya que la ley no dispone nada al respecto.

De los tipos de errores que se distinguen atendiendo a su gravedad, se podrá observar que el único que produce la invalidez del contrato es el error nulidad, ya que el error obstáculo o radical produce la inexistencia y el error indiferente solamente produce una rectificación.

B) DOLO.

Cuando una persona extraña al sujeto produce el error en ella o la mantiene en él, se habla de dolo, es decir, el dolo es una causa del error cuando es producida a un sujeto por u

na persona extraña o se aprovecha de quien ya lo sufre.

El Código Civil vigente define al dolo en su artículo 1815 - al expresar que "se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes..."

El dolo reviste dos formas que se desprenden de la definición legal: a) El dolo que se emplea para inducir a el error a quien no lo padece y, b) El dolo que se emplea para mantener en el error a alguno de los contratantes que ya lo sufre.

C) MALA FE.

La mala fe también es una causa del error, y la ley lo define en la segunda parte del artículo 1815 como ... "la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido." es decir, una de las partes contratantes conoce el error, pero no lo señala, para aprovecharse de la otra parte.

Como se podrá observar tanto el dolo como la mala fe son causas del error, es decir, tanto la una como la otra dan lugar a que el vicio de la voluntad que se configure sea el error.

El dolo se diferencia de la mala fe en que implica siempre artificios o sugerencias para inducir a el error a alguno de los contratantes o mantenerlo en él, por un tercero ajeno a

las partes y, la mala fe supone siempre que el sujeto sufre el error desde un principio y una de las partes contratantes lo conoce.

El único caso en que el contrato se anula por dolo o mala fe señalado en el Código Civil vigente se encuentra en el artículo 1816 al expresar que cuando una de las partes actua tanto con dolo o mala fe o el dolo proviene de un tercero, sabiéndolo una de las partes y han sido la causa determinante del contrato, se anulará.

No se podrá reclamar la nulidad del contrato o indemnización cuando ambas partes contratantes procedan con dolo.

D) VIOLENCIA.

La violencia es el cuarto vicio de la voluntad señalado en el capitulado del presente trabajo; la ley vigente lo regula en su artículo 1819 al disponer que "hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

De esta definición se desprende que para que exista la violencia como vicio de la voluntad es necesario que se ejercite en contra de una de las partes que va a contratar a efec-

to de forzar su voluntad en el contrato por el temor que tiene. Ahora, esa violencia se podrá ejercitar físicamente por medio de la fuerza física, o moralmente, por medio de amenazas.

Es necesario que esta fuerza física o moral pongan en peligro alguno de los extremos que señala el precepto: la pérdida de la vida, la libertad, la salud o una parte de los bienes del contratante o de alguna de las personas señaladas en el mismo artículo: su conyuge, los ascendientes, los descendientes o los parientes colaterales dentro del segundo grado.

Cuando se presenta la violencia como vicio de la voluntad en el contrato se produce la nulidad de él, y ésta tendrá que provenir de alguna de las partes del contrato o de un tercero interesado o no en el contrato.

Se regula en la ley el Temor Reverencial y se define como aquel temor que se emplea para desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto. Pero este tipo de temor no produce un vicio en el consentimiento y por lo tanto no produce la nulidad del contrato.

Se señala también a la lesión como vicio de la voluntad, pero hemos de aclarar que dentro del Capítulo I, de los Vicios del Consentimiento, del Código Civil vigente no se regula co

mo tal, sino que es necesario recurrir a las disposiciones preliminares del mismo código, el cual expresa en su artículo 17 que hay lesión "cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año."

De esta definición se desprenden dos elementos de los cuales consta la lesión: a) el objetivo que consiste en que en un contrato exista una evidente desproporción en las prestaciones y, b) un elemento subjetivo que presenta un doble aspecto según el punto de vista de cada una de las partes.

Por una parte ésta lucra explotando la situación de la otra, la cual es de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema necesidad; se afecta su voluntad en cuanto a que sufre la lesión, ya que no es plenamente consciente de su voluntad.

Para que la lesión se pueda configurar como un vicio de la voluntad es necesario que existan los dos elementos señalados: objetivo y subjetivo.

Este tipo de vicio, se puede presentar en los contratos conmutativos que son aquellos en los cuales existen provechos y gravámenes recíprocos que son conocidos por las partes desde

el momento de la formación del contrato, con mayor frecuencia.

Cabe aclarar que la lesión como vicio de la voluntad establecida por la ley, en la práctica es difícil de probar, ya que la doctrina no señala que se debe entender por "suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema necesidad".

C) LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN.

Se señala a la licitud en el objeto, motivo o fin como tercer elemento de validez necesario para que el contrato no se pueda invalidar por falta de él. Se ha analizado hasta aquí a la capacidad y a los vicios de la voluntad como elementos de validez del contrato. La licitud en el objeto, motivo o fin, complementan a el objeto perseguido por la voluntad en el contrato no como elemento de existencia, sino como elemento de validez para que el contrato valga.

Se ha señalado que para que el objeto del contrato exista es necesario que sea posible tanto física como jurídicamente, - pero además de ésto es necesario que el objeto sea lícito, - tal y como se desprende de la fracción II del artículo 1827 del Código Civil vigente al disponer que "el hecho positivo o negativo, del objeto del contrato, debe ser: ...II.-Lícito."

La licitud del objeto a que se refiere este precepto es un e

lemento de validez necesario para el contrato. La ilicitud del objeto se define en el artículo 1830 al expresar "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

Las leyes de orden público son todas aquellas que ordenan -- sin excusa alguna, la ejecución de actos determinados y se les denomina a este tipo de leyes imperativas; y las que impiden la realización de actos que se estiman por el legislador como contrarios a la necesaria convivencia humana se llaman prohibitivas.

Por buenas costumbres debe de entenderse a "todo aquéllo que sin estar expresamente prohibido o impuesto por el ordenamiento positivo, constituye la moral pública de la colectividad" (17), es necesario agregar a esta definición que la moral pública puede variar en la sociedad atendiendo a su momento histórico.

Ahora, además de ser lícito en el objeto, es necesario que lo sea también en su motivo o fin, según se desprende de la fracción III del artículo 1795, complementada por el artículo 1831 el Código Civil vigente al señalar que "el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres."

(17) Ib. Idem. Pág. 88.

El objeto se distingue del fin o motivo en que el primero se encuentra determinado por ciertos móviles que las partes pretenden alcanzar; estos móviles que las partes pretenden alcanzar son el fin o motivo que determinan a el contrato.

D) FORMA EXIGIDAS POR LA LEY.

Hasta aquí se ha analizado que para que el contrato sea válido es necesario que se realice por persona capaz, que la voluntad se manifieste sin vicio alguno y que el objeto, motivo o fin sea lícito. Por último se señala como requisito de validez que la voluntad se manifieste de la forma que exige la ley, de lo contrario el contrato se podría invalidar.

Al haberse señalado que la voluntad para que exista es necesario que la parte contratante la manifieste de manera expresa o por hechos o actos que la presupongan o que autoricen a presumirlo, la ley contempla diversas formas en que esta voluntad se puede manifestar, no pudiendo llevarse a cabo de otra manera.

Así se tiene que la voluntad se podrá manifestar por medio de la palabra o por escrito; en presencia de la parte a quien se expresa, ante notario, ante testigos e inclusive por medio de signos o gestos corporales o también podrá manifestarse no expresamente, sino llevando a cabo actos que la hacen presumir.

El artículo 1803 del Código Civil vigente ya analizado, señala que "el consentimiento puede ser expreso o tácito"..., por lo cual nos concretaremos a analizar las formas que exige la ley para que sea válida la manera de manifestarlos.

En sí, la voluntad puede y debe manifestarse o de manera expresa o tácita, pero en distintas formas; estas formas son las que analizaremos.

Expresa Flores Barroeta que los "actos jurídicos desde el punto de vista de la forma de manifestación de la voluntad, se clasifican en dos categorías: actos consensuales, que son aquellos que para su validez no requieren una determinada forma de manifestación de la voluntad porque basta su expresión de cualquiera manera en que lo hagan el autor o las partes, para que sean válidos. Y actos formales, que son aquellos en los cuales la manifestación de la voluntad ha de ser de acuerdo con cierta forma establecida por la ley, con exclusión de cualquiera otra y que se impone a las partes para su validez." (18)

En principio el artículo 1796 del Código Civil señala que los contratos son consensuales al expresar que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también

(18) Op. cit. Pág. 96.

a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fé, al uso o a la ley."

Este mismo principio se repite en el artículo 1832 al disponer que "en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley."

Ahora bien, este principio consensualista se ve restringido casi de manera absoluta al analizar cada contrato en particular; ya que son tantas las excepciones que resulta inoperante.

Los artículos 1833 y 1834 del Código Civil vigente señalan que "cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal." Y "cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento imprimirá la huella digital del interesado que no firmo."

CAPITULO TERCERO

FORMACIÓN DEL CONTRATO.

I.-DIVERSOS SISTEMAS ACERCA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO.

