

00781
2ej

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

ANÁLISIS DEL CONTRATO A TRAVÉS DE LOS COSTOS QUE
IMPLICA SU TRANSACCIÓN.

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO
PRESENTA

ARTURO ACEVEDO SERRANO

ASESOR: DR. JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ MONROY

MÉXICO 1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

278793.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN.

El análisis del contrato con referencia a sus costos, permite elaborarlo como un instrumento jurídico capaz de garantizar el cumplimiento de los fines buscados en el acuerdo. Un acertado estudio de situaciones imprevistas en el contrato con base en la aplicación de todas las herramientas jurídicas con las que disponemos, supone el cumplimiento del acuerdo, evitar controversias judiciales y establecer procedimientos de resolución de controversias desde el propio contenido del contrato.

El análisis del contrato se traduce en un clausulado capaz de salvaguardar el cumplimiento eficiente del acuerdo. Resulta evidente que el contrato conlleva en su contenido una determinada función económica, además de su carácter eminentemente jurídico. El análisis del contrato a través de sus costos parte de la premisa que los sujetos de un acuerdo buscan lograr sus fines con el menor costo y el mayor beneficio posible.

La contratación clásica se guía por principios ampliamente estudiados y aceptados, sin embargo, los principios se ven rotos por situaciones y circunstancias que escapan de la visión de los contratantes; dando lugar a situaciones que repercuten en el cumplimiento del contrato. Es por lo anterior que los costos del contrato se encuentran expuestos a sufrir un cambio, que puede resultar en mayor onerosidad para los contratantes. Al momento de no cumplirse un contrato, sus costos se modifican, ya que los fines y beneficios esperados por las partes no se cumplirán como fue primeramente previsto.

En la etapa de formación, predeliberación o precontractual, se realizan tratos con el fin de crear un acuerdo. En la etapa de perfección se hace referencia a las erogaciones materiales sobre la redacción de documentos necesarios para invertir en el acto. Los costos de ejecución se refieren a la realización efectiva del contrato, esto es, cuando se cumple puntual y eficazmente con las obligaciones derivada del mismo.

El resultado del análisis nos dará un instrumento contractual con un clausulado que salvaguarde su cumplimiento ; obteniendo los mayores beneficios con el menor costo.

TRANSLATION FROM SPANISH

SUMMARY OF THE RESEARCH

The analysis of the contract with reference to its costs enables us to devise it as a legal instrument capable of guaranteeing the fulfillment of the ends contemplated in the agreement. A good study of the unforeseen situations in the contract, using all the legal tools at our disposal, means the fulfillment of the agreement, avoiding judiciary controversies and determining procedures for the resolutions of controversies in the content of the contract itself.

The analysis of the contract results in clauses capable of protecting the efficient fulfillment of the agreement. The contract obviously has to entail in its content a defined economic function, on top of its essentially legal nature.

The analysis of the contract from the angle of its costs originates from the premise that the parties to an agreement want to achieve their goals with the least possible cost and major possible benefit.

The classic contracting operates on principles widely studied and accepted, nevertheless, these principles are twisted by certain situations and circumstances. These tend to elude the vision of the contracting parties and generate situations, which will have an impact on the fulfillment of the contract.

Because of the above, the costs of the contract are liable to suffer a change, which could result in a higher cost for the contracting parties. When the contract is not fulfilled, its costs are modified, since the ends and benefits expected by the contracting parties will not be achieved as had been originally foreseen.

During the drafting , deliberation or pre-contractual stage, deals are made with the aim of creating an agreement. In the stage of improvements, reference is made to material expenditures for the drafting of the documents necessary in order to invest in the act. The implementation costs refer to the actual execution of the contract, i.e., when the obligations of said contract are fulfilled timely and efficiently.

The result of the analysis will give us a contractual instrument with clauses to protect its fulfillment. So major benefits are obtained at a lesser cost.

INDICE

Introducción

CAPITULO PRIMERO:

Generalidades sobre el Contrato, Transacción y Costos

- 1.1.- Conceptos fundamentales.
- 1.1.1.- Generalidades.
- 1.1.2.- Contrato.
- 1.1.3.- Costos.
- 1.1.4.- Transacción.
- 1.1.5.- Costo de transacción.
- 1.2.- Adecuación de conceptos.
- 1.2.1.- Operatividad de términos.
- 1.2.3.- Términos comunes y materias diversas.
- 1.3.- Alcance de la investigación.
- 1.3.1.- Abogados y Economistas.
- 1.3.2.- Derecho y Economía.
- 1.3.3.- Fines económicos del contrato.

CAPITULO SEGUNDO:

El Contrato y su Teoría General.

- 2.1.- Derecho y Contrato.
- 2.1.1.- Marco teórico.
- 2.1.2.- Contrato como norma.
- 2.1.3.- Libertad en el contrato y Dirigismo contractual.
- 2.2.- Elementos del contrato.
- 2.2.1.- Naturaleza jurídica.
- 2.2.2.- Consentimiento.
- 2.2.3.- Objeto.
- 2.2.4.- Solemnidad.
- 2.2.5.- Validez y Eficacia.
- 2.2.6.- Voluntad y Consentimiento
- 2.2.7.- Capacidad.
- 2.2.8.- Objeto lícito.
- 2.2.9.- Forma.

- 2.3.- Interpretación de los contratos.
- 2.3.1.- Interpretación jurídica.
- 2.3.2.- Interpretación con relación a los costos.
- 2.4.- Clasificación de los contratos.
- 2.4.1.- Generalidades.
- 2.4.2.- Unilaterales y Bilaterales.
- 2.4.3.- Onerosos y Gratuitos.
- 2.4.4.- Conmutativos y Aleatorios.
- 2.4.5.- Formales y no formales.
- 2.4.6.- Consensuales y Reales.
- 2.4.7.- Nominados e Innominados.
- 2.4.8.- Ejecución Inmediata, Diferida, Instantánea, Continuada.
- 2.5.- Efectos del contrato.
- 2.5.1.- Fuerza obligatoria.
- 2.5.2.- Perfección del contrato.
- 2.5.3.- Imprevisión.

CAPITULO TERCERO:

Diseño Jurídico Económico del Contrato.

- 3.1.- Contrato y Transacción.
- 3.1.1.- Alcance del término Transacción.
- 3.1.2.- La Transacción como fenómeno contractual.
- 3.1.3.- La optimización del Contrato y la Transacción.
- 3.2.- Diseño jurídico del contrato.
- 3.2.1.- Contrato como institución jurídica.
- 3.2.2.- El Contrato y el Acto jurídico.
- 3.2.3.- Obligatoriedad del Contrato y la Buena fe.
- 3.3.- Diseño económico del contrato.
- 3.3.1.- Análisis Jurídico y Análisis Económico.
- 3.3.2.- Economía y Contrato.
- 3.3.3.- Importancia del contrato en la economía.
- 3.3.4.- Contrato como acto económico.
- 3.4.- Diseño Social.
- 3.4.1.- Generalidades.
- 3.4.2.- Contrato Social.
- 3.4.3.- Utilidad Social.

CAPITULO CUARTO

Costos de la Transacción.

- 4.1.- Costos de formación.
 - 4.1.1.- La Acción de contratar.
 - 4.1.2.- Negociación Precontractual.
 - 4.1.3.- Aseguramientos de Acuerdos.
 - 4.1.4.- Responsabilidad “in contrahendo”.
 - 4.1.5.- Costos en el período precontractual.
 - 4.1.6.- Formalización del contrato.
- 4.2.- Costos de ejecución.
 - 4.2.1.- Cumplimiento del contrato.
 - 4.2.2.- El pago.
 - 4.2.3.- Incumplimiento del contrato.
 - 4.2.4.- Pérdida del objeto.
 - 4.2.5.- Obligaciones de hacer y de no hacer.
 - 4.2.6.- Daños y Perjuicios.
- 4.3.- Problemática contractual.
 - 4.3.1.- Conflictos contractuales.
 - 4.3.2.- Incumplimiento.
- 4.4.- Riesgos de imprevisión.
 - 4.4.1.- Situaciones imprevistas.
 - 4.4.2.- Imprevisión en Materia Jurídica.
 - 4.4.3.- Teoría de la imprevisión.
 - 4.4.4.- Costos de imprevisión.
 - 4.4.5.- Cobertura de los costos por imprevisión.
- 4.5.- Formas de resolución de controversias.
 - 4.5.1.- Conflictos contractuales.
 - 4.5.2.- Autodefensa.
 - 4.5.3.- Autocomposición.
 - 4.5.4.- El Mediador.
 - 4.5.5.- Heterocomposición.
 - 4.5.5.1.- Arbitraje.
 - 4.5.5.2.- Proceso.
- 4.6.- Costos sociales y económicos del contrato.
 - 4.6.1.- Alcance social del contrato.
 - 4.6.2.- Efectos privados del contrato.

4.6.3.- Costos económicos.

CAPITULO QUINTO:

Eficacia del Contrato.

- 5.1.- Modelo clásico del contrato.
 - 5.1.1.- La estructura clásica del contrato.
 - 5.1.2.- Referencia histórica.
 - 5.1.3.- Esquema clásico del contrato.
- 5.2.- Modelo neoclásico del contrato.
 - 5.2.1.- Problemática actual de contratación.
 - 5.2.2.- La visión contractual de nuestros días.
- 5.3.- El contrato como instrumento económico.
 - 5.3.1.- El contrato y el fenómeno económico.
 - 5.3.2.- Desarrollo contractual y económico.
- 5.4.- Eficacia económica del contrato.
 - 5.4.1.- Validez y Eficacia.
 - 5.4.2.- Eficiencia y Eficacia en el contrato.
 - 5.4.3.- Como se logra la eficiencia de un contrato.

CAPITULO SEXTO

Contratación en Particular.

- 6.1.- Contratos preparatorios.
- 6.2.- Contratos definitivos.

INTRODUCCIÓN

Durante el tiempo que ha transcurrido desde la obtención de la Licenciatura, hasta el momento presente, en el cual realizo la redacción en la integración, he tenido la suerte de estar en contacto reiterado con las materias de Derecho Privado, principalmente con las áreas de Contratos y Obligaciones; por lo que he podido captar como el desarrollo de estas materias van de la mano con el desenvolvimiento de la historia económica y sociopolítica de nuestro país, así como de las relaciones económicas en torno a las tendencias internacionales actuales.

Durante los últimos años las especialidades por las materias económicas han alcanzado gran auge; por lo que en la actualidad, las interrelaciones de las ciencias sociales y las técnicas económicas se hacen más necesarias para comprenderlas y analizarlas con profundidad.

El contrato ha sido considerado como institución básica dentro de toda teoría jurídica y a logrado un singular desarrollo en el estudio de sus instituciones desde la perspectiva normativa, lo interesante es ahora observar como, en la ciencia económica; el contrato; es decir, el acuerdo de voluntades, se le reconoce un lugar importante en la explicación sobre el éxito o fracaso de los negocios y por ende en sus repercusiones sociales.

La investigación que hemos pretendido desarrollar toca como punto básico la vinculación jurídica que se desarrolla en el fenómeno contractual, remarcando la importancia del contrato en la economía.

Derecho y Economía son dos materias que en primera instancia pudieran estar desvinculadas, pero que, con relación al contrato encuentran un punto de vinculación lo bastante estrecho, que hace que una misma figura sea tratada desde cada ámbito de estudio; a la vez que de una forma interdisciplinaria.

La razón por la cual me interesé por el estudio de esta investigación se debe a que desde que realice la tesis de licenciatura, la cual la dedique a un análisis sobre la aplicabilidad de la Teoría de la Imprevisión, me encontré con los principios inmutables de la teoría contractual en pugna con los principios que sigue la teoría de la imprevisión; es decir, por una parte los principios que encontramos ubicados en principios tan poderosos como serían, el deber de los pactos deben de ser cumplidos, y por otra parte, principios no menos importantes, como la buena fe y la equidad en las contrataciones que acompañan los argumentos de imprevisión. Pues bien, surgió entonces en mi, la inquietud de localizar otros argumentos de mayor practicidad y objetividad; así encontré en un libro del autor Oliver Williamson una metodología que trataba de analizar al contrato como una transacción, y ubicar las conductas de los sujetos en torno a los argumentos económicos, es a partir de esta metodología que se visualiza la posibilidad de explicar algunas de las instituciones básicas del derecho contractual, y más específicamente las cuestiones de la etapa precontractual así como la etapa de perfeccionamiento y cumplimiento del contrato, tocando, claro esta, los puntos relevantes de incumplimiento e imprevisión. En otras palabras, pensamos que dentro del análisis económico del derecho se encuentran argumentos lo suficientemente fuertes que pueden ser utilizados para

explicar fenómenos contractuales, entre ellos básicamente la responsabilidad precontractual y la imprevisión.

Con el desarrollo que han alcanzado las materias económicas en nuestros días, es el momento para que la visión jurídica, sin ataduras ni prejuicios, adopte una posición amplia y observe a la contratación ya no sólo como una estructura marco guiada por preceptos legales, sino que con base en esta visión, añada lo fenómenos microanalíticos de la economía que se incorporan a cada contrato; así como los intereses personales o de grupo que se mueven en los acuerdos que son guiados por una eficacia y optimización del contrato.

El Derecho Privado se encuentra en estrecha relación con los hechos económicos, la mayoría de las veces los fenómenos de economía influyen en las directrices o reformas legales para atemperar sus efectos o guiar sus finalidades. Estas repercusiones toman auge en materia de la contratación; el acto contractual entonces forma un objeto de estudio no sólo de materias jurídicas sino de las económicas.

Podemos encontrar en la literatura académica actual, como diversos economistas han abordado el tema del contrato con una metodología propia, una de las partes principales de la presente investigación, será estudiar el punto de vista en que afrontan los problemas de contratación diversos economistas, y en que grado, esta temática, puede llegar a influir en la óptica jurídica, es decir, que conveniencia traería analizar dentro del derecho los alcances del estudio económico del contrato.

De lo anterior se desprende un acercamiento obligado a los autores que se han ocupado de la visión económica del derecho, cabe hacer notar que su estudio obedece a la búsqueda de complementación de la investigación, es decir que su marco metodológico se encuentre ampliamente fundado; sin embargo, no será mi objetivo explicar el derecho a la luz de la visión del análisis económico del Derecho, sino el de adoptar las posturas más idóneas que se encuentran en ésta, para explicar los mecanismos contractuales de cumplimiento de las obligaciones, dejando sentado de antemano que resultan interesantísimas las posiciones de los autores que abordan dichos temas.

Debo subrayar que el análisis económico del Derecho busca una explicación global del mismo, desde sus aspectos doctrinales hasta sus aspectos más específicos en sus diversas materias, el análisis que nos ocupa se circunscribe sólo al contrato y a sus aspectos de cumplimiento o incumplimiento.

La Teoría Jurídica General del Contrato hace especial mención en principios básicos como lo son entre otros, que los contratos deben ser puntualmente cumplidos, la buena fe y la equidad deben estar presentes en cada contrato, así como que las formas generales de resolución de controversias se llevan a cabo ante los tribunales.

El estado actual de la contratación se circunscribe a una contratación formal, elaboración de los llamados megacontratos, cláusulas indexatorias, o de equilibrio, derrumbe de la autonomía de la voluntad, contratación entre empresas, redacción unilateral de los contratos, así como desconocimiento

en algunos casos del alcance real de los mismos para una de las partes. Ante esta gama de figuras, creemos necesario replantear el análisis contractual. a fin de buscar soluciones que den respuesta a las fallas que presentan los sistemas actuales de contratación.

El contrato se puede analizar como un acuerdo completo o por diversas negociaciones parciales de un todo, es decir, una negociación completa o negociaciones específicas.

Un análisis detallado conduce a salvaguardar sus alcances y finalidades, a fin de optimizar y hacer eficiente su operación, un acuerdo sobre estas bases deberá satisfacer a cada una de las partes que intervengan, directa o indirectamente en una organización social y económica estable.

Si el acuerdo no es cumplido en tiempo o en la forma pactada, si una de las partes incumple, si se presenta un evento inesperado o alguna otra causa que eviten la realización del contrato, resultara evidente que en principio ninguna de las partes obtendrá los beneficios esperados, resultando entonces la erogación de costos adicionales a los programados o previstos, en principio, por el mayor tiempo empleado en la resolución de controversias y sus respectivos gastos, así como el necesario asesoramiento de profesionales que lleguen a conocer la controversia.

Pensamos que los anteriores puntos, lejos de estar superados se encuentran actualmente en el campo de la discusión jurídica; a nuestro modo de ver; una idea no puede ser superada o prejuzgada, sólo existe su

validez o su consistencia académica en cuanto a sus elementos explicativos. No hay más.

La presente investigación la podemos encuadrar como un estudio frontera, toda vez que su explicación no sólo importa los aspectos fundamentales jurídicos sino también atiende a conceptos que por la perspectiva de la investigación necesariamente deben ser tratados, entre los que se pueden mencionar argumentos que se ubican dentro de un análisis de teoría económica.

Algunos aspectos de la investigación abordaran entonces estudios realizados dentro de un ámbito económico, pero no quiere esto decir que nos encuadramos sólo a estos argumentos o a este punto de vista, sino que con la ayuda de éstos avances, añadiremos los argumentos jurídicos propios de la ciencia del derecho a fin de armonizarlos y posibilitar los argumentos concluyentes desde un punto de vista netamente jurídico.

La metodología empleada es necesariamente analítica, así como deductiva, se ubica en una investigación de carácter científico, que parte por considerar los aspectos contractuales contemporáneos que caracterizan el acuerdo de voluntades, descubriendo no sólo los elementos puramente jurídicos sino de otra especie como los económicos, a fin de lograr un mejor entendimiento del fenómeno contractual moderno.

Nuestra intención será sólo sentar las bases de esta forma de explicar al contrato en sus aspectos genéricos, ya posteriores investigaciones podrán encauzarse específicamente en una tema especial; pero pensamos que si no

comenzamos de forma deductiva viendo al análisis global, sería más difícil abordar los temas específicos sin conocer, por lo menos en líneas generales, la visión y los argumentos que se presentan en la presente investigación.

