

386  
47



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ACATLAN

LA REGULACION JURIDICA DEL  
CONTRATO DE TRASPASO

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :

ROSALBA SANTIAGO CASTILLO



ACATLAN, EDO. DE MEX.



1996

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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 esta 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.

**A mi Mamà...**

**Por su inmenso cariño y dedicación para  
con todos sus hijos, Gracias.**

**A mi Papà...**

**Por su esfuerzo de superación permanente,  
toda mi admiración.**

**A mis hermanos...**

**Margarita, Constantino, Israel, Elías  
y Fernando, por su compromiso  
diciódamente en el crecimiento diario y su  
apoyo.**

A La memoria de un hombre justo, muestra de trabajo,  
honestidad y gran cariño por sus semejantes, caminos de  
ejemplo que vale la pena seguir, con mi más sincero y  
profundo agradecimiento a la memoria de DON  
>>> ALFONSO HELFON ROPHE.

Por su solidaridad y gran entendimiento ante  
la necesidad de su prójimo, con gran cariño y  
respeto, vaya la siguiente dedicatoria a dos  
hombres de razones, ALBERTO Y FREDY  
HELFON DANIEL

## AGRADEC I MIENTOS:

**A mi esposo:** Por todo su apoyo.

**Al Lic.** Jorge Servín Becerra, por su invaluable conocimiento jurídico.

**Al Lic. :** Carlos Braún Mendez, por su sincera ayuda.

**A la Universidad Nacional Autónoma de México:** Por haberme dado la oportunidad de pertenecer a nuestra máxima casa de estudios.

I N D I C E .

	Pág.
<u>I N T R O D U C C I O N .</u>	
CAPITULO I.- Concepto de Contrato ... ..	1
A) Definición de convenio " <u>Stricto Sensu</u> " ...	21
B) Definición de convenio " <u>Lato Sensu</u> " ... ..	22
C) Diferencia entre " <u>El Contrato y El Convenio</u> ".	22
CAPITULO II.- Antecedentes históricos de los Contratos Innominados o Atípicos ... ..	26
A) Los Contratos Innominados en el Derecho Romano.	45
CAPITULO III.- Elementos del Contrato ... ..	54
1.- Elementos Esenciales del Contrato ... ..	54
A) Sujetos ... ..	61
B) Consentimiento ... ..	68
C) Objeto ... ..	73
D) Causa ... ..	74
E) Forma ... ..	75
2.- Elementos Accidentales del Contrato ... ..	77
A) Condición ... ..	77
B) Termino ... ..	78
C) Modo o Carga ... ..	79
CAPITULO IV.- El Contrato de Traspaso ... ..	81
A) Concepto del Contrato de Traspaso ... ..	83
B) Antecedentes del Contrato de Traspaso ... ..	84
C) Características del Contrato de Traspaso ...	91
D) Elementos del Contrato de Traspaso ... ..	92
CAPITULO V.- Conclusiones ... ..	101
Bibliografía	

## INTRODUCCION.

La actividad de los comerciantes y empresarios, hoy por hoy se encuentran en un plano de desconfianza total, como consecuencia de los grandes cambios de los últimos años, crisis política, social y sobre todo económica; razón pura para poder dar a conocer una posible solución a los conflictos comerciales o mercantiles de negociaciones que se encuentran a punto de cerrar o de plano cierran y se ven obligados a Traspasar sus negociaciones mercantiles y no saben como resolver la situación en la que se encuentran, puesto que no existe un contrato de Traspaso con los elementos reales que nuestra legislación mexicana debiera de preveer, y que sin embargo con la ayuda del Contrato de Traspaso, se veria la versatilidad práctica del mismo para dar solución al problema.

El objeto fundamental, por la regulación jurídica del "Contrato de Traspaso", es por la urgente necesidad del bien común para los que profesan el comercio.

En todo Local de negocios, existe un patrimonio mercantil en cuya constitución han intervenido dos factores, uno el comerciante, a quien pertenecen las mercancías y cuyas condiciones de trabajo, inteligencia y honradez han contribuido a la forma o prestigio del comercio o industria; y otro, el propietario del local, ya que la calidad y ubicación de este influyen en el valor e importancia del negocio, y como ambas partes son dignas de protección, la Ley debe reconocer la gran importancia que tiene esta figura del "Contrato de Traspaso" para dar facultades a traspasar su negocio y tener la seguridad de que la Ley va a garantizar con justicia y equidad, el buen término de su negocio.

# CAPITULO I



## C A P I T U L O I .

### CONCEPTO DE CONTRATO :

El estudio del negocio jurídico, a lo largo de nuestra historia jurídica a tenido diferentes criterios, manifestados desde puntos de vista muy particular, pero que en última instancia yo me atrevería a señalar que la inmensa mayoría de los autores estudiosos de los contratos coinciden en que: El Contrato, es la principal fuente de las obligaciones, por lo que a lo largo del desarrollo del presente trabajo de tesis, señalaremos algunos criterios de autores dedicados a su estudio, los que a nuestro juicio son de mayor relevancia, para entrar a desarrollar lo que a nuestro interés es el Contrato de Traspaso, ya que es aquí de donde tomaremos las herramientas básicas para seguir con el tema en cuestión y llegar al buen término, de poder aportar la idea de regular la figura del Traspaso como un contrato acogido por nuestro gran Derecho Mexicano.

El maestro Leopoldo Aguilar Carbajal, hace un mayor énfasis en que para entrar al estudio de los contratos, el alumno tiene que poner un mayor interés a la Doctrina General del Contrato, puesto que da al estudioso un conocimiento general de principios e instituciones que se van a aplicar a los contratos en particular. Siendo de suma importancia en este caso el Traspaso, por tratarse de un contrato no contemplado por la legislación mexicana.

El citado autor, nos dice que existe la necesidad de precisar el contenido del término contrato, puesto que es muy usado en otras ciencias, con diversos significados.

Agrega que, " Vulgarmente se emplea esta palabra para referirse a cualquier declaración de voluntad que tenga relación con una cuestión de derecho, cualquiera que sea; en otras ocasiones se emplea el terreno del Derecho Internacional para aplicar sus normas al

Tratado entre Naciones."<sup>1</sup> No se puede aceptar esta terminología porque únicamente distinguiría el acto de la voluntad en general, del acto jurídico.

En reiteración a lo anteriormente manifestado, efectivamente el autor Aguilar Carbajal, concuerda con los demás autores que señalare más adelante, al decir que: "El contrato sí es un acto de voluntad de cada uno de los contratantes, cuya conjunción formal el consentimiento, para la obtención de efectos de derecho, consistentes según nuestro Código Civil vigente, el cual nos menciona que los efectos es la creación o la transmisión de derechos y de obligaciones. Y dice, frecuentemente se hace relación a contratos unilaterales, lo que pudiera llevar al error de creer que se trata de una sola voluntad."<sup>2</sup> Sin embargo no puede ser así, pues en todo contrato concurren dos o más voluntades; lo que acontece es que las obligaciones que genera el contrato celebrado quedan a cargo de una sola de las partes y en beneficio de la otra; pero el momento de su formación, sigue la regla general, hay consentimiento, elemento que no encontramos en el acto unilateral, puesto que interviene una sola voluntad, por ejemplo: En el Testamento, figura jurídica en la cual es un criterio volitivo y del cual no interviene otra voluntad, que haga cambiar la primera.

En síntesis, dire que el autor, reafirma que el contrato cuando estudiamos las obligaciones, es una fuente de las más frecuentes, de Derechos y Obligaciones, ya que los efectos que produce el contrato generalmente están previstos de antemano y son queridos por las partes, aun cuando algunos efectos se produzcan independientemente de la voluntad.

Otro de los puntos importantes del maestro Carbajal; es desde el punto de vista económico y nos dice que el contrato casi siempre su contenido es de este carácter al que da forma y lo hace obligatorio.

1.- Aguilar Carbajal, Leopoldo. Contratos Civiles. Edit. Porrúa. 1977. pág. 3

2.- Ob. cit.

El autor nos da a conocer diversas acepciones de la palabra Contrato como: Contrato Normativo, el cual dice que no es un contrato si no un conjunto de normas. El Contrato como Documento, en el que se hizo constar, y como Negocio Jurídico Bilateral.

Desde el punto de vista jurídico, el término contrato puede tener los siguientes significados :

" a) Normativo; que tendría como misión fijar derechos positivos para los futuros contratos que se celebren entre las partes, generalmente muy numerosos.

b) Se confunde con el documento o escritura en el que se hizo constar, y aún el legislador usa esta sinonimia.

c) El contrato como documento puede ser un elemento constitutivo o un medio de prueba del contrato.

d) El significado más importante, para el maestro Carbajal, es el de acto humano, o sea, negocio jurídico; es la figura más importante y más frecuente. En el negocio jurídico bilateral concurren dos declaraciones de voluntad que se presuponen mutuamente; como consecuencia, una de ellas no podría tomarse como una parte del contrato, ni siquiera como acto unilateral.

El autor tiene una interrogante, al decirnos que si el contrato puede considerarse como una relación jurídica, a la que indudablemente diríamos que siendo el contrato un acto bilateral, nos replantearíamos la duda de si es una relación jurídica el contrato y reafirmaríamos, que si ya que es una relación entre las partes deducidas de una situación entre ellas. Es indudable que antes de la fase de ejecución del mismo contrato es un negocio no una relación jurídica."<sup>3</sup>

La falta de ejecución de un contrato y la excepción de incumplimiento se refiere a las obligaciones, no al contrato mismo.

3.- Ibidem., págs. 24-25

Dentro de la doctrina existen figuras jurídicas afines al contrato por lo que el autor, menciona este punto y hace referencia al contrato normativo; y dice, dicho contrato nace de las necesidades de la vida moderna. Y con el crecimiento de las necesidades, de los negocios y de la población, se necesitan cantidades enormes de satisfactores, por ejemplo: Si pensamos en las necesidades de calzado de nuestra ciudad, con muchos millones de habitantes, de todas clases, edades y gustos; los contratos hoy en día no pueden formarse como antes y por tanto tienen que excluirse a los pequeños talleres, pues no es posible discutir entre el productor y el expendedor o con el comprador, puesto que sería dificultoso el que se pusieran de acuerdo el escoger artículo por artículo, sino que hoy se ha simplificado el contratar los artículos por cientos y aún más por millares de artículos a los que hay que fijar normas de calidad a las que debe sujetarse la entrega.

Sin embargo y pese a las grandes necesidades, el Contrato de Traspaso, no tiene la característica de ser un contrato de adhesión.

En ocasiones, dentro del mismo contrato, se estipulan cláusulas destinadas a resolver dificultades y evitar litigios o a fijar normas para la ejecución del contrato. A estas cláusulas se les llama "acuerdos normativos". En realidad establecen normas jurídicas con validez limitada a esos contratos un tanto especiales, en el sentido de que contratantes únicamente los celebren.

Sin embargo el maestro en mención, dice que el "Contrato Normativo se prevén y reglamentan problemas más numerosos y de mayor importancia que en los acuerdos normativos, se está frente al problema que plantea la celebración de un número indefinido de contratos, por ejemplo: Cuando existe un conflicto entre un fabricante o un grupo de ellos y entre un comprador ó un grupo de compradores, por lo que se ignora el tiempo que vayan a durar estas relaciones comerciales y el número de contratos que van a celebrarse y sus fechas y cuantías; ante esta situación optan por la celebración de un contrato normativo."<sup>4</sup>

4.- Ibidem., págs. 29-31

El autor ya mencionado señala que las partes optan por el contrato normativo, porque en el se señalarán las normas de calidad de las mercancías y su denominación en cada grupo, la forma, fecha y lugares de entrega; quién pagará los fletes y gastos de almacenaje; la forma de pago del precio y si pagare a plazos, las fechas de vencimiento y todos y todos los demás detalles concretos según sus necesidades. Podemos aclarar que la figura del Contrato de Traspaso, toma un caracter muy peculiar, consistente en que será un contrato que regirá situaciones muy particulares o singulares de cada caso.

Una característica importante de estos contratos normativos, es que sus estipulaciones valen por los contratos individuales, aún cuando no se reproduzcan en ellos cláusulas correspondientes.

Se discute si lo estipulado en el contrato normativo vale aún con relación a terceros, es decir, respecto de nuevos compradores o vendedores que no lo suscribieron, llegándose a la conclusión que si les afecta siempre que se haga alusión al contrato normativo en el individual.

Debemos aclarar que en el contrato normativo no participan las dos partes para establecer las cláusulas reales de un contrato como la compraventa, el arrendamiento o bien el traspaso en donde si participan ambas partes emitiendo su propia voluntad para contratar.

Podemos decir entonces que en un contrato individual encontramos relaciones que dan nacimiento a derechos y obligaciones con un contenido concreto y que sólo surten efectos entre los contratantes presentes y sus causahabientes; por lo que en el contrato individual, las voluntades son encontradas, cruzadas, opuestas, en cambio lo que no sucede en el contrato normativo serían paralelas, pues desde el punto de vista jurídico, los contratos normativos no son contratos, ya que no generan ni se celebran para generar derechos y obligaciones, ni los transfieren.

Un concepto moderno del Contrato, y tomando de base el estudio del Derecho Civil Patrimonial; nos lo da el Catedrático Español Luis Diez Picazo; por lo que para darnos su concepto de contrato retoma presupuestos ideológicos y sociales, y nos manifiesta que se llega de esta manera a la concepción moderna del contrato.

Para Luis Diez Picazo, el concepto de "Contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no sólo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva, como una trama o argumento de contratos que los particulares celebran. El Derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza."<sup>5</sup> Podemos decir entonces, que toda persona no debe tener limitación alguna para contratar, luego entonces si sucediera lo contrario, estaríamos frente a la arbitrariedad y atentariamos a la libertad de contratar de las personas.

El maestro Diez Picazo, dice que esta concepción moderna del contrato tiene su más profundo fundamento en una serie de presupuestos ideológicos y sociológicos que conviene tener en cuenta y no perder de vista.

El español Diez Picazo, señala tres presupuestos, de los cuales el primero de estos presupuestos, es el "Presupuesto Económico, retomado de una economía liberal fundada en el lema del "Laissez Faire (Dejar hacer, Dejar pasar) y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adam Smith, los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones. Presupuestos que en los últimos años es aplicado al Mercado Europeo, solución que se dio para la simplificación de muchos trámites ante los gobiernos de cada país, luego entonces, es mucho más fácil celebrar contratos directamente con los vendedores y compradores de cada estado.

---

5.- Diez Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. págs. 88-89 Edit. Tecnos. Madrid, España.

El segundo de los presupuestos ideológicos de la concepción moderna del contrato se encuentra en la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. El contrato es el medio mejor de arreglo de los intereses privados porque es una obra común de dos contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico. Es un arreglo entre iguales.

El tercer de los presupuestos ideológicos y socioeconómicos se encuentra en una época que rinde culto como ya hemos señalado a las ideas de la preponderancia de la libertad individual y que en definitiva es una época de predominio burgués sobre la economía. Puede decirse que esta concepción del contrato es un instrumento idóneo para un señorío de la burguesía sobre el mercado de capitales y de trabajo y, en definitiva, para un señorío sobre la economía considerada en su conjunto.

Burguesía o no, es menester la evolución del contrato, puesto que surgen necesidades que se debén encuadrar al mundo moderno, porque si no lo hacemos, nos enfrentariamos con el problema de la inadecuación y nos sentiremos fuera de la vida cotidiana, que hoy por hoy vivimos a pasos agigantados.

A lo largo del análisis, el jurista Díez Picazo, nos da a conocer tres presupuestos ideológicos, que retoma de un determinado sistema social y de un determinado tiempo en que se desarrollaron y tomaron auge las relaciones personales, de acuerdo a su estado real del modo de vivir por lo que a esto atribuye estos presupuestos, y que no lejos de lo que él ha señalado, me siento complacida en reafirmar su punto de vista con relación al contrato, y fundo mi concordancia y sentimiento con lo que digo a continuación :

A medida que pasa el tiempo el hombre va teniendo más necesidades de subsistencia, por lo que se tiene que allegar de cualquier cosa para hacer valer su voluntad de modo justo y apegado al rol social del momento, en este caso estamos hablando de los contratos,

documento que si bien es cierto, es donde se puede manifestar la voluntad de la persona o más personas, de una cosa específica ya sea real o personal es la Ley de los que están contratando y no existe otra cosa más fuerte que pueda romper con esa voluntad manifestada y querida de quien se halleguen del medio para contratar.

Podemos decir entonces, que el contrato de Traspaso será previo al inicio de las actividades de un comerciante.

Sin embargo el autor, habla del contrato dentro del marco estrictamente jurídico, pues dice que en base a esto se debe de dar no uno sino varios conceptos de contrato, tomando de base esta idea enuncia tres puntos de vista muy particular que son:

1.- La idea de contrato es, en primer lugar, un supra-concepto que es aplicable a todos los campos jurídicos y, por consiguiente, tanto el Derecho Privado como el Derecho Público e incluso al Derecho Internacional. Desde este punto de vista, son contratos los tratados internacionales, los concordatos y los acuerdos entre las naciones, los contratos celebrados por el Estado con los concesionarios de obras y de servicios públicos o contratos administrativos y los contratos entre particulares.

2.- Limitando el concepto de contrato a la órbita estrictamente del Derecho Privado, la idea de contrato es, en principio, igualmente una idea de carácter general. Se puede aplicar la idea de contrato para designar a todos los negocios jurídicos bilaterales de Derecho Privado y comprende tanto a los negocios jurídicos del Derecho Patrimonial (Compraventa, Arrendamiento y Traspaso) como a los que tienen su cede en el Derecho de Familia (Contrato de matrimonio, Contrato de Adopción) o a los que tienen su asiento en el Derecho de Sucesiones (Contratos Sucesorios).

3.- En un sentido más restringido ha tratado de agrupar sólo aquellos fenómenos que pueden ser sometidos a un régimen jurídico de carácter unitario.



La doctrina civilista aplica el concepto de contrato exclusivamente respecto de aquellos negocios jurídicos bilaterales que inciden sobre realciones jurídicas de naturaleza patrimonial." <sup>6</sup>

Después de estos tres puntos de vista el jurista Diez Picazo, define al contrato como: "Todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial."

A medida que sigo adentrándome con el estudio e investigación del contrato, tema importante desde el punto de vista de relación económica de los sujetos en nuestra real sociedad, los autores mencionados ya y los que más adelante mencionare, tienen una idea muy interesante; cada uno con ideas propias, de darnos a conocer el desarrollo jurídico que han tenido los contratos, pero que en última instancia tenemos que seguir modernizándonos con dicha figura, puesto que los tiempos van cambiando y evolucionando, así es que, tendremos que allegarnos de contratos modernos que nos faciliten el desenvolvimiento de las relaciones personales

Una de las esencias de los contratos es la voluntad de los que se obligan a contratar; en este punto primordial, coinciden los autores antes ya mencionados, por ejemplo: El jurista Ricardo Treviño en su libro Contratos Civiles, nos da a conocer su criterio muy particular en relación a los contratos, por supuesto apegado a la Ley; ya que nos habla, de que La voluntad jamás puede producir una obligatoriedad, no ya la voluntad ajena sino la propia, todo lo más que puede es querer ocasionar la situación de hecho a la que una norma, que está por encima de ella, une la obligatoriedad.

No es por consiguiente, el contrato el que obliga, sino la Ley es la que obliga en el contrato. Y agrega que "El vínculo contractual nos es apropiado para servir de fundamento de sujeción a la Ley sino que más bien supone ya esa sujeción a la Ley." <sup>7</sup>

6.- Ob. cit.

7.- Treviño García, Ricardo, Contratos Civiles. Editorial Font, S.A. pág. 16-20 Guadalajara, Jal.