Siguiendo las ideas señaladas por el doctor Manuel Borja Soriano en su libro Teoría General de las Obligaciones, se conocen cuatro sistemas doctrinales acerca de cómo se forma el contrato. Estos cuatro sistemas son:

- 1)"Sistema de la declaración.- En este tipo de sistema 'el contrato queda formado en el momento en que la aceptación se declara de cualquiera manera', es decir, podrá manifestarse ya sea expresa o tácitamente.
- 2)Sistema de la expedición.- Aquí 'el contrato se forma cuando la aceptación, además de manifestarse, se dirige al oferente'. Es necesario en este sistema que la parte aceptante haga saber al oferente por cualquier medio, ya sea a través de carta o telégrafo su aceptación y que salga de su dominio para que le llegue, ya que el simple hecho de redactar la carta o telegrama no basta para que el oferente conozca de la aceptación sino que le tiene que llegar el documento en el cual se exprese su consentimiento.
- 3)Sistema de la recepción.- 'El contrato se forma cuando el documento que contiene la aceptación llega al peticitante.' Aquí es necesario que el documento en el cual el aceptante manifiesta su consentimiento al oferente lo reciba y en ese momento se formará el contrato.
- 4)Sistema de la información.- En este sistema 'el contrato se forma cuando la aceptación ha llegado a conocimiento del proponente.' En este tipo de sistema no basta con que el oferente reciba el documento en el cuál el aceptante -

manifiesta su consentimiento, sino que es necesario que lo lea y se conozca de esta manera su aceptación." (1)

A continuación analizaremos los dos sistemas de formación -- del contrato entre presentes y entre no presentes, con las - modalidades señaladas por el Código Civil vigente.

I.-EL CONTRATO ENTRE PRESENTES.

En este tipo de sistema de formación del contrato las partes se encuentran en presencia la una frente de la otra. El contrato se formará en el momento en que el aceptante manifieste su consentimiento a la oferta que le hace la otra parte - (policitante). El aceptante no podrá modificar el contrato y su consentimiento no deberá presentar dificultad para que el contrato se perfeccione, porque de lo contrario el aceptante se convierte en oferente y el policitante queda desligado de su ofrecimiento. En este caso nos encontramos frente a un -- contrato en el cual la oferta se realiza sin plazo.

A este respecto señala el Código Civil vigente en su artículo 1805 que "cuando la oferta se haga a una persona presente sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente.- La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono."

Si el aceptante no manifiesta su consentimiento en el momento en que se le hace la oferta, el policitante queda desliga

(1)Op. cit. Págs. 146 y 147.

do de toda obligación. La única excepción que se podría presentar, es cuando en el mismo acto se fija un plazo al aceptante para que manifieste su consentimiento. En este caso -- nos encontraríamos frente a una oferta con plazo.

Aquí el oferente quedará ligado durante el término o plazo - que se le conceda, pero una vez transcurrido éste, si la otra parte no manifiesta su conformidad, ya no está obligado a sostener su oferta.

En el transcurso del término que el oferente le otorga a la otra parte para que manifieste su conformidad, no podrá el oferente retirar la oferta, ya que si la otra parte acepta, - el contrato quedará formado y el aceptante tendrá acción para exigir su cumplimiento y el pago de los daños y perjuicios que le pudiera ocasionar el no llevarse a cabo el contrato.

El Código de la materia regula esta situación al expresar en su artículo 1804, que "toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, -- queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo."

En la parte final del artículo 1805 del Código Civil vigente se expresa que ... "la misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono." Es decir, el contrato que se realice por este medio se considera como un contrato celebrado entre pre

sesentes, ya que las partes pueden discutir la oferta y la aceptación, tal y como si estuvieran el uno frente al otro.

2.-EL CONTRATO ENTRE NO PRESENTES.

Aquí nos advertimos que las partes no se encuentran en presencia la una de la otra, sino en lugares distintos; por ello el contrato deberá celebrarse por correspondencia o telegráficamente.

Al igual que los contratos entre presentes en este tipo de sistema acerca de la formación del contrato se atenderá a sí se han fijado en ellos plazo o no. La ley regula la formación del contrato entre no presentes de la manera siguiente: sí se ha fijado plazo señala el artículo 1804 que "toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligado por su oferta hasta la expiración del plazo"; sí la persona a quien se ha hecho la oferta no contestare la aceptación dentro del plazo que se le hubiere fijado, el contrato no se formara; sin embargo señala el artículo 1807 que "el contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación", es decir, se perfeccionará una vez que el oferente ha recibido la carta o telegrama en el cual la otra parte ha manifestado estar de acuerdo con la oferta.

Para aquellos contratos en los cuales no se encuentran las partes la una frente a la otra y no se ha fijado un plazo,

dispone el artículo 1806 que "...el autor de la oferta quedará ligado durante tres días además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones"; sin embargo, si la aceptación no es contestada por la persona a quien se ha hecho la oferta dentro de este plazo el contrato no se formará, contrario sensu, si es contestada dentro de dicho plazo el contrato quedará perfeccionado.

Tanto para aquellos contratos que se lleven a cabo entre no presentes con o sin fijación de plazo, se podrá retirar la oferta si el autor de ella hace saber a su destinatario su retractación antes de que éste reciba la oferta y se considerará como no hecha ésta. Ahora, si la persona a quien se ha hecho la oferta ha manifestado su aceptación pero se retracta de ella y lo hace saber al oferente antes de que éste reciba la contestación a ella, se considera como no hecha la aceptación. (Artículo 1808 del Código Civil).

Si el oferente recibe la aceptación lisa y llana por parte del destinatario dentro del plazo que se hubiere establecido o del que señala el artículo 1806 encontrándose la oferta subsistente, el contrato quedará formado. De lo contrario, si la respuesta que se reciba no es una aceptación lisa y llana, sino que modifica a la oferta, se considerará como una nueva proposición, regida por las disposiciones anterior--

res (Artículo 1810), es decir, como si fuera una nueva propuesta; en este caso el que debería ser el aceptante en la primera oferta, se convierte en oferente y el oferente en aceptante.

Si el proponente falleciere sin que el aceptante lo sepa, -- los herederos de aquél quedarán obligados a sostener el contrato (Artículo 1809 del Código Civil).

Para que las propuestas y la aceptación hechas por telégrafo puedan producir efectos jurídicos, es necesario que:

- 1) Los contratantes hayan estipulado por escrito previamente_ esta manera de contratar, y
- 2) Que los originales de los respectivos telegramas contengan las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos. (Artículo 1811 del Código Civil)

En el caso en que el oferente no quisiera cumplir con el contrato una vez formado éste, el aceptante señala Rojina Villegas, tendrá la acción "para exigir el cumplimiento o si prefiere, dada la retractación exigir la rescisión del mismo -- con el pago de daños y perjuicios." (2)

De todo lo anterior se desprende, atendiendo a las diversas_ teorías que señala la doctrina acerca de la formación del -- contrato, que tanto para los contratos entre presentes como_ entre no presentes, el sistema adoptado por nuestra legisla-

(2) Rafael Rojina Villegas: "Derecho Civil Mexicano". Editorial Porrúa, S. A. México, 1981. Pág. 280.

ción es el de la recepción, ya que el contrato queda perfeccionado en el momento en que el oferente recibe en su domicilio la carta o telegrama en el cual se contiene la aceptación.

II.-FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS CONSENSUALES, FORMALES, REALES Y SOLEMNES.

Contratos consensuales.-

Contratos consensual es "aquél para cuyo perfeccionamiento no se requiere ninguna forma especial; basta con que exista el consentimiento, el acuerdo de voluntades para que el contrato se perfeccione y produzca todos sus efectos." (3)

En este tipo de contrato se desprende de la definición anterior que la ley no exige ninguna forma especial para su perfeccionamiento o formación; se perfeccionará el contrato en el momento en que las partes manifiesten su voluntad de cualquier manera.

Contratos formales.-

En este tipo de contratos la ley exige determinada formalidad para su perfeccionamiento; es decir, si la voluntad no es manifestada de acuerdo con las formalidades que señala el Código Civil, el contrato no podrá perfeccionarse; existirá, pero podrá ser anulado, en virtud de no haber cumplido con las disposiciones señaladas en la ley.

(3)Francisco Lozano Noriega: "Cuarto Curso de Derecho Civil: Contratos". Asociación Nacional del Notariado Mexicano. México, 1962. Pág. 37.

El Código Civil reconoce como formas de manifestar el consentimiento las siguientes: verbalmente, por escrito, por signos inequívocos o a través de aquellos hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo (Artículo 1803 del Código Civil).

Si en los contratos no se manifiesta la voluntad en alguna de las diferentes formas que señala la ley, no se podrán perfeccionar, se formarán, pero el omitir las formalidades legales traerá como consecuencia la nulidad del mismo. Así lo dispone el Código Civil vigente en sus artículos 1795-IV, 2228 y 2229 al expresar que "el contrato puede ser invalidado: ...IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece"; "la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, ... produce la nulidad relativa del mismo"; y, "la acción y la excepción de nulidad por falta de forma competen a todos los interesados."

Si en el contrato se ve omitida la forma señalada por la ley, aquél podrá ser convalidado por las partes, mediante el otorgamiento al mismo de la forma omitida y como consecuencia quedará perfeccionado. (Artículo 2231 del Código Civil)

Cuando se "exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes pa-

ra celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal" (Artículo 1833 del Código Civil); se complementa esta disposición expresando que "cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley." (Artículo 2232 del Código Civil).

De todo lo anterior se puede decir que aquellos contratos formales que no revisten la forma exigida por la ley, podrán ser anulados a petición de cualesquiera de las partes, pero esta nulidad podrá ser excluida por las partes confirmando ellas el contrato y si al contrato no se le ha dado forma legal pero los otorgantes han manifestado su consentimiento de manera fehaciente, puede exigir cualesquiera de ellas que se le de la forma que la ley exige.