De ninguna manera consideramos el estudio cerrado, como hemos manifestado anteriormente, el análisis del derecho a través de la lente del jurista, requiere hoy en día de matizarlo con la visión de estas disciplinas que importen el interés sobre un mismo fenómeno, sin otra pretensión que la de abarcar un entendimiento más completo del objeto de estudio.

En fin, el análisis está hecho, quedando a la consideración de las personas encargadas de dictaminar al respecto, el mejor juicio que se pudiera tener sobre el presente trabajo.

CAPÍTULO PRIMERO

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES SOBRE EL CONTRATO, TRANSACCIÓN Y COSTOS

SUMARIO: 1.1.- Conceptos fundamentales, 1.1.1.- Generalidades, 1.1.2.- Contrato, 1.1.3.- Costos, 1.1.4.- Transacción. 1.1.5.- Costo de transacción., 1.2 Adecuación de conceptos, 1.2.1.- Operatividad de términos, 1.2.3.- Términos comunes y materias diversas, 1.3.- Alcance de la investigación, 1.3.1.- Abogados y Economistas, 1.3.2.- Derecho y Economía, 1.3.3.-Fines económicos del contrato.

1.1 .- Conceptos fundamentales.

1.1.1. Generalidades

Es un hecho incontrovertible que ninguna persona escapa al ámbito del derecho privado, desde que nace y hasta su muerte (incluso después de morir), en este sentido todas las personas en todo el desarrollo de su vida realizan contratos, ya sea acuerdos en su vida cotidiana, así como contratos desde un punto de vista técnico jurídico. Incluso podríamos decir que estas conductas se llegan a realizar aún en forma inconsciente; por ejemplo al abordar un medio de transporte, en la compra de productos o de cualquier servicio, por mínimo que sea, se efectúa con base en un acuerdo de voluntades.

El acto de contratar rige la conducta de los hombres; implica un sinnúmero de fenómenos. La adquisición y transmisión de derechos y obligaciones, la realización de negocios; de esta manera el acuerdo resulta ser elemento esencial en el mantenimiento y prosperidad del patrimonio personal familiar, entre otras cosas. Tal es su importancia para la vida social de los individuos.

El término contrato tomado en su concepción jurídica, ha sido analizado por infinidad de tratadistas, una cosa podemos afirmar en un primer intento de visualizar jurídicamente su importancia; que el término contrato y la situación que este encierra, es una de las más importantes dentro de la ciencia jurídica, es imposible tratar de explicar el Derecho sin utilizar o mejor, hacer referencia al contrato.

El contrato se rige como un concepto fundamental, como un concepto operativo funcional dentro de la ciencia jurídica, sin embargo los términos de transacción así como los costos en relación al contrato son conceptos poco explorados en la ciencia del Derecho, y más en nuestra doctrina.

1.1.2.- Contrato.

Colín y Capitant citados por Borja Soriano, establecían que 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.”³²

El término contrato siempre se le ha enmarcado como el acuerdo de voluntades; al contacto que se verifica entre las personas; a las relaciones que establecen con el propósito de alcanzar determinados fines jurídicos, así las cosas el hecho social que contiene el contrato remarca su importancia en torno a cualquier organización humana.

“El contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de convenios”.³³

La vida en colectividad, así como el desarrollo social se ven en la necesidad de utilizar el hecho social del acuerdo entre las personas, para poder alcanzar sus propios fines.

El acuerdo de voluntades es el hecho real en el cual descansa el concepto básico del contrato; el contrato requiere para su existencia de dos personas por lo menos, es impensable la contratación de un hombre solitario, salvo la discusión que pudiese entablar la figura de la contratación consigo mismo o el autocontrato, que sería punto para otro apartado en particular, basta señalar el hecho de dos personas, o mejor de dos intereses que si bien son singulares no necesariamente son distintos.

³² Borja Soriano, Manuel, Teoría General de Las Obligaciones, 10a. Edic. Edit. Porrúa, México D.F. 1979. p. 111.

³³ Rojina Villejas, Rafael, Compendio de Derecho Civil 11 a. Edic. Edit. Porrúa. México D.F. 1979, p. 7

Veamos ahora como se definen en nuestra legislación civil vigente algunos conceptos que giran en torno al contrato. El artículo 1793 de nuestro código civil dispone:

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

Entonces es preciso remitirnos al artículo 1792 que define que se entiende o deberá entender por convenio.

Art. 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

En primera instancia un contrato es una especie de convenio, un convenio es para crear o transferir derechos y obligaciones, y por otro lado un convenio se define como una correspondencia de un mismo parecer, es la coincidencia de voluntades, desde una perspectiva netamente gramatical. De forma esquemática podemos decir que el género es el convenio y la especie es el contrato.

Esta distinción tiene su antecedente en el Código Civil Francés que distingue la convención o acuerdo de voluntades, que es el género ; del contrato que es el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación.

Desde un punto de vista etimológico, el contrato proviene del latín contractus, entendiéndose como un pacto.

“Esta acepción gramatical aparece en el derecho romano en el siglo I de la Era Cristiana, sin embargo su connotación jurídica se determina por primera vez en la recopilación de Justiniano publicados en el año 529 bajo el nombre de Codex Justinianus cuando al referirse al negotium contractum le dio el contenido jurídico que se conoce hasta nuestros días”.³⁴

Resulta claro la añeja tradición del uso del vocablo contrato, lo que manifiesta su importancia indudable sobre la vida común de las personas.

Hasta ahora hemos visto algunas concepciones sobre el término contrato, pero no podemos dejar de mencionar que dichas concepciones se manejan en un ambiente jurídico, dentro de una teoría predominante en nuestro sistema normativo;

Sin embargo, ante las interrelaciones tan grandes que en la actualidad se están suscitando, resulta necesario cuestionarnos, ¿acaso es necesario cambiar nuestra óptica y dirigir nuestra atención a otros niveles en torno al contrato? nos referimos a los aspectos económicos que pueden tener efecto a raíz de la contratación, en otras palabras la importancia que para la economía representa el contrato como instrumento fundamental en las transacciones de bienes, pensamos que desde un punto de vista jurídico económico la gran mayoría de relaciones personales pueden ser valoradas en términos económicos.

34 Chirino Castillo, Joel, Contratos, 1era. Edic. México D.F. 1996, p.32

Sin temor a equivocarnos, la contratación conlleva como fenómeno social, determinados costos en su realización, desde su concepción hasta su cumplimiento, ahora bien, ¿Qué utilidad pudiera tener este tipo de análisis?, a mi particular modo de ver, resultaría de gran ayuda para mejorar la visión contractual y sus alcances económicos, desde sus aspectos precontractuales, así mismo para asegurar en lo posible la efectiva realización del contrato, es decir su ejecución, y finalmente atemperar las situaciones de controversia que pudieran llegar a presentarse, creando un marco preventivo de circunstancias que desequilibren a las partes en el contrato (como lo representa las cuestiones de imprevisión). Pensamos que si contamos con un mayor número de argumentos que busquen alcanzar los objetivos arriba señalados, el análisis se puede considerar efectivo y útil. Será en este orden de ideas donde nos ubicaremos para el estudio de los costos del contrato.

1.1.3.- Costos

Lo que se deja de ganar, lo que se pierde, lo que se gasta, las oportunidades descartadas, la relación entre la finalidad buscada y el cómo se alcanzó, resultan ser situaciones que caerían dentro de un término general del costo de una relación.

Cuando se habla de costos se llega a entender en un primer aspecto aquella erogación adicional a la prevista, pero también se puede entender los costos como aquéllas erogaciones correspondientes y necesarias para la consecución de un objeto o finalidad.

Un acuerdo bien planeado y bien ejecutado, obtendrá un máximo beneficio para sus autores cubriendo el costo que hubiera sido encarado.

De esta forma el alcance del concepto de costes y costo resultaría amplio o restringido de acuerdo al punto de vista en el cual se manejen.

Debemos entonces tener cuidado en torno a la determinación del término costo, dado que puede adaptarse a diversas significaciones, señalaremos por ahora básicamente las siguientes; costo como las erogaciones emanadas de un acuerdo; costo como las oportunidades valiosas sacrificadas; costo como asunción de responsabilidades etc. Baste por ahora el análisis sobre el término, el cual lo encuadraremos más tarde a los fines de la investigación que con estas líneas comenzamos.

1.1.4- Transacción.

Otro término recurrente para el presente estudio lo representa el término transacción.

La palabra transacción la encontramos de acuerdo a su sentido gramatical en el sentido de transigir y por extensión, identificarlo con un trato, convenio y negocio. Transigir se entiende como lo que se hace consintiendo, ó consentir en parte con lo que se cree justo, razonable o verdadero; así como el ajuste de un punto dudoso o litigioso. En idioma Inglés, transaction: s. desempeño gestión, negociación operación, transacción, negocio, p. trabajos de una sociedad, memorias, actos.⁴

⁴ Appleton New Cuyas Dictionary, 10a. Edic. Edit. Cumbre. México 1968, p.619

De entre los sinónimos de este término podemos anotar los siguientes; se entiende como un convenio, negocio, intercambio, trato, asunto, aveniencia, componenda, pacto arreglo, tratado, compromiso, estipulación, negociación.⁵

De acuerdo con su etimología: de “Transcrito, transactionis, de transigere, pasar a través, transigir S.XVI trato, acuerdo”.⁶

Pudiera pensarse que no es correcto utilizar el término transacción en diverso sentido al que es utilizado en el código civil para los contratos en particular; sin embargo, cuando en un término se precisa su alcance operativo ubicándolo en el contexto donde se utilizara, no tiene por que existir confusión. Es decir si de antemano se califica su connotación, sólo dará lugar a entender el sentido utilizado, para ubicarlo en su contexto de acuerdo a la investigación específica.

La transacción implica entonces diversos usos y alcances, lo encontramos usado como una convención, como un acuerdo, incluso en nuestro código civil existe un contrato particular que utiliza el término.

Otra concepción para el uso de transacción lo ubicaremos conforme al fenómeno de la negociación, es decir, de los actos concernientes a lograr un determinado acuerdo, a como realizarlo, y como cumplirlo; las diversas concertaciones y discusiones inherentes a los

⁵ Gran Diccionario de Sinónimos. Bolsi libros vol. II, Edit Bruguera, México p. 1063

⁶ Corripio F., Armando, Diccionario Etimológico, Edit. Bruguera, España 1973, p. 472

acuerdos y pormenores del negocio, no olvidando desde luego las ventajas y riesgos que se corren en la realización de los actos.

Un punto de vista en relación al intercambio de mercancías, observaría a la transacción en la transferencia de bienes.

“Ocurre una transacción cuando se transfiere un bien o servicio a través de una interfase tecnológicamente separable”.⁷

Con base en el concepto anterior podemos manifestar que la transacción se convierte en una etapa de un todo; y cada etapa de este singular proceso económico se halla estructurado de transacciones, en un mecanismo de sistema.

La transacción implica un enfrentamiento de intereses con el fin de buscar objetivos comunes en la realización de un acuerdo, la transacción como negocio, o conducta de discusión entre partes que se suponen iguales, conlleva a toma de decisiones conjuntas y acordadas.

Una transacción importa un fenómeno más complicado de lo que pudiera suponerse, es en sí, una negociación con conductas de motivaciones complejas, ya que intervienen intereses personales, económicos y jurídicos.

La transacción se puede analizar como un acuerdo completo o como parte de un todo, es decir, una transacción completa o transacciones individuales específicas.

⁷ Williamson E. Oliver, Las Instituciones Económicas del Capitalismo, 1a. Edic.F.C.E. México D.F. 1989. p..30

Llamaremos transacción específica al acuerdo o negociación que tiende a formar un acuerdo determinado buscado por las partes, que en si misma no es el fin buscado, en tanto que la transacción completa será aquel acuerdo o negociación que en su ejecución alcance las finalidades buscadas.

El contrato se puede concebir dentro de una teoría de sistemas, en la cual la transacción formaría parte del sistema completo, así si falla una parte del mismo, con seguridad el acuerdo no alcanzara sus finalidades.

Así las cosas, el fenómeno contractual puede implicar no sólo una transacción, sino una serie de transacciones, a fin de llegar a un acuerdo general. Tomando este punto de vista, el estudio se torna específico y microanalítico posibilitando en todo caso la profundidad de inicio en la situación contractual.

Debemos entender y aclarar desde esta primera aproximación a la terminología empleada para esta investigación, que el vocablo transacción no debe entenderse en el sentido de contrato particular; es decir mutuas concesiones para resolver una controversia presente o prevenir una futura; sino en su sentido gramatical, en relación a los tratos, acuerdos o negociaciones u operación que importa una relación entre partes; para entrar a su análisis posterior. Diversos y destacados juristas han manejado el término, entre ellos Kelsen, Mazeaud y Lozano Noriega, entre otros, por lo que creemos salvada la confusión que se pudiera dar al término, y sobre la pertinencia de uso de la palabra transacción en relación a los fines buscados por la propia tesis.

“Las partes hacen uso de normas generales que hacen posibles las transacciones jurídicas. Al concluir una transacción jurídica, las partes aplican esas normas generales”.⁸

“Es importante distinguir con claridad la transacción jurídica como acto por el cual las partes crean una norma, y la norma creada de tal manera. Ambos fenómenos suelen ser designados por medio de la misma palabra. Particularmente el termino contrato tiene ese mismo doble uso”.⁹

Resulta interesante como Kelsen se percata de que el acto por el que las partes crean derecho implica una transacción jurídica dándole una connotación genérica y de apreciación inicial evidente.

Es precisamente dentro de estas concepciones de donde partimos, delimitando al mismo tiempo el alcance y el ámbito operacional del término transacción, nos referimos evidentemente a la transacción jurídica en su connotación amplia.

1.2.- Adecuación de Conceptos.

1.2.1.- Operatividad de términos.

Hemos analizado en el anterior apartado, los diferentes contenidos y extensión de los conceptos de contrato, costes y transacción.

Resulta evidente que salvo el término contrato cuya tradición en el uso del término se ha manejado desde la época de la cultura romana, los

⁸ Hans Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, UNAM, México 1983, p. 162

⁹ Idem.

otros dos términos pudieran resultar oscuros o de falta de exactitud en torno al real alcance de sus significados.

Lo que hay que dejar en claro es que tanto el término de costos como el de transacción deberán adaptarse y adecuarse al término contrato. En otras palabras, los acuerdos de voluntades servirán como punto de arranque para la investigación concreta y completa del presente estudio.

La transacción jurídica básica en el Derecho es el contrato. El contrato entendido como aquel acuerdo de voluntades tendientes a producir consecuencias jurídicas trae aparejado consigo el fenómeno de la transacción entendida también, desde un punto de vista de negociación de las concertaciones a fin de concretar un trato de todas aquellas acciones fincadas en los intereses particulares de las partes, de aquéllas conductas conjuntas y que pueden válidamente separarse y hacer el análisis propio de la situación. Ver la transacción desde dos puntos de vista principalmente, uno a través de todo el proceso de negociación hasta el cumplimiento o ejecución del acuerdo; y dos, desde un punto de vista esquematizado, es decir, en la división que puede alcanzarse en cada situación concreta y que puede permitir un estudio microanalítico de la situación real y material.

En otras palabras transacción como un conjunto de pequeñas negociaciones, y transacción como cada parte de la negociación, transacciones completas y transacciones parciales, de estas distintas concepciones podríamos partir para ir encuadrando nuestro estudio.

Por otro lado las relaciones jurídicas que entrañan el contrato comprenden erogaciones propias de su naturaleza, es decir, es impensable que una contratación se produzca sin un costo especial o determinado, llámese como se llame, costo social, costo económico, costo excedente, etc. Podríamos decir que por muy exiguo que este sea, toda contratación implica un costo.

La muy conocida frase “El tiempo es oro” entraña una gran verdad, lo que se ha perdido jamás se volverá a recuperar, el tiempo y las experiencias vividas tampoco regresaran; podríamos incluso decir que toda actividad tanto intelectual como material conlleva algún costo.

1.2.2.- Relación Contrato, Transacción y Costos.

El contrato requerirá necesariamente de erogaciones de acuerdo a los fines que se buscan, todo acuerdo de voluntades tienen una finalidad que es buscada por cada una de las partes que formen el acuerdo.

Una de estas finalidades que se encuentra presente de una manera constante es su fin económico que va inmerso en los acuerdos.

Así las cosas, debemos tener cuidado para no perdernos en una maraña de conceptos que como podemos apreciar, no sería nada difícil caer en esto; si no que por el contrario, tratar de precisar en lo posible los conceptos de conformidad con el fenómeno contractual que será el objeto de nuestro análisis.

Entonces los términos de costos y transacción giraran de acuerdo a la órbita que genere el fenómeno contractual, las diversas etapas que lo contengan y negociaciones que se establecen; así como su forma de ejecución o cumplimiento, y finalmente si es el caso, buscar las formas de resolución; todo lo anterior como base para buscar las erogaciones que conllevan su aplicación y en que medida un acuerdo es optimo ó victorioso con miras en las finalidades y en lo que realmente resultó.

Debemos entonces tener cuidado en torno a la determinación del término costo, dado que puede adaptarse, a diversas significaciones, señalaremos por ahora básicamente las siguientes:

- 1.- Costos como las erogaciones emanadas de un acuerdo; o
- 2.- Como las oportunidades valiosas sacrificadas; y
- 3.- Costo como asunción de responsabilidades y riesgos.

Por lo anterior, bien podemos concebir al contrato como un sistema de transacción jurídica, o sistema transaccional caracterizado por toma de decisiones guiadas por el nivel del costo ocasionado por los acuerdos, en otras palabras “Una agregación o ensamble de objetos unidos por alguna forma de interacción o interdependencia regular; un grupo de unidades diversas combinadas por la naturaleza o el arte para formar un todo integrado, para funcionar, operar o moverse al unísono y a menudo en obediencia a alguna forma de control.”¹⁰

¹⁰ Stanford Y. Opter, *Análisis de Sistemas*, s.n.e. F.C.E. México 1978, D.F. p.54

El fenómeno contractual así entendido se inscribe en un sistema transaccional, donde las partes concurren y entablan los contactos y negociaciones a fin de estructurar una contratación completa.

1.2.3.- Términos Comunes, Materias Diversas.