Podemos confirmar y lo hemos venido haciendo, que en efecto el contrato es la causa más frecuente de las obligaciones hasta el punto de ser única fuente ordinaria y normal, que a cada momento es utilizado, por lo que el maestro Ricardo Treviño García, nos advierte la universalidad y trascendencia para la vida social y económica que reviste el estudio de los contratos.

Aquí compartire junto con el maestro Treviño García, mi total punto de vista con fundamento en la actividad cotidiana en que se desenvuelve la practica de los contratos y que acontinuación enuncia re :

El maestro e investigador, señala "Que el incremento de los contratos, en una era industrial y mercantil, es patente; totalmente comparto esta idea. Por lo que dice que gran parte de nuestra seguridad jurídica depende de que los contratos se otorguen, se interpreten y se cumplan con justicia. Evitar fricciones y desgaste infitil en materia contractual, es tarea de juristas." 8

El tema de investigación sobre los contratos y en especial el Contrato de Traspaso para su regulación, del cual es punto medular de este trabajo, puesto que los autores que e tratado de estudiar ninguno, trata esta figura del "Traspaso", por lo que con fundamen to en el argentino Luis Muñoz, retomare algunos principios para mi propuesta.

El argentino Luis Muñoz, aporta un muy particular punto de vista que me atreveria yo a señalar, son de mayor importancia para la aplicación de los contratos de aplicación moderna.

Por lo que dice, que la indagación de los principios comunes a todos y cada uno de los contratos interesa y se toma de base para los contratos innominados, también llamados atípicos, que son aquellos no disciplinados o regulados particularmente por el ordenamiento jurídico, y a los que alude el artículo 1143 del Código Ci-

8.- Ob. cit.

vil Argentino cuando dice: Que los contratos son nominados o innominados según que la Ley los designe o no bajo una denominación especial, bien entendido de lo que dispone el párrafo f del título preliminar del Código de Comercio vigente, a los casos que no estén especialmente regidos por él se aplicarán las disposiciones del Código Civil, lo que ha permitido a la jurisprudencia sostener que si las cuestiones no encuentran solución dentro del Derecho Comercial deberá recurrirse a los principios del Derecho Civil.

Por otro lado, el autor argentino hace mención del artículo 8º del Código de Comercio de su país, por lo que comenta de dicho artículo que los actos mercantiles los ejemplifica y no los limita, y así se ha pronunciado su jurisprudencia, lo que significa la posible existencia jurídica normativa de actos de comercio atípicos, siempre que no sean contrarios a las Leyes, a las buenas costumbres o al orden público.

Para el argentino Luis Muñoz, el concepto de contrato tiene diversos significados y que el más auténtico, técnicamente hablando, para él es el de: "Negocio jurídico bilateral, y patrimonial inter vivos." <sup>9</sup> Pero dice que la palabra Contrato se alude al documento que contiene el negocio, aunque es un simple medio de prueba, o la materialización de un elemento constitutivo del negocio cuando de contrato solemne se trata.

El argentino agrega diciendo que el contrato "Suele también llamarse al contrato como conjunto de normas; pero los llamados contratos normativos no son contratos, ya que técnicamente el negocio jurídico bilateral es fuente de relaciones patrimoniales y de normas jurídicas." <sup>10</sup>

9.- Muñoz, Luis. Contratos (Derecho Comercial). Editorial TEA. 1960. págs. 61-63 Buenos Aires, Argentina.

10.- Ob. cit.

Después del análisis jurídico que hace Luis Muñoz, del concepto de contrato, del que dice que es un negocio jurídico entre vivos, bi lateral, e instrumento para el tráfico jurídico, mediante el cual dos comportamientos o conductas humanas y por consiguiente espontáneas, motivadas y conscientes, se traducen en dos declaraciones y también manifestaciones privadas correspondientes a cada una de las dos partes, ya sean únicas o plúrimas, consideradas en pie de igualdad jurídica, ya que no siempre económica, de contenido volitivo-prescriptivo, jurídicamente relevante y por ende constitutivas y dispositivas, pues regulan los intereses de las partes y en relación con terceros, en virtud del reconocimiento por el derecho de la autonomía privada dentro de ciertos límites; en consideración a determinados presupuestos y sujeta en ocasiones a cargas de la vida y aún más de las necesidades que reclamán las relaciones personales, mediante cuyas declaraciones y manifestaciones recíprocas y objetivamente reconocibles que se integran, se forma el consentimiento, también llamado acuerdo por el legislador argentino.

Agrega el argentino, que el Contrato sirve para normar o regular la Constitución, modificación o disolución entre las partes de una relación jurídica patrimonial, función protegida por el Derecho, al reconocer y amparar semejantes efectos jurídicos que se producen fundamentalmente en esferas de intereses privados opuestos o contrapuestos, al menos inicialmente, por lo que el Contrato es también instrumento para la conveniente colaboración que la solidaridad de nuestros tiempos reclama, y que en ocasiones requiere la cooperación de la autoridad.

Con relación al concepto de contrato que da Luis Muñoz, retoma los elementos para dar una descripción más afondo del concepto, y que a continuación enunciaré :

" A) EL CONTRATO COMO NEGOCIO JURIDICO ENTRE VIVOS: Se dice que el contrato es un negocio jurídico entre vivos porque produce sus efectos sin el presupuesto del óbito (fallecimiento) de una persona.

Es por consiguiente el contrato una categoría de negocio jurídico cuya función responde a las necesidades de la vida humana de relación.

**B) EL CONTRATO COMO NEGOCIO JURIDICO BILATERAL:** Los negocios jurídicos bilaterales, en contraposición a los unilaterales, se caracterizan porque surgen de dos declaraciones y también manifestaciones de contenido volitivo que normalmente deben producir efectos respecto de las dos partes, únicas o plúrimas, mientras que en los plurilaterales se aprecia la existencia de más de dos declaraciones o manifestaciones de ese contenido, y cuyos efectos se producen en la pluralidad de partes, que también pueden ser únicas y plúrimas.

En el contrato las dos declaraciones las dos declaraciones o manifestaciones de contenido volitivo se presuponen mutuamente, de manera que una sola de ellas no es de por sí un negocio jurídico unilateral sino fracción del contrato o negocio jurídico bilateral.

En el negocio jurídico bilateral y también el plurilateral, las diversas partes sean simples o complejas, o si se requiere únicas o plúrimas, aparecen legitimadas para el negocio por apreciarse en cuanto a ellas, posiciones diferentes respecto de aquellos intereses.

**C) EL CONTRATO COMO NEGOCIO JURIDICO PATRIMONIAL:** En consideración a su contenido los negocios jurídicos suelen llamarse de derecho Patrimonial cuando transfieren un derecho de esa naturaleza contra poniéndose así a los negocios de derecho de familia, bien entendido que, la tendencia moderna insiste en la necesidad de subordinar a los intereses generales los privados de las partes, sobre todo cuando los principios de solidaridad atemperan en los ordenamientos jurídicos la orientación puramente individualista, hoy en crisis, si observamos las normas de cultura que prevalecen en las so-

ciedades que conocemos. La distinción entre negocios patrimoniales y los de familia, éstos últimos tienen por causa el interés familiar, se debe al autor italiano Cicu.

El negocio jurídico patrimonial tiende a modificar la actual distribución de intereses (Bienes), a normar la prestación de servicios, y su contenido consiste en una atribución patrimonial, la cual puede calificar al negocio de dispositivo o de obligacional, como lo dicen los autores, entre ellos Pugliatti, Giordano, etc.

La atribución patrimonial no es otra cosa que el enriquecimiento, incremento o ventaja que se opera en el patrimonio de un sujeto a consecuencia de la declaración o manifestación de contenido volitivo de quien determina la atribución patrimonial.

**D) EL CONTRATO COMO INSTRUMENTO APTO PARA EL TRAFICO JURIDICO:** Recordando la terminología alemana, el contrato es un instrumento para el tráfico jurídico, por ser aplicable a todas las relaciones de derecho, según quieren los juristas alemanes. quienes no lo conciben simplemente como base para el nacimiento de obligaciones, - afirma el alemán Koschaker, pues conocen la categoría de contrato real.

No obstante, aun concebido el contrato solamente como fuente de relaciones obligatorias, así en el artículo 499 del Código Civil argentino, es sin duda un instrumento para el tráfico jurídico.

El contrato como instrumento para el tráfico jurídico es aspecto substancial y no instrumental, de suerte que no debe confundirse el contenido y la finalidad del contrato con la forma.

Como instrumento, el contrato se utiliza para la composición de intereses privados entre partes, en consecuencia, es el contrato un fenómeno económico que prácticamente realiza las más variadas funciones de la vida económica.

El autor Luis Muñoz, termina diciendo sobre el estudio de los contratos los siguiente :

"El negocio jurídico bilateral es una institución jurídica, pues las partes lo utilizan para autodeterminarse, autolimitarse, autoobligarse del reconocimiento por el derecho de la autonomía privada." 11

El estudio de los contratos en particular, tiene una gran utilidad práctica la exposición de los principios comunes a todos los contratos, así como de las reglas propias de cada determinado grupo de contratos, es así como describe al contrato el maestro Ramón Sanchez Medal.

El maestro Ramón Sanchez Medal, también comulga con los demás autores que he venido señalando a lo largo del presente trabajo, al decirnos que: "Las normas generales o las propias de cada grupo de contratos, suelen incluirse dentro de la teoría general de las Obligaciones, al estudiar el contrato como una de las Fuentes de las Obligaciones." 12 Y ratifica su postura mencionando que el contrato es la fuente ordinaria o normal de las obligaciones, que no está limitada a los bienes, sino que se extiende a las personas y a la familia, pues el orden extrapatrimonial, el matrimonial y la adopción son también contratos.

Por otra parte, dice el maestro Sanchez Medal, que hay que tener presente que el contrato, según la definición legal, no solo puede dar nacimiento a obligaciones y a sus correlativos de derechos de crédito, sino también puede crear o transmitir derechos reales, (Art. 1793 y 2014 c.c.) como ocurre en el contrato de hipoteca y en el de compraventa, respectivamente. Por ello, se indica que el contrato puede tener efectos obligatorios y efectos reales.

11.- Ibidem., págs. 71-76

12.- Sanchez Medal, Ramón. De Los Contratos Civiles. Editorial Porrúa. pág. 3-4 1994, México.

El variado punto de vista de los autores con relación al estudio que hacen de los contratos, no es posible dar un concepto general del contrato con validez universal, ya que éste varía necesariamente de país en país y de época en época, de acuerdo con sus leyes y costumbres respectivamente.

Así, la connotación que puede ser justamente aplicada en Derecho argentino, puede no corresponder a la que se le dé en Derecho Español o en Derecho Mexicano.

Desde este punto de vista nos habla el maestro Miguel Angel Zamora Y Valencia, lo que para su estudio sobre los Contratos Civiles, re toma la doctrina tanto argentina como española, es así como nos trata de dar a conocer su postura sobre el Contrato.

Por otra parte, la influencia doctrinal que es determinante en la labor legislativa, puede orientar la conceptuación de este término hacia diversos sentidos; y si los autores de obras jurídicas tampoco están unificados para darle al contrato un significado uniforme necesariamente éste variará en el aspecto legal, según sea la orientación doctrinal que haya motivado al autor de la ley.

Nos dice que en argentina, conforme al artículo "1137 de su Código Civil, Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".

En el derecho español, conforme al artículo "1254 de su Código Civil, el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio".

Nos dice el maestro Zamora Y Valencia, que en el campo de la doctrina y según sea el aspecto que cada autor desea hacer resaltar, existen múltiples acepciones del concepto contrato.



Para los autores franceses Colfn y Capitant, "El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando las partes, pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho, crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla".

El maestro Miguel Angel Zamora Y Valencia, en base a lo manifestado por su investigación nos enuncia las siguientes consideraciones

A) "Los contrato se estudian y tienen su campo de actualización dentro del ámbito patrimonial, su estudio sólo tiene importancia práctica si se hace dentro de la teoría del patrimonio. Así, al pretender ampliar su órbita a otras materias civiles u otras disciplinas jurídicas, es violentar su naturaleza y función, lo que se traduce en una escasa o nula utilidad práctica o doctrinal. Discutir si el matrimonio, la adopción o la actuación del funcionario público, son contratos, es distraer la atención sobre los aspectos verdaderamente importantes de esta figura. No se discute la importancia jurídica de las materias no patrimoniales, sino que se pretende encuadrar la figura del contrato dentro de sus límites exactos que permitan obtener los máximos frutos.

B) Todo contrato necesariamente implica un acuerdo de voluntades, pero no un acuerdo simple, sino la manifestación exteriorizada de dos voluntades por lo menos, en los términos en que lo disponga una norma vigente; y

C) Todo contrato debe ligar, enlazar a las personas que lo celebran, estableciendo entre ellas un vínculo obligatorio de contenido patrimonial.

Este aspecto es la razón de ser, es el objetivo principal y el motivo del contrato".<sup>13</sup>

---

13.- Zamora Y Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. págs. 17-19

Las personas en sus relaciones cotidianas, tienen la necesidad de asegurar en alguna forma la realización de cierta conducta por parte de otras o de comprometerse, a su vez a la realización de cierta actividad, y el instrumento idóneo para satisfacer esas necesidades, es el contrato.

Retomando el criterio del maestro Zamora Y Valencia; es de suma importancia para el estudio de los contratos tomar en consideración el momento práctico en que se desenvuelven las personas, para así poder contratar sanamente, ya que si en ese momento existe una situación económica social que no pueda garantizar los intereses de quienes quieran llevar al cabo un negocio jurídico, no va a haber posibilidad de llegar a dar por terminado un contrato hasta sus últimos efectos jurídicos y sociales a los que se obligarán; puesto que para contratar se necesitan dos o más intereses para negociar.

El maestro Zamora Y Valencia, nos dice que en la práctica jurídica mexicana tiene diversas significaciones la expresión " Contrato " por lo que a continuación las señalo :

Como Acto Jurídico, como Norma Individualizada y como Documento en el cual se contienen los pactos o cláusulas convenidas por las partes que crean o transmiten derechos y obligaciones.

1.- "EL CONTRATO COMO ACTO JURIDICO: Cualquier transformación en el ámbito de lo jurídico, o sea cualquier situación que produzca una consecuencia a la que se califique como "jurídica", necesariamente debe ser el resultado de una motivación a un "supuesto jurídico" y toda activación de un supuesto jurídico, forzosamente debe obedecer a la actualización de un hecho jurídico.

Estos términos de "supuesto jurídico", "consecuencias de derecho", "sujetos de derecho" que son las personas a quienes se imputan las consecuencias y "objetos de derecho" que es el elemento material y

objetivo que maneja la ciencia jurídica, reciben el nombre de "conceptos jurídicos fundamentales" sin los cuales, por lo tanto, no podría hablarse de situación o relación con la calificación de jurídica.

Los supuestos jurídicos, son las hipótesis normativas de cuya excitación depende el que se produzcan consecuencias de derecho.

Las consecuencias de derecho, son las situaciones o relaciones que se originan como consecuencia de haberse activado uno o varios supuestos jurídicos.

En un desenvolvimiento lógico de ideas, debe concluirse que, para que se produzcan consecuencias de derecho, se necesita excitar o actualizar un supuesto. Ahora bien, el motor, el impulso, el activador del supuesto recibe el nombre de hecho jurídico.

Existen acontecimientos que no producen consecuencias jurídicas por no activar ningún supuesto, pero en cambio existen otros que sí las producen y a estos últimos son a los que se les denominan hechos jurídicos.

Los hechos jurídicos en sentido estricto son los acontecimientos de la naturaleza o relacionados con el hombre en los que no interviene su voluntad o que aún interviniendo, ésta es irrelevante en la producción de las consecuencias y que por la excitación de un supuesto jurídico, se producen consecuencias de derecho.

El acto jurídico, es el acontecimiento del hombre en el cual interviene su voluntad en forma directa y que por la motivación que hace de un supuesto jurídico, produce consecuencias de derecho.

si en la realización del acto jurídico interviene una sola voluntad, se dice que éste es monosubjetivo, y si intervienen dos o más voluntades, el acto será plurisubjetivo.

Al referirse el acto jurídico a la materia civil y dentro de ésta a la regulación patrimonial que se presupone la posibilidad de la obtención de bienes y servicios como medios de la circulación de la riqueza y además relacionando los conceptos anteriores con la posibilidad de crear y transmitir derechos y obligaciones (1793 cc) se está ya en posibilidad de dar un concepto de contrato como acto jurídico :

El contrato, como acto jurídico, es el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial.

**2.- EL CONTRATO COMO NORMA JURIDICA:** Al estudiar al contrato, deben de tenerse en cuenta dos aspectos fundamentales, el primero, el acto jurídico como acuerdo de voluntades que es el proceso creador del contrato, y el segundo, que es el resultado de ese proceso y así como no deben confundirse los actos discursivos con el discurso mismo o el proceso de elaboración legislativa con la Ley, tampoco deben confundirse el acto producto del contrato con el contrato mismo. Hay pues que distinguir cuidadosamente: Primero el acto o el procedimiento de la convención; y segundo la norma o el orden convencional creados por aquella en cuanto a procedimiento, esto último es tomado por Hans Kelsen, de su libro El Contrato y El Tratado.

El fundamento de obligatoriedad del contrato es que en sí mismo es una norma jurídica, no general sino individualizada, que a su vez se apoya en una norma jurídica general (la contenida en nuestro Código Civil) la que a su vez se apoya para fundar su obligatoriedad en una norma de carácter constitucional.

**3.- EL CONTRATO COMO DOCUMENTO:** Esta concepción, hace referencia al documento o al conjunto de signos sencibles que es el resultado del proceso contractual y el cual se contiene la voluntad de las

partes, que es donde constan los pactos o cláusulas de la norma individualizada y su estudio se trata en terminos generales en el capítulo del elemento "Forma", al analizar cada uno de los contratos que en particular reglamenta el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal." <sup>14</sup>

Tomando en consideración el estudio de los diversos autores que ya mencione y que analizandolos, tienen cada uno un criterio del cual podemos distinguir con respecto al estudio del contrato, ya que tomando de base primero sus costumbres jurídicas establecidas por cada Estado o País, del que manifiesta su doctrina jurídica y que se desprende para dar nacimiento a otra legislación, como el caso específico de nuestra legislación mexicana que tiene sus bases en la legislación española.

Para quedar con una idea mucho más clara de lo que es el contrato enunciaremos lo que dice nuestro gran Código Civil, ya que es de este precepto; fundamento suficiente y grande para poder encuadrar las figuras como el Contrato de Traspaso que no se encuentra regulado y que es de suma importancia no dejarle fuera de la Ley.

#### A) DEFINICION DE CONVENIO "STRICTO SENSU"

Suele definirse como el acuerdo de voluntades que tiene, por objeto, modificar o extinguir derechos y obligaciones, así reales como personales. Podemos decir entonces que el Código Civil vigente para el Distrito Federal, hace una clara distinción entre convenio y contrato, por lo que a la letra dice el artículo 1793:

**Artículo 1793.-** Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Hay contratos que dan origen lo mismo a derechos reales que a derechos personales, tal es el caso de los contratos traslativos de dominio.

<sup>14.-</sup> Ibidem., págs. 20-23

En virtud de la compraventa, se originan derechos personales, como son: La entrega de la cosa, el saneamiento en caso de evicción, el pago del precio, etc. Es también, uno de los medios de adquirir la propiedad más aún se trata del derecho real por excelencia.

Por ejemplo: Hay contratos que dan origen, únicamente, a derechos personales como, el contrato de prestación de servicios profesionales.

Después de muchas discusiones, se llega a la conclusión de que el convenio define el fenómeno psicológico como acuerdo de dos o más voluntades para producir efectos de derecho y este acuerdo, cuando se le revisten con la forma que previene la Ley, estamos hablando de el contrato.

#### **B) DEFINICION DE CONVENIO "LATO SENSU"**

En el Derecho Positivo Mexicano, el convenio es considerado como, el genero, por lo que en sentido restringido, queda reducido al acuerdo de dos o más personas para modificar o extinguir derechos y obligaciones, así es como lo define el artículo 1792, de nuestro Código Civil mexicano.