Contratos reales.-

Contratos reales son aquellos que para perfeccionarse requieren que se acompañen de la entrega de una cosa; es decir, no se constituyen únicamente con la manifestación de voluntad, sino que forzosamente debe haber tradición.

Entre los contratos que regula el Código Civil vigente y que tradicionalmente se han considerado como reales, figuran el

comodato, el mutuo, el depósito y la prenda. Pero se presenta la duda de si verdaderamente se les debe considerar como reales o como consensuales, ya que la ley de la materia no los regula de manera precisa, al no disponer concretamente que se perfeccionarán con la entrega de la cosa.

Señala el artículo 2384 del Código Civil vigente que "el mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuatario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad." En este tipo de contrato no se precisa si la entrega de la cosa materia del contrato se hará en el momento de la celebración del mismo y como hemos definido, para que el contrato que se va a celebrar sea considerado como real es necesario que la cosa materia de él se entregue en el momento mismo en que las partes van a llevarlo a cabo.

El artículo 2497 del Código Civil vigente define a el comodato como ... "un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente." En este tipo de contrato no exige la ley la entrega de la cosa para llevar a cabo su perfeccionamiento, sino que se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades.

En relación con el contrato de depósito, el Código de la ma-

teria dispone en su artículo 2516 que ... "es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando lo pida el depositante." Cabe hacer notar, como lo señala Francisco Lozano Noriega, que en esta definición, a diferencia de los contratos de comodato y de mutuo "solamente se da el concepto de contrato en función de la obligación de uno de los contratantes, del depositario; quedará la duda de si para que se constituya el depósito se requiere la entrega de la cosa, porque el artículo no habla de la obligación del depositante de entregar la cosa, sino que dice que el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa mueble o inmueble que aquél le confía; subsistirá, entonces la duda de si el contrato seguirá siendo real o no. Sin embargo, ni en este artículo ni en los posteriores que integran el título, existe la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato." (4)

Sin embargo el contrato de prenda exige para su perfeccionamiento, la entrega de la cosa. Así lo dispone el artículo 2858 del Código Civil, al expresar que "para que se tenga por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente."

De todo lo anterior se puede resumir que el mutuo, el comodato y el depósito dejaron de ser contratos reales, que como tradicionalmente se les venía considerando, en virtud de que

(4) Ib. Idem. Pág. 40.

el Código Civil vigente no dispone que para que se perfeccionen, sea necesaria la entrega de la cosa que constituye su objeto indirecto. De aquí que estos contratos adquieren el carácter de consensuales, ya que solamente es necesario el acuerdo de las partes para que queden perfeccionados. El único contrato que no se presta a confusión y que se le debe de considerar como real es la prenda, ya que para que se constituya es necesario además de la manifestación de la voluntad de las partes, la entrega de la cosa.

Contratos solemnes.-

Los contratos solemnes son aquéllos en los cuales la manifestación de la voluntad de las partes debe de observar cierta solemnidad o forma para que puedan perfeccionarse. Parece ser que este tipo de contratos se pudieran confundir con los contratos formales, pero se diferencian en éstos de no observarse las formalidades previstas por la ley se produce la nulidad relativa del contrato, es decir, admiten convalidación; en cambio tratándose de los contratos solemnes, si no se observa la forma prevista por la ley para la celebración del contrato, este será inexistente y por lo tanto no producirá ningún efecto jurídico, ni podrá convalidarse, es decir, se convertiría en la nada jurídica.

Señalan Baudry-Lacantinerie y Barde que "se designa con el nombre de contratos solemnes a aquéllos que la Ley somete a cierta formalidad que prescribe bajo pena de inexistencia --

del contrato. El consentimiento de las partes es necesario para la perfección de estos contratos, como de todos los otros, pero no basta: no tiene valor alguno a los ojos de la ley si no se ha manifestado en las formas prescritas por ella. En ausencia de esas formas, cada parte está autorizada a decir: he consentido, lo reconozco, pero rehusó hacer lo que he prometido, porque mi consentimiento, no habiendo sido dado en la forma legal, no me obliga. Aquí, pues, la forma es la que da existencia a la cosa." (5)

III.-LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.

En la actualidad a diario se celebran infinidad de contratos del tipo de los denominados "de adhesión" o "por adhesión" y dada la gran facilidad con que pueden otorgarse, pues o bien se concluyen consensualmente sobre bases que todo el mundo conoce, o bien existen "machotes", "formatos" o "esqueletos" ya impresos, a los que sólo hay que llenar ciertos huecos, con los datos relativos. Así ocurre, por ejemplo, con los concernientes a los servicios de transporte, de energía eléctrica, de teléfono, de gas, correos, telégrafos, etc.

Planiol y Ripert, respecto a la naturaleza del contrato de adhesión, manifiestan que se trata de un concepto muy vago, además de que es difícil encontrar los elementos característicos de los mismos; sin embargo, mencionan cinco razgos que estiman son los que identifican a este tipo contractual y así señalan:

(5) Baudry-Lacantinerie y Barde, t. XII, núm. 22. Citado por Manuel Borja Soriano. Op. cit. Pág. 220.

- "1o.-En todos los contratos de adhesión la oferta tiene un carácter general y permanente, yendo dirigida a persona indeterminada y siendo mantenida por tiempo ilimitado o por cierto tiempo.
- 2o.-La oferta emana de un contratante que tiene a su favor un monopolio de hecho o de derecho, o al menos un gran poder económico, bien sea por sus propias fuerzas o por unión con otras empresas análogas.
- 3o.-El objeto del contrato es la prestación de un servicio privado con utilidad pública, pretendido por todo el mundo y que solamente una persona determinada puede proporcionar.
- 4o.-La oferta aparece bajo la forma de un contrato-tipo cuyas condiciones generales, cuidadosamente estudiadas, forman un conjunto que se presenta en bloque a los adherentes particulares; generalmente esos contratos tipo están impresos y comprenden numerosas cláusulas difíciles de comprender y aún de leer para los legos.
- 5o.-El contrato comprende una serie de cláusulas establecidas, todas ellas en exclusivo interés del oferente; unas sancionan con severidad extremada el incumplimiento eventual del adherente, otras suprimen, o limitan la responsabilidad contractual del oferente." (6)

A continuación se analizarán las dos doctrinas que han elaborado diferentes juristas para explicar la naturaleza del contrato de adhesión: una de ellas defiende la tesis de que se

(6)Planiol y Ripert: "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Editorial Cultural, S. A. Habana, 1946. Tomo VI. Págs. 122 y 161.

trata de un acto unilateral y la otra lo considera un verdadero contrato.

1.-TESIS QUE CONSIDERA QUE EL LLAMADO "CONTRATO DE ADHESIÓN" ES EN REALIDAD UN ACTO UNILATERAL.

Esta tesis ha sido sostenida, entre otros juristas, por León Duguit, Saleilles, Salle y, en cierta medida, Julian Bonnecase. Genéricamente señalan Planiol, Ripert y Esmein, que ---- "ciertos autores, impresionados por la desigualdad de situación de las partes, declaran que en los pretendidos contratos de adhesión falta, por un lado, la voluntad libre y esclarecida sin la cual no hay contrato verdadero... Para ellos se trata de un acto unilateral emanado de una autoridad privada y cuyos efectos, una vez dada la adhesión por un tercero, se determinan por la sola voluntad del oferente." (7)

León Duguit al enjuiciar a los contratos de adhesión, para explicar su postura, ejemplifica con los aparatos de distribución automática y expresa "el industrial o la administración que establece en un lugar público un distribuidor de ese género, crea con ésto un estado de hecho tal que todo individuo que coloca en el aparato la moneda indicada, se hace acreedor del objeto anunciado en dicho aparato o de la restitución de la moneda. Se dice: hay un contrato de adhesión, porque el que hace uso del distribuidor se adhiere a un cierto estado de hecho, y precisamente, esta adhesión, es la que constituye el contrato. No lo niego; no discuto que haya, en

(7) Citado por Manuel Borja Soriano. Op. cit. Pág. 153.

efecto, adhesión a un estado de hecho. Pero sostengo que es un error querer referir el acto de que hablo al contrato clásico. No tenemos aquí dos voluntades en presencia una de otra, que entran en contacto y se ponen de acuerdo. Las dos voluntades no se conocen y no pactan por un acuerdo las condiciones del pretendido contrato. Tenemos una voluntad que, en efecto, ha establecido un estado de hecho y no una situación jurídica individual, un estado de hecho de orden general y permanente, y otra voluntad que quiere aprovecharse de ese estado de hecho. En realidad, la situación de derecho -- subjetivo nace de la voluntad unilateral de aquel que, usando del aparato distribuidor, quiere crear una situación jurídica, y lo quiere legal y eficazmente, porque lo quiere de conformidad con un estado reconocido como legal. Acuerdo de voluntades, no lo veo; no veo más que una declaración unilateral de voluntad." (8)

Para complementar lo anterior añade, respecto de aquellos actos por los que los individuos hacen uso de un servicio público, pagando simplemente el importe señalado por la ley como precio de ese servicio, que "el ejemplo más característico es el que cada uno de nosotros da todos los días, cuando franquea una carta y la pone en el correo. Los civilistas -- nos dicen que se celebra entonces un contrato entre el Estado porteador y el remitente; un contrato de transporte que debe ser regido por el derecho común del contrato de transporte. Es ésta, en mi sentir, una visión absolutamente erró-