Los términos que hemos venido manejando se entrecruzan en una misma situación, a saber los tratos o acuerdos que las partes pueden concretar. Ahora bien, este mismo fenómeno puede ser tratado desde perspectivas de estudio diversas; resulta claro que el fenómeno de la contratación es tema ampliamente explorado por la ciencia jurídica, pero no sólo esta se encarga de su análisis, también en el campo de la economía el contrato adquiere enorme importancia como herramienta económica insustituible hasta ahora, lógico resulta pensar que cada materia aborda el análisis con su propia terminología.

Un estudio interdisciplinario del fenómeno contractual deberá conciliar los términos y echar mano de los avances que sobre el tema se hayan alcanzado hasta el momento actual.

1.3.- Alcances de la Investigación.

1.3.1.- Abogados y Economistas.

El contrato no solamente es un fenómeno que debe o puede ser estudiado por una sola materia, sino que la realidad de las cosas nos enseña que diversos análisis desde diferentes materias convergen en la

contratación; la importancia de esto resulta evidente, dado que no podemos mantenernos al margen de los avances que en torno al contrato se ha investigado y abordado por personas no juristas, pero que nos pudieran servir para obtener mayor claridad con relación al complejo fenómeno jurídico que involucra el contrato.

Pareciera ser que en nuestro medio jurídico los abogados han dejado en segundo término las cuestiones económicas que el contrato engendra ubicándose más bien en las cuestiones técnicas jurídicas que van aparejadas al contrato mismo.

No queremos en ningún sentido manifestar desaprobación a esta forma de actuar, sino más bien al contrario pensamos seriamente que un análisis concienzudo del contrato no se circunscribe sólo a su estudio técnico jurídico por parte de los abogados sino que, además, se hace necesario también el análisis económico del contrato, y con estas dos líneas de trabajo alcanzar un análisis completo del fenómeno contractual.

El análisis jurídico del contrato combinado con los aportes de la investigación económica así como de su metodología, convergen en mejorar la visión y estudio del contrato, de manera que este análisis sea más completo y objetivamente real; dada la evidencia que el fenómeno contractual implica principios jurídicos fundamentales así como repercusiones económicas palpables para las partes.

En este orden de ideas, el estudio microanalítico del contrato alcanzaría ya no sólo las instituciones y teorías jurídicas que sobre el mismo

podrían mejorarse, pues abarcará, además, los aspectos económicos substanciales del contrato.

Bastaría con dar una lectura a los tratados de Derecho Privado para percatarnos del olvido que los juristas hemos tenido en torno a las circunstancias económicas en las que gravitan las relaciones jurídicas conocidas como acuerdos, (Salvo tratados, como el de Francesco Messineo donde realiza un acercamiento a estas cuestiones).

Son los economistas los que han ubicado al contrato como un instrumento económico de vital importancia para una relación personal; y en forma amplia como un elemento básico en toda la estructura económica de un Estado.

Bien sabemos que en la generalidad de relaciones en la cual se transmite la riqueza, se efectúan través de los contratos.

Las transacciones que importan la elaboración y ejecución de acuerdos, son situaciones que no deben de escapar del análisis correcto y minucioso de lo instrumentado de estas relaciones, nos referimos desde luego a los abogados y economistas desde sus áreas de trabajo respectivamente. En otras palabras así como el economista ha entrado al estudio del contrato que es un fenómeno social altamente jurídico; el abogado no puede abstraerse de analizar el contrato y conocer los puntos de vista de los economistas.

El argumento principal y básico que pretendemos sostener en este trabajo se enuncia en los términos de una economía sana a través de una

adecuada transacción de los contratos, en otras palabras creemos que si se logra una correcta aplicación jurídica de las transacciones económicas, con base en las contrataciones se logra por ende un mecanismo idóneo para mejorar la buena y adecuada distribución de la riqueza, y finalmente impulsar una economía eficiente en el ámbito general. Así el análisis detallado o microanalítico del contrato conlleva a salvaguardar sus alcances y finalidades, a fin de optimizar su operación, un acuerdo sobre estas bases conviene a cada una de las partes que intervengan directamente, e indirectamente a una organización social, jurídica y económica estable.

Un sistema contractual que abarque la efectiva aplicación de principios jurídicos de equidad así como de buena fe, traducidos en el equilibrio en las contraprestaciones, así como la prevención y asunción de riesgos propios y compartidos de las partes, y finalmente evitando la onerosidad en los mecanismos y formas contractuales, facilitarían la eficacia del contrato así como su eficiencia jurídica y económica.

1.3.2.- Derecho y Economía.

En efecto, si en una contratación se toman en cuenta todos los pormenores jurídicos así como los económicos desde su elaboración, aplicación y ejecución e incluso se pudieran visualizar acontecimientos que pudieran afectar de algún modo al contrato, se lograría como resultado una optimización de ganancias y costos.

Cuando las personas acuerdan sobre su relaciones, y se obligan, lo hacen buscando un resultado definitivo y determinado, previniendo la conveniencia de la relación con respecto a sus propios intereses.

Si un contrato se cumple en los tiempos previstos y de la forma pactada, el contrato habrá cumplido su finalidad, y las partes participantes obtendrán los beneficios y utilidades esperados. De esta manera los costos invertidos obtendrán la recompensa prevista.

Por otra parte si el acuerdo no es cumplido, en tiempo o en forma, si alguna parte obligada incumple, si se presenta un evento inesperado o alguna otra causa que eviten el buen resultado del contrato; resultara evidente que de entrada ni una de las partes obtendrá los beneficios esperados, resultando entonces la erogación de costos adicionales a los programados, costos en torno a la resolución de alguna controversia, costos en los tiempos perdidos, etc., todas estas situaciones cambian la panorámica inicial del acuerdo.

Por las razones anteriormente enunciadas se hace patente la importancia de un análisis microanalítico de cada etapa contractual, de cada fenómeno o situación social que lo acompaña, así como los pormenores económicos que lo envuelven; haría falta entonces agudizar el estudio de cada una de estas circunstancias y en lo posible optimizar recursos y prever eventualidades; si logramos establecer estas necesidades de optimización de las contrataciones daríamos un paso importante o cuando menos se establecen las bases que pretendan buscar un desenvolvimiento ordenado de

los acuerdos, y evitar en lo posible costos adicionales y controversias estériles que repercutan en la debilidad de los contratos.

El fin que se pretende alcanzar con el presente estudio se circunscribe a explicar el contrato a la luz de los costos que lleva aparejado, hacer el análisis desde un punto de vista jurídico- económico; en principio se requerirá el estudio microanalítico de la institución y llevarlo finalmente a sus repercusiones generales en la economía y en el sistema jurídico de una sociedad.

Las líneas generales en torno a las hipótesis contenidas en esta investigación se encuadran en la optimización del contrato en cuanto a sus fines a través de un análisis jurídico y micro-económico del acuerdo; asimismo la búsqueda de aseguramiento del contrato mediante la elaboración de un acuerdo lo suficientemente amplio en la cobertura de futuras eventualidades; se estima que la ejecución efectiva del acuerdo asegura la consecución de sus fines jurídicos y económicos, así como fortalecen el sistema normativo y el orden económico de una sociedad; para la optimización de los acuerdos se debe realizar una análisis de sus costos.

1.3.3.- Fines Económicos del Contrato.

El contrato contiene evidentemente sus fines económicos, en efecto el contrato es un negocio jurídico de carácter patrimonial; por tal, no pueden soslayarse sus características económicas.

El contrato implica en la generalidad de los casos una función económica, la cual va vinculado a sus finalidades, el contrato es considerado como instrumento básico de la economía.

Para algunos autores (Saleilles, Levy-Ullman, Gaudemet) la realidad del contrato se circunscribe en la relación de patrimonios.¹¹

El contenido del patrimonio implica su posibilidad y representatividad pecuniaria y alcance valorativo; sin embargo, debemos dilucidar si siempre el objeto del acuerdo puede considerarse de contenido pecuniario, pareciera ser que tomando una postura extremista; así lo pudiéramos considerar.

“La prestación que forma el objeto de la obligación debe ser susceptible en sí misma de aceptación pecuniaria y, además, debe representar para el acreedor alguna ventaja apreciable en dinero”.¹²

Sin embargo, bien se puede considerar que en algunas obligaciones no obstante la apreciación pecuniaria derivada de la misma, esta pudiera tener otra naturaleza, que sería su misma naturaleza obligacional básicamente, es decir, su importancia radica en el compromiso adquirido.

No toda obligación debe tener un valor patrimonial, la promesa debe tener un interés para aquel a quien se hace aunque este interés no debe ser de naturaleza patrimonial, Jhering, en apoyo a su tesis cita numerosos ejemplos entre los cuales escogeremos de sí una señora enferma a quien

¹¹ Citado por Borja Soriano, Manuel, op. cit. p.74

¹² R. Von Ihering, Del Interés en los Contratos. Biblioteca Omeba, Argentina s.n.e. v. p.10 y 11

molesta la música, da en arrendamiento unas piezas de su casa a una persona imponiendo la restricción de que no tocará música. Una persona que desea divertirse contrata a unos músicos para que toquen en el .¹³

Los anteriores lo podríamos asimilar como sé vera más adelante, en torno a los costos de la contratación, que si bien se pueden considerar como de interés económico, se les puede al fin percibir como oportunidades sacrificadas en la toma de decisiones, y no necesariamente valorables directamente en dinero; más, sin embargo, pudieran finalmente estimarse en dinero. No obstante el tipo de contratación a las cuales hace referencia el autor pueden considerarse de excepción y así completar los matices de contratación que se pueden hallar en el mundo del Derecho.

1.1.5.- Costos de Transacción.

Veamos ahora como se han manejado los diversos términos y el alcance de los mismos en lo que sé refiere a la teoría de los costos de transacción. Para tal fin nos referiremos a autores relevantes en estos temas como lo son Richard A. Posner, Oliver E. Williamson, Douglas C. North y Jerome Frank, entre otros.

“En principio se conciben a los costos de la transacción como los costos de la administración de un sistema económico”.¹⁴

¹³ Cf. Ihering, op. cit. p. 12 y 13

¹⁴ V. Williamson, Oliver, op. cit. p. 29

Albert Calsamiglia denomina Costos de Transacción como los de identificación de las partes, los de reunión, lo del proceso de negociación y los de puesta en práctica de la estrategia decidida.¹⁵

Para Williamson ocurre una transacción cuando se transfiere un bien o un servicio a través de una interfase tecnológicamente separable”.¹⁶

En la obra Instituciones, cambio institucional y desempeño económico, los costos de transacción se identifican en lo que North llama costos de la negociación “que se componen de los costos de medir los atributos valiosos de lo que esta intercambiando y los costos de proteger y de hacer cumplir compulsivamente los acuerdos, estas mediciones y esta compulsión tienen costos que son fuentes de instituciones sociales, políticas y económicas”.¹⁷

Posner refiere que en materia de costos, los vendedores buscan maximizar la diferencia entre sus costos y sus ingresos por ventajas, subraya que importa el precio más bajo que un vendedor racional y con interés podría cobrar, ese mínimo es el precio que los recursos consumidos en hacer (y vender) el producto del vendedor impondrían en su siguiente precio, precio alternativo, por lo cual un vendedor racional no vendería por debajo del costo.

¹⁵ V. Calsamiglia, Albert, Racionalidad y Eficiencia del Derecho, Edit. Fontamara. México 1997, p. 46

¹⁶ V. Williamson, Oliver, op. cit. p.15

¹⁷ Douglas C. North, Instituciones. Cambio Institucional y Desempeño Económico F.C.E. , 1era. Reimpresión, México 1995, p.34

Posner señala como coste alternativo un costo contraído sólo cuando a alguien se le niega el uso de un recurso “Desde que puedo respirar tanto aire como deseo sin quitarlo a alguien del aire que desea, nadie me pagara por darle el mío, por lo tanto, el aire no tiene costo, el costo para el economista es el costo de la oportunidad” el beneficio anticipado de emplear un recurso en una manera que niega su uso a alguien más”.¹⁸

Como podemos comprender estos tipos de análisis transportándolos a la transacción contractual imponen la necesidad de establecer la mejor contratación posible o la más eficiente,

Posner ejemplifica “supongamos que el trabajo, el capital y los costos de los materiales de un barril de petróleo totalizaran \$2 pero debido a que el precio de bajo costo se esta agotando rápidamente, un barril de petróleo costará en diez años \$20 el productor que guardara su petróleo por ese período lo venderá entonces a \$20, esos \$20 son un costo de oportunidad para vender el petróleo, ahora; debido a que si el productor espera vender su petróleo, el perderá el interés que habría ganado al vender ahora las ganancias”.¹⁹

“El economista distingue entre transacciones que afectan el uso de los recursos, ya sea que el dinero cambie o no de manos, y exclusivamente transacciones monetarias, pagos de transferencia”²⁰

¹⁸ Posner A. Richard, *Economic Analysis of Law*. Brown and Company, U.S.A. 1992, p.7

¹⁹ Idem.

²⁰ Posner, A. Richard, op. cit P. 7

“La distinción entre costos de oportunidad y pagos de transferencia, o en Otras palabras, entre costos económicos y costos de contabilidad, muestra que el costo para un economista es un concepto anticipado”.²¹

Con lo anterior creemos que se vincula fuertemente con el análisis de imprevisión, es decir. Tener en cuenta el costo anticipado indica prever las contingencias de forma anticipada que redundarían en los costos del bien., así mismo el abogado debe anticiparse a las circunstancias que pudieran afectar al contrato.

Finalmente para Posner el costo de transacción se identifica como costo de una negociación entendida esta como cualquier acto que tenga repercusión patrimonial. Este costo se encuentra relacionado con la confiabilidad, si la hay esta es un costo bajo, pero cuando no la haya habrá un alto costo de producción, de esta forma el costo de la transacción resulta prohibitivo cuando son tan altos que impide la negociación.

Podemos mencionar como el análisis de la transacción crea una importante herramienta para el instituto contractual toda vez que aquella ayudaría a formalizar y perfeccionar la estructura del contrato, para hacerlo suficientemente sólido y con los mecanismos de prevención que coadyuven a la efectiva ejecución y realización de las obligaciones creadas por el acuerdo. Siendo los costos conceptos de anticipación, de esta forma se podrían anticipar situaciones inesperadas o por lo menos cubrir gran parte de hechos sorpresivos.

²¹ Idem.

Es indudable que la transacción en si misma incurre en determinados costos así se deberá buscar las estructuras contractuales necesarias para evitar mayores negociaciones y llegar a la eficiencia. Coase afirmaba que cuando negociar no cuenta prevalece la solución competitiva eficiente de la economía neoclásica.

“Esto sucede así por que la estructura competitiva de los mercados eficientes hace que las partes lleguen sin ningún costo a la solución que maximiza el ingreso agregado independientemente de los acuerdos institucionales iniciales”²²

Trasladando estas ideas al instituto contractual podemos manifestar que en una contratación se puedan formalizar sus costos tanto de preparación así como de ejecución, con la premisa de que sus circunstancias queden o prevalezcan estables, es decir, en un símil a “0” se puede prever el efectivo cumplimiento del contrato y por ende su eficiencia y maximización, sin embargo, la realidad puede implicar cambios substanciales en los términos y condiciones originales de contratación y por ende repercutir en mayores costos, y con esto irremediablemente caemos en la teoría de la imprevisión, en el sentido de cambio de circunstancias en la contratación.

²² Douglas C. North, op. cit. p. 28

Para Douglas C. North los costos de negociación, se componen de los costos de medir los atributos valiosos de lo que esta intercambiado y los costos de proteger y de hacer cumplir compulsivamente los acuerdos.²³

Ahora bien se deben distinguir entre los costos de negociación y los costos totales de producción.

“Los costos totales de producción consisten en las entradas de recursos de tierra, trabajo y capital que participan tanto en transformar los atributos físicos de un bien (tamaño, color, peso, ubicación, composición química etc.), como en los de negociación, definición, protección y cumplimiento forzado de los derechos de propiedad hacia las mercancías (el derecho a usar, el derecho de sacar provecho o ingreso del uso, el derecho de excluir, y el derecho a cambiar.”²⁴

Finalmente podemos sentar como base que por mínimo que sea, en un contrato siempre existirá un costo en su transacción, así como la ventaja de analizar estos costos implica la elección de opciones que maximicen los valores representados por el contrato.

²³ V. Douglas C. North, op. cit. P. 43

²⁴ Idem.

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO Y SU TEORÍA GENERAL.

SUMARIO: 2.1. Derecho y Contrato, 2.1.1.- Marco teórico, 2.1.2.- Contrato como norma, 2.1.3.- Libertad en el contrato y Dirigismo contractual, 2.2.- Elementos del contrato, 2.2.1.- Naturaleza jurídica, 2.2.2.- Consentimiento, 2.2.3.- Objeto, 2.2.4.- Solemnidad, 2.2.5.- Validez y Eficacia, 2.2.6.- Voluntad y Consentimiento, 2.2.7.- Capacidad., 2.2.8.- Objeto lícito, 2.2.9.- Forma, 2.3.- Interpretación de los Contratos, 2.3.1.- Interpretación Jurídica, 2.3.2.- Interpretación en Relación a los Costos, 2.4.- Clasificación de los Contratos, 2.4.1.- Generalidades, 2.4.2.- Unilaterales y Bilaterales, 2.4.3.- Onerosos y Gratuitos, 2.4.4.- Conmutativos y Aleatorios, 2.4.5.- Formales y no formales, 2.4.6.- Consensuales y Reales. 2.4.7.- Nominados e Innominados, 2.4.8.- Ejecución Inmediata, Diferida, Instantánea, Continuada., 2.5.- Efectos del contrato., 2.5.1.- Fuerza obligatoria., 2.5.2.- Perfección del contrato, 2.5.3.- Imprevisión.

2.1.- DERECHO Y CONTRATO.

2.1.1. Marco Teórico .

Bien sabemos la importancia del contrato en todo orden jurídico, es imposible hacer referencia de una teoría general del Derecho sin hacer uso del término contrato como un concepto fundamental; una explicación que

tendiera al análisis del Derecho se vería incompleta sin el estudio del contrato.