#### **C) DIFERENCIA ENTRE "EL CONTRATO Y EL CONVENIO"**

La diferencia fundamental estriba en que al contrato le corresponde la función positiva: Crear o transmitir, y al Convenio la función negativa: Modificar o Extinguir.

Se infiere, por tanto, que el convenio "Lato Sensu" es el concepto general, y el convenio "Stricto Sensu" que es en realidad el contrato es el concepto en particular.

El maestro Ramón Sanchez Medal, nos dice con relación a esta distinción que: Su antecedente lo tiene en el Código Civil frances, que distingue al convenio que es el género, del contrato que es el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación.

Sin embargo, la mencionada distinción no es ya reconocida en la actualidad, pues el vigente Código Civil italiano la ha eliminado y nuestro mismo Código Civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios (Art. 1859 c.c.), lo cual hace que en realidad resulte ya bizantina (Decadente) la diferencia entre el Convenio y el Contrato, punto de vista del cual no estoy convencida, puesto que en la actualidad se requiere de una seguridad y esa seguridad es el documento llamado contrato.

Existiendo un mayor interés por los contratos es de suma importancia de dar el concepto básico de los contratos innominados o atípicos, contratos que han tenido una manifestación práctica en nuestro vivir cotidiano, apegado a nuestra realidad actual, por lo que en los últimos diez años hemos sufrido cambios a pasos agigantados y no podemos quedarnos a la deriva en lo que se refiere a las relaciones contractuales, tal es el caso del Contrato de Traspaso, figura que vendría a solucionar problemas fuertes de tipo económico, social y sobre todo jurídico.

#### CONCEPTO DE CONTRATO INNOMINADO O ATÍPICO :

Se denomina así por no estar previstos en los Códigos Civil y de aplicación supletoria el Código de Comercio, y por que además carecen de una regulación en el Código, sin embargo su estructura no debe apartarse de los elementos de existencia y requisitos de validez de los demás contratos. En cuanto a su clausulado, solo no siguen la regla de las cláusulas naturales debén estipularse porque normalmente en estos contratos se fusionan dos o más y las cláusulas que más prevalecen son las accidentales, así por ejemplo: El Arrendamiento con opción a compra y el de la adquisición del tiempo compartido, que en el fondo es de hospedaje, y el de mayor inte

---

15.- Código Civil, para el Distrito Federal, Arts. 1792, 1793 y 1859. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.

res el "Contrato de Traspaso" se debén seguir los lineamientos del contrato de que se trate, sin variar la estructura de cada uno.

Estos contratos que se han mencionado tienen vigencia actual y recaen sobre bienes muebles o inmuebles y tienen las modalidades de empezar como Arrendamientos y terminar en Compraventas, en primer termino originalmente generán obligaciones de hacer y posteriormente de dar y de no hacer, jurídicamente hay que establecer cuando termina uno e inicia el otro, pues en estos contratos prevalece al parecer la autonomía de la voluntad.

En atención al estudio que el maestro Sanchez Medal, hace de los Contratos Civiles, habla de que hay figuras jurídicas afines con estos contratos, pero que no deben confundirse con otras figuras jurídicas en donde existe coexistencia de dos o más contratos diferentes.

El autor en estudio habla que los contratos multiples o uniones de contratos que pueden ser de tres clases:

**A) UNION MERAMENTE EXTERNA:** De varios contratos, por ejemplo: Cuando en un mismo documento se da el Traspaso de un Local y una negociación mercantil o bién una franquicia.

**B) UNION RECIPROCA:** De varios contratos pero las partes convienen conjugarlos en todo, de manera que un contrato depende de otro, pero no quedan desvinculados, por ejemplo: Quien da en arrendamiento una cosa y al mismo tiempo se vende el mobiliario especial de ella al inquilino o en ultima instancia se traspasa.

**C) UNION LATERNATIVA:** Cuando se celebran dos o más por separado y las partes acuerdan cual termina primero y cual despues, por ejemplo: Quién da en arrendamiento un local a tiempo determinado, y vencido este se celebrara entre las mismas partes el Traspaso del inmueble.



Sirviéndonos de la distinción que hace el maestro Sanchez Medal de los contratos Atípicos o Innominados, hace la siguiente división:

**1.- CONTRATOS INNOMINADOS EN SENTIDO ESTRICTO O CONTRATOS INNOMINADOS PUROS:** Que comprenden tanto los contratos que tienen un contenido solo parcialmente extraño a los tipos legales; por ejemplo : El contrato estimatorio; el contrato entre arbitros y los compromitentes, llamado de garantía pero distinto a la fianza, pues en aquel no hay responsabilidad por la deuda sino sólo posibles pagos de daños y perjuicios.

**2.- CONTRATOS MIXTOS O COMPLEJOS:** En este tipo de contratos todos los elementos de su contenido son de tipo legales, pero en combinaciones diversas. Los contratos mixtos o complejos pueden ser:

a) **CONTRATOS GEMELOS O COMBINADOS:** Por ejemplo: El Traspaso no se encuentra previsto en la legislación, pero si el subarriendo a determinado tiempo.

b) **CONTRATOS MIXTOS EN SENTIDO ESTRICTO:** En el que aún determinado contrato típico se agregan elementos u obligaciones de otro contrato atípico, ejemplo: EL arrendamiento de un inmueble, con uso de suelo comercial y es utilizado para ese fin, pero el arrendador decide que le traspase la negociación establecida por el inquilino.

c) **CONTRATOS DE DOBLE TIPO O HIBRIDOS:** Cuando el total del contrato encaja en dos tipos diferentes, ejemplo: Quien da en arrendamiento un inmueble y al mismo tiempo se da el Traspaso por concepto de pago de una deuda al arrendador.

En conclusión, siempre habrá en contratos mixtos la fusión de diferentes prestaciones y obligaciones.

# **CAPITULO II**

## C A P I T U L O   I I .

### ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS O ATIPICOS :

Sabemos que cuando hablamos de o elaboramos un contrato, tomamos de base comunmente nuestro Código Civil Vigente para el Distrito Federal, ya que es el ordenamiento jurídico cuyas bases son de primordial necesidad para su estudio y elaboración, aunque en ocasiones no contempla figuras practicas a las que a diario utilizamos ; en este caso estoy hablando de la figura del TRASPASO; figura cotidiana y practica que debe ser regulada, puesto que tiene un nombre y no esta regulada, sera un contrato innominado.

Pues se dice que si la Ley no reglamenta un contrato, aunque sólo señale su concepto o le de un nombre, el contrato será innominado.

El que un contrato tenga un nombre no le da categoría de contrato nominado y no obstante que tengan un nombre serán innominados por falta de reglamentación. La Doctrina también puede dar un nombre a un contrato, pero si la Ley no lo regula, será un contrato innominado.

Nos comenta de los contratos innominados el maestro Miguel Angel - Zamora Y Valencia, "Que también la Ley puede conceptuar un contrato pero como consecuencia de la variedad de las prestaciones de las partes, no sería posible reglamentarlo en todas sus consecuencias y en ese supuesto, el contrato tendrá un nombre y seña un contrato tipificado por estar encuadrado dentro de un tipo legal, pero será innominado desde el punto de vista de que la Ley no lo reglamenta en forma total o amplia. Tal es el caso del contrato de hospedaje respecto al cual la Ley lo nombra y tipifica, pero por la gran variedad de aspectos que puede abarcar, no es posible reglamentarlo; ya que puede contener obligaciones de transmitir la propiedad de bienes determinados, de transmitir el uso o goce de ciertos bienes la prestación de todo tipo de servicios .

De lo anterior se desprende que el contrato innominado es aquel que la Ley no reglamenta o regula en relación con las obligaciones principales que se generan como efecto de su celebración, aunque tengan un nombre o estén tipificados." 16

Debido a la necesidad humana de la transferencia de cosas y servicios, los individuos a través del tiempo han ideado ciertas formas más o menos constantes de realizar sus negocios jurídicos, y el legislador, al intuir la importancia de algunas de dichas formas, de dichas cosas; las ha plasmado en modelos definidos, creando así los contratos nominados, y por lo tanto los innominados no por el simple hecho de no estar regulados no deben ser menos importantes, puesto que seguramente serán por la práctica y usos diario un tanto más importantes para los que necesitan de ese contrato como el "Traspaso de locales comerciales o de inmuebles de uso habitacional" puesto que la necesidad de adecuarnos a los cambios diarios, tenemos figuras que no son ni dejaran de ser importantes para la vida moderna.

Pero debido a la realidad cambiante de la existencia humana, que origina como consecuencia nuevas necesidades, es imposible que el legislador prevea en modelos definidos todas las causas y finalidades de los negocios jurídicos o que previéndolas, no considere oportuno, con base en un criterio de política económica o social, dar una reglamentación fija a tales actividades, y debido a esto, es posible encontrar en la práctica, una serie de actividades no reglamentadas en la Ley y a las que se les ha dado el nombre de contratos innominados.

Por otra parte, si a un contrato reglamentado se le incorporan elementos extraños a él por las necesidades de los interesados, ya no será el resultado un contrato técnicamente nominado; e igual situación se presenta si, en determinado momento, las partes entrelazan para la satisfacción de determinadas necesidades dos o más contratos formando en conjunto uno solo.

---

16.- Zamora Y Valencia, ob. cit., págs. 58-59

Como consecuencia de lo anterior, los legisladores por más que quieran absorber los usos y las costumbres de los pueblos, la práctica inconscientemente va creando nuevos tipos de contratos, buscando siempre la satisfacción de sus necesidades más prontas de una manera segura y eficaz.

Como lo dije con anterioridad, no por el simple hecho que un contrato innominado no este reglamentado, la Ley no puede desentenderse ni dejar de reconocer a este tipo de contratos.

Desde el punto de vista doctrinal, los contratos innominados se clasifican en contratos mixtos y contratos unión :

1.-"LOS CONTRATOS MIXTOS: Los contratos mixtos son aquellos contratos unitarios que en su estructura intervienen diversos elementos de varios contratos ya sean nominados o innominados, y pueden clasificarse en contratos mixtos en sentido estricto, en contrato de doble tipo y en contratos combinados.

A) Los contratos mixtos en sentido estricto: Son aquellos que se integran mediante un contrato nominado y un elemento extraño a él que puede ser contenido de una prestación de un contrato diverso, por ejemplo: Un contrato mediante el cual una persona se obliga a conceder el uso de una cosa a cambio de una cantidad de dinero y de que se le haga una escultura.

B) Los contrato de doble tipo: Son aquellos en los que todas las prestaciones de una de las partes encuadran dentro de un contrato nominado y todas las prestaciones del contratante encuadran dentro de las de otro contrato nominado o innominado, por ejemplo : Una persona concede el uso de un bien a un abogado a cambio de que éste le preste sus servicios profesionales mientras dura ese uso.

C) Los contratos combinados: Serfan a aquellos en que las prestaciones de una de las partes encuadran en dos o más contratos nominados y la contraprestación de la otra parte es sólo dinero.

Por ejemplo: El contrato de hospedaje con alimentos y otros servicios, en que el hostelero se obliga a transmitir el uso de cosas, transmitir la propiedad de bienes de consumo, la utilización de fluidos como luz o gas, la prestación de servicios, etc., a cambio de la obligación del huésped de pagar una suma de dinero periódicamente.

**2.- LOS CONTRATOS UNION :** Son aquellos contratos autónomos que se estructuran mediante la conjunción de dos o más contratos nominados o innominados, y pueden ser clasificados en contrato unión con dependencia bilateral, con dependencia unilateral o contratos unión alternativos.

Los contratos unión con dependencia bilateral serían aquellos en que la conjunción de los contratos que los forman es de tal naturaleza que la existencia, validez y cumplimiento de las prestaciones de uno influyen en forma absoluta sobre el otro, Por ejemplo: Un contrato por virtud del cual una persona se obliga a transmitir el uso de un bien y a vender a la otra parte el material que emplea ese bien para su funcionamiento, y la otra parte se obliga a pagar un precio cierto por el uso y a comprar el indicado material.

De nada le serviría al contratante arrendatario y comprador el que sólo le arrendaran el bien, si no le venden los materiales para hacerlo funcionar y de nada le servirían los materiales si no le alquilan el bien.

Los contratos unión con dependencia unilateral serían aquellos en que la conjunción de los contratos que los forman sólo es determinante respecto de uno, de tal forma que éste puede no ser válido o ser incumplidas las obligaciones que genere, sin que se afecte el otro; pero que si el otro no existe o es nulo, sí afecta con la existencia o nulidad al primero, ejemplo: Un contrato de mutuo garantizado con prenda o hipoteca."<sup>17</sup>

---

17.- Ibidem., págs. 60-61.

Los contratos unión alternativos, serían aquellos en que por las condiciones propias en que fuerón pactados, por la voluntad de una de las partes o por la realización de una condición se actualiza en definitiva uno de los contratos que lo integran y se extingue el otro, por ejemplo: Un contrato por virtud del cual una persona concede el uso de un bien a otra a cambio de un precio cierto y se pacta al año, si lo desea el arrendatario, puede comprar el bien, pagando una pequeña cantidad adicional y reconociéndose los pagos parciales entregados con anterioridad.

Este contrato será de arrendamiento mientras no vence el año y siempre que el arrendatario no desee adquirir al término pactado, el bien; pero será de compraventa, si al vencimiento del plazo desee adquirirlo y paga la cantidad adicional.

Lo mismo podemos pensar en el arrendamiento de un local, destinado a dar servicios de primera necesidad, si el arrendatario decide ya no seguir con el alquiler del local con todo y sus accesorios (Mer<sup>u</sup>cancias), la acreditación o prestigio del negocio, el prestigio del empresario o negociante y su nombre comercial, elementos o fa<sup>u</sup>ctores todos los que ya mencione, el arrendatario TRASPASA, por supuesto a quien le toca el derecho de tanto es al arrendador, por lo que es un claro ejemplo de un contrato de arrendamiento; conver<sup>u</sup>tido a un contrato de Traspaso.

La simple unión externa de contratos, o sea aquellos que se encuentran redactados en un mismo instrumento por una circunstancia mer<sup>u</sup>amente accidental, no forman categoría de contratos innominados ni lo son.

Por último, podría idealmente pensarse en un contrato totalmente atípico y no regulado, que no tuviera ninguna semejanza con los contratos regulados, y que no tuviera ningún elemento de alguno de los nominados, y éste sería el contrato innominado en estricto sentido.

Como lo dije con anterioridad, el Contrato es una de las fuentes principales de las obligaciones, puesto que así nos lo enseñaron las Instituciones de Justiniano y sus fuentes; y así señalaron que las Obligaciones de una manera general son civiles.

Por lo anteriormente expuesto los Romanos clasificaron cuatro obligaciones que para esa época fueron las más importantes y las clasificaron así :

- A) De un Contrato.
- B) De un Delito.
- C) De un Cuasicontrato.
- D) De un Cuasidelito.

Estas cuatro fuentes de obligaciones, que para los Romanos fueron en la época clásica del Derecho Romano, las de mayor importancia y las más antiguas, son los Contratos y los Delitos.

" Siendo la obligación una restricción a la libertad del deudor, se comprende que no puede hallarse uno en este estado de dependencia más que en razón de causas bien determinadas, Ahora bien, hay dos de ellas que reclaman naturalmente la sanción del legislador . Primeramente, el daño injustamente causado; Toda mala acción, todo acto contrario al derecho, y que lleva perjuicio a los demás, debe obligar a su autor a una reparación; después la voluntad libremente manifestada: Cuando una persona ha yamado un compromiso con relación a otra que lo acepta, está obligada y debe cumplir lo que ha prometido.

El Derecho Romano ha reconocido estas dos grandes causas de obligaciones, pero no de una manera absoluta, y solamente bajo ciertas condiciones: Si el hecho ilícito constituye un delito; si la voluntad se ha manifestado en un contrato. (Gayo)

Las obligaciones así consagradas han sido, por otra parte, poco numerosas en su origen. Entre los primeros romanos, agricultores y guerreros, extraños al comercio y a la industria, las necesidades



eran muy limitadas; él préstamo de dinero, el cambio, bajo sus diferentes formas, bastaba a satisfacerlas. El castigo de los actos ilícitos, que llevaba consigo una pena pecuniaria, era una fuente de obligaciones mucho más abundante.

Pero cuando Roma ha entrado en relaciones con otros pueblos, la riqueza privada se ha acrecentado, y cuando una civilización más adelantada ha hecho nacer necesidades nuevas, el círculo de las transacciones se ha ensanchado. El Derecho ha debido sancionar, en un gran número de casos, el convenio de las partes, al mismo tiempo que lo somete a formas determinadas para garantizar la sinceridad.

Al mismo tiempo, unas leyes extendían y completaban la lista de los delitos, cuya represión era preciso asegurar.

Así se desarrollaron los Contratos y los Delitos". (Ulpiano L. 10)

Esta clasificación de las fuentes de obligaciones llegó a ser insuficiente a medida que el Derecho Romano se perfeccionaba. Los jurisconsultos, tratando de determinar las causas de las obligaciones sancionadas por el Derecho, reconocen que se puede estar obligado sin que haya habido contrato ni delito.<sup>18</sup>

Gayo, en una de sus obras estudia otras causas de obligaciones que no son ni contratos ni delitos, pero que se le parecen por lo que, fueron sacados de algunos fragmentos del Digesto y que en un análisis un tanto más preciso separo en dos categorías distintas, las cuales son :

Según que uno está obligado como a consecuencia de un contrato, - quasi ex contractu, o como a consecuencia de un delito, quasi ex maleficio.

Así, un heredero acepta una sucesión; está obligado a pagar los legados. Sin embargo, no hay contrato; pero ha habido por su parte - un acto de voluntad lícito que se aproxima al contrato y no delito

---

18.- Petit, Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Epoca, S.A. México, 1977. págs. 315-316

Su obligación nace quasi ex contractu. Una persona lleva a cabo un acto ilícito que no entra en la categoría de los que el Derecho Romano califica de delitos: Su obligación nace quasi ex delicto. Gayo reconoce, pues, implícitamente cuatro fuentes de obligaciones civiles, por lo que esta división está más claramente formulada en las Instituciones de Justiniano.

Los Contratos han tenido un desarrollo a lo largo de la historia muy importante, para las relaciones en lo que respecta a negociaciones entre personas, entre un grupo de ellas, y hasta entre Naciones y Estados, por lo que a continuación mencionare el Desarrollo de los Contratos en Roma.

Para Ulpiano, en todo Contrato hay una convención. Pues para tener la noción del contrato es preciso, saber primeramente lo que es una convención.

Ahora bien, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo respecto a un objeto, se dice que hay entre ellas convención o pacto. Las partes que hacen una convención destinada a producir un efecto jurídico pueden proponerse crear, modificar o extinguir un derecho. Las convenciones que tienden a crear un derecho; son las únicas que forman el género cuya especie es el contrato.

La convención no puede crear toda clase de derechos. Así es impotente para establecer por sí misma los derechos reales, los cuales están constituidos por modos especiales.

En derecho natural es cierto que si el objeto de la convención es lícito, el que se ha comprometido libremente debe estar obligado.

Este principio se ha consagrado en nuestro Derecho, donde toda convención honesta es legalmente obligatoria..

La voluntad de las partes es soberana; la Ley la sanciona, y toda convención destinada a producir obligación se califica de contrato. Pero el derecho Romano no ha admitido nunca este principio de una manera absoluta.

" La regla antigua , que domina aún en la época clásica, y que subsiste aun en tiempos de Justiniano, es que el acuerdo de las voluntades, el simple pacto, no basta para crear una obligación civil. (Ulpiano, L. 7). "

El Derecho Civil no reconoce este efecto más que a convenciones acompañadas de ciertas formalidades, 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 voluntad.