(8) León Duguit. Op. cit. Págs. 140 a 142.

nea de las cosas. No hay contrato, sino en realidad un acto unilateral y solamente un acto unilateral por parte del remitente. La ley del servicio público ha establecido un estado de derecho en virtud del cual todo individuo puede querer jurídicamente que, mediante una suma fijada por esta ley, un objeto sea transportado de un lugar a otro. Hay aquí un régimen legal; poniendo su carta en el correo el remitente quiere legalmente, conforme a la ley de servicio; su acto de voluntad debe ser protegido." (9)

Otro jurista que defiende la tesis del "contrato de adhesión" como acto unilateral, es Saleilles, quien afirma que "hay pretendidos contratos que no tienen de contrato sino el nombre y cuya construcción jurídica está por hacer... a los que se podría llamar... los contratos de adhesión en los cuales hay el predominio exclusivo de una sola voluntad, obrando como voluntad unilateral, que dicta su ley, no ya a un individuo, sino a una colectividad indeterminada y que se obliga de antemano, unilateralmente, salvo la adhesión de los que quisieren aceptar la ley del contrato y aprovecharse de esta obligación ya creada sobre sí mismo." (10)

Señala Manuel Borja Soriano, que Bonnacase, "después de decir que los convenios tipos (y en consecuencia los contratos de adhesión) tienen más de ley que de contrato, establece el siguiente principio: 'los convenios-tipo se interpretan según el método aplicable a la interpretación de la ley, con -

(9) Ib. Idem. Págs. 142 y 143.

(10) Saleilles. Citado por Manuel Borja Soriano. Op. cit. Pág. 153.

esta precisión, que en caso de duda, se interpretan contra el autor de su redacción y en favor de la parte que haya aportado su adhesión'." (11)

2. TESIS QUE CONSIDERA A LOS "CONTRATOS DE ADHESIÓN" VERDADEROS CONTRATOS.

Esta tesis ha sido sostenida por Dereux y Geny, entre otros muchos e ilustres autores.

Dereux en su estudio intitulado "De la Naturaleza Jurídica de los Contratos de Adhesión", explica que "en realidad los actos por adhesión son contratos; y para dar de ello una prueba directa, consideremos sucesivamente la manera como nacen y sus efectos jurídicos. ¿Cómo nacen? Presuponen necesariamente una común voluntad de dos o varias personas. En efecto, ¿puede uno concederles existencia antes del momento en que se ha producido la adhesión?... todo el mundo reconoce que para poner en vigor los actos que estudiamos, la adhesión de un tercero es necesaria... Consideremos ahora los efectos de los actos por adhesión. Que el adherente esté obligado en la medida en que ha aceptado estarlo, es enteramente natural; no es sino una aplicación normal de la teoría de los contratos." Y después de tratar la teoría anticontractual y de refutarla, da a conocer su opinión diciendo: "la doctrina que creemos justa es en principio contractual. Pero, a diferencia de los autores clásicos, nos esforzamos por eliminar de esta materia toda ficción y no tener en cuenta -

(11) Op. cit. Pág. 155.

sino las voluntades reales de las partes. Así somos conducidos a considerar en los contratos por adhesión dos especies de cláusulas: las cláusulas esenciales, que son generalmente verbales o manuscritas y las cláusulas accesorias, que son generalmente impresas. La mayor parte de las veces, ambas partes aceptan a sabiendas y libremente las cláusulas esenciales. En cuanto a las otras, el adherente conoce o comprende mal su tenor y el alcance que pueden tener si se les toma a la letra; las considera como destinadas simplemente a precisar o a completar las obligaciones que resultan de las cláusulas presentadas a él como principales y no como debiendo de una manera disimulada, desnaturalizar o modificar gravemente la esencia del contrato. En consecuencia, a nuestro juicio, las cláusulas accesorias no deben producir efecto jurídico contra el adherente si no es que tiene por resultado precisar o completar las cláusulas esenciales, pero no si vienen a producir una metamorfosis subrepticamente en la esencia del contrato... Como se ve, según nosotros, los actos por adhesión son contratos y sus efectos deben determinarse por la común voluntad de las partes; pero por ésto mismo, es preciso respetar la jerarquía que, en la declaración de voluntad de los contratantes, existe entre las diversas cláusulas de un contrato. El respeto del espíritu de las cláusulas esenciales debe dominar todo. En los contratos por adhesión llamamos cláusulas esenciales aquellas que el oferente y el adherente, en vista de las circunstancias del contrato, han debido considerar como esenciales para ambas partes y sólo -

éstas pueden engendrar efectos jurídicos esenciales. Las otras, consideradas al menos por una de las partes como accesorias, no deben producir sino efectos accesorios: así lo quieren los principios de buena fe y de equidad que rigen la materia de los actos jurídicos en el Código Civil." (12)

Al lado de Dereux encontramos a Geny, quien sostiene que con la noción general de contrato conocida y ampliandola a su grado máximo, se puede contener en ella todo tipo de contrato que presente los elementos esenciales que conforman éste, y que no se debe ver en cada una de las situaciones que se presentan en la vida humana y a las que se les da forma contractual, una diferente concepción de la noción tradicional, pues ésta engloba a todas, tal y como deriva de la definición clásica. Al respecto, "afirma que la verdadera naturaleza del contrato civil implica solamente el encuentro de dos voluntades, exentas de vicios, sobre un objeto de interés jurídico, de cualquier manera que se le haya fijado, naturaleza que ninguna persona podría negar a los contratos de adhesión." (13)

Analizado el problema planteado, nos sumamos al criterio de Borja Soriano, quien concluye que de las dos opuestas tesis que se han analizado acerca de la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión, la que se apega a nuestra legislación vigente es la segunda, es decir, la que considera a aquéllos como verdaderos contratos; razona el autor citado que si el

(12) Citado por Manuel Borja Soriano. Op. cit. Págs. 156 y 157.

(13) Ib. Idem. Pág. 156.

legislador hubiera deseado considerar a los contratos de adhesión como actos unilaterales, los hubiere regulado dentro del capítulo del Código Civil denominado "De la declaración unilateral de la voluntad", y, como es fácil apreciar de la simple lectura, dentro de los distintos actos que se incluyen en el citado capítulo no se comprende al contrato de adhesión.

La Ley Federal de Protección al Consumidor, define en su artículo 4o., que "para los efectos de esta ley se entiende -- por contratos de adhesión aquellos cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por alguna autoridad o redactadas unilateralmente por el proveedor, sin que la contraparte, para aceptarlo, pueda discutir su contenido"; es decir, la legislación citada (que puede considerarse moderna, pues su promulgación data de 1975) define lo que debe de entenderse por contrato de adhesión para efectos de regular las respectivas conductas del consumidor (que es aquella persona -dispone la ley- que contrata para su utilización la adquisición, uso o disfrute de bienes o la prestación de un servicio) y del proveedor o proveedores (personas físicas o morales que desarrollen actividades de producción, distribución de bienes o prestación de servicios a consumidores) o de los comerciantes (que son aquellos que hacen del comercio su ocupación habitual o realizan aunque fuera accidentalmente, un acto de comercio).

De lo anterior, pareciera ser que el contrato de adhesión ha

perdido su carácter y pasa a ser un acto unilateral, en virtud de las características que le señala la ley aludida; es por ello que en este tipo de servicios es necesaria, con reciente frecuencia, la intervención del Estado para vigilar que las cláusulas no sean leoninas para los consumidores. Al mismo tiempo que la Ley Federal de Protección al Consumidor define el contrato de adhesión en los términos que se deja dicho, en artículos posteriores exige que en este tipo de contratos no se establezcan prestaciones desproporcionadas u obligaciones inequitativas a cargo de los consumidores y, así mismo, que siempre los formatos se redacten en español y con caracteres legibles a simple vista para una persona de visión normal; a la vez se faculta a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para ordenar la modificación de los sistemas de venta de muebles o inmuebles, de arrendamientos de muebles y de prestación de servicios para evitar prácticas engañosas o trato inequitativo al consumidor. Además, en casos de duda o de oscuridad del contrato de adhesión debe prevalecer la interpretación más favorable a la parte que no redactó el contrato y que sólo aceptó las condiciones impuestas por la otra (artículos 63, 64 y 6-III de la Ley Federal de Protección al Consumidor).

De todo lo anterior se puede concluir que los llamados "contratos de adhesión" deben considerarse como genuinos contratos. Ocurre que una de las partes redacta el contrato, estableciendo los lineamientos generales para su otorgamiento: -

hasta aquí lo que hay es una oferta, no un contrato. Pero al presentarse la otra parte, estudian los términos de la oferta y manifiestan su voluntad aceptando, se perfecciona el -- contrato, en virtud del acuerdo de ambas voluntades. Adviértase que la formación del contrato deriva finalmente de un a cuerdo de voluntades y no de una sola voluntad.

CAPITULO CUARTO

EL CONTRATO EN LA ACTUALIDAD.