El contrato como acuerdo de voluntades se erige como el mecanismo eficiente que crea las obligaciones, y por tal es el instrumento indispensable en cualquier acto jurídico plurilateral.

“Todas las relaciones pecuniarias que existen entre los hombres son relaciones de obligaciones”.²⁵

La importancia práctica del contrato se hace evidente en la vida diaria y a cada momento se crean y se efectúan acuerdos.

Desde los albores de la humanidad hasta el momento actual, el contrato se ha manifestado y se ha tornado indispensable en el desarrollo histórico, jurídico y económico de cada sociedad, mienten aquellas voces que pregonan la supuesta desaparición del contrato.

El contrato es la fuente ordinaria o normal de las obligaciones (sacrilles), que no esta limitada a los bienes, sino que se extiende a las personas y a la familia, pues en el orden extrapatrimonial el matrimonio y la adopción son también contratos (josserand).²⁶

El Derecho como sea que se quiera entender, como un conjunto de normas, como un hecho social, contiene en sus instituciones figuras que siguen la Teoría General del Contrato.

²⁵ Mazeaud, Henry y León, Lecciones de Derecho Privado, trad. Alcalá Zamora y Castillo p.7

²⁶ Citado por Sánchez Medal, Ramón, Contratos, 4ta. Edic., Edit. Porrúa, Méx. 1978 p.3

2.1.2.- Contrato como Norma.

El contrato se ha entendido como un mecanismo creador del derecho de regulación de las conductas de las partes que intervienen en él.

“La transacción legal es un acto creador del derecho... La finalidad que con la transacción jurídica se persigue es crear una determinada norma secundaria”.²⁷

Resulta interesante el manejo del contrato como una transacción legal de acuerdo a la terminología de Kelsen, en efecto el contrato es una negociación jurídica.

El sistema de mandos o normas, como se puede entender al derecho contiene a su vez un sistema de autocreación del sistema jurídico, es aquí donde adquiere importancia y relevancia la actuación del contrato.

“La escuela clásica dice que el contrato es sólo un caso de aplicación del derecho de mera ejecución de normas; por el contrario Kelsen sostiene que el contrato es algo más, un método de creación de normas individualizadas, y excepcionalmente también de normas generales, método que encaja perfectamente en el proceso general de creación jurídica.”²⁸

El contrato lo podemos ubicar dentro de la parte dinámica del Derecho, al contrato en si mismo considerado como un fenómeno social constante, y desde luego la teoría general del contrato, y las normas que lo regulan dentro de una situación estática del Derecho.

La vinculación entre el derecho y el contrato se asume como una relación de un todo y una parte esencial del mismo; el todo representado por

²⁷ Kelsen Hans, op.cit. p.162

²⁸ Rojina Villejas, Rafael, Derecho Civil T I p. XXI . Edit. Porrúa. México D.F. 1983

un orden social, por un sistema de normas, de necesidades dadas y reconocidas, por otro lado, el mecanismo de autorregulación de conductas sociales representado por el contrato.

Contrato y Derecho son términos afines y concomitantes, que buscan ante todo mantener el orden jurídico, el orden social en armonía con los fines supremos del Derecho.

Todo derecho tiene un sustrato o basamento consistente en valores morales y éticos que lo guían, no hacemos referencia a la óptica positivista de una teoría pura; sino a una perspectiva del derecho que pretende abarcar sus principios generales originales y sus fines últimos, el Derecho se justifica por el grado de justicia que se pueda percibir en sus normas; podemos también decir que el contrato cumple sus fines de acuerdo al nivel de equidad que puede alcanzar.

El contrato visto como norma jurídica abarcaría inclusive un concepto de soberanía, pero ¿Cómo se adaptaría?, en principio la norma jurídica es una especie de mando o mandato, de acuerdo como lo entiende Jhon Austin.

“Toda norma jurídica (law) es un mandato o mejor, las normas son propiamente hablando especies de mandatos”²⁹

La norma se concibe como una orden específica sobre la conducta de los seres humanos, pero ¿como o por que se vuelve obligatoria?, la

²⁹ Citado por Tamayo y Salmoran, Rolando, El Derecho y la Ciencia del Derecho, 1era. edic. UNAM. Mex. 1984, p. 37

respuesta se inclina en el sentido de su fuente, es decir una instancia soberana.

“Toda norma jurídica positiva o toda norma estrictamente así llamada es un mandato directo o indirecto del soberano, emitiéndola en su carácter de superior político”.³⁰

En el anterior sentido Hart se expresa sobre el soberano como “aquella persona o personas cuyas ordenes generales constituyen, según esta concepción el Derecho de cualquier sociedad”.³¹

El contrato puede alcanzar determinación de norma jurídica en el sentido de un mando autónomo, o mejor estructurado y creado en un proceso de autonomía de las partes, en donde la voluntad de las personas es libre y autónoma, es decir, con la facultad de autoregular sus propias conductas, la autonomía de la voluntad significaría en este sentido y sólo en este sentido la soberanía de la voluntad de regular la conducta humana a través de los acuerdos.

El contrato conforma al orden jurídico y a su conjunto de normas de carácter obligatorio.

2.1.3. Libertad en el Contrato y Dirigismo Contractual

Ya el ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha manifestaba que la libertad era el don más preciado que dieron los dioses al hombre, que por ella y en ella se podía y se debía aventurar la vida.

³⁰ Citado por Tamayo y Salmoran, Rolando, op. cit. p.37

³¹ H. L. Hart. El Concepto de Derecho, Edit. Nal. 2da. Edic. Méx. 1980, p.63

La libertad en el contrato es un elemento básico para que las personas acuerden sólo a través de un ambiente de libre toma de decisiones, los individuos pueden adoptar alguna posición a fin de lograr alguna convención.

La fuerza del contrato o el trato desigual hieren la naturaleza del contrato como acuerdo libre, por tal motivo desde el siglo XVIII, la voluntad del hombre constituyó la suprema ley en los contratos.

La libertad contractual dentro de nuestro sistema se encuentra tanto en la forma como en el fondo.

“Hay libertad contractual en cuanto a la forma (1832 y 2014 c.c.v.) por que gracias a la influencia del derecho canónico que superó el formalismo del derecho romano, hoy día existe la regla general de la consensualidad o ausencia de forma obligatorias en la formación de los contratos... hay así mismo libertad contractual en cuanto al fondo. por que pueden insertarse en los contratos las cláusulas y condiciones que las partes libremente convengan” ³²

³² Sánchez Meda, Ramón, op.cit. p.12

Con las nuevas tendencias en el campo de la contratación en relación a considerar al contrato como un marco dentro del cual se deben adaptar las circunstancias de las partes; así como la obligatoriedad de reglas, y a los llamados contratos de adhesión, o también con los contratos administrativos; en los cuales la dirección del contrato se encuentra encauzado por reglas de orden público; pareciera ser que la libertad contractual comienza a ubicar sus limitaciones en estos criterios.

Lo anterior conforma el llamado dirigismo contractual, que no es más que un achicamiento de la libertad contractual de las partes, es decir hasta que punto se puede llamar una libertad contractual, si las reglas jurídicas limitan cada vez más su alcance, en aras de una protección del orden público, ¿será verdad que el contrato privado se encuentra en crisis?, que acaso, más bien el acuerdo de voluntades entre los particulares deba ser analizado con nuevas y mejores herramientas, las cuales busquen dar eficiencia al instituto contractual.

De antemano afirmamos que el contrato no se encuentra en crisis, nunca lo ha estado; ni lo estará, es una figura imprescindible en la vida del hombre y por tal motivo es impensable conservar un orden social y normativo sin utilizar el contrato.

Sin temor a equivocarnos el acuerdo de voluntades se erige hoy por hoy como el instrumento básico de las sociedades, en sus sistemas normativos y económicos.

2.2. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

2.2.1. Naturaleza Jurídica.

La naturaleza jurídica del contrato se encuadra en ser un acto jurídico o negocio jurídico, es decir, aquella manifestación de voluntad tendiente a producir consecuencias jurídicas que el propio orden normativo le atribuye.

En el anterior sentido el contrato, es un acto jurídico bilateral, es decir, que para su formación se requiere de dos o más voluntades; o también en otro punto de vista se le ha llamado un negocio jurídico de carácter patrimonial. El ser un acto jurídico, es entonces la esencia del contrato.

La teoría de los actos jurídicos deviene de vital importancia en toda la teoría jurídica, el acto jurídico es la situación que rige las conductas de los individuos. sin temor a equivocarnos, la mayoría de las instituciones jurídicas en cualquier materia pueden ser reducidas a un acto jurídico o en un hecho jurídico.

El contrato como acto o como negocio jurídico dependiendo de la perspectiva que se quiera manejar, ya sea dentro de una teoría francesa o dentro de una teoría alemana, el contrato tiene sus propios elementos que lo forman. A saber, elementos que harán posible su existencia y elementos que hacen posible su validez.

Es de explorado derecho los elementos que se requieren para la conformación y existencia del contrato, a saber un consentimiento y un objeto posible. La doctrina mexicana maneja estos elementos; por otra parte el Código Civil Vigente también los contempla en su artículo 1794.

Art.1794, c.c.v.- Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento

II.- Objeto que pueda ser materia del.

Doctrinalmente se maneja un elemento adicional de existencia, esto es la solemnidad, como el elemento más elevado de la forma.

En efecto, para la existencia del contrato requerimos de la formación del consentimiento; el cual representa un elemento constituido por dos voluntades cuando menos.

“Es un acuerdo de voluntades: dos quererres que se reúnen y constituyen una voluntad común”.³³

2.2.2.- Consentimiento.

El consentimiento implica una situación bipolar, una composición de voluntades, deben concurrir cuando menos dos elementos de voluntad.

El consentimiento se entiende como aquel acuerdo de voluntades que crean, modifican, transfieren o extinguen derechos y obligaciones, así las cosas, el consentimiento (tal y como se encuentra previsto en el artículo 1803 del c.c.v.) puede ser expreso o tácito, ya sea que se manifieste verdaderamente, por escrito o por signos inequívocos; o que resulte derechos o de actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo.

³³ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, 3ª edic., Harla, México 1984, p.55

Al decir de Messineo la voluntad puede ser manifestada o declarada, si importa cualquier conducta que exteriorice la voluntad, la primera, o en tanto que se exterioricen con signos del lenguaje o con palabras la segunda.

En principio sabemos que el contrato se forma al momento en que se forma el consentimiento, pero en la formación del consentimiento tenemos que seguir y observar determinadas reglas, a saber, ya sea que las partes se encuentren presentes ó que no se encuentren presentes, y si se estableció o no un plazo.

Así las cosas si se establece un plazo, el oferente queda obligado en los términos de su oferta hasta la expiración del plazo (art. 1804 c.c.v.), por otro lado si no existe plazo, el oferente queda desligado de su oferta sino se realiza la aceptación de forma inmediata en tratándose de personas presentes (art. 1805 c.c.v.). Por el contrario si no se fija plazo, manifestándose una oferta entre personas que no se encuentren presentes, el autor de ésta queda ligada durante tres días, además del tiempo necesario de la ida y vuelta del correo público o del que se juzgue bastante atendiendo las dificultades de las comunicaciones (art.1806 c.c.v.).

Como lo habíamos mencionado anteriormente, el contrato se forma cuando se forma el consentimiento, pero el problema puede surgir al establecer en que momento se forma; el artículo 1807 c.c.v. adoptando el sistema de la recepción, establece que el contrato se forma cuando el proponente recibe la aceptación.

Nuestro ordenamiento civil redondea las ideas y reglas anteriores previniendo que la aceptación deberá darse de forma lisa y llana, pues si no

se realiza así, e importa alguna modificación, se considera ésta, como una nueva oferta.

Por otra parte, para el caso de las personas encontrándose en la situación de no presentes, y el aceptante y oferente quisieran retractarse de su respectiva oferta o aceptación, deberá hacer saber la retractación antes que la propia oferta o aceptación (art. 1808).

De esta forma esquemática hemos tratado de presentar las reglas de formación del consentimiento plasmados en la doctrina y en nuestro Código Civil, tomando en cuenta el consentimiento como elemento de existencia.

El consentimiento implica entonces la formación del contrato mismo, y por ende el comienzo de los efectos del acuerdo; lo interesante ahora sería poder establecer los costos que pueden abarcar esta elaboración. Resulta evidente que en tanto se logra la aceptación de las partes en cuanto a los lineamientos del acuerdo, este proceso abarca toda una serie de actuaciones tendientes a formarlo, y a la vez lograr las mejores determinaciones en cuanto al clausulado que pudieran abarcar.

La situación que afrontan y confrontan las partes en estos términos bien las podemos señalar como la negociación del acuerdo, término éste que connota toda una serie de intereses económicos y no sólo jurídicos.

Siendo que el consentimiento se conforma de voluntades, estas representan los intereses de las partes; es decir, lo que quiere cada individuo en la búsqueda del acuerdo, la formación del consentimiento importa una situación compleja para las partes; cuando menos en el aspecto interno de las personas se elaborarán y funcionarán los mecanismos racionales sobre la

conveniencia de los objetivos en el contrato, y es donde la teoría jurídica calla; toda vez que se circunscribe sólo a referencias insertas en las normas de derecho. No obstante, para la comprensión real del acuerdo resultaría necesario el análisis de las formas de negociación tendientes a todo el acuerdo.

Bien sabemos que los negocios previos a la formación del contrato podrán ser o muy complejos y complicados, o por otra parte no importar dificultad alguna.

Se debe tomar en cuenta que en la generalidad de los casos, será cuando el objeto del contrato importe un bien o riqueza considerable, cuando la transacción se torne más compleja, por otro lado en tanto que importen bienes de poco monto, las transacciones no deberán ser complicadas.

2.2.3.- Objeto

Como segundo elemento de existencia se enuncia el objeto posible. En efecto, para la existencia del contrato se requiere además del consentimiento, la existencia de un objeto que permita su determinación real, de acuerdo a los caracteres que presente.

El concepto de contrato se encuentra íntimamente ligado al concepto de obligación, en efecto, el contrato como fuente principal de las obligaciones representa el conducto idóneo para la representación de las obligaciones; en este sentido el contrato conlleva necesariamente a una conducta obligada para una de las partes o para ambas.

La realización y efectiva ejecución de la conducta obligada equivalen a su vez al cumplimiento del contrato, y a satisfacción de las metas de cada parte.

“Se llama objeto de la obligación lo que pueda exigir el acreedor al deudor, este objeto puede ser un hecho positivo, como la ejecución de un trabajo o la entrega de dinero; se le llama entonces prestación, puede ser también un hecho negativo, es decir, una abstención.”³⁴

El término objeto adquiere diversos significados en el ambiente jurídico del contrato, así se puede hablar del objeto del contrato, objeto de la obligación objeto de las obligaciones de dar. Cuando nos enfrentamos a la palabra objeto, en la generalidad de ocasiones la primera idea que nos formamos será identificar al objeto con una cosa material, sin embargo, como veremos ahora, la palabra alcanza distintas connotaciones respecto a la materia jurídica.

“El vocablo objeto tiene tres significados a propósito de la materia contractual.

1.- Objeto directo del contrato, que es el crear y transmitir derechos y obligaciones, A este se refiere el artículo 1793 c.c.v..

³⁴ Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones. op. cit. p. 139

2.- Objeto indirecto es la conducta que debe cumplir el deudor, conducta que puede ser de tres maneras A). de dar, b) de hacer, y c). de no hacer. A este objeto se refiere el art. 1824c.c.v.”.³⁵

Si hablamos del objeto del contrato, bastara con acudir al concepto del mismo y extraer su alcance, entonces señalaremos como objeto del contrato la creación y transmisión de derechos y obligaciones. (art. 1793 c.c.v.). Esto seria el objeto del contrato en un primer plano, y siguiendo a otro nivel, señalaríamos el contenido del art. 1824 c.c.v. a saber:

I.- La cosa que el obligado debe dar.

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

“¿Que debemos entender por objeto del contrato? Su objeto directo es la creación o transmisión de obligaciones o derechos y el objeto de las obligaciones es una prestación positiva o negativa: La dación de una cosa, el hecho que debe ejecutar, el deudor o la abstención a que esta sometido. El objeto de la obligación se considera también como el objeto indirecto del contrato”³⁶

Lo anterior se refiere a las diversas prestaciones que abarca una obligación por lo que esta se asimila al objeto de la obligación. Por otra parte, el objeto de la obligación, siguiendo la metodología aplicada arriba, esto es, la de extraer su significación del propio concepto de obligación,

³⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 5a. edic., Edit. Cajica, México 1978, p.228

³⁶ Borja Soriano, Manuel, op. cit. p.139

resultaría como aquélla prestación o abstención de carácter patrimonial, ya sea de dar, hacer o no hacer.

El concepto antiguo de obligación se entendía como “*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*”.³⁷

Como sabemos el concepto moderno de obligación se entiende como aquel vínculo jurídico que se establece entre dos o más personas en virtud del cual, una de estas llamadas acreedor puede exigir de otra llamada deudor una prestación o una abstención de carácter patrimonial que puede consistir en un dar, hacer o no hacer.

Entonces entendemos como objeto de la obligación, la prestación o abstención de carácter patrimonial que consiste en un dar, hacer o no hacer.

Al determinarse que la prestación o abstención tiene un carácter patrimonial, el mismo se ubica de manera cercana al ámbito económico, toda vez que al hacer mención del término patrimonio ineludiblemente tenemos que fomarmos la idea estructural de la economía. Bien sabemos que el patrimonio se define como aquellos bienes derechos y obligaciones susceptibles de valoración pecuniaria, y por tal motivo este término resulta ser asimilable a las cuestiones económicas.

³⁷ López De Haro, Carlos, Reglas, Aforismos y Principios de Derecho. Edit. Reus, Madrid 1951, p. 228.

Sánchez Medal citando a Cuna Concalves manifiesta una terminología del objeto denominándolo objeto cosa, o de objeto hecho, con relación al contenido del contrato. Así las cosas, el objeto de la obligación se relaciona y participa en el objeto del contrato. En efecto siendo el objeto del contrato la creación o transmisión de derechos y obligaciones, así mismo implica dentro de su objeto una prestación o abstención de carácter patrimonial y finalmente el objeto de las obligaciones de dar, el cual, conforme al art. 2011 c.c.v la prestación de cosa puede consistir:

I.- En la traslación de dominio de cosa cierta.