Consistían, bien en palabras solemnes consagradas por el uso, que debían emplear las partes para formular su acuerdo, bien en menciones escritas; bien, por último, en la remisión de una cosa, hecha por una de las partes a la otra.

Estas formalidades, llevadas a cabo, venían a ser la causa por la que el Derecho Civil sancionaba una o varias obligaciones.

Sin embargo, se derogó esta regla en favor de ciertas convenciones de uso frecuente y de importancia práctica considerable.

Fuerón aceptadas por el Derecho Civil tales como el derecho de gentes las admitía, es decir, válidas por el solo consentimiento de las partes, sin ninguna solemnidad. (Ulpiano, L. 7).

Cada una de las convenciones así sancionada por el Derecho Civil - formaba un Contrato y estaba designada por un nombre especial.

Los contratos en Derecho Romano son, pues; unas convenciones que están destinadas a producir obligaciones y que han sido sancionadas y nombradas por el Derecho Civil. (Ulpiano, L. 7)

" Desde fines de la República se ha determinado el número de los contratos, y se distinguieron cuatro clases de ellos, según las formalidades que deben acompañar a la convención, los cuales a continuación señalare :

1.- "Los contratos verbis" se forman con la ayuda de palabras solemnes, por ejemplo: La estipulación.

2.- "El contrato litteris" exige menciones escritas.

3.- "Los contratos re" no son perfectos sino por la entrega de una cosa al que viene a hacerse deudor. Son el mutuum o préstamo de consumo, el comodato o préstamo de uso, el depósito y la prenda ;

4.- "Los contratos formados solo consensu", por el solo acuerdo de las partes, son: La venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

Sies difícil precisar en que época se ha hallado definitivamente establecida esta lista de contratos, es cierto que no data de los orígenes de Roma.

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 a las legislaciones más antiguas. No es sino por un progreso 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 perfeccionamiento de sus propias instituciones, sea por prestación de los usos comunes de los pueblos vecinos es decir, el jus gentium, ha llegado a sancionar las cuatro clases de contratos vigentes en la época clásica.

Las cuatro clases de contratos anteriormente señalados, tuvieron ; un desarrollo histórico, por lo que existieron dos maneras un tanto más antiguas de obligarse que han estado en uso entre los romanos fueron primeramente el nexum, que tenía por causa un préstamo de dinero; después , la sponsio. Sin duda, se practicarón desde su origen otras operaciones indispensables aun en una sociedad naciente.

Pero unas, tales como la venta y el cambio, se hicieron desde luego al contado; las demás, como el depósito y el mandato, quedaban fuera de la esfera del Derecho y hallaban su sanción en las costumbres.

1.- "El nexum se realizaba por medio del cobre y de la balanza, per et libram. En una época en que los romanos ignoraban aún el arte de acuñar la moneda, la cantidad de metal dada en préstamo se pesaba en una balanza tenida por un libripens, investido, sin duda de un carácter religioso, en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos y púberos.

El peso del metal subsistió aún después de empezar a acuñar el cobre; porque esta moneda, aun tosca, no tenía valor más que según su peso, que era preciso verificar. (Gayo, I.)

Pero después de la aparición de la moneda de plata no se tuvo necesidad de pesar las piezas, se les contaba.

El empleo del cobre y de la balanza no tuvo ya desde entonces utilidad material. No se conservó como parte esencial del contrato más que a título de símbolo. A esta solemnidad iba unida declaración del acreedor, o nuncupatio, que fijaba la naturaleza del acto y contenía una donatio; esto era el equivalente de una verdadera condena, que autorizaba el empleo de la manus injectio contra el deudor que no pagaba.

La persona misma del obligado (corpus) estaba, pues, comprometida y respondía del pago de la deuda. Por lo que la Ley de las XII tablas sancionaba la declaración unida al nexum o a la mancipatio. (tabla VI).

En apoyo de la hipótesis según la cual el nexum, que sirve para realizar el préstamo de dinero, había sido el modo más antiguo de crear una obligación civil, se puede observar que el mutuum ha que dado siempre para los jurisconsultos romanos como el contrato por excelencia, el que tratan en primer lugar; que no se llama primera mente acreedores, creditores, más que a los que habían prestado di

nero , y que esta palabra se extendió a continuación a todos aquellos a quienes se debía alguna cosa; por último, la antigua expresión *aes alienum*, usada para calificar la deuda, implica que el deudor ha tomado a préstamo el dinero de otro.

Es probable que las formas del *nexum* pudieran emplearse para dar a otras convenciones que tenían por objeto deudas de sumas de dinero la fuerza obligatoria que les faltaba.

Las partes simulaban un préstamo , a continuación del cual el deudor estaba obligado civilmente, como si hubiese tenido realmente - *pecunia credita* , dinero prestado.

Las consecuencias del *nexum* son mal conocidas. Se sabe, sin embargo, que eran muy rigurosas.

En virtud del contrato y sin juicio, el deudor que no pagaba estaba sometido a la *manus injectio*, especie de toma de cuerpo ejercida por el acreedor, y que necesitaba la intervención del magistrado. Desde entonces, el deudor, declarado *nexus*, estaba a merced del acreedor, que podía encadenarle y tratarle como a su esclavo de hecho, si no de derecho.

El *nexus* no se liberaba más que con la ayuda de un pago especial acompañado de la solemnidad de la *aes et libra* y de una *nuncupatio* apropiada a la naturaleza de la operación. (Gayo, III.)

" La historia de los primeros siglos de Roma está llena de las luchas suscitadas por las deudas entre los patricios y los plebeyos y excesos cometidos por los acreedores sobre los deudores *nexi*. Esos abusos provocaron una medida legislativa. Hacia el año 428 de Roma, una Ley *paetelia papiria* intervino en favor de los *nexi*. Declaró libres a los ciudadanos que eran *nexi* en el momento de su promulgación; prohibió encadenar en lo sucesivo a los deudores, y decidió que no podrían ya comprometer sus personas en provecho del acreedor, sino solamente sus bienes. Despojada de sus principales efectos, la formalidad del *nexum* cayó poco a poco en desuso.

Según Tito Livio, la Ley Paetelia papiria fué para los plebeyos como la aurora de una libertad nueva.

Al lado del nexum, los ciudadanos romanos parecen haber empleado 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 acreedor seguida de una respuesta hecha por el deudor por medio del verbo spondeo. Pero es difícil saber lo que era la sponsio primitiva y cuál fué su origen .

Unos la hacen proceder de una simplificación del nexum, pues la nuncupatio habría llegado a ser suficiente para obligar. pero , si era así, 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 él deudor sobre el altar de Hércules (Dionisio de Halicarnaso, l. 40).

Lo que parece cierto es que tuvo primero un carácter religioso, - Pero las seremonias que la acompañaban fueron descuidadas a continuación, a medida que tomo extensión, recibió un nombre más en armonía con su función, que era fortalecer la convención de las partes; éste fué la stipulatio, Según Paulo stipulatio viene, en efecto, de stiputum, porque da a las convenciones la fuerza obligatoria.

Esta manera de contratar acabó por ser accesible aun a los extranjeros, a condición, sin embargo, de emplear otros términos, porque la palabra spondere quedó especialmente para los ciudadanos.

Al mismo tiempo que la estipulación venía a ser un instrumento cómodo para sancionar el acuerdo de las partes, nacía dos nuevos contratos, por decirlo así, de las ruinas del nexum: El contrato Li-teris y el mutum.

1.- " Todo ciudadano acostumbrado a tener un registro, codex, donde consignaba los actos de su vida privada, el que había hecho un préstamo por medio de nexum no dejaba de hacerlo constar, escribiendo que tal suma se había pesado y entregado al prestatario : P<sup>u</sup>n<sup>i</sup>a exp<sup>e</sup>nsa Titio lata. Se acabo por 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." (Gayo, III.)

2.- Por otra parte, se vino a realizar el préstamo de dinero 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 prestatario.

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 liberar 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 Derecho. Pero cualesquiera que hayan sido sus transformaciones, y aunque haya llegado a ser un contrato del derecho de gente 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.

Con posterioridad a esos contratos nacidos del *nexum*, fueron sancionados otros por el Derecho Civil, como el *mutuum*, es decir, a condición de que la convención fuera acompañada de la entrega de una cosa al deudor. Son el *comodato*, el depósito y el *pignus* o contrato de prenda.

Estas tres operaciones no eran desconocidas en absoluto de los romanos antes de que el Derecho Civil hubiese hecho de ellas contratos. Las necesidades que suponen son de todos los tiempos; prestar una cosa a un amigo, depositar en su casa un objeto precioso, dar una garantía real a un acreedor, son actos que han debido realizarse muy pronto. Se procedía 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.

Este era un pacto de fiducia sancionado por la acción *fiduciae*, dicho pacto iba unido a una enajenación por *mancipación*. (Gayo, II)

Aparte de ese procedimiento la entrega de una cosa en *comodato*, en depósito o en prenda 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 el pretor dando al que había sido víctima de él una acción *factum*.

Más tarde, la simple entrega de la cosa fué, por último, considerada, en nuestras tres hipótesis, 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.

Así, tres nuevos contratos, formados re, el comodato, el depósito la prenda, se agregaron al mutuum, pero con caracteres diferentes.

Es únicamente hacia fines de la República cuando parece realizado ese progreso. Por otra parte, aun en la época clásica, la práctica antigua, que consistía en transferir la propiedad de la cosa con pacto de fiducia; estaba todavía en uso. (Gayo, II.)

Otro contrato de suma importancia en la época romana fueron los Contratos Consensuales, por lo que a continuación los mencionare.

De las cuatro clases de operaciones a las cuales se aplican, la venta es seguramente la más antigua. Mientras que la moneda fue 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 del 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. En cuanto al precio, era pagado inmediatamente.

Más tarde, la estipulación proporcionó a las partes 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. 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, fuerón contratos formados solo consensu.

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 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.

En cuanto a la fecha de estas innovaciones, ningún documento cierto permite asegurar, aunque se haya dicho, que el derecho Civil ha ya consagrado los contratos consensuales desde el siglo VI, o aun antes. Pero se puede afirmar su existencia a mediados del siglo VII; porque el pontifice Q. Scaevola cita ya, hacia esta época, entre las acciones de buena fe, las que nacen de la sociedad, del mandato, de la venta y del arrendamiento. (Cicerón, III.)

Además de los contratos, el Derecho Romano ha reconocido fuerza obligatoria a otras convenciones, que no figuran en el número de los contratos nominados.

Unas han sido sancionadas por el Derecho Civil, bajo la influencia de los jurisconsultos; otras, por el derecho Pretoriano; otras, - por último, por las Constituciones imperiales.

**1.- DERECHO CIVIL:** Fué admitido hacia el fin de la República que el simple acto que está unido a un contrato que se relaciona con él de una manera íntima le preste, en ciertos casos al menos, un carácter obligatorio, y produzca una obligación sancionada por la acción misma del contrato.

Bajo el Imperio, ciertos jurisconsultos están de acuerdo en que, si una convención destinada a procurar ventajas recíprocas ha sido

ejecutada por una de las partes, llega a ser civilmente obligatoria. Esta opinión acabó por triunfar, y las convenciones así sancionadas han recibido de los comentaristas el nombre de Contratos Innominados. Contratos que más adelante mencionare.

2.- DERECHO PRETORIO: Por su parte, el pretor proveyó de acciones ciertas convenciones, tales como el pacto de constituto, el pacto de juramento y el pacto de hipoteca, que se distingue de todos los demás en que está sancionado por una acción in rem, la acción hipotecaria.

3.- CONSTITUCIONES IMPERIALES: Por fin, en el Bajo Imperio, las Constituciones sancionaron la convención de dar entre vivos, y la que tenía por objeto la constitución de un dote. Se las llama pactos legítimos.

Así, el número de convenciones sancionadas se ha encontrado, en el último estado del Derecho Romano, singularmente aumentado, pero ha quedado siempre limitado. Es verdad que se podía hacer obligatoria una convención cualquiera revistiéndola de las formas de la estipulación.

Pero por sí mismo, el simple pacto, el acuerdo de las partes, que no entra en una de las categorías precedentes, no ha bastado jamás ni aun bajo Justiniano, para producir la obligación civil.

Este sistema tenía la ventaja de hacer más cierto el consentimiento de las partes, obligándolas a expresarlo en la forma de una estipulación.

Pero esto era una traba a la libre manifestación de la voluntad, y ha desaparecido justamente de nuestro Derecho.

Se ha mencionado las cuatro clases de contratos divididos, según que se formasen re, verbis, litteris o solo consensu.

Pero existe otras divisiones de contratos, también de mayor importancia, por lo que a continuación mencionare :

**1.- Los contratos son de Derecho Estricto o de Buena Fe :**

Los contratos de derecho estricto son los que derivan del Derecho Romano Primitivo, y ofrecen su caracter riguroso. Tales son el Mu tuum, el contrato litteris, la estipulación; Tienen por sanción la condictio.

Para apreciar la medida exacta de la obligación que de ellos nace, el juez debe atenerse a la letra misma del contrato y no puede ins pirarse en ninguna consideración de equidad.

Los demás contratos son de buena fe; todo se debe arreglar en ellos según la equidad.

Las acciones que los sancionan llevan un nombre distinto para cada contrato.

Esta diversidad en la manera de apreciar las obligaciones contractuales tenfa, sobre todo, su importancia en caso de pleito; es por lo que la misma distinción se vuelve a encontrar más netamente for mulada a propósito de las acciones, que son, una de derecho estricto, otras de buena fe.

**2.- Se distinguen también los Contratos Unilaterales y Sinalagmáticos :**

Los contratos Unilaterales no engendran nunca obligación más que de un solo lado de las partes contratantes, uno ex latere. Son precisamente los contratos de derecho estricto; El mutuum, la estipulación, el contrato litteris.

Los contratos de buena fe son sinalagmáticos; es decir, que producen obligaciones a cargo de todas las partes contratantes.

Los comentaristas los subdividen en contratos sinalagmáticos perfectos e imperfectos. Los primeros son aquellos en los cuales todas las partes están inmediatamente obligadas desde que se ha formado el contrato; lo que ocurre en la venta, el arrendamiento, la sociedad.

En los demás, no hay obligación más que de un lado en el momento en que se forma el contrato; pero puede suceder que posteriormente nazca del otro lado una obligación.

En semejante caso, la obligación, nacida en el instante mismo de la formación del contrato, está sancionada por una acción directa; la otra, por una acción contraria, son Sinalagmáticos imperfectos: El Comodato, el Depósito, la Prenda y el Mandato.

3.- Por último, los contratos pueden dividirse en dos clases; según el uso al cual se destinan: Unos, y es el mayor número, sirven para realizar operaciones determinadas, y cuya naturaleza está suficientemente indicada por el nombre mismo del contrato.

Cuando dos personas hacen una venta, un depósito, un préstamo, de uso o de consumo, se sabe de antemano de qué clase de negocio se trata y cada uno de esos contratos no sabría tener otro destino.

Son así todos los que se forman re o solo consensu. Por el contrario, la estipulación no implica por sí misma ninguna operación especial.

Esta es una manera de contratar, una forma de la cual se pueden revestir las convenciones para hacerlas civilmente obligatorias.

La variedad de aplicaciones de la estipulación le da en Derecho Romano una importancia muy superior a la de los otros contratos. Por eso los jurisconsultos exponen, al estudiarla, un cierto número de reglas que son en realidad aplicables al conjunto de las obligaciones contractuales.

#### A) LOS CONTRATOS INNOMINADOS EN EL DERECHO ROMANO

Cuando dos personas han convenido hacerse prestaciones recíprocas por ejemplo: Que una cederá a la otra el esclavo Stico, para recibir el campo Corneliano, este convenio, como todos los pactos aislados que no forman un contrato consensual, no tiene en principio nada de obligatorio. Pero si una de las partes ejecuta lo que ha prometido, enriquece a la otra, desde entonces se hace equitativo que la que ha recibido la prestación esté civilmente obligada a cumplir su promesa.

Hay algo análogo a un contrato re, y la prestación suministrada por una de las partes se convierte para la otra en causa suficiente de obligación.

El Derecho Civil ha llegado a sancionar en este caso la convención y a dar acción a la parte que ha ejecutado, para obligar a la otra a cumplir su compromiso.

Así es como han nacido nuevos contratos que los jurisconsultos califican de *contractus incerti*. (Ulpiano, L. 9), o *negotia nova* (Gayo, L. 22), y que los comentaristas han llamado los contratos innominados, porque no entran en ninguna de las cuatro clases de contratos que habían recibido un nombre particular.

El Contrato Innominado es, una convención sinalagmática no clasificada entre los contratos nominados, y que ha sido ejecutada por una de las partes en vista de una prestación recíproca. Esta prestación puede ser bien una *datio*, bien un hecho. Combinando estas dos ideas, se pueden reducir los contratos innominados a cuatro grupos de operaciones. (Paulo, L. 5).

La teoría de los contratos innominados no ha sido admitida sin vacilación y sin resistencia. Propuesta al principio del Imperio, sólo fué definitivamente consagrada hacia el fin de la época clásica; y aun acaso solamente en el Derecho de Justiniano.

Los fragmentos de los jurisconsultos insertos en el Digesto llevan la huella de las disidencias y Gayo no habla de los contratos innominados en sus Instituciones.

Para el estudio de los contratos innominados, se tiene que exponer el desarrollo histórico que tuvieron estos contratos en el Derecho Romano.

Una persona ha ejecutado voluntariamente una convención sinalagmática no sancionada: ¿Qué recurso le ofrece el Derecho Romano para que la otra parte no se enriquezca a su costa? Dos soluciones son

posibles: a) Obligar a la otra parte a suministrar lo que ha prometido en cambio; es reconocer fuerza obligatoria a la convención; es admitir la idea de contrato; b) Dar a la parte que ha ejecutado un medio de ser indemnizada; es negar efecto a la convención; es rechazar toda relación contractual entre las partes.

Sin embargo, esta segunda solución es la única que admitió el Derecho Romano durante mucho tiempo, y se aplicaba de la siguiente forma:

Se distinguía si la prestación efectuada ha consistido en una datio o en un hecho: a) Si es una datio, el que la ha hecho está autorizado a recobrar lo que ha dado, ejerciendo la condictio ob rem dati; esta condictio es así llamada porque tiene por fin reclamar lo que ha sido dado (ob rem), en vista de obtener una prestación equivalente.

Esta condictio está fundada sobre este hecho, que la propiedad de una cosa ha sido transferida por una causa que ha dejado de existir, y que debe ser restituida; es la equidad la que sirve de base (Paulo, L. 65)

b) Si es un hecho, la parte que le ha efectuado no puede ejercer la condictio ob rem dati, pues la idea de restitución es inaplicable a un hecho realizado. Quedaba, desprovista de todo recurso.

Al principio del Imperio, ciertos jurisconsultos proponen una solución más lógica y equitativa. Consideran la ejecución voluntaria del convenio por una de las partes como causa, suficiente para obligar civilmente a la otra parte. Desde entonces, la convención así ejecutada por una de las partes se convirtió en contrato.

Parece que fué el jurisconsulto Arintón, bajo Trajano, quien definió con más autoridad la teoría del contrato innominado.

Pero esta doctrina estuvo lejos de reunir todos los sufragios.

(Ulpiano, L. 7)



Sin duda, es, como se ha pensado con razón, porque la *datio* ejecutada en semejante caso presentaba analogía con la del *mutuum*, y no era apartarse sensiblemente de las reglas del Derecho Civil el admitir que había contrato.

Paulo se niega claramente a admitir en esta hipótesis la idea de contrato. Sin embargo, a teoría de los contratos innominados debía triunfar, aun para los *negotia facio ut des*. Ulpiano la acepta en efecto y Alejandro Severo la consagra por un *rescripto*.