Antes de iniciar el desarrollo de los diferentes subcapítulos que integran el Capítulo Cuarto de nuestro trabajo recepcional, consideramos importante recordar que desde principios del presente siglo comenzó a generarse la tendencia a considerar que la concepción clásica del Derecho Civil debería ser revisada, en atención a los cambios emergidos de la realidad. Entre los autores que más destacaron en esta tarea, puede señalarse a León Duguit, profesor de la Universidad de Burdeos, quien en las conferencias que pronunciara en Buenos Aires, Argentina, en los meses de agosto y septiembre de 1911, efectuó un examen detallado de las transformaciones sufridas por el Derecho Privado desde la aparición del Código Napoleón hasta el citado año, mismas conferencias que se publicaron en un opúsculo que al paso de los años se ha hecho clásico (1), y a René Savatier, cuya obra se intitula "Las metamorfosis económicas y sociales del Derecho Civil de hoy día" (2). Ambos autores sentaron postulados que al cabo de los años, podríamos decir, se han visto confirmados por la realidad legislativa y aún pueden afirmarse que fueron premonitorios.

Ciertamente, el Derecho Civil de nuestro tiempo es bien diferente de aquél surgido a principios del siglo pasado, cuando en 1804 aparece el Código Napoleón; empero, estas transformaciones no han cesado, sino que continúan generándose de manera fehaciente tanto dentro de la doctrina como dentro del campo legislativo. Una de las figuras en donde se ha hecho

(1) León Duguit. Op. cit.

(2) Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Paris. Librairie Dalloz. Francia, 1948.

más evidente la mutación habida, es precisamente el contrato y a ello han dedicado importantes disquisiciones los tratadistas mencionados. Si bien el planteamiento por ellos efectuado coincide con la realidad, creemos que en tratándose del contrato la cuestión importante a dilucidar es si tal metamorfosis ha traído como consecuencia el perfeccionamiento o la decadencia del contrato. Aunque los tratadistas no suelen hacer un pronunciamiento acerca de si, en su concepto, el contrato ha evolucionado o por el contrario ha decaído, de la lectura de sus textos se puede deducir cuál es la postura que asumen.

Tratándose de Néstor de Buen, ameritado profesor de esta Facultad, no hay duda posible acerca de su posición, puesto que es autor de la obra "La Decadencia del Contrato" (3). Hace De Buen un análisis cuidadoso de las modificaciones evidentes del Derecho Contractual y llega a la conclusión de que, en efecto, el contrato se degrada. Por nuestra parte nos proponemos demostrar que el contrato, lejos de decaer, se encuentra en su mayor auge y que, inclusive, jamás en toda la historia ha tenido la importancia y recurrencia que presenta actualmente.

I.-EL PAPEL DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO MODERNO.

A nuestro modo de ver, los conceptos jurídicos "derecho subjetivo" y "contrato", no pueden ser disociados. Entendemos que el contrato es el instrumento que el Derecho ha puesto

(3) Nestor de Buen Lozano: "La Decadencia del Contrato". Textos Universitarios, S. A. México, D. F., 1965.

en manos de los individuos para que autoregulen su conducta en ejercicio de la autonomía de la voluntad. El contrato es el medio que permite obligarse a los individuos, obligación que se puede manifestar como la entrega de una cosa, o bien la realización de un hecho o la abstención del mismo. De cualquier manera, se traduce en la adquisición de derechos que son correlativos de determinadas obligaciones. También la figura "contrato" se encuentra vinculada íntimamente con la noción de propiedad, en tanto que el contrato es visto frecuentemente como el medio que el Derecho provee para hacer circular la riqueza, que es la sangre social, y hacerla llegar a todos los miembros de la colectividad. Ya sea entendiendo el contrato como medio para obligarse a entregar cosas o a prestar servicios, siempre constituye un medio generador de derechos subjetivos en favor del acreedor y de obligaciones para el sujeto pasivo.

Es extraordinariamente importante la concepción de León Duguit acerca de lo que es el derecho subjetivo. Recordemos la afirmación inicial del eminente profesor francés: "no traigo ninguna opinión preconcebida; no pertenezco a ningún partido; no soy miembro de ninguna iglesia; tengo un profundo respeto por todas las creencias; personalmente no admito dogma de ninguna especie; hago ciencia y sólo ciencia, fundada sobre la observación imparcial de los hechos" (4). Además, puesto que se va a referir a la oposición entre las corrientes individualista y socialista, explica que emplea este úl-

(4) León Duguit. Op. cit. Pág. 18.

timo término, "porque no tengo otro, que no implica en mi -- pensamiento ninguna adhesión a un partido socialista dado, - que señala solamente la oposición entre un sistema jurídico_ fundado sobre la idea del derecho subjetivo del individuo y_ el fundado sobre la idea de una regla social que se impone - al individuo"; con lo anterior Duguit quiere significar que_ cuando habla de "socialismo" o se declara a sí mismo "socialista", lo único que pretende es oponer la corriente que coloca el acento sobre el interés colectivo a aquella otra que pone dicho acento sobre el interés individual; es decir, que no significa la expresión "socialista" vinculación a un determinado partido o ideología política, sino exclusivamente_ una cierta concepción jurídica.

Señala León Duguit que la idea de derecho subjetivo ha sido_ concebida tradicionalmente de una manera inadecuada y metafísica; recuerda la concepción de Ihering acerca de que "los - derechos son intereses jurídicamente protegidos" (5). Esa -- postura tradicional implicaba la existencia de dos voluntades, una frente a otra: "una voluntad que puede imponerse a otra voluntad; una voluntad que es superior a otra voluntad. Esto implica una jerarquía de las voluntades y en cierta manera una medida de las voluntades y una afirmación sobre la naturaleza y la fuerza de la substancia de la voluntad". --- ¿Por qué la afirmación de que la concepción tradicional del derecho subjetivo es metafísica? Porque se supone que el -- hombre está dotado por naturaleza de determinados "dere-----

(5) Rodolfo Ihering. Citado por León Duguit. Op. cit. Pág. 26.

chos", que son inherentes a la calidad humana; así la libertad, la propiedad, etc.. Duguit refuta esta idea, pues considera que el hombre jamás ha vivido en aislamiento y que puesto que los derechos se tienen frente a otra persona, no es posible hablar de derechos para el hombre aislado; viene a ser una contradicción in abstracto tal postura.

"El hombre es por naturaleza libre, independiente, aislado, titular de derechos individuales inalienables e imprescriptibles, de derechos llamados naturales, indisolublemente unidos a su cualidad de hombre. Las sociedades se han formado por la aproximación voluntaria y consciente de los individuos, que se han reunido con el fin de asegurar la protección de sus derechos individuales naturales. Sin duda, por efecto de esta asociación, se han impuesto restricciones a los derechos de cada uno, pero solo en la medida en que esto es necesario para asegurar el libre ejercicio de los derechos de todos. La colectividad organizada, el Estado, no tiene otro fin que proteger y sancionar los derechos individuales de cada uno. Las reglas de derecho o el derecho objetivo, tiene por fundamento el derecho subjetivo del individuo. Impone al Estado la obligación de proteger y de garantizar los derechos del individuo; le prohíbe hacer leyes o realizar actos que atenten contra ellos. Impone a cada cual la obligación de respetar los derechos de los demás. El límite de la actividad de cada cual tiene por fundamento y por medida la protección de los derechos de todos. En el artículo cuarto -

de la Declaración de los Derechos del Hombre se lee: 'la libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro: a sí el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley'." (6) De esta manera magistral resume León Duguit la idea tradicional acerca de los "derechos naturales" del hombre, concepción con la que obviamente no se encuentra de acuerdo. Rebate el profesor de Burdeos las aserciones anteriores, sentando que "la concepción individualista es insostenible. Esta idea del hombre natural, aislado, independiente, que tiene en su calidad de hombre derechos anteriores a la sociedad y que aporta estos derechos a la sociedad, es una idea extraña por completo a la realidad... si se imagina a un hombre aislado y absolutamente separado de sus semejantes, no tiene, no puede tener derechos. Robinsón en su isla no tiene derechos; no puede tenerlos en tanto no esté en relación con otros hombres. El individuo no puede, pues, tener derechos más que cuando vive en sociedad y porque vive en sociedad. Hablar de derechos anteriores a la sociedad es hablar de la nada... El hombre no tiene derechos; la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una --- cierta tarea que ejecutar. Y ese es precisamente el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y -pequeños, gobernantes y gobernados". (7)

(6) León Duguit. Op. cit. Pág. 33.

(7) Ib. Idem. Págs. 34 a 36.

El planteamiento básico de Duguit puede ser compendiado de la siguiente manera: los derechos siempre significan un poder para interferir en la conducta ajena y, en consecuencia, solamente puede hablarse de derechos del hombre que no se encuentra aislado, porque si los derechos se tienen frente a alguien, obviamente debe existir ese alguien para que el derecho también exista. El precedente planteamiento conduce a la idea de que si el hombre tiene derechos, ello se debe a que vive en sociedad y, por ende, tales derechos los debe a la sociedad. En síntesis, el hombre tiene derechos en tanto vive colectivamente y, así, debe a la colectividad los derechos que tiene. Por esta razón, cuando ejercita sus derechos no debe hacerlo en forma egoísta; es decir, debe obrar no solamente para su propio beneficio sino también para beneficio colectivo; esto último, porque sólo es titular de derechos en la medida que esos derechos le permiten cumplir con la función social que como miembro de la colectividad le está encomendada.