II.- En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta.

III.- En la restitución de cosa cierta y el pago de cosa debida.

En este orden de ideas el objeto de las obligaciones de dar, constituye la cosa material misma.

Por otra parte debemos señalar que el objeto debe tener las características de ser posible, marcándose tanto una posibilidad física, como una posibilidad jurídica, en este sentido se ubicará, ya sea que el objeto se trate de un dar o de un hacer, o de un no hacer, es decir, si la prestación se trata de una cosa a o de una conducta.

Si hablamos de la prestación de dar, sobre la posibilidad física del bien, esta debe existir en la naturaleza y respecto de su posibilidad jurídica esta debe ser determinada o determinable y debe estar en el comercio (art. 1825 c.c.v.).

Por lo que toca a las prestaciones de hacer o no hacer, estas también deben contener las características de su posibilidad, así como de su licitud. La posibilidad de las prestaciones implica que deberán realizarse acorde a las leyes de la naturaleza o a las normas jurídicas que necesariamente deben regirlo. (art.1828 c.c.v.).

“Son físicamente imposibles las cosas que no existen y no pueden existir en la naturaleza y son legal o jurídicamente imposibles las que no son determinadas o determinables en cuanto a su especie, y los que están fuera del comercio”³⁸

Resulta necesario hacer notar que el carácter patrimonial de la obligación no implica necesariamente su reducción a un carácter pecuniario, sino que implicaría en todo caso algún costo específico, de esta manera pensamos que esta característica se explica mejor con el término costo que con su concepción pecuniaria.

2.2.4 Solemnidad

Podemos enunciar a la solemnidad como una especie de forma elevada al grado de requisito de existencia.

“El contrato es formal o solemne, cuando la ley exige una forma determinada para la validez del acto. La ausencia de la forma prescrita trae la nulidad a) plena en los solemnes absolutos, b) efectuar en los solemnes relativos”.³⁹

³⁸ Borja Soriano, Manuel, op. cit. p.142

³⁹ López Zavallía, Fernando, Teoría de los Contratos, 3ª. Edic. Edit. Zavallía, Buenos Aires 1984, p.62

En realidad podemos comentar que nuestro sistema normativo no prevé la solemnidad como un requisito de existencia si analizamos el artículo 1794 c.c.v. encontraremos que para la existencia del contrato se requiere el consentimiento y un objeto que pueda ser materia de él; en el mismo sentido el artículo 2224 sólo prevé al consentimiento y al objeto como elemento de existencia. No obstante lo anterior debemos anotar que en diferentes artículos se hace mención del término solemnidad como en el artículo 249 y 250, pero como elemento de validez. Pero la doctrina reconoce el manejo y la distinción de los actos solemnes.

“El contrato solemne es aquél para cuya existencia misma (ya en grado de ineficacia, es el grado mayor) del contrato, requiere cierta forma, cierta solemnidad. En nuestro derecho no encontramos ningún contrato solemne en la parte contractual, encontramos uno sólo en el libro primero del código civil, el llamado Contrato de Matrimonio”.⁴⁰

“Se designa con el nombre de contratos solemnes a aquellos que la ley somete a cierta formalidad que prescribe bajo pena de inexistencia del contrato. El consentimiento de las partes es necesario para la perfección de estos contratos, como de todos los otros, pero no basta, no tiene valor alguno a los ojos de la ley si no se ha manifestado en las formas prescritas por ella.”⁴¹

Como sabemos en realidad la forma y la solemnidad es esencia del derecho en sus orígenes, básicamente dentro del derecho romano, y no era

⁴⁰ Lozano Noriega, Francisco, *Der. Civil*, Asoc. Nal. del Notariado de México, s.n.e. México 1962, p. 37

⁴¹ Borja Soriano, Manuel, *op. cit.* p. 188

para menos, si recordamos que los primeros hombres que efectuaban ciencia del derecho eran los sacerdotes romanos, investidos de solemnidades sacramentales.

“La solemnidad al igual que la forma, es una mera formalidad pero de rango tal, que si llega a faltar hace que el negocio no nazca, no exista jurídicamente.”⁴²

“Los contratos solemnes... son aquellos en que la forma se ha elevado, como dice Bonnecase por la técnica jurídica a un elemento esencial del contrato”,⁴³

Baste por ahora comentar que el efecto que se produce si falta alguno de los elementos de existencia, y que sería lógicamente la inexistencia, la cual para algunos se ha llegado a denominar la nada jurídica, por tal razón carente de cualquier efecto jurídico.

Desde 1804 el lenguaje se ha complicado aún más por la introducción de un término nuevo, el de los actos inexistentes, aplicado a los actos que no producen ningún efecto, aún antes de que se declare la nulidad; este término, que parece provenir de Zacharie, ha sido puesto de moda”.⁴⁴

De la anterior forma se expresaba Planiol sobre los actos inexistentes. No se escapa de nuestra atención que en algunos casos, si bien es cierto faltase alguno de los elementos de existencia, de todas maneras se producen

⁴² Ortiz Urquidi, Raúl, Derecho Civil 3a. edición, Edit. Porrúa México p. 279

⁴³ Rojina Villejas, Rafael, Compendio de Der. Civil. op. cit. p. 92

⁴⁴ V. Marcel Planiol, Tratado Elemental de Der. Civil, Edit. Cajica. p. 177

efectos jurídicos, los cuales se pueden justificar por un hecho o por hechos, y sostener que no existe un acto jurídico. De todas formas podemos señalar que los actos, o los hechos como quiera que se denominen; aquéllos dirigidos a la formación de un acuerdo o un acto, tendrían un costo específico, independientemente que pueda existir o no, el multicitado acto o acuerdo. Es decir, los costos son realidades palpables.

2.2.5 Elementos de Eficacia

Sabemos que los llamados elementos de validez son aquéllos por los cuales el acto comienza a tener eficacia, obligatoriedad, fuerza jurídica. En efecto, no solamente es necesario que el acto exista sino que para que tenga efectos legales reconocidos por el ordenamiento jurídico, es necesario que sea válido. Así un contrato no tendrá eficacia si no llena las condiciones de validez.

Los elementos de validez de acuerdo a la doctrina clásica atienden en primer término a una voluntad libre, esto es exenta de vicios, o mejor de toda aquella situación que impida la manifestación de una voluntad libre.

El artículo 1795 c.c.v. previene los elementos de validez.

Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado.

I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas.

II.- Por vicios del consentimiento.

III.- Por que su objeto, o motivo o fin sea ilícito.

IV.- Por que el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Podemos considerar un contrato en eficaz cuando cumple efectivamente con las finalidades buscadas por las partes, las finalidades queridas, así si el acto es invalido será por ende ineficaz.

Debe notarse que no sólo el acto invalido es ineficaz, sino también podemos sumar los casos de incumplimiento de la obligación.

El acto ineficaz implica una falta de optimización del contrato.

Solamente el acto será eficaz si cumple con todos los elementos de validez; a la vez si realmente es cumplido; en este sentido se puede hablar de eficacia real y de eficacia material del acto.

La eficacia entendida como la validez del acto jurídico, implica un tratamiento de técnica jurídica; pero como veremos más adelante, en la actualidad se manejan conjuntamente los términos de eficacia y de eficiencia del acto jurídico, así la eficiencia se vincula con los llamados costos de la transacción.

2.2.6. Consentimiento y Voluntad

Consentimiento es el acuerdo de voluntades, es una figura que se conforma cuando menos de dos voluntades.

Voluntad proviene de la voz. Voluntas - Atis, de velle, querer, por lo que bien podríamos decir que la voluntad negocial en el negocio jurídico lo conforma lo querido, lo que se quiere en el propio acto, aceptando de por si sus consecuencias jurídicas. El artículo 1795 c.c.v. previene los elementos de validez.

Es de hacer notar que en nuestro ordenamiento civil actual se refiere a los elementos de validez de forma negativa, es decir, como ausencia de vicios del consentimiento; ahora bien el vicio se define como una mala calidad, defecto o daño físico en las cosas, falta de rectitud o defecto moral en las acciones. Los vicios en la voluntad que prescribe nuestro ordenamiento civil, se encuadran en el error, dolo, mala fe, lesión y violencia, los que se encuentran previstos en el contenido del código civil vigente.

Atentos a lo anterior el efecto jurídico de la aparición de un vicio en la voluntad daría una acción coaccionada, coartada, un acto sin libertad, lo que constituiría un atentado al principio de la autonomía de la voluntad que debe preponderar en todo contrato.

“Cuando el consentimiento se ha otorgado realmente, existe la voluntad, pero esta puede encontrarse viciada. Para ser plenamente eficaz la voluntad debe ser libre y consiente.”⁴⁵

Las voluntades que conforman al consentimiento deben ser libres, es decir, no deben de adolecer de una situación que vulneren su validez, la doctrina determina a estas situaciones como vicios en el consentimiento, que se componen por el error, dolo mala fe, violencia y lesión.

“El error puede ser; a)De aritmética, ósea de cálculo...b)De hecho, este error rehace sobre hechos materiales, c)De derecho que recae sobre una regla de derecho.”⁴⁶

⁴⁵ Planiol, Marcel, op. cit. p. 155

⁴⁶ Borja Soriano, Manuel, op. cit. p.156

El error se define como la falsa concepción de la realidad, o la falta de concordancia entre la realidad, y la idea que de esta se hace el pensamiento.

“Para que el error pueda ser un vicio de la voluntad, es preciso suponer, en primer lugar, que no tiene gravedad suficiente para destruirla totalmente, es decir, que cae sobre la naturaleza del acto no sobre la identidad.”⁴⁷

La relevancia del error es tan delicada que se puede llamar vicio autónomo del cual derivan el dolo y la mala fe.

“Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplea para inducir a error o mantener en él a alguno de los contrayentes, y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contrayentes.”⁴⁸

En realidad el contrato debe de celebrarse de buena fe, entendiendo esta como la concordancia de la conducta al acto; o mejor, la dirección de la conducta de acuerdo al acto que se quiera realizar, así todo error, dolo, mala fe, serán conductas con dirección opuesta o alejada de los fines verdaderos del acto.

Por lo que se refiere a la violencia; esta se entiende como toda aquella fuerza física o moral que constriñe a un individuo a realizar determinada conducta.

⁴⁷ Marcel, Planiol, op. cit. p.156

⁴⁸ Borja Soriano, Manuel, op.cit .p.220

Nuestro actual código civil establece que: “Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, o la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o sus parientes colaterales dentro del segundo grado.” Resulta peculiar la relación de valores que maneja nuestro código, cuando hace referencia de la honra.

Finalmente se ha considerado como vicios de la voluntad la lesión; que planiol define como daño pecuniario que un acto jurídico causa a su autor.

Nuestro ordenamiento civil prevé la lesión en su artículo 17, estableciendo esta circunstancia como un vicio objetivo y subjetivo, pues atiende a la desproporción en las prestaciones así como a las características personales de una de las partes; a saber la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema pobreza; estableciendo la nulidad del acuerdo o la reducción equitativa de la obligación, más el correspondiente pago de daños y perjuicios.

2.2.7 Capacidad.

Como segundo elemento de validez encontramos la capacidad de las partes, entendiendo por capacidad aquella aptitud, o habilidad para realizar alguna tarea.

En materia jurídica, la capacidad se asimila como la aptitud para ser sujeto de derechos y Obligaciones, así como para ejercitarlos por sí mismo.

La capacidad es un atributo general de las personas así la capacidad se aplica como una regla, y la incapacidad se tiene como una excepción.

“Por otra parte se ha considerado a la capacidad, como uno de los atributos de la personalidad, y así se le designa “estado personal”, por que estas dos nociones. el estado y la capacidad, aparecen unidas al concepto de personalidad y por que, además, la capacidad de una persona depende de su estado civil”⁴⁹

Existen en la doctrina el manejo de dos especies de capacidad, la llamada capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La capacidad de goce en general es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones; en este sentido toda persona tiene esta capacidad de goce.

Por otro lado se encuentra la capacidad de ejercicio, por la que se entiende la aptitud de la persona para ejercitar por si mismo sus derechos y cumplir sus obligaciones.

“La capacidad de hecho, de obrar o de ejercicio, es la genérica aptitud para actuar por sí”⁵⁰

Por lo que hace a la incapacidad, nuestro ordenamiento jurídico privado distingue la incapacidad natural de la legal en su artículo 450.

Art. 450.- Tienen incapacidad natural y legal;

I.- Los menores de edad.

II.- Los mayores de edad disminuidos a perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos, y aquéllos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de

⁴⁹ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit. p. 388

⁵⁰ López De Zavalía, Fernando J., op. cit. p.43

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 alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.”

“El derecho presume que el menor no tiene el necesario discernimiento para decidir, por propia voluntad la realización de actos jurídicos, es jurídicamente incapaz”.⁵¹

La capacidad de ejercicio se adquiere a la mayoría de edad, que el código señala como a los dieciocho años (art. 646 c.c.v.), y que esta puede variar de acuerdo a los diversos códigos de nuestro país.

“La capacidad sólo es un elemento que se requiere para que el contrato sea valido. Por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del contrato o del acto jurídico en general”.⁵²

Ahora bien, unida a la noción de capacidad, se encuentra la noción de representación; es decir la realización de actos jurídicos a nombre o por cuenta de otra persona.

Planiol establece que frecuentemente un acto jurídico es realizado por una persona distinta al interesado, suscitándose en las siguientes situaciones: 1.- Cuando el interesado esta imposibilitado para actuar

⁵¹ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit. p. 394

⁵² Rojina Villegas, Rafael, op. citl. p. 127

personalmente en el lugar donde deba realizarse el acto, ya sea por encontrarse de viaje, enfermo preso, 2.- Cuando el interesado esta imposibilitado para comprender el acto que realiza, trátese en estos casos de los menores, locos o ancianos, cuyas facultades se han debilitado.⁵³

En efecto siempre que se trate de un caso de incapacidad se requerirá un representante para el mismo.

2.2.8 Objeto Lícito ,

Otro elemento de validez lo determina la licitud en el objeto, es decir, la concordancia con el orden jurídico establecido, con lo que en primera instancia debe considerarse justo.

“Cuando el sujeto crea un contrato, una declaración unilateral de voluntad, o cualquier otro acto jurídico que se oponga a lo prescrito por la norma general obligatoria, dicho acto no surtirá efecto alguno porque nunca podría prevalecer sobre el mandato de la ley.”⁵⁴

El hecho ilícito se considera en la materia penal como un delito. Para nuestro código civil el hecho ilícito será aquella conducta contraria a las leyes del orden público y a las buenas costumbres, tal como lo marca el artículo 1831.

Para el maestro Ignacio Burgoa, el orden público deberá ser entendido como el arreglo, sistematización o composición de la vida social con vista a la determinada finalidad de satisfacer una necesidad colectiva, a

⁵³ Cfr. Planiol, op. cit. p.163

⁵⁴ Borja Soriano, Manuel, op. cit. p.117

procurar un bienestar público o de impedir un mal al conglomerado humano.⁵⁵

Con base en lo anterior podemos decir que las normas que procuren alcanzar las finalidades expuestas arriba, se pueden calificar como normas de orden público.

Un acto ilícito tendera entonces a un desorden jurídico, la conducta que propicie un desorden, o busque cuando menos violentar el orden jurídico, será una conducta no debida, y por ende, sancionable en algún sentido.

Resulta importante saber distinguir entre normas de orden público y de orden privado, en efecto, el orden público de acuerdo al manejo que encontramos en el autor Ignacio Burgoa se define como aquella norma cuyos motivos determinantes, o finalidades directas e inmediatas que persigan propendan a satisfacer una necesidad social a evitar un mal colectivo o a procurar un bienestar al pueblo.⁵⁶

Por otra parte el orden publico lleva implícito evidentemente una utilidad pública, por tal razón y utilizando la terminología sobre derecho publico y derecho privado que para algunos autores se encuentran superadas, sin embargo creemos que estas ayudan a explicar de manera gráfica el alcance del concepto de orden público.

Las normas de Derecho Público llevan de esencia la característica de orden público, sin embargo, algunas normas de Derecho privado también

⁵⁵ Cf. Burgoa Orihuela Ignacio, Amparo, 24 edic. Edit. Porrúa. México 1988, p.733

⁵⁶ Ibidem, p.741

pueden estar encuadradas dentro de las finalidades del orden público, veamos entonces que para poder expropiar una propiedad, esta deberá realizarse por causa de utilidad pública y mediante indemnización, de acuerdo al artículo 27 constitucional, acorde con lo anterior se encuentra el artículo 831 del c.c.v y el artículo 836 que si los interpretamos nos darían las bases para definir que es el orden público y que se puede establecer como: Todo acto que tenga como finalidad prevenir o remediar una calamidad pública, para salvar de un riesgo inminente una población o para ejecutar obras de evidente beneficio colectivo.

En este punto podemos aludir a los llamados costos sociales que pudieran acontecer cuando se realiza un acto contrario a las leyes de orden público, sin embargo la determinabilidad de estos costos realmente resultan difíciles si no es que imposibles por lo que baste por ahora su mención como anotación al margen.

La cuestión de las buenas costumbres radica en un tema que puede ser subjetivo para determinadas personas y épocas, en realidad es un término poco preciso.

“Un acto en contra de una prohibición de la ley es un acto ilícito, toda prohibición tiene carácter excepcional, en cuanto deroga singularmente el principio de eficacia de toda declaración de voluntad, que sea manifestada ordenadamente y perfecta substancialmente”.⁵⁷

⁵⁷ Borja Soriano, Manuel, op. cit. p. 147

El acto ilícito se relaciona con las normas prohibitivas, esto es, un acto ilícito será aquel que contenga un acto contrario a una norma prohibitiva.

“Ordinariamente la Ley prohibitiva es impulsada por un interés general de orden público, esto es, tiene por objeto la protección del orden jurídico y asume un carácter rígido e inflexible, imponiendo la pena más grave de que puede disponer, la nulidad”.⁵⁸

El estudio de las costumbres se ubica en un plano de análisis moral, en realidad la previsión en el contenido del término buenas costumbres resulta mucho más difícil, de lo que a primera vista pudiera considerarse.