(Ale. Severo, L. 6, año 230)

Mientras los jurisconsultos estaban en desacuerdo sobre el principio mismo de los contratos innominados, se dividían también sobre la acción que convenía conceder al acreedor, en los casos en que se entendían para sancionarlos. Unos le daban una acción nueva, propuesta por Labeón, y llamada por los textos *actio civilis in factuum*. Otros, sobre todo los sabinianos, la rechazaba. Para dar satisfacción al acreedor, trataban a veces de asimilar la operación a un contrato nominado, y le ofrecían la acción de este contrato; así es como querían tratar el cambio, como la venta.

En general, ofrecían al acreedor una acción *in factuum*. La solución de Labeón acabó por prevalecer, pues, para contratos nuevos, era lógico tener una acción nueva, con sus reglas propias.

En los contratos innominados que tenemos de herencia por el Derecho Romano, han jugado un papel muy importante dentro de la legislación romana, por lo que tomaron un carácter y un efecto diferentes, de los contratos nominados, por lo que a colación señalare :

El Contrato innominado resulta de una convención por la cual dos personas se prometen recíprocamente una prestación. pero esta convención sólo se hace obligatoria después que una de las partes voluntariamente ha efectuado la prestación prometida. Parece, pues, que todo contrato innominado sea unilateral, y que

no cree obligación civil más que a cargo de la parte que no ha ejecutado aún. En realidad, estos contratos son sinalagmáticos. En efecto, la parte que ha ejecutado la convención, que ha dado una causa a la obligación de la otra parte, no está libre ella misma en lo sucesivo de toda obligación. Por ejemplo: La situación de un vendedor, el de estar obligado a la garantía de la evicción y de los defectos ocultos; hay, pues obligación a cargo de la otra parte quien compra, puesto que las dos partes desempeñan el mismo papel de convenir.

Así es en los demás contratos innominados, pues se aproximan casi todos bien a la venta, bien a un doble mandato.

**Los principales Contratos Innominados:** Los contratos innominados pueden dividirse en cuatro grupos, tienen en cada categoría, variedades innumerables, según la naturaleza de las cosas o de los servicios que las partes se proponen cambiar. Sin embargo, hay algunos que, en razón de su importancia práctica, han recibido una calificación, y merecen una atención especial: Son, en el Derecho Clásico el *aestimatum* y el cambio, y en el Derecho de Justiniano, el precario.

a) **Del *aestimatum*.** - Hay *aestimatum* cuando una persona entrega a un tercero una cosa estimada en cierto precio, y conviene con él que la venderá y le devolverá o el precio fijado o la cosa intacta si no ha podido venderla. Si el tercero la vende más cara, se guarda la diferencia; si la vende menos cara, debe siempre su estimación

Se había tratado de asimilar esta convención, ya a la venta, ya a un arrendamiento, bien a un mandato; se terminó por ver en él un contrato innominado sancionado por la acción *praescriptis verbis*, que tomó en este caso la calificación particular de acción *aestimatoria*.

b) **Del cambio.** - El cambio es por excelencia el *negotium do ut des* las partes contratantes han convenido que una debe hacer a la otra la *datio* de una cosa, y que debe recibir en cambio la *datio*

de otra cosa. Hemos visto que esta operación se parece a la venta y que los sabinianos querían aplicarle las mismas reglas.

Su opinión, aun sostenida en tiempo de gajo, no ha prevalecido.

El cambio nunca llegó a ser un contrato consensual. Pero, desde fines del siglo II, tiene su puesto entre los contratos innominados.

Diferencias notables separan el cambio de la venta, las cuales son a) por la formación del contrato; la venta es perfecta por el solo acuerdo de las partes; al contrario, la convención de cambio no es obligatoria, y sólo hay contrato después que una de las partes ha ejecutado voluntariamente la datio convenida.

b) En cuanto a los efectos, mientras que en la venta importa distinguir el vendedor y el comprador, por que sus obligaciones son diferentes, en el cambio las dos partes desempeñan el mismo papel. Cada una de ellas está obligada a transferir la propiedad de la cosa prometida, lo que excluye la cosa ajena como objeto del cambio. (Paulo, L. 3)

Cada una está obligada a la garantía de la evicción y vicios ocultos, y estas obligaciones recíprocas son sancionadas por la misma acción, la praescriptis verbis.

c) En fin, la parte que primero ha operado la datio tiene el derecho, en virtud de los principios del cambio, de resolver el contrato y de recobrar lo que ha dado, mediante la condictio de rem dati cuando la otra parte no quiere, o no puede ya por culpa suya ejecutar su obligación.

En la venta, al contrario, el derecho de resolución no pertenece al vendedor no pagado más que en el caso de que se haya reservado expresamente por un pacto unido.

c) Del Precario.- Hay precarium cuando una persona concede a otra, que se lo ha rogado, la posesión y disfrute gratuito de una cosa,

a cargo de restituirla a la primera reclamación. El origen de este uso es oscuro. Se ha conjeturado que se había establecido a propósito de la explotación del *ager publicus*.

Los patricios hacían a sus clientes concesiones esencialmente revocables. más tarde se amplió la institución. El precario, que primero no se aplicaba más que a fundos de tierra, ha podido tener por objeto cosas muebles y aun cosas incorpóreas, como las servidumbres. (Gayo, L. 3)

Durante mucho tiempo, el que concedía una cosa a título de precario no tuvo para recobrarla más que un recurso pretoriano, el interdicto de precario, y la *rei vindicatio*, cuando era propietario. Bajo el Imperio, ciertos jurisconsultos le conceden la *condictio incerti* para hacerse devolver la posesión. (Juliano, L. 19)

En el último estado del Derecho, el precario ocupó un puesto entre los contratos innominados, y el concedente tiene, para hacerse restituir la cosa, la acción *praescriptis verbis* (Ciertos Textos dan esta acción al precarista desde la época clásica). (Ulpiano, L. 2)

El precario se parece mucho al comodato, se diferencia, sin embargo, desde ciertos puntos los cuales son los siguientes :

- a) En el comodato, la restitución de la cosa prestada sólo es debida en el plazo convenido. En el precario, es exigible a la voluntad del concedente, aunque haya habido plazo fijo.
- b) El comodatario no tiene más que la detención de la cosa prestada. El precarista posee; tiene contra los terceros el recurso de los interdictos posesorios para conservar la posesión.
- c) Mientras que el comodatario es responsable de toda falta, el precarista sólo responde de su dolo y de su falta grave.
- d) En fin, el precario es una liberalidad personalísima que cesa a la muerte del precarista y no aprovecha a sus herederos. (Celso, L. 12)

En resumen podremos decir que los contratos innominados tuvieron el reconocimiento de determinadas convenciones que se encontraban fuera de la lista de los contratos tradicionales y con relación a la prestación y contraprestación el Derecho Romano los agrupo en cuatro clases distintas y que son los siguientes :

- "A) **Do ut des** : Doy para que des. Se presenta cuando las prestaciones de cada una de las partes consistieran en dar alguna cosa.
- B) **Do ut facias** : Doy para que hagas. Aquí, una parte se compromete a dar alguna cosa y la otra a prestar cierto servicio.
- C) **Facio ut des** : Hago para que des. Esta categoría es igual a la anterior, pero observada en sentido inverso.
- D) **Facio ut facias** : Hago para que hagas. Es un intercambio de servicios.

Por lo que los contratos más comunes en el Derecho Romano fueron los siguientes :

1.- **Contrato de Permuta** : Contrato por el cual un contratante transfería al otro la propiedad de una cosa, para que éste le transmitiera la propiedad de otra.

2.- **Aestimatum (Contrato Estimatorio)** : Contrato por el cual el propietario de una cosa, después de valuarla o estimarla, la entregaba a otra persona con el fin de que la vendiera y le entregara un precio, o se la devolviera si la venta no se realizaba." 19

---

19.- Morineau Iduarte, Martha, e Iglesias Gonzalez, Román. Derecho Romano. Editorial Harla. México, 1990. págs. 188-189

3.- Precario : Una persona, a petición de otra, le concedía el uso de una cosa, para que la devolviera en el momento en que se la reclamara.

Este contrato como anteriormente se dijo , se parece al de comodato, pero es diferente en que para su existencia es necesario que el precarista lo solicite al concedente y en que éste puede revocar el precario en el momento en que lo desee, incluso habiéndose fijado plazo.

4.- Contrato de Transacción : Las partes, haciéndose concesiones recíprocas, terminaban una controversia presente o evitaban una futura. Lo cual dicho contrato debe contener los siguientes requisitos :

\*Primero que existiere un derecho incierto y segundo, que hubiera concesiones recíprocas.

La transacción sólo se podía anular si sobre el asunto ya había una sentencia anterior y ésta no fuese conocida por las partes.

Los contratos innominados se perfeccionaban cuando cualquiera de las partes cumplía con su prestación. La parte que cumpliera primero con la prestación convenida tenía a su favor la *actio praescriptis verbis* (Acción que debía incluirse en la fórmula en la que el actor expresaba con palabras de su elección, los hechos en los que fundaba su demanda), para reclamar la contraprestación debida, y también la *condictio causa data causa non secuta*, para exigir la restitución de la cosa cuando la prestación cumplida hubiera consistido en un *dare*.

Podemos decir en síntesis que en el Derecho Romano clásico y en general en los ordenamientos primitivos, se les exigio a las partes una serie de esquemas normativos establecidos a los cuales tenían que ajustarse para que pudieran realizar sus intereses particulares.

# CAPITULO III

### C A P I T U L O III.

#### ELEMENTOS DEL CONTRATO :

Al lo largo del estudio e investigación de los diversos autores que tratan de darnos a conocer sus puntos de vista con relación a los contratos y sus elementos que los integran, cada autor los divide de manera diferente; aunque algunos coinciden en los elementos esenciales por lo que en los elementos accidentales no tanto.

Dichos elementos que integran a todo contrato los dividiremos en dos grupos que serán los elementos esenciales o comunes a todos los contrato y los elementos accidentales.

#### 1.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO :

Se consideran esenciales por muchos autores los elementos indispensables mínimos para que el contrato exista y sea jurídicamente válido.

Sobre todo los argentinos, tradicionalmente apegándose a su realidad legislativa, sostienen que la ausencia de tales elementos determina la inexistencia del negocio jurídico bilateral.

El maestro Luis Muños, nos dice que en verdad, "Los elementos esenciales de t<sup>í</sup>pico son las disposiciones de las partes que permiten encuadrarlo dentro de determinada descripción objetiva prevista por el ordenamiento jurídico, y así poder derivar las consecuencias que le sean propias.

El legislador argentino no ha formulado un precepto que enumere los elementos del contrato ni los llamados requisitos esenciales y



también constitutivos, contrariamente a lo que acontece con el artículo 1325 del vigente Código italiano que menciona el acuerdo de las partes, la causa, el objeto y las formas ad solemnitatem. Sin embargo, la necesidad de los varios llamados elementos se infiere de los preceptos legales directa o indirectamente ".20

Carnelutti, en su libro Teoría General del Derecho, habla de requisitos del negocio jurídico y los clasifica en estáticos, en los que comprende la capacidad de las partes, la idoneidad del objeto y la legitimación; y en dinámicos, que los subdivide a su vez en - internos o elementos y en externos o circunstancias.

Otro autor distingue entre elementos constitutivos, que residen dentro, y presupuestos necesarios que se hallan fuera de la estructura del contrato considerado en sí. Y para que el negocio pueda atribuirse efectos jurídicos congruentes a su típica función social y por tanto con el propósito práctico normal de las partes, - debe lógicamente existir una correlación entre tales efectos y algunas circunstancias extrínsecas al negocio, las que, para diferenciarlas de los elementos constitutivos de él, los han denominado presupuestos de validez.

El maestro Ramón Sanchez Medal, divide los elementos del contrato, en tres y dice que son a saber: Elementos de existencia, Elementos de validez y Elementos de eficacia.

Para el maestro Medal, los elementos de existencia son dos elementos que conjuntamente debe tener un acto jurídico para ser contrato, de manera que la ausencia de cualquiera de esos dos elementos impide que haya contrato. Tales elementos de existencia son el Consentimiento y el Objeto.

Los elementos de validez, son cuatro elementos que conjuntamente -

---

20.- Muños, Luis. Contratos, págs. 80-81

debe tener el contrato ya existente para no estar afectado de nulidad, de manera que la falta de uno de esos cuatro elementos hace que el contrato en cuestión resulte privado de efectos jurídicos.

Tales elementos de validez del contrato o de exoneración de nulidad, son la Capacidad de las personas autoras del mencionado consentimiento; la Forma libre o señalada por la Ley para la expresión exterior de dicho consentimiento, la Ausencia de Vicios del mismo consentimiento; y que el objeto de referencia sea lícito, es decir, no contrario al orden público ni a las buenas costumbres.

" La presencia de los cuatro elementos de validez en un contrato ya existente impiden que se produzca la nulidad de ese contrato, pero ellos mismos no confieren a éste eficacia jurídica, es decir, que produzca efectos jurídicos.

Son solo factores de inmunidad que impiden se produzca la nulidad correspondiente a la falta de uno de ellos, pero directamente no dan o producen eficacia al contrato. "21

Los elementos de eficacia, es el elemento que la Ley requiere para que un contrato ya existente con todos los elementos de validez, o sobre un patrimonio ajeno.

Tal elemento de eficacia es la legitimación para contratar que la Ley exige en cada una de las personas que celebran un determinado contrato.

Dice el maestro Ramón Sanchez Medal, que en esta materia, hay un principio general y dos posibles excepciones.

Por principio general, toda persona puede ser parte en un contrato cuyos efectos jurídicos recaen sobre el propio patrimonio de esa

---

21.- Sanchez Medal, Ramón. De Los Contratos Civiles. págs. 25-26

persona. Por excepción, hay ciertas personas que no pueden ser parte en determinados contratos, y debido a ello éstos no producen efectos jurídicos. Por ejemplo: ni los abogados, ni los jueces, - ni los peritos pueden ser parte compradora en la venta de los bienes que son objeto de los juicios en que dichas personas intervengan, Art. 2276 C.C., razón por la cual la venta en contravención de esa prohibición no produce efectos jurídicos, Art. 2282 C.C.

Por excepción también, los efectos jurídicos de un contrato se producen no sobre el propio patrimonio de las partes que lo celebraron, sino sobre el patrimonio ajeno de otra persona.

Por ejemplo: La venta que un apoderado hace de los bienes de su representado produce sus efectos sobre el patrimonio ajeno de éste y no sobre el patrimonio del primero Art. 2581 C.C.

La venta que a un comprador de buena fe hace el heredero aparente respecto de un bien que le fue adjudicado a éste, produce sus efectos jurídicos sobre el patrimonio ajeno del verdadero heredero Art. 1343 C.C.

---

" Art. 2276.- Los magistrados, los jueces, el Ministerio Público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre los citados bienes."

" Art. 2282.- Las compras hechas en contravención a lo dispuesto en este capítulo serán nulas, ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona."

" Art. 2581.- El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato."

Puede ocurrir que un contrato tenga los dos elementos de existencia y los cuatro elementos de validez, y sin embargo, no produzca efectos jurídicos. Por ejemplo: La venta de un inmueble del mandante que lleva a cabo su mandatario general para actos de administración, tampoco produce efectos jurídicos, solo por carecer el mandatario de legitimación, conforme a los Arts. 2554 y 2565 C.C.

Asimismo, puede ser que un contrato tenga efectos jurídicos independientemente de que tenga los dos elementos de existencia y los cuatro elementos de validez, solo porque el contratante tenga legitimación para celebrarlo.

Por ejemplo: La venta de un inmueble que a un comprador de buena fe lleva a cabo la persona que tienen inscrito dicho inmueble a su favor en el Registro Público de la Propiedad, produce sus efectos jurídicos, independientemente de que tal venta tenga también los dos elementos de existencia y los cuatro elementos de validez, solo porque los dos contratantes tienen la legitimación que les otorga el Art. 3009 del Código Civil.

El maestro Sanchez Medal, nos dice que es muy útil la dualidad de requisitos generales de existencia y de validez, para el estudio del contrato en general, pero resulta innecesaria y hasta estorbosa cuando se aplica, en forma invariable y detallada, al estudio de cada contrato en particular.

Y agrega que en el examen concreto de cada contrato es preferible el sistema de la doctrina española que estudia los elementos personales, los elementos reales y los elementos formales de cada contrato, dentro de los cuales pueden examinarse, cuando las haya, - las peculiaridades relativas a los elementos de existencia y a los elementos de validez de cada contrato en particular.

Además nos dice el maestro Medal, que de esta clasificación fundamental de los elementos del contrato, se acostumbra también mencio

nar otra clasificación de origen escolástico que indirectamente tiene cabida en nuestro Derecho Civil, Art. 1839; elementos esenciales del contrato, que son los requisitos o cláusulas sin los cuales un determinado contrato no puede existir.

Por ejemplo: El precio cierto y la cosa determinada en la compraventa; elementos naturales, que normalmente acompañan al contrato de que se trata por ser propios de su naturaleza, pero que por un pacto expreso en contrario pueden suprimirse. Por ejemplo: La responsabilidad por evicción y por vicios ocultos en la compraventa; y elementos accidentales, que se agregan a los anteriores por voluntad expresa de las partes, como el término, la condición y demás datos circunstanciales.

Podemos decir que independientemente de los criterios de la mayoría de los autores mexicanos que tratan el análisis o estudio de los contratos, dare únicamente los dos elementos que desde mi punto de vista fundado en la doctrina son los de mayor importancia, como son los Elementos Esenciales y los Elementos Accidentales, puesto que solo ciertos requisitos son indispensables para que el contrato exista y a éstos debe llamarse precisamente elementos, y otros son necesarios para que produzca efectos normales en los términos previstos en la norma.

Nos dice el maestro Miguel Angel Zamora, que los elementos los llaman la parte integrante de una cosa que si falta, esa cosa no existe como tal, aunque de hecho puede existir una diversa. Por ejemplo: Un triángulo es la figura formada por tres líneas que se unen entre ellas de dos en dos; por lo tanto, los elementos del triángulo serán tres líneas, y si falta una de ellas o dos, no existirá triángulo, aun cuando pueda existir un ángulo o una línea

---

"Art. 1343.- Si el que entró en posesión de la herencia y la pierde después por incapacidad hubiere enajenado o gravado todo o parte de los bienes ante de ser emplazado en el juicio en que se discute su incapacidad, y aquel con quien contrató hubiere tenido buē

Bajo esas bases, para realizar un análisis sistemática del contrato, deben distinguirse aquellas partes que efectivamente son indispensables para que exista y se manifiesta este acto jurídico, de aquellas que deben de existir previamente a la formación del contrato; las primeras hacen referencia a la estructura del contrato y las últimas a las consecuencias del mismo.

El argentino Luis Muños, en su libro de Contratos al igual que los demás autores mencionamos los elementos que la gran mayoría conoce; pero señala otros que el llama los "Elementos Naturales, que en realidad, los llamados elementos naturales del negocio jurídico son más bien los efectos que un determinado negocio, por ejemplo : Un contrato en particular, puede producir, y no los del negocio jurídico en general.

En su consecuencia, los elementos naturales son efectos implícitos en un cierto negocio, efectos que pueden nacer de la Ley, o haber sido previstos por la prescripción autonómica privada en aquél contenido. Y es que el Derecho Romano común distinguió entre essentia lia y naturalia negotii, distinción que la tradición romanista ha hecho llegar, si bien su significado ha sido y es muy variable.

Y nos dice que también se ha hablado de elementos constitutivos, cláusulas contractuales o negociales, y efectos del negocio o del contrato; pero es necesario no confundir el contenido del negocio jurídico bilateral y sus efectos.

La mayor confusión se produce cuando en relación con la función del contrato (causa) se entiende que los essentia lia negotii son elementos constitutivos indispensables para la existencia de negocio, elementos, por el consiguiente, inderogables; en tanto que los naturalia negotii se consideran derogables por las partes, por ejemplo: la garantía de evicción en la compraventa, que puede ser excluida .

---

na fe, el contrato subsistirá; mas el heredero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo, de todos los daños y perjuicios.