Dice Duguit, "hablemos primero de la libertad: se la define en el sistema individualista como el derecho de hacer todo lo que no daña a otro y por lo tanto a fortiori el derecho de no hacer nada. En la concepción moderna, la libertad no es eso. Todo hombre tiene una función social que llenar, y por consecuencia tiene el deber social de desempeñarla". (8)

León Duguit expone su concepción del contrato y de la fun---

(8) Ib. Idem. Pág. 36.

ción que corresponde al mismo. Para obrar sistemáticamente empieza por ofrecer una síntesis del pensamiento contemporáneo acerca de la naturaleza y función del contrato, y así dice: "en el sistema civilista el contrato constituye el acto jurídico por excelencia. En principio, en las relaciones de dos particulares, a menos de excepción formal prevista por la ley, la situación jurídica no puede nacer sino en virtud de un contrato. Esto es lógico. La situación jurídica nueva implica, en efecto, una modificación en la esfera jurídica de dos personas, una modificación en más para el sujeto activo y una modificación en menos para el sujeto pasivo. Ahora bien, la esfera jurídica de cada persona tiene por sostén y por medida la propia voluntad de esta persona. No puede, pues, en principio modificarse más que por la voluntad de ésta. Por consiguiente, una situación jurídica que es una relación entre dos sujetos de derecho, no puede nacer sino por el acuerdo de las voluntades de esos dos sujetos. Luego veremos lo que hoy queda de esta concepción que, como todas las concepciones civilistas, se transforma profundamente". (9)

La presentación que hace León Duguit de la corriente contractualista contemporánea, o mejor dicho contemporánea en el tiempo en que pronunció sus conferencias en Buenos Aires, esto es 1911, es acertada y hasta podemos decir que corresponde en mucho a la actual, aunque dentro de la legislación mexicana debemos recordar que las ideas duguitanas tuvieron un especial impacto y que en nuestro Código Civil, que se anuncia

(9) Ib. Idem. Págs. 47 y 48.

a sí mismo como un "código privado social" (aspiración fallida), se deja sentir con gran claridad la influencia de la corriente socializadora (10), que limita en cierta medida a la propiedad, subordinándola al interés colectivo. A principios del siglo las afirmaciones de Duguit eran absolutamente coincidentes con lo que acontecía en la realidad. El contrato era visto como un acto entre dos partes, que se agotaba precisamente en ellas; parecía que los únicos intereses en presencia eran los de los contratantes y que el contrato resultaba algo absolutamente ajeno al grupo social. Según veremos más adelante, León Duguit se encargará de demostrar diáfamanamente que el contrato tiene una zona de trascendencia mayor que la que atañe a quienes lo otorgan y que, en consecuencia, hay un interés social en la vida de ese contrato, cuya manifestación inicial es al momento en que tiene lugar su formación.

El sistema individualista da gran importancia a la autonomía de la voluntad; aún diríamos que, en realidad, se sustenta sobre ella. ¿Cuál es el contenido que debe atribuirse a la autonomía de la voluntad? Duguit responde esta interrogante, diciendo que "la teoría de la autonomía de la voluntad, en el sistema civilista, se resume en las cuatro proposiciones siguientes:

Primera.- Todo sujeto de derecho debe ser un sujeto de voluntad.

Segunda.- Todo acto de voluntad de un sujeto de derecho está socialmente protegido como tal.

(10) Ignacio García Tellez: "Motivos, Colaboración y Concordancias del Código Civil Mexicano". Editorial Porrúa, S. A. México, 1965. Págs. 39 y sigs.

Tercero.- Está protegido a condición, sin embargo, de que --
tenga un objeto lícito, y

Cuarto.- Toda situación jurídica es una relación entre dos_
sujetos de derecho de los cuales uno es el sujeto_
activo y el otro el sujeto pasivo." (11)

Refiriéndose a estos principios expresa Duguit, a manera de_
comentario: "Como construcción lógica, es perfecta. Es la de_
ducción rigurosa del sistema individualista. Pero desgracia-
damente esta construcción no concuerda con los hechos. En un
momento dado ese sistema ha podido obtener razón de ser. Po-
dría adaptarse a una sociedad esencialmente individualista,-
como la sociedad romana y hasta como las sociedades europeas
y americanas de comienzos del siglo XIX. Pero está en oposi-
ción absoluta con las tendencias socialistas y asociacionis-
tas de nuestra época. Los jurisconsultos todavía numerosos,-
que han permanecido fieles a la concepción individualista y_
metafísica, en la que ven un dogma intangible, realizan es-
fuerzos desesperados, prodigios de sutileza para comprender,
cueste lo que cueste, en esos viejos cuadros demasiado estre-
chos, todos los hechos tan complejos del mundo moderno". ---
(12)

Luego Duguit se refiere al contrato. Hace ver cómo esta ins-
titución jurídica, sin ser una consecuencia necesaria del --
principio de la autonomía de la voluntad, se vincula a ella_
de una manera íntima. Recuerda que los códigos modernos con-

(11) León Duguit. Op. cit. Pág. 74.

(12) Ib. Idem. Págs. 74 y 75.

sideran que la situación de derecho no puede nacer más que de un contrato, salvo que haya una disposición expresa de la ley que le dé nacimiento. El contrato se encuentra ampliamente tratado y desarrollado en los códigos civiles, que precisan sus elementos de contenido, sus características y los efectos que produce. Estima que dentro del sistema civilista de los países capitalistas es lógico que únicamente el contrato pueda crear una situación de derecho: "en efecto, si la esfera jurídica de cada individuo tiene por fundamento y por medida la voluntad de éste, y si toda situación de derecho es una relación existente entre dos individuos, de los cuales uno es sujeto activo y el otro sujeto pasivo, es preciso evidentemente el acuerdo de sus dos voluntades para modificar en más la esfera jurídica del uno, y en menos la esfera jurídica del otro. En una palabra, como toda situación jurídica es una relación entre dos personas, no puede nacer más que de una relación entre dos voluntades. Puesto que es un lazo entre dos personas, corresponde necesariamente a un lazo establecido entre dos voluntades". (13)

Reflexiona Duguit que este modo de pensar ha encasillado la imaginación de los juristas occidentales, de manera que tienden a caracterizar como contrato toda fuente creadora de situaciones jurídicas, llamando por tanto contratos a hechos, actos o situaciones jurídicas que traen como consecuencia la generación de obligaciones; así, por ejemplo, Planiol considera, que las únicas fuentes de las obligaciones son el con-

(13) Ib. Idem. Pág. 135.

trato y la ley. (14)

De esta manera se ha pretendido dar cabida dentro de la figura "contrato" a situaciones como los llamados contratos de adhesión, contratos de taquilla, contratos colectivos, contratos de colaboración, etc., es decir, a una serie de figuras que en realidad no tiene carácter contractual.

Un modo de pensar semejante al de León Duguit encontramos en René Savatier. Recuerda este autor la idea tradicional según la cual el contrato tiene un gran poderío: era así de bella y simple la noción de contrato dentro del código civil, que rendía homenaje a las convenciones legalmente formadas considerandolas la ley de las partes, "y la palabra ley adquiría entonces una majestad, una grandeza, un poder que nos hace hoy día perder el sentido" (15). Se dice que las convenciones son ley para las partes, pero el notable tratadista que nos ocupa hace ver que, sin duda, modernamente la libertad que tienen las partes para contratar, está matizada por la noción de orden público; esta noción está presente en los contratos e interviene para proteger a los incapaces, para remediar los vicios del consentimiento, para evitar que el hombre se obligue a prestar sus servicios de por vida. El orden público, de esta manera, aparece al servicio de la libertad. (16)

De cuanto hemos visto hasta ahora aparece con gran claridad

(14) Ib. Idem. Pág. 136.

(15) René Savatier. Op. cit. Pág. 5.

(16) Ib. Idem. Págs. 5 y 6.

que la autonomía de la voluntad se ha restringido notablemente en su ejercicio y, asimismo, que el papel que juega la voluntad dentro de el contrato se ve reducida en atención a un interés colectivo, y a un orden público, que se imponen al interés individual. Dicho en otros términos, el interés individual se encuentra actualmente subordinado a un interés superior que es el colectivo, traduciéndose ello en una limitación a la amplitud de las estipulaciones que las partes pueden convenir.

II.-TEORÍA QUE SOSTIENE QUE EL CONTRATO ESTÁ EN DECADENCIA.

La evolución registrada por el contrato, cuya semblanza hemos resumido anteriormente con base an las exposiciones de León Duguit y René Savatier, han traído como consecuencia -- que se sostenga por un importante sector de la doctrina, que el contrato se encuentra actualmente en decadencia. Ya habíamos advertido que Néstor de Buen puede ser considerado en -- nuestro medio como el paladín de este modo de pensar, que ha concretado magníficamente en su tesis doctoral denominada -- "La Decadencia del Contrato". El último capítulo de su importante trabajo se dedica precisamente al tema y en él el autor trata de mostrar cómo, efectivamente, el contrato ha decaído, de modo que ha perdido las características que originalmente tenía y ya no posee la majestad e importancia que -- tuvo anteriormente. Su estudio lo divide en dos grandes partes; la primera de ellas, denominada "Las Limitaciones Extraordinarias de la Voluntad Contractual" y, la segunda, que --

llama "Ficciones Contractuales".