La costumbre por si sola, abarca un conjunto de conductas reiteradas, aceptadas y reconocidas por la sociedad y por el orden normativo como obligatorias. No obstante lo anterior, ¿en que podemos hacer girar la bondad de las buenas costumbres?; pareciera ser que lo bueno como valor escapa realmente a una definición exacta y nos lleva a una análisis que pudiera rayar si se quiere, en lo sentimental y que toca los terrenos subjetivos y circunstanciales del hecho y situación concreta, más que en establecer parámetros precisos; pues en todo caso, si se llegasen a encontrar, ¿quien será el facultado para calificar las costumbres de un pueblo o colectividad?.

“La Ley niega su protección al contrato cuyo objeto tienen un contenido inmoral, Esta norma, que puede decirse existe en todos los

⁵⁸ Idem.p.151

códigos de los países civilizados, esta inspirado en un sentido profundo de respeto a la conciencia de la sociedad”.⁵⁹

El código civil prescribe en su artículo 1831.

Artículo 1831: El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes del orden público ni a las buenas costumbres. Con el anterior artículo se hace referencia a las circunstancias psicológicas internas de un individuo que lo lleve a realizar una determinada conducta o hecho.

En este artículo se establece el fin o motivo determinante como un elemento de validez; Borja Soriano citando a Duguit anota que la declaración de voluntad (que es el acto jurídico) esta forzosamente, como todo acto de voluntad, determinado por un motivo y ese motivo determinante debe tener necesariamente consecuencias sobre el valor y sobre los efectos de esta declaración.⁶⁰

Consideramos la dificultad realmente inmensa para la determinación veraz de este sentido de conducta. El código expone algunas formas que pretenden alcanzar el reconocimiento de los fines de las personas, atendiendo a los hechos concretos que fueron manifestados en el acto.

“Si por causa se entiende el motivo determinante de un acto de voluntad, hay una causa que tiene una importancia de orden jurídico”⁶¹

⁵⁹ Borja Soriano, Manuel, op. cit. p.151

⁶⁰ Cfr. Borja Soriano, Manuel, op. cit. p. 166

⁶¹ *Ibidem*

Se asimila la causa como el motivo determinante de la voluntad, cabe hacer mención de los diferentes extremos expuestos. Así se mencionan diversas formas de causas, la causa final entendida como ^{el} por qué un contratante ha contraído una obligación, y en este sentido esta causa será un elemento intrínseco y constitutivo de la obligación; la causa impulsiva como el motivo que induce a cada una de las partes a contratar, por tal razón este elemento será extrínseco y variable en cada contrato.

2.2.9. Forma

Finalmente en relación con los elementos de validez se enumera la forma.

“Se dice de la forma de los actos; como los diferentes elementos que contribuyen a exteriorizar las manifestaciones, para hecerlos visibles y aparentes, en particular los escritos (instrumentos) destinados a constatar su existencia”.⁶²

Las formalidades en los acto jurídicos implican una especial investidura que cubre la operación jurídica. Las formas adquieren el nivel de un medio probatorio de enorme importancia.

“Las formas o formalidades son las manifestaciones extrínsecas o exteriores y las obligaciones y se dividen en formas substanciales, que constituyen un requisito esencial de la obligación y formas testificados, las cuales no son más que pruebas preconstituidas de ciertas obligaciones”.⁶³

⁶² Fuzier, Hermann, Carpentier, *Repertoire General Alphabetique Due Droit Francais*, 1895, T. 23 p.6

⁶³ Giorgi, Jorge, *Teoría de la Obligaciones*, Edit. Reus, Madrid 1930, p.134

No basta que un contrato se celebre efectivamente sino que es necesario que pueda demostrarse su existencia especialmente a un juez, y para ello debe tenerse un medio de prueba de que se celebró el contrato.

Para la efectividad material del contrato se requiere además del consentimiento, alguna forma para darle seguridad.

El formalismo es tan antiguo como el propio Derecho “En el antiguo derecho romano, el acuerdo de voluntades por si mismo para crear obligaciones, era necesario que el consentimiento estuviese incorporado en una solemnidad jurídica. No había sino contratos formales”.⁶⁵

Lo anterior no podía ser de otro modo, pues el derecho nace como objeto de estudio en un ambiente donde se conjugaban la divinidad y religión, no por nada los primeros estudiosos de la ciencia jurídica serían los pontífices romanos; ciencia y religión se combinaban, normas jurídicas y divinas se entrelazan para dar origen al derecho como objeto de estudio de la ciencia jurídica.

“Hasta los tiempos posteriores de Roma se tenía por cierto que no se podía ser buen pontífice si se desconocía el derecho, y recíprocamente no se podía conocer el derecho si se ignoraba la religión. Los pontífices fueron durante mucho tiempo los únicos jurisconsultos, y como eran raros los actos de la vida que no tuviesen alguna relación con la religión, casi todo estaba sometido a las decisiones de los sacerdotes, quienes eran los únicos jueces competentes en gran número de procesos. La definición de jurisprudencia

⁶⁵ De Cervantes, Javier, *La Tradición Jurídica de Occidente*, s.n.e. p.283

data por justiniano no puede ser menos elocuente “Jurisprudentia est rerum divinarum at que humanarum notitia”.⁶⁶

Por lo anterior, Don Javier de Cervantes, logra establecer que del dualismo entre los principios religiosos y políticos surgen instituciones que responden a los dos criterios. Frente al jus civile la aequitas, frente al parentesco civil (agnatio) el parentesco natural (concubinatos). etc.”⁶⁷

“Planiol enseña que el contrato ha comenzado por ser formalista, que después el progreso ha consistido en un movimiento hacia el consensualismo hasta llegar este a su apogeo y termina diciendo “las relaciones complicadas que nacen de una civilización avanzada multiplican las posibilidades de fraudes y de errores a los cuales están expuestas las partes en los contratos desprovistos de formas”.⁶⁸

Las formalidades que deben ser llenadas en los actos y acuerdos constituyen mecanismos de prueba de vital importancia en el orden de resolución de controversias, preservando la seguridad jurídica en los actos; porque si bien es cierto que los actos se elaboran y debieran ejecutarse al amparo de un principio de buena fe, no menos cierto es que la realidad marca una gran cantidad de disputas emanadas del incumplimiento, esto nos da pie a formular que la formalidad resulta necesaria para el buen desarrollo y ejecución de un acto.

⁶⁶ De Cervantes, Javier, Op. cit. p.284

⁶⁷ Ibídem.

⁶⁸ Borja Soriano, Manuel, op. cit. p.184

En la teoría de los costos de la transacción, podemos ubicar a la forma y los instrumentos que la contienen como operaciones que importan un determinado gasto y erogación que debe ser cubierto para garantizar en un sentido alguna discrepancia posterior y que puede resultar en un próximo litigio.

Como se puede apreciar los elementos tanto de existencia como de validez incluyen en su realización un determinado costo, el cual no debe pasar desapercibido para cualquier abogado, pues será la traducción de la efectividad en el alcance del acto jurídico.

El contrato lo debemos de ver, desde esta perspectiva, como un instrumento económico y en esa medida podrá alcanzar los objetivos jurídicos que se busquen.

Cuando hablamos de la voluntad y el consentimiento, en su formación intervendrán una serie de negociaciones que resultaran en costos económicos. Lo mismo podemos decir de la posibilidad en cuanto sea posible, deberá traducirse en cuestiones económicas, así mismo la forma y la solemnidad.

Por lo que toca a los elementos de validez, los mismos para ser llenados satisfactoriamente, en ocasiones requerirán de ciertos gastos como en la forma, y desde luego, ya ni de que hablar cuando existe un elemento de invalidez, pues implicaría la nulidad, y todo un procedimiento del que resultarían a su vez una serie de erogaciones. Pero lo anterior lo afrontaremos más tarde y con mayor detalle.

2.3. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.

2.3.1. La Interpretación Jurídica.

La interpretación atiende a la explicación, comprensión de un asunto, así como al sentido de un hecho. Conforme a esta idea la interpretación del contrato hace referencia a desentrañar el sentido y la intención de las partes que hayan intervenido en un acto determinado.

Así como la finalidad en la interpretación de la ley estriba en descubrir el pensamiento del legislador; en los contratos, la interpretación consiste en revelar la intención de las partes.⁶⁹

La doctrina clásica enmarca el problema de la interpretación en relación a la real intención de las partes

“La voluntad de las partes es la ley en los contratos; si está clara o hay conformidad de aquellas. No tiene el juez necesidad de una interpretación, supuesta la no conformidad de las partes”⁷⁰

Sabemos que si un contrato llega a ejecutarse acorde a lo pactado, esto es, que las partes cumplan con sus respectivas obligaciones, pues entonces y sólo entonces el contrato habrá cumplido su finalidad y todas las prestaciones acarrearán algún determinado beneficio para cada parte. Sin embargo ¿qué sucede si el contrato no se cumple? ¿Cómo se debe de interpretar los alcances de lo estipulado en el propio contrato?, lo anterior sería la problemática que afronta la interpretación contractual.

⁶⁹ V. García Maynez, Intr. al Estudio del Derecho, edit. Porrúa, p.339

⁷⁰ Gracia Goyena, Florencio, Concordancias al Cod. Civil Español. 1870 Mex. Edit Jurisprudencia p.47

2.3.2 Interpretación en el Código Civil Vigente.

El artículo 1851 establece que si los términos son claros, se estará al sentido literal de sus cláusulas; en efecto si no existe duda sobre los términos y la intención expresada, no existe problema alguno, pero en el siguiente párrafo establece que “si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquella” es decir debe prevalecer ante todo la intención sobre lo expresado.

Manresa comentando el artículo anterior manifiesta que “ Las dos reglas capitales de la interpretación, son la justicia, siempre que haya una base firme en que apoyarla; la prudencia ante lo dudoso; y la prudencia lleva necesariamente a limitar la extensión de las obligaciones cuando acerca de ella hay duda”.⁷¹

Se entiende entonces que la eficacia del contrato alcanza sólo lo convenido en ellos.

Como primer resultado podríamos decir que lo que interesa es conocer la intención de las partes; enorme dificultad se finca para el juzgador el tratar de desentrañar el sentido de la intención de los contratantes.

Por otro lado, se prevé que la interpretación del contrato no se comprenderá en él, cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar. Bien podíamos denominar esta característica como una interpretación estricta del contrato, y no lo podía ser

⁷¹ Manresa y Navarro, José María, op. cit. p. 730

menos, pues no se podría aunar elementos nuevos que no fueron contenidos en el objeto inicial de la obligación.

Por su parte el artículo 1853 establece que si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efectos. Esta regla de interpretación va de la mano con el principio de buena fe, con el sentido de dirección de la conducta, es decir si entendemos que la conducta debe manifestarse en la misma dirección hacia la consecución de un fin, esto es, lo buscado en el acto; entonces estas conductas se manifiestan de buena fe; por lo mismo si en el evento de que existen cláusulas que admitiesen distintos sentidos, se deberá adoptar la más adecuada a la consecución del acto.

“La ley que no ampara la exageración de las obligaciones contraídas tampoco busca su ineficacia y cuando la duda se plantea entre dos sentidos, uno de los cuales conduce a aquella, se pronuncia por el otro, que hace eficaz lo convenido” ⁷².

Conforme al artículo 1854 se establece una regla de interpretación conjunta y cerrada, al indicar que las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Del contenido del artículo anterior, resulta evidente que todo acto persigue sus propios fines, en este sentido todas sus disposiciones deberán estar dictadas de conformidad con los fines perseguidos, a fin de que armonicen en un todo uniforme. Más que una interpretación, el presente

⁷² Manresa y Navarro, José María, op. cit. p.731

artículo se presenta como una regla uniforme que debe normar el criterio del interprete o juzgador.

Esté artículo establece una interpretación sistemática del contrato, esto es una coordinación y ordenación de todas sus cláusulas.

El artículo 1855 establece “las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sean más conforme a la naturaleza y objeto del contrato”.

“La regla que da la ley es que se atienda, para precisar la acepción, al significado en que se usa la palabra, a la naturaleza y objeto del contrato, La naturaleza significa aquí la índole general del contrato y sus fines según la ley”.⁷³

La regla anterior concuerda con las ya citadas, al remarcar la importancia de seguir en la interpretación sobre la naturaleza y objeto del contrato, ya que en el texto de los acuerdos siempre podremos encontrar términos que puedan tener variadas significaciones, o determinaciones que por error pudieran haber sido plasmadas en el acuerdo. Sin embargo es de hacer notar que se establece una interpretación gramatical.

⁷³ Manresa y Navarro, José María, op. cit. p. 738

Enseguida el artículo 1856 dispone que el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos. Si entendemos a la costumbre como aquellas conductas reiteradas, aceptadas e institucionalizadas que forman una determinada opinión jurídica, y al uso como una práctica determinada en una región o territorio, de acuerdo con el artículo mencionado debemos tomar en cuenta las circunstancias de reiteración en la conducta así como las practicas adoptadas en los actos, para que puedan dar luz a una interpretación integral del contrato.

“Del propio modo que la ley misma es, según dijimos, regla fundamental de interpretación, suponiendo la aceptación de sus modelos, así también la costumbre (fuente del derecho) dentro de los límites que la ley marca, sirve para explicar el sentido de los contratos formados”.⁷⁴

Si bien es cierto que el artículo habla de uso y costumbre del país, sabemos que en nuestro país pudieran existir diversas situaciones que puedan diferir de un territorio a otro; como quiera que sea, lo interesante es aunar a las reglas descritas una más, a fin de que se pueda tomar en cuenta los criterios por los cuales se vaya a ejecutar el acto.

Manresa explica sobre el uso y la costumbre, que la diferencia básica de éstas sobre aquél, consiste en la antigüedad de las costumbres, recalcando que se han empleado los dos términos para no originar dudas acerca de que tanto la una como la otra especie de práctica sirven para

⁷⁴ Ibidem. p. 739

interpretar los contratos; suma además que el concepto de país debe ser tomado como lugar.⁷⁵

Finalmente el artículo 1857 establece una regla interesante para los casos en que no se pueda alcanzar claridad sobre las dudas emanadas, así si estas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y este fuere gratuito, se resolverá a favor de la menor transmisión de derechos e intereses.

Como lo marca el código, el contrato gratuito es aquel en que el provecho es sólo para una de las partes; pues bien el legislador resuelve en el sentido de menor transmisión de derechos e intereses. Con esta forma de resolución el legislador reconoce la importancia de la transmisión económica de la transacción, no se podría explicar de otro modo, por que si el contrato es gratuito implicara un mayor costo en su realización para una de las partes, por lo que si no existiera claridad en el sentido del acuerdo se deberá buscar un menor costo en la transacción.

Por otro lado si el contrato es oneroso, se resolverá la duda a favor de la mayor reciprocidad de intereses, en esta hipótesis el criterio se encauza en buscar una reciprocidad de prestaciones o en términos de costos, podríamos hablar de costos equilibrados y equitativos, reconociéndose que en los contratos con prestaciones reciprocas las partes buscan mejores resultados, una optimización de las ganancias; por lo que el legislador establece una regla de equidad.

⁷⁵ Cfr. Manresa y Navarro, José María, *op. cit.* p.740

Según Manresa, este artículo establece una regla de nulidad y una regla de interpretación; cuando la duda recae en circunstancias accidentales la regla es de interpretación; a saber; la menor transmisión de derechos e intereses en contratos gratuitos, y mayor reciprocidad de intereses en contratos onerosos, entendiéndose dentro de la menor extensión de intereses de cada obligación.⁷⁶

Resulta clara la regla de equidad que se trata de establecer en el código

Finalmente el artículo 1857 dispone que si existe duda sobre el objeto principal del contrato y no se puede desentrañar la intención de las partes, el contrato será nulo.

La nulidad en si misma implicaría, la destrucción de los efectos acaecidos al momento de pronunciarse la nulidad.

2.3.3.- La Interpretación en relación a los Costos

Traduciendo lo anterior en términos de costos, para el legislador es preferible no incursionar en una transmisión de riqueza; en erogaciones a cargo de las partes, sin tener precisadas sus intenciones. Es decir protege la intención, no aceptando la realización de costos adicionales, sin la seguridad de ventilar los fines buscados por cada parte.

Así los artículos de interpretación contienen finalmente reglas de equidad conservado ante todo que cada parte erogue un mínimo de costos o en todo caso una reciprocidad en las prestaciones, evitando o disminuyendo

⁷⁶ Cfr. Manresa y Navarro, José María, op. cit. p.746

el peligro de caer en alguna injusticia, infringiendo algún costo adicional a las partes; aún más, si la duda persiste el contrato será en todo caso nulo.

2.4. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

2.4.1 Problemática

La clasificación de los contratos abarcaría las cuestiones de disponer en un orden las clases de los contratos que se puedan analizar en la teoría. En realidad el contrato puede ser clasificado desde diversos puntos de vista.

La clasificación de los contratos adopta una utilidad académica y de investigación de primer orden; a la vez que facilita la comprensión de cada contrato en su aspecto práctico.

El contrato es entendido como un acuerdo de voluntades para la creación y transmisión de derechos y obligaciones; esta concepción del contrato puede adoptar diversas connotaciones de acuerdo a diferentes perspectivas que a continuación vamos a enumerar:

2.4.2. Contratos Unilaterales y Bilaterales

Se entiende que el contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga y se entiende bilateral cuando las dos partes se obligan recíprocamente.

“Para que un contrato sea bilateralmente creditorio (sinalagmático) es necesario que concurren dos características: a) que ambas partes queden

obligadas, y b) que dichas obligaciones sean recíprocas, esto es, obligaciones principales, interdependientes que se expliquen mutuamente”.⁷⁷

En este sentido los contratos serán unilaterales cuando no se llenen alguna de las dos características mencionadas o las dos en su conjunto.

“Considerando que el contrato produzca o cree obligaciones para las partes o que no produzca este efecto, esta consecuencia jurídica, sino que solamente engendre obligaciones a cargo de uno de los contratantes, desde este punto de vista, podemos clasificar los contratos en bilaterales o sinalagmáticos y unilaterales”.⁷⁸

El vínculo que se da entre las dos obligaciones emanadas del contrato bilateral es a lo que se denomina el “sinalagma”, cabe hacer mención que existen autores que adoptan y reconocen la existencia de contratos sinalagmáticos imperfectos, entendiendo por éstos, los que originariamente sólo se encuentra obligada una de las partes, y en los que sin embargo con posterioridad puede llegar a quedar obligada la otra parte. Entre estos contratos se señalan el mutuo y el comodato.