Sin embargo, en relación con el negocio o contrato ya formado con todos sus requisitos los essentialia negotii son los efectos indefectibles y los naturalia negotii los efectos derogables por las partes". 22

Por lo que respecta a nuestro capitulado, tendre que apegarme al punto de vista que puse desde un principio y que se lo fundamento dentro de los elementos más comunes y necesarios para la realización de este trabajo de tesis, puesto que la doctrina jurídica es para mí la base importante para el buen desarrollo de cualquier contrato útil para la aplicación en la practica evolutiva y que a continuación enunciare; como los elementos esenciales :

1.- LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO SON LOS SIGUIENTES :

A) SUJETOS

B) CONSENTIMIENTO

C) OBJETO

D) CAUSA

E) FORMA

A.- Sujetos : Son las partes que intervienen en un negocio jurídico; un acreedor o sujeto activo, y un deudor o sujeto pasivo que, por regla general, coinciden con los sujetos de la obligación.

En el Derecho Romano existio un problema; de si era posible que en " Un negocio jurídico pueda figurar un tercero como beneficiario , al lado de los dos sujetos. Esta situación en principio no era posible, pues los efectos del negocio jurídico deben recaer sobre los propios sujetos.

---

22.- Muñoz, Luis. Contratos. pág. 81

Posteriormente se admitió que las partes que intervienen en un contrato pudieran tener interés en que los efectos del mismo recayeran en favor de una tercera persona, pero ésta carecía de una acción para reclamar, puesto que no había intervenido directamente en el negocio, situación que era obvia, pactando una pena convencional a favor del acreedor, en caso de incumplimiento.

No es sino hasta el Derecho Justiniano cuando, en casos especiales, se le concede al tercero acción para reclamar el beneficio del contrato en el que no ha intervenido." 23

Otro problema existente en relación con el elemento sujetos es el que se refiere a la presentación jurídica, concepto perfectamente conocido por los romanos, pero al que se mostraron muy reacios de llevar a la práctica su aplicación, ya que lo normal es que el negocio jurídico produjera efectos sólo entre las partes que intervinieran de forma directa en él.

Es precisamente la excepción a este principio lo que hizo necesaria la creación de la figura de la representación.

La representación implica la intervención de una persona ajena a los sujetos. Así, es importante contemplar cuáles pueden ser las posibles formas de actuación de esta persona, puesto que son dos las posibles formas, las que existen con relación a la representación; las cuales son una Directa y otra Indirecta.

En la representación Directa el acto jurídico realizado por el representante produce consecuencias sobre el patrimonio del representado.

En Indirecta, el representante realiza actos jurídicos de consecuencias para su propio patrimonio, pero las cuales con posterioridad repercuten sobre el patrimonio del representado.

---

23.- Morineau, Martha. y Iglesias, Román. págs. 165-166



Podemos decir entonces, que podrá ser sujeto para contratar toda persona con goce y plena capacidad jurídica y que por disposición legal expresa no esté incapacitada para realizar un acto determinado.

Esté primer elemento esencial en todo contrato puede estar viciado por determinado motivo, en relación directa con la capacidad o incapacidad de la persona para poder realizar el negocio jurídico.

Las circunstancias que pueden limitar la capacidad de las personas tienen que ver con la edad, el sexo, la enfermedad mental y la prodigalidad.

En cuanto a los hijos de familia, éstos tienen capacidad para contratar en relación con los más pequeños, y cuando lo hacen en nombre del padre, también pueden obligarse, aunque en el Derecho Romano lo hacían con miembros de la misma familia, dichas obligaciones carecían de acción para exigir su cumplimiento, constituyendo uno de los casos de las obligaciones naturales.

Si se obligan con extraños, las obligaciones correspondientes podían ser exigidas al terminar la patria potestad, o se podía proceder en contra del padre.

Sin embargo el maestro Sanchez Meda, nos menciona a los sujetos capaces para contratar jurídicamente; como la aptitud que la Ley reconoce a la persona para adquirir y tener derechos, que es la "Capacidad de Goce", o para usar o poner en práctica esos derechos que es la "Capacidad de Ejercicio".

Por lo que nuestro Código Civil Vigente, nos señala sobre la capacidad dos principios generales que son los siguientes :

Primer Principio: Art. 22.- 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.

Esta es la "Capacidad de goce" puesto que así lo reconoce el artículo ya mencionado.

Segundo Principio: La "Capacidad de Ejercicio" la tiene también toda persona, pero con las excepciones expresas de la Ley, principio de los contratos, lo enuncia así el "artículo 1798 del Código Civil.

Art. 1798.- Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la Ley.

La "Capacidad para Contratar" pertenece a la capacidad de ejercicio, y es una de las manifestaciones de ella. Y que consiste en la aptitud reconocida por la Ley a una persona para estipular por sí el contrato sin necesidad de substitución o de asistencia de otras personas.

Y agrega el maestro Sanchez Meda, que no debe confundirse la capacidad de ejercicio con la legitimación en general, consistente ésta en las condiciones especiales que la Ley exige para adquirir y tener determinados derechos, o bien para ejercitar éstos.

Por lo que nos da un ejemplo claro, al decir; No puede afirmarse que un joven de 20 años de edad tenga una parcial incapacidad de ejercicio por el hecho de no poder ser Presidente de la República con esa edad, en virtud de que la Constitución exige que para ser Presidente se requiera la edad de 35 años cumplidos; como tampoco que un extranjero tenga una parcial incapacidad de ejercicio por el hecho de carecer de derechos políticos conforme a la Constitución.

Carecen de la capacidad para contratar los incapacitados o llamados también discapaces que son personas con incapacidad natural y legal, en cuyo caso se encuentran los menores de 18 años de edad, y los demas a los que la Ley menciona en el articulo 405 del C.C.

Art. 450.- Tienen incapacidad natural y legal :

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Hay menores que tienen capacidad de ejercicio para contratar. por lo que tambien ocurre con los emancipados, si bien requieren de una "formalidad habilitante", que es la autorización judicial para celebrar contratos traslativos de propiedad o de hipoteca sobre bienes raíces, ya que así lo menciona el articulo 643 del C.C.

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

II.- De un tutor para negocios judiciales.

Asimismo, son capaces para contratar los menores cuando lo hacen respecto de bienes que han adquirido ellos con el producto de su propio trabajo, pero también con la limitación de que requieren igualmente de la autorización judicial para enajenar o gravar sus bienes inmuebles, puesto que así lo señala la Ley en los articulos 428, 429 y 537, Fracc. IV.

Con relación a la capacidad para contratar hay que considerar la cuestión relativa a la posible intervención de un tercero en el contrato. Ya que, cuando en la celebración de un contrato interviene un tercero, la función de éste puede ser muy diversa, podría llamarsele un mediador, si simplemente aproxima o pone en contacto a las partes; o si sólo transmite la voluntad de una de las partes o representante, si es quien celebra el contrato por cuenta y en nombre de una de las partes.

En los dos primeros casos, ni el mediador ni el que va ha señalar requieren tener capacidad para contratar, pero las partes en sí deben ser capaces de contratar para que el contrato sea válido.

En cambio, en el caso del representante, se necesita que éste sea capaz de contratar, porque es éste quien manifiesta su voluntad, la cual produce sus efectos jurídicos sobre el patrimonio del representado, quien no siempre necesita ser capaz de contratar.

El maestro Medal, hace mención a tres figuras de la personalidad de los sujetos, distinguiéndolas pero con el mismo sentido de la capacidad para de todo sujeto :

a) La capacidad para contratar, que es una subespecie de la capacidad de ejercicio aplicada al contrato; Y que por regla general - tienes esta capacidad todas las personas, salvo las expresamente exceptuadas por la Ley según el artículo 1798, en cuyas hipótesis excepcionales están los menores de 18 años, y los mayores de edad cuya inteligencia se encuentre en las condiciones anormales que les impidan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por sí mismos.

b) La "formalidad habilitante", la cual consiste en una autorización o permiso que a una persona capaz se otorga por una autoridad judicial o administrativa, para la celebración de un determinado contrato. En este caso se halla el menor emancipado que requiere de autorización judicial para gravar o enajenar los bienes propios

En situación similar se encuentra el extranjero, quien debe reca-  
bar permiso de la Secretaria de Relaciones Exteriores para comprar  
un bien inmueble, de aquellos que pueden ser adquiridos por él, ya  
que los ubicados en las costas o en la frontera no pueden adquirir  
se por los extranjeros, esto lo establece el artículo 2274 C.C.

En estos casos no se plantea una cuestión de incapacidad, porque -  
las personas de referencia tienen capacidad para contratar en gene-  
ral, pero sin embargo, para celebrar determinados contratos, en  
función de la persona con quien se contrata o en razón del objeto  
del contrato, requieren de una autorización judicial o de un permi  
so administrativo.

c) La legitimación para contratar. que es la facultad reconocida  
por la Ley en una determinada persona para que pueda ser parte de  
un contrato determinado.

La falta de legitimación para contratar produce en el contrato la  
nulidad absoluta, porque las normas que privan de legitimación a  
determinadas personas en relación con ciertos contratos son verda-  
deras normas prohibitivas.

Así como se menciona la "Capacidad de ejercicio para contratar" ,  
entendida como la aptitud reconocida por la Ley a una persona para  
estipular por sí el contrato sin necesidad de substitución o de  
asistencia; también se alude a la incapacidad de goce para contra-  
tar cuando una persona no puede ni por sí ni por medio de repre-  
sentante ser parte en un determinado contrato.

En este sentido, la legitimación puede equipararse a la "Capacidad  
de goce para contratar" y se distingue de la capacidad de ejerci-  
cio para contratar, en que esta última el contrato no puede cele-  
brarse a través de su representante legal, en tanto que cuando hay  
falta de legitimación no puede celebrarse el contrato en cuestión.

**B.- CONSENTIMIENTO :** La voluntad es la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa; y la voluntad desde el punto de vista jurídico es esa intención para realizar un acontecimiento referida a la obtención de efectos jurídicos previstos en la norma.

Para el maestro Miguel Angel Zamora Y Valencia, el consentimiento la describe como que :

En los actos plurisubjetivos, la unión acorde de voluntades de los sujetos que intervienen, en los términos señalados en la norma o supuesto jurídico, se llama consentimiento.

Y agrega, por lo anterior, en el contrato, el consentimiento es la unión o cojunción acorde de voluntades de los sujetos contratantes en los términos de la norma, para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Para el maestro Medal, el Consentimiento se debe de entender en dos sentidos: Como voluntad del deudor para obligarse y como concurso o acuerdo de voluntades.

1.- En la primera acepción del consentimiento, o sea como voluntad del deudor para obligarse, , exige que en el deudor haya :

" a) Una voluntad real, que no existe en el infante, en el ebrio , en el hipnotizado, en el drogado y en el demente, si bien los tribunales seulen considerar estos casos como vicios del consentimiento;

b) Que la voluntad sea seria y precisa, ya que una promesa por simple juego o de broma, o en escena o con fines didácticos, o un consentimiento simulado, o cuando vagamente se dice, por ejemplo: que se vende algo a menos del costo, no constituye la voluntad de obligarse;

c) Que dicha voluntad se exteriorice, sea en forma expresa o tácita, así lo manifiesta el artículo 1803 del C.C.

Art. 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.

El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

d) Que esa voluntad tenga un determinado contenido, requisito éste que dio origen a dos doctrinas: la francesa, que da preferencia a la voluntad interna, aunque exige la exteriorización de ésta, y la alemana, que atiende fundamentalmente a la voluntad declarada.

Nuestro Derecho corresponde al parecer en este punto al sistema de la voluntad interna, tanto por la importancia que concede a los vicios del consentimiento, como por su preferente indagación de la intención de los contratantes para interpretar un contrato." 24

El maestro Medal, también distingue dos clases de declaraciones de voluntad en un negocio jurídico: Las declaraciones Recepticias, que para producir la eficacia que le es propia deben estar dirigidas a una determinada persona, (notificación al deudor acerca de la cesión de un crédito, oferta contractual, desistimiento, etc) y las declaraciones no recepticias que para producir sus efectos no requieren de un destinatario concreto o determinado, (promesa al público, el testamento).

2.- El consentimiento, en su segunda acepción, esto es, como acuerdo de voluntades, no existe cuando no hay coincidencia en las dos voluntades, lo que ocurre principalmente en los casos del llamado error-obstáculo, que corresponde al "error sobre el objeto-cosa"

---

24.- Sanchez Medal, Ramón. De Los Contratos Civiles, págs. 27-28

del contrato (el comprador creyó adquirir una finca y el vendedor creyó que enajenaba otra), y el "erro in negotio" o error sobre la clase de contrato que se celebra.

Sin embargo, no toda deficiencia en el consentimiento hace inexistente el contrato, pues hay vicios del mismo que afectan sólo la validez de un contrato existente, según acontece con el error-nulidad o error-vicio y con la violencia moral o intimidación, y defectos que ni siquiera lesionan su validez, como ocurre con el error indiferente.

Agrega el maestro Medal, que para llegar al concurso de voluntades ordinariamente hay negociaciones o tratos previos entre las partes que discuten las cláusulas y los elementos del contrato hasta ponerse de acuerdo.

En esta etapa precontractual debe actuarse de buena fe, ya que si se llegara a probar que dichos tratos preliminares fueron con el propósito de entretener a la otra parte e impedir que contratara con otra persona, podría incurrirse en un acto ilícito que engendrara responsabilidad, puesto que así lo establece el artículo 19-10 del C.C.

Podemos resumir que el consentimiento es uno de los elementos más importantes del contrato, puesto que las voluntades deben estar de claradas y expresadas por los sujetos interesados en contratar.

Por otro lado el consentimiento puede estar viciado por distintas causas, como ya anteriormente lo señale, y que es el error, y que a continuación mencionare otras causas del consentimiento :

1.- Error; "Donde hay error no hay consentimiento", aunque no siempre anula el consentimiento.



2.- Dolo: El dolo es toda astucia o maquinación efectuada por una de las partes para que la otra incurra en error. Podemos anunciar al dolo como; "cierta maquinación para engañar a otro, de simular una cosa y luego hacer otra", también podemos decir que el dolo es una falsedad relacionada con la malicia.

En el Derecho Romano, se hablaba de un dolo malo y de un dolo bueno, entendiendo por éste la astucia de un individuo, sobre todo cuando se planeaba algo en contra de un ladrón o de un enemigo.

3.- Intimidación: La intimidación se manifiesta en actos de violencia, ya sea física o moral, que traerán como consecuencia que la persona sobre la que se ejerce no exprese libremente su intención.

En el Derecho Romano, para que una persona pudiera alegar intimidación en su favor, ésta tenía que ser verdadera, lógica, actual e ilegítima; en su contra o bien contra un miembro de su familia. Basado en tales circunstancias, el pretor concedía los beneficios de la actio quod metus causa, lo cual traía como consecuencia que el negocio subsistiese, pero obligando al culpable a pagar al intimidado cuatro veces el valor del daño sufrido.

Sin embargo, si la amenaza iba dirigida contra un menor o una mujer, éstos podían alegar en su favor la restitución íntegra, anulándose totalmente el negocio.

También, si como consecuencia de la intimidación alguien obtenía una promesa y con posterioridad reclamaba su cumplimiento, el pretor concedía al afectado una excepción momentánea, que paralizaba la acción mediante la cual el culpable exigía a su víctima el cumplimiento de la promesa dada.

4.- Lesión: Es el último de los vicios del consentimiento, y entendemos por ella el hecho de aprovecharse de la ignorancia o la difícil situación económica de la otra parte, diferenciándose del dolo

en que no hay engaño alguno y de la intimidación debido a la circunstancia de que no existe ninguna violencia, aunque sí una presión indirecta que es la que está forzando a la otra parte a dar su consentimiento.

Además, en la lesión para que se considere como un vicio se requiere una desproporción entre las prestaciones. En los vicios del consentimiento no se requiere la existencia de esa desproporción para que proceda la nulidad del acto, y por último, en la lesión, al haber desproporción entre las prestaciones, en los actos en que no haya prestaciones recíprocas, no puede originarse, y sí en cambio, puede haber un vicio del consentimiento en los actos a título gratuito.

Con relación a lo que establece la Ley Civil, el artículo 17 menciona lo siguiente :

Art. 17.- Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.  
El derecho concedido en este artículo dura un año.

La lesión como vicio objetivo; se da cuando existe una desproporción evidente, inaudita o lucro excesivo, como dice nuestra legislación, sin que dicha desproporción se produzca con motivo de la ignorancia, inexperiencia o miseria de uno de los contratantes.

La nulidad de que habla el artículo 17 es la absoluta, ya que conforme al artículo 75 del Código Civil, "La lesión en los contratos origina la nulidad absoluta de los mismo y no será renunciable el derecho de pedir la nulidad".

C.- OBJETO : Podemos decir que el objeto de toda realización de de terminada conducta por parte de uno de los sujetos, consiste en un dar, hacer o prestar.

El objeto deberá ser :

a) Lícito: esto es obvio, puesto si el derecho prohíbe las cosas ilícitas, no puede permitir las relaciones contractuales sobre algo viciado de ilicitud.

b) Posible: A la posibilidad se debe entender tanto física como jurídica. A su vez, esta calidad de ser posible puede ser abstracta o concreta; Es abstracta cuando en el momento de darse no existe aún la posibilidad de su realización, por ejemplo: Hace años pensar viajar a la luna, lo sería, puesto que ya no lo es. Será concreta cuando en el momento de darse es factible su realización, Por ejemplo: La traducción de un libro.

Esta posibilidad en el objeto se debe de dar en el momento de la celebración del contrato, ya que de no ser así, el elemento que nos ocupa estará viciado, lo que traerá como consecuencia la nulidad del contrato respectivo.

c) Apreciable en dinero: Será indispensable que el objeto sea apreciable en dinero, en virtud de que si el mismo parece por algún motivo, dependiendo de su naturaleza, tendrá que ser sustituido por una cantidad de dinero.

d) Determinado: Por último, el objeto debe de ser claramente determinado, porque sólo de esa manera se estará en posibilidad de contraer obligaciones respecto a él.

Esto quiere decir que los deberes contraídos por el deudor deben estar nítidamente definidos desde que se contrae la obligación o que puedan definirse con posterioridad.

En síntesis podemos decir que el objeto como elemento esencial del contrato; Es la conducta, y dicha conducta puede manifestarse como una prestación o como una abstención estática.

Si tal conducta se manifiesta o exterioriza como una prestación, puede causarse como un hacer algo o como un dar cierta cosa; y si la conducta se manifiesta o exterioriza como una abstención, puede encausarse como un no hacer algo.

El hacer algo, debe ser posible y lícito, ya sea que se proyecte hacia un hecho o hacia una cosa; podemos deducir entonces que la clasificación del objeto como elemento de existencia del contrato, lo podemos dividir en objeto directo y en objeto indirecto.

Será objeto directo del contrato la conducta que puede manifestarse como una prestación, un dar o un hacer, o como una abstención - un no hacer-.

Será objeto indirecto del contrato; La cosa como contenido del dar (que debe ser posible); el hecho como contenido del hacer (que debe ser posible y lícito) , y la abstención, como contenido del no hacer (que debe ser posible y lícita).

**D) CAUSA :** Entendemos a la causa como la motivación que tiene toda persona para realizar un negocio jurídico.

Esta motivación debe de ser confesable de acuerdo con la Ley, ya que podemos encontrarnos con negocios jurídicos clara y evidentemente legales en cuanto a su apariencia, pero que van de manera no toria en contra del espíritu de la Ley, o sea lo que conocemos como un fraude a la Ley.

En relación directa con estos motivos de carácter subjetivo de las partes, está la figura de la simulación.

En ella, el motivo que impulsa a las partes a la realización del negocio no coincide con el fin del negocio que pretenden celebrar.