La dicotomía que efectúa De Buen tiene el propósito, en su primer hemisferio, de demostrar que cada vez son mayores las restricciones que se imponen al ejercicio de la autonomía de la voluntad y, por tanto, que se estrecha el campo de actuación del contrato, y, en el segundo, de demostrar como algunas figuras llamadas "contrato", en realidad poseen una naturaleza diferente o, al menos, que difícilmente puede ser encuadrada dentro de lo que tradicionalmente se conoce precisamente como contrato.

En efecto, señala este autor diferentes figuras o instituciones limitativas de la voluntad contractual. Ahí enumera las moratorias, el plazo de gracia, la teoría del abuso del derecho, la teoría de la imprevisión, el estado de necesidad y la prórroga forzosa de los contratos. Todos los casos anteriormente mencionados implican restricciones al ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual. Así, en el caso de las moratorias, independientemente del pacto de las partes respecto a la época de cumplimiento del contrato, por disposición de carácter general se puede eximir al deudor de la obligación de pagar en el tiempo en que debiera hacerlo y al acreedor de recibir en la oportunidad en que, también, debió obtener el cumplimiento de la obligación; otro tanto puede decirse de los plazos de gracia; en cuanto a la teoría del abuso del derecho, se reconoce que los derechos no son absolu

tos y que su ejercicio se encuentra limitado por el interés de los terceros, que también debe ser garantizado, de modo que cada quien sólo puede ejercitar su derecho en la medida que no cause daño a los demás, y así sucesivamente. Quizá el alegato más impresionante en lo que se refiere a la limitación de las obligaciones contractuales y su cumplimiento, es el relativo a la teoría de la imprevisión, según la cual los tribunales debieran estar autorizados para modificar o aún -suprimir las obligaciones contractuales, cuando las condiciones de ejecución del contrato se han alterado substancialmente, sin que las partes hubieran podido prever tal modificación; dicho en otros términos, que las obligaciones contractuales solamente permanecen en todo su vigor en tanto persistan las condiciones previstas por las partes para el cumplimiento del contrato.

Entre las que De Buen llama ficciones contractuales, se mencionan el matrimonio y la adopción y, también, el contrato de trabajo, el contrato de sociedad, el contrato económico planificado y el contrato de adhesión. Sería demasiado prolijo hacer referencia a cada uno de los casos mencionados por este distinguido autor, pero, a título de ejemplo, convengamos en que el contrato de trabajo difícilmente puede ser equiparado a un contrato tradicional, porque en él la autonomía de la voluntad tiene un campo excesivamente restringido para su actuación, en tanto que los trabajadores han sido dotados legalmente de derechos irrenunciables; es decir, que

el contenido básico del contrato viene determinado por aquellos derechos que constituyen conquista del proletariado y que no pueden ser objeto de estipulación; en cuanto al contrato de adhesión, bien sabemos cuan prolongada es ya la polémica en torno a si es o no verdadero contrato, esto es, si se trata de un acto de naturaleza contractual o bien debiera estimarse simplemente una declaración unilateral de voluntad, con el alcance que la ley le atribuye en cada caso.

III.-NUESTRA REPLICA A LA TESIS QUE SOSTIENE LA DECADENCIA DEL CONTRATO.

Como es sabido la palabra contrato proviene del latín "contractus", pero la cuestión no es decidir cuál es el vocablo que desde el punto de vista puramente lingüístico da origen al término contrato, sino esclarecer si la concepción romana de contrato coincide con la actual. A este respecto se ha señalado por autores como Roberto de Ruggiero y Francesco Messineo, así como el traductor de este último, Fontanarrosa, que los romanos solamente conocieron y regularon contratos específicos, pero sin considerar al contrato como una categoría genérica creadora de obligaciones. "El concepto moderno del contrato se deriva no del 'contractus' de los romanos, sino del nudo pacto (convencio) reconocido por el derecho pretorio que originalmente, es decir en el derecho romano más antiguo indicaba el elemento voluntario y no lo que los romanos llamaban 'contractus', que era el vínculo que mediaba entre dos personas, tuviese éste su origen en un hecho vo

luntario o en otro hecho no voluntario, y era, además un vínculo que se producía tan sólo en relación a un contenido determinado, al cual correspondían figuras igualmente determinadas (o tipo) de contrato (sistema cerrado: números clau--sus). Sólo aquellas determinadas figuras de contrato engen--draban acción, esto es, eran reconocidas por el orden jurídico y protegidas contra su incumplimiento". (17)

Lo anterior nos da la oportunidad de ver que el contrato dentro del Derecho-Romano se refería a un vínculo que no necesariamente surgía de la voluntad de las partes, pero que en todo caso se traducía en derechos y obligaciones para ambas. Así pues, inicialmente la expresión contrato poseía un amplísimo campo de actuación, que no se circunscribía tan solo a los acuerdos de voluntades.

Atento lo anterior, es sostenible que cuando sobreviene la concepción moderna de contrato, sobre todo a la manera como la capta el Código Napoleón, la idea tradicional sufre una notoria disminución. En efecto, se entiende desde entonces y para lo futuro el término contrato, como aquel acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear y transferir derechos y obligaciones; de esta manera se segrega de la noción todo aquello que traduciéndose también en derechos y obligaciones, no emana del consentimiento.

No queremos ahora hacer referencia a figuras jurídicas que -

(17) Francesco Messineo: "Doctrina General del Contrato". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1952. Pág. 50.

pertenecen a disciplinas distintas del Derecho Civil, como es el caso del contrato colectivo de trabajo. Nos referiremos, en consecuencia únicamente a aquéllas que pertenecen --plenamente al Derecho Civil y analizaremos, en una visión de conjunto, si puede decirse que su presencia resulta en una decadencia del contrato o si, inversamente, significa un avance de ésta.

Ante todo debemos partir de que el contrato no es una figura estática, pues, como todas las instituciones jurídicas, se encuentra sujeta a una constante mutación o, mejor fuera decir, evolución. El contrato en efecto se transforma, pero lo importante es percatarse de si también sufre metamorfosis su esencia o si, por el contrario, ésta permanece inmutable. -- Cuando el cambio no deviene en una modificación esencial sino solamente se refiere a aspectos secundarios, podemos asumir que la institución permanece y que por lo tanto puede --continuar categorizada como anteriormente lo era. Aplicando_ este modo de pensar al contrato, en nuestro criterio su permanencia es indiscutible. Entendemos que el contrato se caracteriza como un acuerdo de voluntades que versa sobre un objeto lícito; para nosotros cuando encontremos reunidos estos dos elementos, la figura debe ser conceptuada como contrato.

Ciertamente es posible encontrar que la autonomía de la voluntad está sujeta a limitaciones, pero si analizamos bien -

tales limitaciones, veremos que se dan para que la marcha -- del contrato sea más apropiada; esto es, que las limitaciones a la autonomía de la voluntad no deben considerarse una degradación del contrato sino, antes bien, un perfeccionamiento del mismo. Analicemos los dos aspectos de que se ocupa De Buen: por una parte, las llamadas limitaciones a la voluntad contractual y, por otra, las ficciones contractuales,

Por lo que se refiere a las primeras, podemos decir que si efectivamente limitan el campo dentro del cual está permitido a las partes pactar, también lo es que el resultado final de tales limitaciones da por resultado un perfeccionamiento del acuerdo de voluntades y, con ello, de la figura contractual. Parece fuera de toda duda que las partes no lo pueden prever todo; por ende el legislador debe suplir la ausencia de las previsiones que los estipulantes seguramente hubieran incluido en el contrato, de haber advertido su posible supervenencia. Además el contrato posee una función social y, consecuentemente, al legislador incumbe proporcionar los instrumentos idóneos para que la voluntad de las partes cumpla la doble finalidad de alcanzar el beneficio de los otorgantes y, al mismo tiempo, conseguir el colectivo. Parece evidente que si los contratantes hubieran previsto un cambio substancial en las circunstancias futuras que rodearían la ejecución del contrato, hubieran también convenido de tal manera que pudieran ser superadas las dificultades extraordinarias

sobrevenidas. Las moratorias, la teoría de la imprevisión y el estado de necesidad, tienden a suplir la deficiencia u omisión en que han incurrido las partes otorgantes del contrato; no disminuyendo su consentimiento propiamente dicho, sino más bien perfeccionando o completando lo que seguramente aquéllas hubieran querido en caso de haber previsto las circunstancias supervenientes extraordinaria. Para no resultar demasiado prolijos sobre esta cuestión, nos referiremos a la teoría de la imprevisión. Ciertamente y a primera vista, pareciera que si las partes celebraron el contrato en las condiciones en que lo hicieron, fué con el propósito de asegurarse de que obtendrían precisamente lo convenido; como se ha dicho, el contrato constituye básicamente un acto de previsión. Sin embargo, la teoría de la imprevisión se funda, precisamente, en que las circunstancias de ejecución del contrato han mudado tan radicalmente, que las partes no pudieron prever razonablemente dicha mutación. De esta manera el Derecho, al admitir la modificación o extinción de las obligaciones contractuales cuando surgen cambios tan extremos en la ejecución del contrato, lo que hace es completar la voluntad de las partes, que fué omisa. Y lo anterior, porque debemos presumir buena fe en los contratantes; no podemos suponer a priori, que alguno de ellos trata de obtener a través del contrato, ganancias que resultan desproporcionadamente mayores a las que corresponderán a la otra parte, porque si admitimos ab initio la posibilidad de que una parte se enriquezca desmedidamente en detrimento de la otra, estamos auto

rizando un acto ilícito y ésto, obviamente, es contrario a Derecho.