En materia de costos podríamos decir que el contrato unilateral importará costos adicionales para el obligado que para la otra parte, en tanto que el bilateral importa gastos y costos para las dos partes.

2.4.2 Contratos Onerosos y Gratuitos.

Para nuestro legislador el contrato oneroso es aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el

⁷⁷ J. López de Zavalía, Teoría General de los Contratos, Buenos Aires, Edic. 3era. p.55

⁷⁸ Lozano Noriega, Francisco, op. cit. p. 10

provecho es solamente para una de las partes (1837), Sánchez Médal menciona que esta clasificación atiende a un criterio estrictamente económico.

“El contrato gratuito proporcionara una ventaja a uno de los contratantes sin sacrificio correlativo de su parte, oneroso cuando las ventajas, y en todo caso sacrificios son de ambas partes”.⁷⁹

Esta clasificación atiende a una equivalencia en torno a las ventajas y desventajas de una acuerdo; ahora bien, para estimar el grado de ventaja y el grado de sacrificio en los acuerdos será necesario establecer la comparativa tanto de unos como de otros; significando dicho resultado como el grado de onerosidad de los acuerdos.

El contrato gratuito implica un costo independiente para una de las partes, y un beneficio correlativo para la otra, sin entrar en materia de gastos o costos; sin embargo cuando los contratos son onerosos, las erogaciones son a cargo de ambas partes, así mismo la transmisión de riqueza se considera recíproca; en otras palabras, tanto las ventajas como las cargas importan a las dos partes de un acuerdo.

Planiol da el siguiente concepto del contrato oneroso: “En el contrato oneroso cada uno de los contratantes promete algo, o da algo a cambio de otra promesa o de otra cosa que recibe. Es decir existe una reciprocidad en cuanto a los provechos, en cuanto a las ventajas; y también en cuanto a las cargas, gravámenes.”⁸⁰

⁷⁹ López de Zavallá, Fernando J., op. cit. p. 62

⁸⁰ V. Lozano Noriega, Francisco, op. cit. p. 19

Josserand hablando del acto gratuito dice que este implica una liberalidad; es decir un animus donandi. así como una repercusión económica.⁸¹

Es importante recalcar como el legislador al interpretar el contrato, cuando hace mención de los contratos gratuitos y onerosos; para los casos de obscuridad en dichos acuerdos; establece la regla para los gratuitos de que se busque la menor transmisión de Derechos, en tanto que en los onerosos se buscara la mayor reciprocidad de intereses; buscando una equivalencia en las ventajas y desventajas; y no sólo en estos términos sino que añadiríamos, que se busca obtener el menor desembolso y erogaciones económicas, en tanto no conozcamos la verdadera intención de las partes.

2.4.3. Contratos Conmutativos y Aleatorios.

Nuestro código civil señala que es conmutativo el contrato en el cual las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que es posible apreciar el beneficio o la pérdida que les cause éste, y por otro lado entiende al contrato aleatorio aquel cuya realización depende de un acontecimiento incierto no haciendo posible su evaluación de la ganancia o pérdida hasta la realización del acontecimiento. Es necesario hacer notar que estas especies, responden a una subclasificación de contratos onerosos, “Para calificar a una adquisición de

⁸¹ Idem.

onerosa. es preciso que la ventaja se explique por un sacrificio, cuando sea cierta la existencia o cantidad de ambos extremos el contrato será conmutativo, por otro lado cuando a la realización de un hecho incierto se establecen las ganancias y las pérdidas, entonces este contrato será aleatorio”.⁸²

Como se puede apreciar de las características del contrato conmutativo, y tal como lo indica Lozano Noriega, la noción de este contrato resulta bastante difícil.

Por lo que hace a los contratos conmutativos, intentando pasar las características de estos contratos a lenguaje de costos, diríamos que los costos y erogaciones que se imponen en el acuerdo se observan y son conocidos desde la formación; aquí nos atreveríamos a realizar una crítica en torno a estos contratos, en el sentido que desde luego en un acuerdo difícilmente una de las partes contrataría si se visualizan las pérdidas que deberá soportar en la realización del acuerdo; en realidad esta clase de contrato lo entendemos en relación a los beneficios y los costos o contraprestaciones propias del acuerdo que deberán de ser cubiertas la ejecución efectiva del mismo.

Sobre el contrato aleatorio Lozano Noriega señala que así como su nombre lo indica, existe un alea, una posibilidad de ganancia o de pérdida, lo que los franceses llaman “chance”; juego, apuesta, renta vitalicia, compra de esperanza; y añade que en todos los contratos mencionados las partes se

⁸² López de Zavallía, Fernando, op. cit. p. 63

están colocando de acuerdo con los términos del contrato en la posibilidad de ganar o perder.⁸³

Por lo que hace a los contratos aleatorios esta clasificación responde al factor suerte en torno al contrato, en realidad a la elaboración y formación del acuerdo, no se tienen visualizadas las pérdidas y ganancias, que conlleve las obligaciones contenidas en el contrato, en el lenguaje de costos que hemos venido utilizando, diremos que en esta clase de contratos los costos no son cuantificables sino hasta el momento de realización del hecho incierto, y del cual depende el mayor o menor beneficio, así como el mayor o menor costo de las obligaciones para cada parte.

2.4.4. Contratos Formales y No Formales.

En realidad esta clasificación no ofrece problema en cuanto a su distinción y concepción. Así los contratos serán formales, cuando la ley prevé para su validez, el cumplimiento de una forma determinada, y será no formal cuando la ley no le impone una forma determinada.

“Un contrato formal es aquel para cuyo perfeccionamiento la ley exige determinada formalidad, mejor dicho forma. Esa forma puede ser por regla general la escrita. Dentro de la escrita podemos distinguir entre un simple escrito privado y un instrumento público”.⁸⁴

Ya habíamos hecho mención que para los contratos formales debemos de tener en cuenta un costo de la forma.

⁸³ Lozano Noriega, Francisco, *op. cit.* p.28

⁸⁴ Lozano Noriega, Francisco, *op. cit.* p.38

Aunque el investimento de la forma pudiera no ser significativo, resulta evidente que deberá tomarse en cuenta, al momento de valorar la optimización del acuerdo en torno a sus fines económicos reales.

2.4.5. -Contratos Consensuales y Reales.

Los contratos son consensuales cuando se perfeccionan por el simple acuerdo de voluntades, y desde entonces comienzan a surtir efectos; los contratos reales serán aquellos que exigen la entrega de la cosa para la formación del contrato.

Sobre estos contratos sólo haremos la referencia que la entrega de cosa para los contratos reales implicaría siempre un costo adicional; por lo que en relación a los costos, éstos se deben ventilar por el lado de la entrega de la misma.

2.4.6.- Contratos Nominados e Innominados

El contrato será nominado cuando sus características esenciales se encuentren reguladas en la propia ley, observado las normas del tipo establecido. Por el contrario en el contrato innominado no existe un tipo determinado a que haga referencia la legislación, por lo que se debe atender a las reglas generales de los contratos y al contrato tipo que tenga mayor analogía.

“En el antiguo Derecho Romano se entendía por contratos nominados los que tenían un nombre y, además tenían un nombre precisamente, por encontrarse reglamentados, por la ley. El sentido moderno de estos términos es el siguiente; entendemos por contrato nominado aquél que ha sido objeto

de una reglamentación legal. Contrato innominado es el que carece de reglamentación legal”.⁸⁵

Consideramos que esta clasificación se encuadra en aspectos puramente doctrinales, por lo que no cabe hacer un comentario sobre costos o erogaciones aunadas a este tipo de contrato.

2.4.7 .- Contratos De Ejecución Inmediata, De Ejecución Diferida, Instantáneo y de Duración Continuada.

Esta clasificación responde al fenómeno del tiempo, refiriéndose a cuándo debe comenzar la obligación y cuanto tiempo se debe emplear la ejecución del contrato.

Si la obligación debe comenzar de manera concurrente a la formación, entonces es de ejecución inmediata, por otro lado si debe comenzar después será de ejecución diferida.

“En el contrato de ejecución instantánea las prestaciones de las partes o, por lo menos, de una de ellas, se ejecuta inmediatamente, en un sólo momento, de un sólo golpe. En los contratos de ejecución sucesiva, las prestaciones de las partes, o por lo menos, la de una de ellas, se van ejecutando momento a momento, durante todo el tiempo de la vigencia del contrato. En los contratos de ejecución escalonada, las prestaciones de las partes, o por lo menos de una de ellas, se van repitiendo a intervalos de tiempo”.⁸⁶

⁸⁵ Lozano Noriega, Francisco, op. cit. p.35

⁸⁶ Lozano Noriega, Francisco, op. cit. p.37

Si el cumplimiento emplea un sólo momento, será de ejecución instantánea; si emplea un determinado tiempo, será de ejecución continuada, periódica o escalonada.

En este tipo de contratos, resulta interesante y conveniente, conocer el monto de las erogaciones y costos adicionales, así como los intereses crediticios que se pudieran incrementar con el paso del tiempo; en efecto desde que se pone en la mesa de negociación, así como en la ejecución de las obligaciones el factor tiempo, este fenómeno puede acarrear una serie de situaciones adicionales de valoración, ya sea de los bienes o de las obligaciones, repercutiendo finalmente en el costo total del acuerdo; situación por la cual no debemos de pasar desapercibida esta clasificación.

Con lo anterior no hemos querido agotar en modo alguno el sinnúmero de clasificaciones que pueden existir en la teoría jurídica sobre los contratos, solamente quisimos enumerar algunas de ellas, y desde luego haciendo referencia a las clasificaciones que contiene nuestro código civil vigente, en sus artículos 1835, 1836, 1837, 1838 inclusive.

Cada especie de los contratos contienen sus propias características, las cuales si las estudiamos detenidamente a la luz de una teoría de costos contractuales, resultan aspectos que son de gran relevancia a la hora de la aplicación concreta de los acuerdos; así también pueden marcar la línea de negociación de los contratos; en efecto si contamos con toda la información así como todas las previsiones que pudieran llegar a realizarse y acontecer en el mundo del contrato; estos detalles marcarían; repito, la dirección de la

voluntad hacia un acuerdo de máximos beneficios, y de costos reducidos al nivel mínimo que se pudiera lograr.

2.4.8.- Contratos de Adhesión.

La posibilidad de analizar una contratación como marco general para conformar el consentimiento da como resultado los denominados contratos de adhesión, como sabemos estos tipos de contratos nacen por la necesidad de la prestación de diversos servicios a la colectividad, y por tal razón las partes que requieran de estas prestaciones tendrán que suscribir el contrato, y de esta manera evitar el período de negociación previa al contrato.

Las características propias de este contrato son señalados por Planiol de la siguiente forma.

1.- La oferta emana de un contratante que tiene a su favor un monopolio de hecho o de derecho, o al menos gran poder económico, bien sea por sus propias fuerzas o por unión con otras empresas análogas.

2.- El objeto del contrato es la prestación de un servicio privado con utilidad pública, pretendido por todo el mundo y que sólo una persona determinada puede proporcionar.

3.- En todos los contratos de adhesión la oferta tiene un carácter general y permanente, dirigida a persona indeterminada y siendo mantenida por tiempo ilimitado o por cierto tiempo.

4.- El contrato comprende una serie de cláusulas establecidas todas ellas en exclusivo interés del oferente, una sanción con severidad extremada

el incumplimiento eventual del adherente, otras suprimen o limitan la responsabilidad contractual del oferente.

5.-La oferta aparece bajo la forma de un contrato tipo cuyas condiciones generales cuidadosamente estudiadas, forman un conjunto que se presenta en bloque a los adherentes particulares, generalmente estos contratos tipos están impresos y comprenden numerosas cláusulas difíciles de comprender y aún de leer para los legos.⁸⁷

Borja Soriano establece como características de estos contratos las siguientes.-

- 1.- La oferta se hace a una colectividad.
- 2.- El convenio es obra exclusiva de una de las partes.
- 3.- La reglamentación del contrato es compleja.
- 4.- La situación del que ofrece es preponderante.
- 5.- La oferta no puede ser discutida.
- 6.- El contrato oculta un servicio público de utilidad pública.⁸⁸

En realidad los contratos de adhesión pueden usarse en diversas categorías de contrato y se busca desde luego simplificar las relaciones entre los contratantes.

En cuanto a que los contratos de adhesión se limitan la libertad Contractual; pues esta se encuadraría en la problemática de que en todo caso

⁸⁷ Cfr. Planiol, T. VI op. cit. p. 13

⁸⁸ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, op.cit. p.16

se tienen la libertad de adherirse o no al contrato, y así hacer suyo los términos y alcance del propio contrato.

Es contrato de adhesión aquel en el cual las cláusulas sean dispuestas por uno sólo de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlos ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.⁸⁹

También el contrato de adhesión es un producto de la organización de aquéllos que, teniendo intereses homogéneos o afines, disponen, para su propio beneficio, el esquema de los contratos en que acostumbran a participar.

Precisamente la falta de participación en la determinación del contenido del contrato por parte el contratante económicamente débil justifica el favor que la ley demuestra hacia él. El equivalente jurídico de la igualdad económica entre contratantes consiste, precisamente en la posibilidad dada a cada uno de ellos de influir, sobre la determinación sobre la elección del contenido contractual (condición de paridad de la cual deriva que el contrato se puede llamar paritario).⁹⁰

De ordinario se recurre al contrato tipo cuando los futuros contratantes sean ambos partes de categorías similares y organizados por sus propios intereses, se recurre en cambio, al contrato de adhesión cuando, faltando la organización de una de las categorías de interesados, la

⁸⁹ López Zavallía, Fernando, op. cit. p.483

⁹⁰ López de Zavallía, Fernando, op. cit. p. 484

disposición no puede ser más que obra de una de las partes componente de la (única) categoría organizada, este es el primer criterio diferencial formal.

La otra diferencia estructural o formal debe colocarse, probablemente, en el hecho de que el esquema del contrato tipo puede ser el resultado de una elaboración del contenido del mismo llevado en igualdad de condiciones por los representantes de las dos categorías de futuros contratantes interesados, mientras que el esquema del contrato de adhesión es elaborado siempre por la única parte que hemos designado como económicamente más fuerte, y donde por consiguiente, hay disparidad de situaciones.

Mientras que no se debe excluir en principio, que el contrato de adhesión sea estipulado verbalmente, el contrato tipo propone orgánicamente el empleo del módulo o formulario.

La diferencia entre contrato tipo y contrato de adhesión puede establecerse, también, desde el punto de vista sustancial.

El contrato de adhesión se caracteriza por la circunstancia de que la estipulación del contrato se efectúa, con referencia a cláusulas que es posible sean suscritas por el contratante más débil, sin conocer su contexto y sin apreciar su alcance, y de ahí, a favor de él, la defensa dispuesta, subordina la eficacia de aquellas cláusulas al efectivo conocimiento del contenido de ellas, o al hecho de que el contratante (más débil), las haya asignado, pero por propia culpa.

Por el contrario el contrato tipo importa que las cláusulas del mismo estén dispuestas en módulos o formularios (de ordinario, impresos), y si la

ley no interviniera, de ello derivaría la imposibilidad de introducir en el contrato cláusulas eventualmente agregadas o manuscritas.

En materia de seguros de daños (póliza tipo). de seguro marítimo, de suministro de energía, de edición, de asociación libre, de transporte terrestre, (póliza de fletamento) y aéreo, a crédito. arrendamiento de casas, relaciones bancarias, donde se vale la práctica de los contratos tipo o de los contratos de adhesión, en donde deben ser incorporadas en el contenido contractual, las llamadas condiciones (cláusulas de ingreso).

A la categoría de los contratos tipo pertenecen también los llamados boletas de control (stabiti).⁹¹

Finalmente transcribiremos algunos artículos referentes al contrato de adhesión que son previstos en la Ley Federal del Consumidor.

Art. 85 L.F. del Consumidor.- Para los efectos de esta ley, se entiende por Contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los terminas y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aún cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. todo contrato de adhesión celebrado en Territorio Nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista.

⁹¹ López de Zavalla. op. cit. p.486

Artículo 86.- La Secretaría, mediante normas oficiales mexicanas podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas o altas probabilidades de incumplimiento.

Artículo 87.- En caso de que los contratos de adhesión requieran de registro previo ante la Procuraduría, ésta se limitará a verificar que los modelos se ajusten a lo que disponga la norma correspondiente y a las disposiciones de esta ley, y emitirá su resolución dentro de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de registro; transcurrido dicho plazo sin haberse emitido la resolución correspondiente, los modelos se entenderán aprobados y será obligación de la procuraduría registrarlos, quedando en su caso como prueba de inscripción la solicitud de registro. Para la modificación de las obligaciones o condiciones de los contratos que requieran de registro previo será indispensable solicitar la modificación del registro ante la Procuraduría, la cual se tramitará en los términos antes señalados.

Las normas podrán referirse a cualesquiera términos y condiciones, excepto el precio.

2.5. - EFECTOS DEL CONTRATO

2.5.1. -Fuerza Obligatoria.

El contrato es la fuente más importante de las obligaciones; como tal, el efecto jurídico del acuerdo de voluntades, es la fuerza obligatoria que envuelve a las partes, en este sentido las partes se encuentran entrelazadas por las prestaciones a que se han obligado.

“Los contratos tienen fuerza de ley desligan o vinculan a las partes para el porvenir. Productos de las partes, se emancipan de ellas, de tal modo que la voluntad presente ata la voluntad futura”.⁹² Los contratos deben de ser cumplidos, reza el principio.

Nos atreveríamos a manifestar sin temor a equivocarnos que el alcance del principio anterior representa un eje y un pilar dentro de todo el orden jurídico. En efecto, la seguridad del cumplimiento de un acuerdo importa a su vez la seguridad del orden jurídico completo, malamente podríamos aceptar que los contratos no representaran fuerza obligatoria para los contratantes; en este sentido el juez y la sociedad, así como las partes, se encuentran frente al contrato, como ante una ley; suponiendo de antemano su fuerza obligatoria, como una causa generadora de deberes entre las partes.