En esta simulación encontramos, pues un negocio simulado, un negocio disimulado y un pacto entre las partes que tendrá validez para ellas en lo que respecta única y exclusivamente al negocio disimulado.

Ahora bien, el negocio disimulado no tendrá ningún efecto ante terceros, quienes se atenderán única y exclusivamente a los efectos del negocio simulado.

**E) FORMA :** Cuando la Ley exige determinada forma para la celebración de un contrato, dicha formalidad es un elemento de validez del propio contrato, ya que la omisión de esa formalidad exigida por la Ley hace que el contrato en cuestión pueda ser impugnado de nulidad relativa, así lo establece el artículo 2228 del C.C.

Art. 2228.- La falta de formalidad establecida por la Ley si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto , produce la nulidad relativa del mismo.

La forma exigida por la Ley para la celebración de un determinado contrato, debe observarse tanto en la oferta o policitud, como en la aceptación de la misma, esto lo establece el artículo 1834 de nuestro código civil, siendo una aplicación de esta regla el caso de la aceptación de la donación.

También existen casos de formalismo indirecto en los que, aunque la Ley no exija para un contrato una formalidad determinada, la falta de dicha forma hace que se presenten inconvenientes graves , por atribuir la Ley efectos importantes a la forma, razón por la cual se cumple ésta en la práctica.

Finalmente, aunque la falta de formalidad exigida por la Ley hace que el contrato pueda ser invalidado y que mientras no revista esa forma legal no será válido, sin embargo, tal defecto de formalidad sólo produce la nulidad relativa del contrato, y no impide que dicho contrato produzca provisionalmente sus efectos hasta que se declare su nulidad, razón por la cual el cumplimiento voluntario de ese mismo contrato por pago, novación, o por cualquier otro modo, entraña la ratificación tácita del mismo y extingue la referida acción de nulidad.

Con relación a este criterio existen contratos que revisten la formalidad de que el contrato se otorgue en escritura pública, por lo que cada uno de los contratantes puede exigir del otro, el otorgamiento de la escritura respectiva.

En síntesis, podemos decir que la forma en terminos generales es la manera de exteriorizarse el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sencibles que las partes convienen o la Ley establece para lograr esa exteriorización

El maestro Miguel Angel Zamora Y Valencia, nos dice al respecto; " Se puede considerar válidamente que la forma es una parte integrante de la voluntad, por ser la manera de exteriorizarse o socializarse la intención para formar esa voluntad, y por lo tanto, también parte integrante del consentimiento, por ser este la conjunción de voluntades." 25

En síntesis podemos decir, que la forma es el medio, al que tenemos que recurrir, para la exteriorización del consentimiento, a fin de que el acto sea válido.

Ese medio puede ser la manifestación por escrito, o bien, la utilización de palabras determinadas.

25.- Zamora Y Valencia. Contratos Civiles. pág. 29

## 2.- ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL CONTRATO :

Los elementos accidentales del contrato, pueden aparecer o no en el contrato, pero éste tendrá validez sin su existencia, aunque en la práctica encontramos que si se dan por puestos.

Se dice también que los elementos accidentales, pueden constituirse indispensables para que el contrato llegue a ser prescripción de autonomía privada.

Sin embargo, un elemento valorado objetivamente como accidental, puede ser esencial o constitutivo si las partes le dan ese alcance al hacer depender la existencia del contrato de ese elemento.

Estos elementos son los siguientes :

### A) CONDICION

### B) TERMINO

### C) MODO O CARGA

A.- Condición : Podemos definirlo como un acontecimiento futuro de realización incierta. Si de tal realización incierta depende que entre en vigor un negocio jurídico, estaremos en presencia de una condición suspensiva; ahora bien, si de esa condición depende la cancelación del negocio jurídico, estaremos ante una condición de carácter resolutorio.

Independientemente de su carácter suspensivo o resolutorio, la condición puede ser de tres tipos que a continuación enunciare :

#### a) Potestativa

b) Casual

c) Mixta

a) Sera potestativa, cuando su realización dependa única y exclusivamente de la voluntad de las personas que debe realizarla;

b) Sera casual, cuando su realización sea independiente de la voluntad del interesado (normalmente dependerá de la realización de un hecho físico).

c) Finalmente, estaremos frente a una condición mixta cuando su realización esté sujeta a la voluntad de las partes afectadas, más un acontecimiento ajeno a ellas; dicho acontecimiento puede depender de una tercera persona o de un hecho natural.

Todas estas condiciones pueden ser, a su vez, de carácter positivo o de carácter negativo.

Las primeras dependen de la realización del acontecimiento futuro e incierto, y las segundas, de la no realización de ese acto futuro e incierto.

**B.- Terminó :** Este elemento lo podemos definir, como un acontecimiento futuro de realización cierta, del cual depende la entrada en vigor o la cancelación de los efectos de un negocio jurídico.

En el primer caso, el término es suspensivo y el negocio tiene efectos a partir de esa determinada fecha; en el segundo estaremos ante un término resolutorio y el negocio tendrá efectos hasta esa determinada fecha.



C.- Modo o Carga :

El último de los elementos accidentales del contrato, es un gravamen impuesto a una persona en un acto de liberalidad en una donación, un legado o una manumisión.

El beneficiario de la liberalidad deberá realizar cierta prestación en favor del bienhechor o de un tercero.

Un ejemplo puede ser la obligación impuesta al donatario de construir un monumento en honor del donante.

En principio, el cumplimiento del modo sólo dependía de la buena fe del beneficiario y no fue sino hasta el derecho justinianeo que crearón diversas acciones para exigir el cumplimiento.

En resumen podemos haber tratado ya todo lo relativo a los elementos del contrato, pero se podrá encontrar otras causas por las cuales el negocio jurídico no surta los efectos deseados, trayendo como consecuencia la ineficacia del negocio.

Existirá nulidad cuando en el contrato falte un elemento esencial, por lo que no producirá efectos jurídicos de ninguna naturaleza.

Por último, se habla de anulabilidad cuando, existiendo todos los elementos del contrato, alguno de ellos se encuentra afectado por un vicio determinado.

En conclusión; podemos agregar, que al momento de la celebración del negocio jurídico los elementos esenciales deberán estar completos y excéntos de cualquier vicio.

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Para dejar claro que los contratos innominados, deben reunir ciertos requisitos de existencia y los de validez para su perfeccionamiento deben seguir la siguiente clasificación :

Debe hacerse por escrito para efectos de su clasificación, en cuanto al objeto este debe ser cierto y determinado por referirse al concepto de tiempo con el señalamiento especial de que debe indicarse con precisión, donde y en que lugar se gozara de este tiempo La capacidad de las partes seguira los mismos requisitos del consentimiento en general y a la vez, tratandose de personas morales, contratar por conducto de representante legal.

**EN CUANTO A LAS MODALIDADES :** Que deben aparecer en clausulas accidentales, podran establecerse las que el Código prevee, pero en este contrato al hablarse de compraventa existen las siguientes consideraciones :

- 1.- El contrato se perfecciona al momento de su celebración, es decir a la firma del contrato.
- 2.- Como elemento tiempo es el que se vende podría, si es instantaneo, perfeccionarse a la disposición del tiempo.
- 3.- Si es a plazo la compra, se puede estipular que sea al pago de la primera mensualidad.

En este contrato se conjugan el contrato de uso, arrendamiento, de compraventa, de prestación de servicios, y para su elaboración no se pueden estipular clausulas naturales que aunque no se pongan se den por puestas.

**CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS :**

- |  |                   |
|--|-------------------|
| 1.- Siempre son bilaterales (Derechos y Obligaciones para las partes). |                   |
| 2.- Onerosos.  | 6.- Reales.       |
| 3.- Instantaneos y de tracto sucesivo.                                 | 7.- Conmutativos. |
| 4.- Formales.  | 8.- Atípicos.     |
| 5.- Principales.   | 9.- Innominados.  |

# CAPITULO IV

#### CAPITULO IV.

##### EL CONTRATO DE TRASPASO :

Dentro de nuestra evolución social y sobre todo económica de los últimos tiempos en nuestra sociedad, la necesidad interna de las empresas que proporcionan servicios de una forma acelerada a las grandes masas de consumidores, no es posible que los sujetos con grandes capacidades económicas sigan estableciendo contratos comunes y sobre todo contratos que no protegen al cien por ciento a los que ya no quieren seguir con su negocio pero tampoco quieren perder lo que hayan invertido en ese negocio o empresa.

Por este motivo y por otros más de mayor peso, como el campo de la evolución de nuestro Derecho Mexicano; podría decir que es un elemento demasiado importante para poderse apoyar todos aquellos sujetos que quieren hacer un Traspaso, no ya de comercios sino de inmuebles a crédito de los cuales ya no pueden ser pagados en su totalidad y por falta de solvencia económica, son traspasados, para que así el sujeto que adquiera el inmueble siga pagandolo o siga explotando el comercio.

Independientemente de que la figura del Traspaso, la identificamos muy amenudo en los anuncios de "Traspaso Local Comercial", no únicamente me refiero unica y exclusivamente a locales comerciales, sino que tambien me estoy refiriendo a toda clase de Traspasos, como los Créditos de bienes inmuebles que suscriben sujetos llamados deudores que hacen de bienes; como por ejemplo: Casas, departamentos, terrenos y en especial bienes que se dedican a brindar servicios al público como lo dije con anterioridad, créditos que son renunciados por los deudores hacia con los acreedores, posiblemente por los altos intereses que se tienen que seguir paganda.

De lo anteriormente manifestado, puedo decir que la propuesta de la figura el Traspaso, no se encuentra nada lejos de la realidad puesto que es una necesidad para solucionar problemas a los que se enfrenta cualquier sujeto a realizar cualquier negocio.

Con base y fundamento en la práctica jurídica, no es posible dejar al arbitrio figuras que son importantes y se adecuan a las necesidades más prioritarias de nuestra realidad socio-economica.

Sin embargo existe diria yo; un pequeño problema de los que en ocasiones nos enfrentamos cuando estudiamos la materia jurídica, limitaciones para perfeccionar cualquier figura jurídica, puesto que debemos de puntualizar en la manera de como debe ser interpretado el contrato de Traspaso, para que cuando sea admitido y valido para quienes le sea util dicho contrato, pueda plantearse la aplicación de la regla general de los contratos atípicos y del principio general de la libertad contractual y autonomia privada.

De lo anteriormente expuesto, el español Luis Diez Picazo, dice al respecto: "En la disciplina de los contratos atípicos deberá atenderse, ante todo, a las reglas contractuales establecidas por las mismas partes contratantes, en cuanto a tales reglas, pactos o cláusulas deben ser consideradas ellas mismas como lícitas y admisibles.

Sin embargo pueden plantearse cuestiones de interpretación o de puntualización de alguna laguna del negocio. De este problema podemos agregar que, se hace preciso establecer una fuente supletoria de la reglamentación contractual y del régimen general de las obligaciones y contratos." 26

Por otro lado podemos dar solución al problema al que aqui ya se manifesto y que puede ser: La combinación de un contrato atípico parecido al que estamos tratando y ver cual es la prestación principal del contrato materia de este estudio, \*aplicación supletoria\*.

---

26.- Diez Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. pág. 243-244

#### A) CONCEPTO DE CONTRATO DE TRASPASO :

En el Derecho Español el Traspaso, lo encontramos regulado en la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que si comparamos nuestra legislación jurídica mexicana, podemos darnos cuenta que la Ley de nuestro Código Civil mexicano, sería la que albergaría dicha figura; para poder adoptarla, utilizarla y aplicarla a los problemas a los que ya he mencionado con anterioridad, por lo que a continuación pasare a dar el concepto del Traspaso, que a la letra dice :

" El Traspaso: Gramaticalmente, traspasar es llevar una cosa de un sitio a otro.

Traspaso es la acción y efecto de traspasar. En tal sentido, la palabra \*Traspaso\* tiene un significado amplio, que comprende cualquier transmisión de bienes o derechos, constituyendo verdaderamente una sucesión o adquisición."<sup>27</sup>

Podemos decir luego entonces que al igual que en el Derecho Positivo español, la modalidad más importante y regulada con características propias es el \*Traspaso De Locales Comerciales\*, por lo que no estamos lejos de que en nuestro Derecho Positivo Mexicano, deba regularse tal figura, aunque sería un Traspaso un tanto más amplio de inmuebles destinados no unicamente a Locales Comerciales, sino de inmuebles destinados a usos Habitacionales o Industriales. Tomando en cuenta el concepto de Traspaso anteriormente citado, el que a continuación señalare es el concepto Jurídico del Traspaso y que dice según la Ley de Arrendamientos Urbanos \*LAU\* :

Concepto: De acuerdo a la LAU; El Traspaso de Locales de negocio consistirá en la cesión mediante precio de tales locales sin existencias, hecha por el arrendatario a un tercero, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de

<sup>27</sup>.- De Casso Y Romero, Ignacio. Diccionario de Derecho Privado. pág. 3877 Edit. Labor. Barcelona, España, 1950.

arrendamiento, así este concepto es establecido por el artículo 44 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Del concepto anterior se desprende el análisis jurídico que puedo dar y que es el siguiente: El Traspaso sería para nuestra legislación la cesión mediante precio de locales con o sin existencias de todo tipo de enseres muebles o inmuebles fungibles y no fungibles, hecha por el arrendatario a un tercero, el cual quedara substituido y libre de cualquier obligación o derecho, nacidos del contrato que con anterioridad al Traspaso haya contraído.

#### B) ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE TRASPASO :

Para la legislación española, el Traspaso aún regulada por la Ley de Arrendamientos Urbanos; los españoles han consagrado a el Traspaso como; una Institución nacida dentro de la organización mercantil, el Traspaso ha nacido, crecido y desarrollado totalmente, como un acto jurídico solemne emancipado de las leyes escritas; los usos mercantiles han sido, con los pactos privados, su única norma rectora.

El Código de Comercio español, hace una incidental alusión al mismo Traspaso, en su artículo 928, pero fué en realidad un Decreto del 21 de Enero de 1936 el que rompió el silencio legal y dedicó un artículo el 9º. a definir el Traspaso y a establecer los casos en que podía tener lugar; solamente el arrendatario que hubiese adquirido en tal forma sus locales y el que contase con la aquiescencia (Consentimiento o aprobación) del arrendador, podría acogerse a los beneficios de dicho traspaso, entendiéndose por tal = La cesión, mediante precio y con conocimiento del dueño de la finca, de un establecimiento, con o sin existencia (Mercancías), para análogos industria o comercio =.

Sin embargo hubo una nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, que vino a desplazar al Decreto anterior.





paso, salvo que el local se alquile por primera vez después de promulgada la Ley de Base, pues en este caso ya impondrá su participación en el precio de aquél, en cantidad o proporción mayor que la prevenida para los contratos anteriores, cuando no lograre acuerdo con el arrendatario.

Con relación a la figura del Traspaso, la jurisprudencia española añade lo siguiente; "Si en un acto, además de los elementos genéricos de todos los contratos, se da el específico de la cesión de derechos al pactar la completa sustitución del primitivo contrato de arrendamiento por el nuevo, y del arrendatario por el nuevo contratante, con la eliminación total de la personalidad jurídica del primero, en la relación arrendaticia que pasa a quedar subsistente según el propósito de los contratantes, entre propietario y el nuevo adquirente, con novación por sustitución de la persona del arrendatario no es dable (Posible) confundirlo con el subarriendo, cuyas características son arrendar y no enajenar los derechos nacidos del primer arrendamiento con la completa subsistencia de éste y continuando la intervención en todo el tracto de su desenvolvimiento el antiguo arrendatario y subarrendador, todo según la distinción que claramente marca entre estos dos géneros de contratos.

Para ello no obsta que el arrendador propietario no apruebe es novatoria sustitución de personas porque esto, aunque esencial para el contrato de cesión de derechos, como es totalmente ajena a la voluntad del cedente y cesionario, no modifica ésta, ni transforma el contrato que se pretende celebrar de cesión de derechos en subarriendo, pues este último no es un grado en la elaboración o génesis del otro en el que pudiera quedar reducido por falta de alguno de los requisitos de aquél.

La distinta naturaleza de la cesión del arrendamiento y subarriendo no permite considerar extendida a éste la autorización conteni-

da en el contrato para traspasar el local, y, en todo caso, tanto una como otro están condicionados en su validez a la aprobación del arrendador.

Por otro lado, no es de aplicación el art. 9º. del decreto del dos de Enero de 1936, cuando el dueño de un Local pactó expresamente con el arrendatario el derecho de éste al traspaso del mismo.

Conforme al artículo del decreto del 21 de Enero de 1936, el arrendatario que hubiese obtenido el arriendo del local, abonando con conocimiento del propietario determinada cantidad, puede, a su vez aprovecharse de las ventajas que le proporcione el nuevo traspaso, sin que para ello se requiera el consentimiento de su dueño, siendo nula, conforme al artículo 11 del mismo decreto, y salvo lo prevenido en el artículo 9º, la cláusula que exige, para estos casos, el consentimiento del propietario.

Ni el Decreto del 29 de Diciembre de 1931, ni el del 21 de Enero de 1936 exige que la autorización del propietario para el traspaso de una vivienda haya de darse por escrito.

Sin embargo, el artículo 9º. del Decreto del 21 de Enero de 1936 establece que el dueño del inmueble podrá negarse a que tenga lugar el traspaso, siempre que indemnice al comerciante o industrial que trata de traspasar con cantidad igual a la que él entregó por este concepto cuando a su vez le fué traspasado el establecimiento.

Conforme al apartado A) del artículo 9º del Decreto del 21 de Enero de 1936, todo comerciante o industrial, así como sus causahabientes, tendrán derecho a las ventajas que pueda proporcionarles el traspaso de sus establecimientos, si se justificare que el comerciante o industrial, al comenzar a ejercer su actividad en aquellos locales, pagó cantidades por el traspaso hecho con el consen-

timiento de dueño de la finca, aunque ésta hubiera cambiado de propietarios, si bien, para la aplicabilidad de este precepto es imprescindible que el cesionario haya adquirido el traspaso del local arrendado del único que tenía derecho a transmitirlo en tal forma, es decir, el arrendatario de la finca, pues al faltar esa condición no existe el traspaso definido y regulado por la disposición de referencia, y, por consiguiente, caen por su base los derechos y obligaciones que del mismo se quieren hacer surgir.

El Derecho al Traspaso es una concesión que otorga el arrendador, a su arbitrio, al arrendatario y que produce las consecuencias determinadas en la Ley, ninguna de las cuales es el derecho a la elección a renta.

Los términos del artículo 9º del Decreto del 21 de Enero de 1935, son absolutos y otorgan al comerciante o industrial las ventajas del traspaso, siempre que al comenzar su actividad y sin tener en cuenta la fecha en que comenzaren las operaciones de giro mercantil; hubiera pagado las cantidades para el traspaso con el consentimiento del dueño.

En consecuencia el artículo 1514 del Código Civil, la sentencia que exige la prueba del traspaso alegado cuando se trata de excepción opuesta a la acción de desahucio ejercida.

Son condiciones legales del traspaso, entre otras, que el adquirente contraiga obligación de permanecer en el local, sin traspasarlo el plazo mínimo señalado por la Ley y destinarlo, durante ese tiempo por lo menos, a negocio de la misma clase que el ejercido por el arrendatario.

Los hechos de alta y baja en la contribución industrial, publicidad de anuncios, cambios de rótulos y embargos de bienes para asegurar el pago de supuestas deudas del hijo, sin protesta ni reclamación por parte del padre, constituyen un caso de cesión de derecho arrendaticio, que el segundo realiza a favor del primero, ya que son integrantes de la sustitución del hijo al padre en el goce y uso del local arrendado.

La sentencia que estima la existencia del traspaso no consentido y desestima la demanda infringe el precepto legal contenido en el apartado d) del Decreto del 29 de diciembre de 1931.

Si la cesión no se otorga y no se fija precio cierto, no se dan los requisitos que para la existencia legal del traspaso exige este artículo.