Por lo que se refiere a las llamadas ficciones contractuales, creemos que la discusión acerca de si el matrimonio y la adopción tienen carácter contractual, es irrelevante. El matrimonio no pertenece ni ha pertenecido al campo del Derecho Contractual, sino al del Derecho Familiar y debe quedar sujeto al régimen que regula las instituciones de ésta índole. Otro tanto puede decirse de la adopción, respecto de la cual, tratándose de nuestro Derecho, es fuera de lógica discutir si posee o no naturaleza contractual, en tanto que si observamos lo que ocurre cuando se tramita precisamente una adopción, notaremos que es resultado de un complejo procedimiento judicial, que culmina con una sentencia: así, hay una solicitud de los adoptantes; la comparecencia del Ministerio Público por tratarse de un trámite en el cual hay intereses de menores o incapacitados; la presentación de pruebas idóneas para comprobar la solvencia moral y económica de los presuntos adoptantes (frecuentemente se recurre a estudios socio-económicos practicados por instituciones oficiales); el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad sobre los menores y si no los hay, de quien deba substituirlo (por ejemplo, el Ministerio Público), y finalmente la sentencia que decreta la adopción. Si a alguien se le ocurre llamar a esto contrato o siquiera acto jurídico, obviamente es porque desconoce cuál es el procedimiento que debe seguirse para la

consumación de una adopción.

Por lo que se refiere a contratos tales como el de adhesión, parece evidente que a pesar de la forma como se celebran con tinúan manteniendo su naturaleza contractual. En realidad no hay una figura que se llame "contrato de adhesión", pues los contratos son de arrendamiento, de transporte, de seguros, - de compra-venta, etc., pero no de adhesión. La adhesión es, - ciertamente, una forma de celebrar un determinado tipo de -- contrato. Ya sea que se trate de una compra-venta, ya sea -- que se trate de un arrendamiento, etc., el contrato puede -- ser celebrado por adhesión. Nadie niega que una relación de _ arrendamiento posee carácter contractual o que una compra--- venta tiene también esa naturaleza, lo que ocurre es que --- cualquiera de ambos contratos puede ser celebrado por adhe-- sión o de alguna otra manera. Pero, repetimos, la adhesión - es una forma de celebrar el contrato. ¿En qué consiste esta _ forma de celebración? Sería excesivo explicar las diferen-- tes maneras como el contrato de adhesión puede ser celebra-- do; lo importante es decir que el contrato no se forma mien-- tras el adherente no manifieste su voluntad de aceptar. A es te respecto son muy ilustrativas las explicaciones de De---u- reux, reproducidas por Manuel Borja Soriano y que dejamos -- transcritas en la parte de este trabajo recepcional denomina no "Tesis que considera a los 'contratos de adhesión' verda- deros contratos".

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La figura jurídica contrato fué bien conocida dentro del Derecho Romano. Por regla general, dentro del Derecho Romano el simple acuerdo de voluntades, aunque versara sobre un objeto lícito, no obligaba a las partes, pues para ello era necesario que aquél estuviera sancionado por la ley, lo que no ocurría sino cuando se le revestía de la formalidad que ésta exigía. Empero, el riguroso formalismo característico del Derecho Romano primitivo fué atemperándose al paso de los siglos.

SEGUNDA.- El hombre, en tanto que ser gregario, requiere de un orden normativo que regule coercitivamente su conducta, a efecto de permitir la convivencia. El Derecho ha provisto este orden normativo, procurando que a través de él se alcancen ciertos fines como son la justicia, la seguridad y el bien común; al mismo tiempo, ha buscado la satisfacción no sólo los intereses individuales, sino también, y aún principalmente, los de la colectividad.

TERCERA.- En el contrato clásico, es decir aquél cuya concepción más completa aparece en el Código Napoleón, se reconoce a la voluntad de las partes fuerza de ley; es decir que lo acordado por ellas las obliga estrictamente en sus términos, incluso aunque con ello alguna de las mismas resulte excesivamente perjudicada, o bien se incurra en alguna otra injusticia y hasta sí se siguiere algún género de perjuicio para el interés colectivo.

CUARTA.- El concepto moderno de contrato deriva más que de la concepción individualista regulada por el Código Napoleón y sostenida por la Escuela Clásica, de aquello a que los romanos llamaron "contractus", o sea del vínculo jurídico entre dos personas, no --

surgido necesariamente y en su totalidad de la voluntad de las partes, pero que se traducía en derechos y obligaciones para ambas.

QUINTA.- Debido a las injusticias que originaba, el sistema jurídico basado en las concepciones individualista y liberal hubo de caducar, para ser suplido por la concepción socialista. Es pertinente aclarar, a la manera como lo hace Duguit, que la expresión "socialista" no significa, en el campo del Derecho, adhesión a una determinada ideología o partido político, sino que sólo se emplea, a falta de otra menos anfibológica, para hacer referencia a un sistema jurídico que, contrariamente al individualista, subordina el interés privado al colectivo.

SEXTA.- Se sostiene por ilustres tratadistas coetáneos que el contrato está en decadencia, en tanto que la voluntad de las partes es objeto de numerosas limitaciones, de manera que el ámbito dentro del cual puede ejercitarse la autonomía de la voluntad ha quedado notoriamente restringido en la actualidad.

SEPTIMA.- Postulamos, por el contrario, la tesis de que el contrato se encuentra contemporáneamente en pleno auge, pues se celebran contratos en mayor número que en cualquier otra época histórica; además, que lejos de decaer tiende a alcanzar su perfeccionamiento. La doctrina moderna del contrato busca obtener tanto la justicia como el bien común, es decir, no solamente satisfacer en términos de equidad los intereses particulares implicados en él, sino también el trascendente interés colectivo involucrado en todo contrato, por ser éste el instrumento aportado por el orden jurídico para lograr la adecuada circulación de la riqueza.

BIBLIOGRAFIA GENERAL:

BEJARANO SANCHEZ, MANUEL

"Obligaciones Civiles". Colección Textos Jurídicos Universitarios. México, 1982.

BORJA SORIANO, MANUEL

"Teoría General de las Obligaciones". Tomos I y II. Editorial Porrúa, S. A. México, 1970.

BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN y BRAVO VALDES, BEATRIZ

"Primer y Segundo Curso de Derecho Romano". Editorial Pax-México. México, 1976.

DE BUEN LOZANO, NESTOR

"La Decadencia del Contrato". Textos Universitarios, S. A. - México, 1965.

D'ORS, ALVARO

"Derecho Privado Romano". Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1977.

DUGUIT, LEON

"Las Transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón". Francisco Beltran. Librería Española y Extranjera. Madrid, 1920.

FLORES BARROETA, BANJAMIN

"Apuntes de Derecho Civil. Primer Curso".

FLORIS MARGADANT S., GUILLERMO

"El Derecho Privado Romano". Editorial Esfinge, S. A. México, 1978.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO

"Derecho Civil. Primer Curso". Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

GARCIA TELLEZ, IGNACIO

"Motivos, Colaboración y Concordancias del Código Civil Mexicano". Editorial Porrúa, S. A. México, 1965.

GAUDEMET, EUGENE

"Teoría General de las Obligaciones". Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.

GOMIS SOLER, JOSE

"Derecho Civil Mexicano. Teoría General de las Obligaciones". Tomo III. México, 1944.

IGLESIAS, JUAN

"Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado". Ediciones Ariel. Barcelona, 1958.

LOZANO NORIEGA, FRANCISCO

"Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos". Asociación Nacional del Notariado Mexicano. México, 1962.

MARTY, G.

"Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones". Volumen I. Editorial José M. Cajica, Jr. Puebla, 1952.

MAZEAUD, HENRI y LEON, y MAZEAUD, JEAN

"Lecciones de Derecho Civil". Parte Segunda. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1969.

MESSINEO, FRANCESCO

"Doctrina General del Contrato". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1952.

ORTIZ-URQUIDI, RAUL

"Derecho Civil. Parte General". Editorial Porrúa, S. A. México, 1982.

PETIT, EUGENE

"Tratado Elemental de Derecho Romano". Editora Nacional. México, 1976.

PLANIOL y RIPERT

"Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Editorial Cultural, S. A. Habana, 1946.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL

"Compendio de Derecho Civil". Tomos I, III y IV. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.

"Derecho Civil Mexicano". Tomo Primero. Introducción y Personas. Editorial Porrúa, S. A. México, 1982.

"Derecho Civil Mexicano". Tomo Quinto. Volúmenes I y II. Obligaciones. Editorial Porrúa, S. A. México, 1976.

"Derecho Civil Mexicano". Tomo Sexto. Volúmenes I y II. Contratos. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981.

SANCHEZ MEDAL, RAMON

"De los Contratos Civiles. Teoría General del Contrato". Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.

SAVATIER, RENE

"Les Metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui". Libraire Dalloz. Paris, Francia, 1948.

SOHM, RODOLFO

"Instituciones de Derecho Privado Romano". Gráfica Panamericana, S. de R. L. México, 1951.

LEGISLACION:

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Secretaría de Gobernación. Talleres Gráficos de la Nación.-
México, 1983.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.

LEY FEDERAL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR
Editorial Porrúa, S. A. México, 1983.

DICCIONARIOS:

DICCIONARIO DE DERECHO
De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. Editorial Porrúa, -
S. A. México, 1983.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA
Real Academia Española. Madrid, 1970.