La constitución de sociedad por el inquilino con tercera persona origina nueva personalidad que de hecho ejerce la industria en el local arrendado y que precisa el consentimiento del propietario.

Aunque sea retroactiva la exigencia de escritura pública para la validez del traspaso, no puede exigirse tal escritura al realizado antes de regir el precepto.

La Doctrina legal que así lo exige cuando la acción se funde en la nulidad de un acto u obligación, no es aplicable cuando la acción no nace de esa nulidad, sino que esta nulidad procede de estimarse la propuesta.

La aportación del arrendamiento por el arrendatario a una sociedad que le sustituye en el uso del local es cesión contraria a lo pactado y a las legislaciones anterior y vigente, sin ella no concurren los requisitos que la identifiquen con el traspaso autorizado por una u otra legislación.

La transferencia de la titularidad del arrendamiento a una compañía significa la de los derechos que el título representa, lo que de termina la efectividad del acto traslativo y la intención de la arrendataria de disponer en favor de una entidad jurídica, con personalidad distinta y con patrimonio también diferente de ésta, cada una de los asociados.

Cuando el arrendatario aporta el arrendamiento a sociedad de la que forma parte, el precio de la sección que realiza ésta representado por una participación social, si no resulta de otro modo pagado.

La falta de precio para que la sección tenga lugar es intrascendente a los fines de que la sección realizada autorice la acción resolutoria del arrendamiento.

El Consentimiento del propietario a la sección no puede establecerse como consecuencia de la inscripción en el Registro, de la sociedad que constituye el arrendatario con tercera persona, pece a la publicidad que otorga el artículo 30º del Código Comercio; que no cabe interpretar en el sentido de que los actos inscritos sean conocidos para todos, maxime cuando la Ley, en estos casos de traspaso y subarriendo, exige la autorización del propietario.

La sustitución total de los socios cuyos nombres figuran en la firma o razón social bajo las cuales gira la compañía, impide identificar a ésta en sus relaciones con terceros, sin que obste el artículo 143 del Código de Comercio que regula las relaciones de los socios entre si, pero no con terceros, sin cuyo consentimiento no puede hacerse la situación del deudor, con forme al artículo 1205 del Código Civil; y en el contrato de arrendamiento de obligaciones reciprocas entre arrendador y arrendatario, la sustitución de este supone la del deudor, en cuanto a las obligaciones que el con

trato impone. No distinguen las disposiciones entre la cesión total y la parcial como causa resolutoria del arrendamiento, siendo ésta bastante al afecto, más cuando la interpretación contraria autorizaría a burlar la prohibición legal, por cesiones parciales sucesivas para llegar a la cesión total."<sup>28</sup>

**C) CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE TRASPASO :**

La legislación española, ha manifestado que para que el Traspaso sea valido cumpla con las siguientes características :

- a) La sustitución del uso directo o personal del arrendatario por el indirecto del cesionario.
- b) La existencia de precio cierto.
- c) La exclusión de las existencias del establecimiento.

Ahora bien, si las existencias y, en general cualquier vestigio físico del establecimiento comercial no afectan a la esencia del traspaso, en modo alguno puede éste desligarse de la parte viva y dinámica de la empresa; la actividad mercantil ininterrumpida con un año de antelación al traspaso es indispensable para que éste pueda tener propiamente existencia legal; la propia actividad comercial debe comprometerse a seguir desarrollándola el adquirente en otro año, como mínimo, y precisamente en el mismo ramo de comercio ejercido por el transmisor; y, no obstante la definición antes expuesta, la propia Ley prevé la posibilidad de que el traspaso se concierte con inclusión de mercancías, artículo 53 LAU.

---

28.- Ibidem., págs. 3879-3880

#### D) ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRASPASO :

Podemos decir que para exista un contrato y sea valido; tienen que reunir ciertos requisitos indispensables objetivos, para que quien suscriba dichos contratos permitan encuadrarlos dentro de la legislación que los provee, así los españoles han enunciado los Elementos para que el Contrato de Traspaso exista y sea válido jurídicamente, y que a continuación señalare :

a) Doctrinalmente, el traspaso o cesión de locales de negocio puede ser a título gratuito u oneroso. Sin embargo, dentro del régimen legal sólo se admite la cesión mediante precio.

b) En orden al tiempo, el traspaso puede ser definitivo o temporal. El traspaso regulado por la Ley tiene carácter definitivo, no temporal, para la explotación de un negocio.

c) Total o parcial, según que el traspaso se refiera a la totalidad o parte del local de negocio arrendado. No obstante, esta distinción es desconocida por la Ley, no derivándose, por tanto, de ella.

El Traspaso o cesión, total o parcial de local de negocio se distingue :

a) Del Subarriendo. El subarriendo es el arrendamiento que el arrendatario hace de la cosa arrendada.

Subarrendar, sería, el dar en arrendamiento la cosa que se tiene por este mismo título o, en otros términos, arrendarla en todo o en parte a otra persona.

La cesión, en sentido técnico, es el traspaso de un crédito por el arrendador a favor de un nuevo acreedor, y, en el caso concreto,

según reiterada doctrina jurisprudencial, la plena sustitución del arrendatario, cuya personalidad desaparece, por el nuevo contratante.

Del propio modo, el traspaso parcial tampoco implica subarriendo, por cuanto jurídicamente desaparece la figura del arrendatario y el tercero, con respecto a su parte, mantiene una relación directa con el arrendador, notas típicas y características de la cesión.

b) De la cesión de vivienda. Si bien de naturaleza análoga, el traspaso de local de negocio se diferencia de la cesión de vivienda, aparte del objeto sobre que recae (Vivienda y Local de Negocio), en que el primero puede hacerse libremente, mediante precio, mientras que la segunda, prohibida por la Ley, puede ser otorgada a título gratuito solamente en favor de los parientes dentro del segundo grado que conviviesen con el inquilino con un año de antelación al menos. (arts. 34 y 35 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

El Traspaso para que sea formal y jurídicamente aceptado tiene que regirse por los siguientes requisitos :

A) Serán requisitos necesarios para la existencia legal del Traspaso :

a) Que el arrendatario lleve legalmente establecido en el mismo local objeto de traspaso y explotándolo sin interrupción el tiempo mínimo de un año.

b) Que el adquirente contraiga la obligación de permanecer en el local, sin traspasarlo, el plazo mínimo de otro año y destinario durante este tiempo por lo menos a negocio de la misma clase que el ejercido por el arrendatario.



c) La fijación de un precio cierto por el traspaso.

d) Que el arrendatario notifique fehacientemente al arrendador o en su defecto a su apoderado, administrador, y en último término al que materialmente cobre la renta, su decisión de traspasar y el precio convenido.

e) Otorgarse el traspaso por Escritura Pública en la cual deba consignarse, bajo la responsabilidad del arrendatario, haber cumplido el requisito anterior y la cantidad por la que se ofreció el traspaso al arrendador.

f) Que dentro de los ocho días siguientes al otorgamiento de la Escritura Pública, el arrendatario notifique de modo fehaciente al arrendador o en su defecto a la persona que menciona el parrafo d), la realización del traspaso, el precio percibido, el nombre y domicilio del adquirente y que éste ha contraído la obligación establecida en el parrafo d).

La falta de cualquiera de estos requisitos autorizará al arrendador a no reconocer el traspaso. (art. 45 LAU.).

B) El adquirente o cesionario quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento. (art. 44 LAU).

En realidad, el empleo del término subrogación, como exponente de la filiación jurídica del traspaso, indica bien a las claras la innecesariedad del otorgamiento de nuevo contrato en favor del cesionario, que, ex lege, asume los derechos y las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento del Local que se le Traspasó, sin necesidad de otorgamiento a su favor de un nuevo título jurídico.

Como una de las facultades típicas otorgadas al cesionario se señala

la la del artículo 46 al establecer que el adquirente por traspaso, transcurrido un año desde la fecha de otorgamiento de la Escritura, estará facultado para realizarlo con sujeción siempre a las reglas establecidas por el traspaso.

C) Como facultades también características por parte del arrendador se citan los derechos que se conceden de tanteo y retracto a su favor.

El derecho de tanteo consiste en general en una preferencia que se otorga a determinada persona para la adquisición de alguna cosa o derecho, con preferencia a los demás posibles adquirentes.

Por ejemplo; El arrendatario que se proponga traspasar su local de negocio no podrá hacerlo hasta pasar treinta días de la notificación a que se refiere el apartado d) del artículo 45 de la Ley.

Durante todo ese tiempo tendrá derecho de tanteo el arrendador. El derecho de retracto es la facultad reconocida en favor de alguien para dejar sin efecto una venta ya efectuada y subrogarse en las mismas condiciones, en el lugar del comprador.

El arrendador tendrá derecho de retracto sobre los Locales Traspasados, solamente en estos dos casos :

a) Cuando el transmitente no hubiese cumplido la notificación aludida en el apartado d) del citado artículo 45.

b) Con la transmisión que hubiese verificado por precio inferior al consignado en dicha notificación.

La acción de retracto habrá de ejercitarla dentro de los treinta días siguientes al en que le fuera notificada la realización del

Traspaso, y si dicha notificación se omitiese, dentro de los treinta días siguientes al en que tenga conocimiento del traspaso y de sus condiciones esenciales, regulándose detenidamente los demás requisitos y efectos en los artículos 46 al 57 de la LAU., modificados, en parte, por la más reciente de 21 de Abril de 1949.

Después de dar a conocer al Traspaso como un contrato regulado por la legislación española; en la "Ley de Arrendamientos Urbanos" es de suma importancia para nuestro Derecho Mexicano aplicar esta figura a las necesidades económicas más urgentes, por lo que será de mayor relevancia el dar una solución a los traspasos que realizan, de locales con o sin enseres, comercios e industrias y a cambio recibir el pago "justo".

Es de importancia hacer una división de los traspasos de Locales vacíos y del Negocio Mercantil, ya que en ocasiones se podría confundir ambos términos.

Por Local comercial, podríamos decir que es el establecimiento vacío o libre de cualquier cosa, listo para su ocupación y brindar un servicio de cualquier tipo de mercancías o giro comercial.

En cuanto al Negocio Mercantil o negociación, podemos decir que es el comercio funcionando al cien por ciento y que contiene todos y cada uno de los elementos para seguir operando como son :

- a) El prestigio de la Negociación (Empresa).
- b) El Prestigio de la persona (El Empresario).
- c) El Tiempo suficiente para poder hablar del negocio.
- d) Un nombre Comercial.
- e) Y la acreditación de una cartera de clientes.

Luego entonces podemos decir, que aún cuando los elementos antes mencionados sean subjetivos porque así los usos y costumbres de todo negocio se den, es de importancia poner mayor énfasis al punto de vista económico; puesto que de aquí se desprende en gran medida hacia donde va aplicarse en gran medida el contrato de Traspaso y como contrato, a quienes y a que va a proteger.

Uno de los puntos de vista a los que no es fácil justificar desde el punto de vista jurídico; es la distinción entre contrato mercantil y contrato civil.

Ya sabemos que todo contrato mercantil, es el producido en el ejercicio de una empresa mercantil, puesto que se requiere la intervención de un comerciante y la destinación del local al comercio.

El maestro Joaquín Garrigues, en su libro \*Curso de Derecho Mercantil\*, hace mención del contrato mercantil; "La importancia práctica que tiene el contrato en el momento de su perfeccionamiento, ya que a partir de él los interesados quedan vinculados jurídicamente y no pueden revocar su declaración. Y agrega, que es importante, al momento de la perfección del contrato, la capacidad de las partes; para determinar la Ley, tanto en cuanto al espacio como en cuanto al tiempo; para determinar la competencia de los tribunales para decidir cuál de los contratantes ha de soportar el riesgo de la pérdida de la cosa debida.

Agrega el maestro Joaquín Garrigues, La génesis del contrato atraviesa esquemáticamente tres fases o momentos que son :

**A) La oferta o Propuesta.**- Es la declaración de voluntad encaminada a la perfección de un contrato comprensiva de los elementos esenciales del mismo contrato.

a) **Requisitos de la Propuesta.**- La propuesta para ser tal, ha de cumplir ciertos requisitos, cuyo defecto produce la descalificación como propuesta de ciertas declaraciones que aparentemente lo son.

1.- Ha de contener todos los elementos esenciales del contrato al que va dirigida o, al menos, los criterios para su determinación. Por ejemplo: El precio en el contrato de compraventa puede estar determinado desde el principio o puede quedar determinado al arbitrio de un tercero.

2.- La propuesta ha de ser dirigida a la conclusión de un contrato

3.- La oferta ha de ser dirigida a alguien, es decir, a alguna persona, sea determinada o indeterminada, ya que es frecuente encontrar ofertas que no van dirigidas a una persona determinada, sino al público en general, por medio de anuncios en la prensa o radio, exposición de mercancías en vitrinas y escaparates, etc.

b) **Duración.**- La propuesta ha de ser mantenida viva por algún tiempo. Esta duración no puede ser indefinida. En el comercio suele ser breve porque los motivos que determinarán la propuesta cambian constantemente, a medida de las fluctuaciones del mercado.

B) **La Aceptación.**- Es la declaración dirigida al proponente de querer concluir el contrato como ha sido propuesto. De esto podemos deducir lo siguiente :

1.- Ha de corresponder exactamente a la propuesta. No puede perfeccionarse el contrato si la aceptación contiene ampliaciones, limitaciones o, en general, modificaciones a la propuesta.

2.- Ha de ser, como la propuesta, una declaración recepticia. o sea dirigida al proponente por aquel a quien la proposición fue hecha.

C) **La perfección del contrato.**- La coincidencia entre la propuesta y la aceptación perfecciona el contrato.

Agrega el autor Joaquín Garrigues; No basta con que las dos declaraciones de voluntad se entrecrucen, es preciso que armonicen entre sí, que se complementen, de suerte que, aun teniendo cada contratante un deseo diverso (el comprador, comprar; el vendedor, vender; el prestatario, recibir dinero; el prestador, entregarlo, etc. La realización de ese deseo permita a otro contratante satisfacer el suyo (el comprador compra porque el vendedor vende, el prestatario recibe el dinero porque el prestador lo entrega). De donde se sigue que ambos contratantes coinciden en la misma finalidad la conclusión del contrato propuesto. Al querer la misma cosa, su voluntad tiene el mismo contenido." 29

El autor Javier Arce Gargollo, en su libro Contratos Mercantiles Atípicos, retoma los elementos o principios de Joaquín Garrigues y dice: " Que en la práctica -dice Garrigues- el número de contratos meramente civiles es reducidísimo. Ya que en legislaciones como la suiza y la italiana, han concentrado en un solo ordenamiento los actos civiles y mercantiles; es decir, tienen un tratamiento unitario. En otras legislaciones se distingue entre los actos civiles y los actos mercantiles. En nuestro derecho, se sigue la tradición jurídica marcada por el Código Napoleón, solución que también acoge el derecho español fuente principal de inspiración del nuestro.

Debemos hacer notar que aun cuando no se encuentren regulados dichos contratos atípicos, si hay una supletoriedad de la Ley común por lo que el artículo 1858 del Código Civil, establece el régimen jurídico de los contratos no regulados como típicos y las normas que deben aplicarse para su interpretación e integración."30

**Art. 1858.-** Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las partes generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fuerón omisas, por las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

29.- Garrigues, Joaquín. Curso De Derecho Mercantil. págs. 12-16

30.- Arce Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos. págs. 17 y 53

Para poder celebrar un contrato de Traspaso, debemos identificar muy bien que es lo que realmente se va a traspasar; ya que este contrato puede ser Simple o Complejo, dependiendo en que terminos se van a pactar ambas partes el traspaso; por lo que sera Simple :

A) Contrato de Traspaso Simple : Será Simple cuando el objeto del traspaso sea, un local vacio y libre de cualquier enser, y listo para su ocupación y empezar a brindar cualquier servicio al público en general.

B) Contrato de Traspaso Complejo : Será Complejo, todo contrato mediante el cuál se traspasa todo un negocio, industria o local comercial, lo cuál pueden seguir operando o no hasta el momento del traspaso incluyendo todos sus accesorios que caracterizan al negocio en general.

# **CAPITULO V**



C A P I T U L O V.

C O N C L U S I O N E S:

1.- Nuestro régimen jurídico y constitucional, ha sido y seguirá siendo reformado, como consecuencia y necesidad que tenemos todo sujeto de derecho, es el caso de nosotros los mexicanos de acoger nos de la Ley y allegarnos de herramientas básicas para dar solución a nuestros problemas sociales, políticos y muy por encima los económicos; problemas que a diario tenemos que enfrentar y darles una respuesta objetiva y positiva, en este caso la propuesta de la Regulación Jurídica del Contrato de Traspaso.

2.- Razón suficiente para poder sugerir que el Contrato de Traspaso, sea un contrato acogido por la Ley y por las reglas generales de los contratos, puesto que es de suma importancia la protección, tanto del propietario del local, como del comerciante.

3.- Nuestro Código Civil mexicano, tiene su antecedente del Código Civil español, entonces si la figura jurídica del Traspaso está regulada en la Legislación española; porque no en nuestra Legislación mexicana, pues sabemos que aunque es muy clara nuestra Ley, también tiene lagunas jurídicas y mediante el implemento de este tipo de propuestas, será una herramienta más como base y fundamento doctrinal.

4.- El Contrato de Traspaso, es una figura jurídica que tiene la finalidad de dar solución a los problemas tanto del arrendador como del comerciante.

5.- La regulación jurídica del Contrato de Traspaso, traera consigo intereses muy específicos de quien adquiriera el local o negociación, pues esto implica la meditación previa del éxito del negocio mercantil que se pretenda establecer.

6.- Lo más importante de la Regulación Jurídica del Contrato de Traspaso, es el interés de que se incrementen contratos que ayuden a evitar fricciones y desgaste inútil, en materia contractual pues esto nos dara nuestra seguridad jurídica, de interpretación de cada uno de los contratos que tengamos que celebrar, para que se cumplan de una manera justa y equitativa.

7.- En la práctica, el contrato de Traspaso tendra la versatilidad de que se podran estipular cláusulas destinadas a resolver dificultades y evitar litigios o a fijar normas para la ejecución del Contrato de Traspaso.

## B i b l i o g r a f f a .

- 1.- Aguilar Carbajal, Leopoldo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa. México, 1977.
- 2.- Arce Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos. Editorial Trillas. México, 1993.
- 3.- Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo IV. 9ª Edición, Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, República Argentina.
- 4.- De Casso Y Romero, Ignacio. y Cervera Y Jimenez Alfaro, Francisco. Diccionario de Derecho Privado. Tomo II. Editorial La bor, S.A. Barcelona, España. 1950.
- 5.- Diaz Bravo, Arturo. Contratos Mercantiles. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Harla, S.A. de C.V. México 1957.
- 6.- Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. México, 1987.
- 7.- La renz. Base del Negocio y Cumplimiento del Contrato. Madrid, 1957.
- 8.- Morineau Iduarte, Martha. y Iglesias Gonzalez, Román. Derecho Romano. Editorial Harla. México, 1990.
- 9.- Muños, Luis. Contratos (Derecho Comercial) Tomo I. Tipografía Editorial Argentina. Buenos Aires, Argentina, 1960.
- 10.- Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Epoca, S.A. México, 1977.
- 11.- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. De cimo Novena Edición. Editorial Espasa. Madrid, 1970.

- 12.- Sanchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles (Teoria General del Contrato. Contratos en Especial, Registro Público de la Propiedad. Decimo Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994.
- 13.- Treviño Garcia, Ricardo. Contratos Civiles y sus Generalidades. Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Font, S.A. Guadalajara Jalisco, 1982.
- 14.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A. 64ª Edición. México, 1995.
- 15.- Código de Comercio y Leyes Complementarias. Editorial Porrúa, S.A. 59ª Edición. México, 1994.
- 16.- Legislación de Arrendamientos Urbanos. Selecciones Gráficas. Madrid, 1963.