Pero detengámonos a observar que es lo que dispone nuestro actual código con respecto a este tema.

2.5.2. -Perfección del Contrato.

Artículo 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

⁹² López de Zavalía, Fernando, op. cit. p.296

“La perfección viene a significar el nacimiento, la aparición del contrato como tal vínculo obligatorio, resultado de la conformidad a que requisitos que su esencia exige y que determinan la producción de las consecuencias obligatorias que le son propias”.⁹³

El artículo anterior conserva el sentido por el cual los contratos obligan a las partes al cumplimiento de lo expresamente pactado, y aún más a todo aquello; que no obstante no se encuentre expresado; sea conforme a la naturaleza del acuerdo, al uso y la ley.

El contrato establece toda una estructura jurídica en torno a los contratos, señala las conductas que habrán de realizarse por las partes.

“El contrato tiene efectos entre partes; no perjudica ni beneficia a terceros (res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest). He aquí un axioma siempre repetido, casi santificado por su formulación latina”.⁹⁴

En principio podemos anotar a lo anterior, como un fundamento lógico jurídico, de que los acuerdos tienen fuerza obligatoria para las partes y que las personas que no intervienen en este, no deberán ser perjudicadas ni beneficiadas. Desde luego este principio tiene sus matices de aplicación en relación a los llamados terceros.

En efecto si es verdad que inicialmente el acuerdo afecta a las partes que lo elaboran, no menos cierto es que el acuerdo muchas veces puede

⁹³ Manresa y Navarro, José María, op. cit. p.635

⁹⁴ López de Zavallá, Fernando, op. cit. p.303

llegar a afectar en un sentido a otras personas que no son partes. Pero en realidad, antes de entrar a los matices que pudieran alcanzar los diversos actores dentro de un acuerdo, lo interesante para remarcar en este apartado es que al momento que se elabora el contrato, cuando se forma el consentimiento, las partes quedan sujetas a lo que se haya pactado.

“La perfección supone el nacimiento del contrato, la consumación significa su extinción debida al cumplimiento de las obligaciones que engendra”.⁹⁵

Hasta el momento hemos hecho mención de que en el proceso de elaboración de un contrato, se tienen que llevar una serie de requisitos, los cuales darán vida o existencia al contrato, y por otro lado le darán obligatoriedad al acuerdo. En dicho procedimiento o proceso de formación del acuerdo, los actos tendientes a la formalización, adquieren diversos tiempos, momentos, cargas, asistencia de funcionarios o expertos en materias diversas, informaciones etc. todo lo cual puede llegar a manifestarse en un costo determinado, el cual irremediablemente se debe tomar en consideración dentro de los costos generales y complementarios para la realización del contrato.

Todo el proceso de negociación del acuerdo, puede llegar a ser, fácil y rápido, o difícil y tardado, o en otros términos; cuestión de un costo exiguo o un costo importante. Lo que repercutirá en la obtención del éxito en las finalidades buscadas por el acuerdo, inclusive se pudiera hablar de un costo perdido en caso de no llegar a formalizarse el acuerdo.

⁹⁵ Manresa y Navarro, José María, op. cit. p.635

Cuando se formaliza ya el acuerdo y comienzan a tomar vigencia los efectos jurídicos del contrato; se canaliza el vínculo obligacional hacia las partes y que estas se obligan a determinadas prestaciones. Y por ende a soportar diversos costos.

En pocas palabras, el vínculo obligacional, hace soportar los deberes jurídicos de las partes y además soportar los costos económicos que pudieran aplicarse a las prestaciones y que vinculan a las partes en su aspecto económico y en el rubro patrimonial de las personas.

2.5.3. Imprevisión.

Mención especial en relación con los efectos del contrato entre las partes, lo merece el tema de la imprevisión, es decir aquellos acontecimientos que pudieran llegar a presentarse durante la vida del contrato.

La teoría de la imprevisión es una teoría obligada en el análisis de la Teoría General de las Obligaciones y de los Contratos. La teoría en comento se inspira en un equilibrio constante, que debe prevalecer en las prestaciones que resultan de las obligaciones pactadas entre las partes; una desproporción extrema en las mismas llegaría a contrariar la sensación de equidad, aspecto fundamental que siempre se busca en las relaciones jurídicas.

La imprevisión alude también a la falta de ponderación o estimación de las circunstancias en que realizamos nuestros actos y en este sentido se aproxima a la noción de imprudencia o falta de cuidado en nuestra

conducta, la imprevisión en el primero de los sentidos apuntados se relaciona pero no se identifica enteramente con el caso fortuito, en ese aspecto los efectos derivados de la imprevisión no son imputables a uno u a otro sujeto, en el segundo sentido aludido, la imprevisión entraña la idea de culpa y de imputabilidad de las consecuencias lesivas que en su caso cause esa falta y obligan al sujeto a la reparación de los daños y perjuicios.⁹⁶

Para Marcel Planiol la teoría de la imprevisión se inspira en la regla *rebus sic stantibus*, declarando en virtud del poder soberano de apreciación que tienen los de instancia, que la intención de las partes es subordinar el mantenimiento del contrato, tal y como había sido concertado, la subsistencia, sin variación apreciable, de las condiciones de hecho.⁹⁷

“Esta teoría consiste en sostener que los tribunales tienen el derecho de suprimir o de modificar las obligaciones contractuales, cuando las condiciones de la ejecución se encuentran modificadas por las circunstancias, sin que las partes hayan podido razonablemente prever esta modificación”.⁹⁸

En atención a esta teoría se puede decir que tomando en cuenta el principio de equidad y estando en presencia de una evidente desproporción entre las prestaciones con motivo de imprevistos acontecimientos, los tribunales podrían hacer frente a los problemas de imprevisión estableciendo de antemano un equilibrio entre las partes.

⁹⁶ V. Diccionario Jurídico Mexicano, T IV. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1era. Edición, México 1984, p.41

⁹⁷ Cfr. Planiol, Ripert, Esmein, Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil, Edit, Cajica, México. p.553

⁹⁸ Borja Soriano, Manuel, op. cit. p.281

“La teoría de la imprevisión esta ya implícita en la cláusula rebus sic stantibus (que expresa así firmes las cosas), que la practica forense del medioevo consideraba sobreentendida para los contratos a largo plazo o de tracto sucesivo, siempre que se produjesen un cambio radical en relación con las circunstancias en que el contrato se había celebrado, evento que autorizaba la resolución del contrato por excesiva onerosidad de la prestación.”⁹⁹

Como se aprecia en las denominaciones de las doctrinas citadas, es de tomarse en cuenta la economía en la obligatoriedad de la prestación, en efecto, la función económica de los contratos trasciende en la efectividad de los mismos, ya que a través de los contratos se realizan las transferencias y movimientos de una buena parte de la riqueza de una colectividad. pero no podemos olvidar que su operancia queda sujeta a la posibilidad económica individual de los sujetos en una determinada relación jurídica, ya que si las prestaciones deseadas se ven ostensiblemente afectadas por circunstancias que no dependen del actuar de los contratantes, entonces deviene a nuestro modo de ver un rompimiento en la función económica del contrato. Esto por la simple razón de que el contrato se formaliza con acuerdo de las partes para la consecución de determinados fines, entre estos, los económicos desde luego, y principalmente los económicos en la gran mayoría de los casos.

La imprevisión connota la imposibilidad racional para que esa realización sea anticipadamente concebida. Imposibilidad que nace de la

⁹⁹ De Pina Vara, Rafael, Tratado de Derecho Civil, Edit. Porrúa p.272

naturaleza del suceso. La imprevisión alude también a la falta de ponderación o estimación de las circunstancias en que realizamos nuestros actos y en este sentido se aproxima a la noción de imprudencia o falta de cuidado en nuestra conducta.¹⁰⁰

Sostenemos que tanto el caso fortuito y fuerza mayor no obstante, de tener naturaleza diversa, el resultado se puede considerar el mismo jurídicamente hablando, es decir no obligan a las partes por estas circunstancias, ahora bien, qué es lo que podemos decir sobre la imprevisión.

La imprevisión se relaciona aunque no se identifique enteramente en el caso fortuito en ese aspecto, los efectos derivados de la imprevisión no son imputables a uno o a otro sujeto; en el segundo de los sentidos aludidos, imprevisión entraña la idea de culpa y de imputabilidad de las consecuencias lesivas que en su caso cause esa falta, y obligan al sujeto a la reparación de los daños y perjuicios consiguientes.¹⁰¹

Los problemas de imprevisión implican de entrada, la aplicación de acontecimientos que por no haber sido previstos representarían una mayor onerosidad para alguna de las partes; aunque podríamos dejar establecido que desde que se incumple un contrato o mejor, no se ejecuta de acuerdo a lo pactado, se asume una mayor carga de gastos para ambas partes; que van desde el tiempo utilizado sin beneficio alguno, así como el tiempo de

100 V. Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas. op. cit. p.1637

101 V. Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas. op. cit. p.1637

resolución de la controversia, así como todos los gastos que implican los mecanismos de ejecución o solución de controversias.

CAPÍTULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO

DISEÑO JURÍDICO ECONÓMICO DEL CONTRATO

SUMARIO: 3.1.- Contrato y Transacción., 3.1.1.- Alcance del término transacción., 3.1.2.- La Transacción como fenómeno contractual., 3.1.3.- Optimización del Contrato, 3.2.- Diseño jurídico del contrato. , 3.2.1.- Contrato como institución jurídica., 3.2.2.- El Contrato y el Acto Jurídico.,3.2.3.- Obligatoriedad del contrato y la buena fe.,3.3.- Diseño Económico del contrato. 3.3.1.- Análisis Jurídico y Análisis Económico. 3.3.2.-. Economía y Contrato. 3.3.3.- Importancia del contrato en la economía. 3.3.4.- Contrato como acto económico, 3.4.- Diseño Social, 3.4.1.- Generalidades. 3.4.2.- Contrato social. 3.4.3.- Utilidad Social.

3.1.- CONTRATO Y TRANSACCIÓN.

3.1.1.- Alcance del Término Transacción.

El acuerdo de voluntades ha llegado a constituir el eje del Derecho Privado. Toda relación personal, en general, exceptuando algunas cuestiones de naturaleza familiar, derecho hereditario etc., se reducen a una contratación.

El contrato se asimila en algunas ocasiones al término transacción; la palabra transacción se entiende como: “f. Acción y efecto de transigir. 2. Por ext. trato, convenio, negocio; por otra parte transigir se entiende como

el consentimiento en parte con lo que se cree justo, razonable o verdadero,
2. Tr. ajustar algún punto dudoso o litigioso.”¹⁰²

La palabra transacción, y en si el acto de transigir connota una situación mucho más amplia que el término contrato o contratación; la contratación denota un marco jurídico preestablecido; no obstante que este mismo marco da el fundamento para hablar de la libertad que pueden tener las personas que contratan; en otras palabras; si bien es cierto se proclama una libertad de contratar, esta libertad se fija dentro de determinados lineamientos en observancia de un interés general. En efecto la Autonomía de la voluntad tiene sus límites.

El contrato como término jurídico, resulta como acepción técnica en el campo normativo; en efecto el contrato se proyecta como instrumento jurídico normativo; pues dirige ante todo la conducta de las partes que lo formalizaron, Así su contenido se marcara con una serie de apartados preconcebidos y acordes a reglas jurídicas previstas y acotadas por normas privadas preeminentemente. Y sin embargo esta amplitud no rebasa a la transacción; que si bien es cierto resulta menos técnica y menos rigorista que el término contrato; resulta a su vez de mayor amplitud y complejidad.

El contrato es un acuerdo de voluntades; la transacción puede abarcar no sólo el acuerdo de voluntades sino todo el complejo de conductas y motivaciones anteriores, concomitantes a la formación del contrato e incluso posteriores al mismo.

¹⁰² Diccionario Enciclopédico Bruguera, T. 16, México 1979, p.1941

Debemos señalar que por lo que concierne a nuestro estudio el término transacción lo tomaremos como un sinónimo de negociación, es decir, toda operación o actuación pública o privada a fin de procurar su mejor logro. En este orden de ideas, un contrato depende y esta constituido por una serie de transacciones, por virtud de las cuales se busca alcanzar un fin. El análisis del contrato importa también el análisis de la transacción o transacciones que le dieron origen.

3.1.2.- La Transacción como fenómeno contractual.

El alcance del estudio del contrato no se limitara entonces a su elaboración o formación, sino a las actividades que se tuvieron que realizar para la consecución del acuerdo; de todo lo que se trabajo a fin de arribar a una 'concordancia de voluntades. Así también para los casos de contratos que deban verificarse con eficacia diferida, habrá que estar atentos a cómo se ejecuta el acuerdo; y analizar los pormenores de realización del acuerdo ya que la contratación no termina con la elaboración del consentimiento, sino con su efectiva ejecución y cumplimiento.

Con relación de los términos contrato y transacción, proponemos principalmente el estudio sistemático del contrato. Este estudio buscaría principalmente la comprensión completa del fenómeno contractual y la previsión de su eficaz cumplimiento o las vías de ejecución o resolución para el caso e incumplimiento.

El contrato como instrumento normativo se asimila a una transacción jurídica; y como instrumento económico es así mismo una transacción económica.

La transacción jurídica se caracteriza por los tratos tendientes al acuerdo de voluntades que crean al contrato; es decir la elaboración de un estatuto normativo que implica el contenido del acuerdo.

“Al otorgar a los individuos la posibilidad de regular sus relaciones mutuas por medio de transacciones legales, el orden jurídico les garantiza cierta autonomía, la llamada “autonomía privada” de las partes, manifiéstase así misma en esta función creadora del Derecho de las citadas transacciones”.¹⁰³

La transacción jurídica en general es creadora de obligaciones; al ponerse en contacto las voluntades se obligan, o mejor se auto obligan, crean sus propias normas de conducta, que finalmente si no se cumplen, sancionará el orden jurídico prevaleciente.

Podemos afirmar entonces que el contrato es una transacción, una operación jurídica creadora de derechos y obligaciones, constructora de un orden normativo particular, y parte fundamental en el orden jurídico general.

En la transacción que culmina en el contrato se perfecciona de manera concreta la autonomía de la voluntad al expresarse libremente las partes a fin de crear un complejo normativo, un contrato como norma jurídica particular.

Kelsen señala que al decir que las transacciones jurídicas crean normas de derecho, realmente se refieren a normas secundarias, pues están

¹⁰³ Hans Kelsen, op. cit. p. 162

dar nacimiento a deberes jurídicos y derechos subjetivos, únicamente en conexión con normas generales primarias.

Ahora bien el contrato como transacción económica se asimila a una negociación donde también se ponen en contacto las voluntades y los intereses de las partes.

Inevitablemente los efectos del contrato conlleva repercusiones jurídicas y económicas; la transacción económica se concibe como una negociación; en este sentido la economía no se puede evadir del estudio de la contratación.

Aquí encontramos el meollo del porque una materia como la economía le ha interesado fuertemente el análisis del contrato y del derecho, el análisis económico concibe al derecho no sólo como normas, sino como transacciones tanto publicas como privadas, así como le interesa la eficiencia y la eficacia que contiene o puede contener esta transacción.

Para Howard Raiffa la negociación es un arte que se ha dado durante las épocas que incluye habilidades interpersonales, la capacidad de convencer y ser convencido, la capacidad de emplear toda una canasta de argucias de regateo, y la sabiduría de saber cuando y como usarlas.¹⁰⁴

“Dado que la nuestra es una sociedad de negociación podría suponerse que los cientistas políticos podrían efectuar aquí algunas valiosas investigaciones. Pero Robert Dahl ha afirmado que los cientistas políticos

¹⁰⁴ Cfr. Howard Raiffa, op. cit. p.17

nunca han producido una teoría general de la negociación”; de ser cierto esto pondremos algunas restricciones a la generalización puede deberse solamente a que la forma en que se llega a los contratos no ha sido explorada sistemáticamente”.¹⁰⁵

El estudio del contrato de forma sistemática y otorgando la importancia económica que representa el mismo; se puede lograr, a nuestro modo de ver, a través del análisis de la transacción (o por lo menos sería una de las formas de análisis, no es que sea la única.), o mejor de la serie de transacciones que lo forman.

Para Oliver E. Williamson; “Ocurre una transacción cuando se transfiere un bien o servicio a través de una interface tecnológicamente separable”.¹⁰⁶

Entendemos pues por transacción cada momento, faceta, parte o período, susceptible de una estructura independiente, pero que viene a formar junto con otros, un contrato completo.

En otras palabras, las transacciones son todas aquellas relaciones que importan una situación propia, que puede separarse del todo pero que necesariamente importan en la situación contractual final.

El enfoque microanalítico del contrato a través de su transacción se hace imprescindible para obtener una visión completa de todos los factores que forman una relación de voluntades.

¹⁰⁵ Richard Ellis, Fundamentos conceptuales de los negocios, 1era. Edic. F.C.E., México, p.333

¹⁰⁶ Williamson, Oliver, op. cit. p.13

Cabe preguntarse en forma amplia ¿Qué es lo que se busca en un contrato? y se puede contestar sin mucha dificultad; que es un determinado beneficio para las partes; y una de las formas para obtener el máximo beneficio se verifica reduciendo u optimizando los costos de la relación, por lo que necesariamente debemos de estudiar paso a paso, parte por parte, el fenómeno contractual. Así como en una empresa se estudian todos los factores que influyen en el precio del producto; de la misma forma en el contrato estudiaremos todos los factores para obtener el resultado costo-beneficio del acuerdo de voluntades.

Entendiendo la transacción como un elemento fundamental del contrato, entonces, el contrato no sólo es aquel acuerdo de voluntades o convención, o su instrumento material plasmado en un documento, sino que añadiremos que es también cada una de las negociaciones que fueron realizadas para la consecución del acuerdo de voluntades.

Un contrato puede estar formado por diversas transacciones o por una sola; o también por que no decirlo puede llegarse los casos en que existan sólo transacciones o negociaciones sin llegar a concretizar un determinado contrato y se elabore otro, lo anterior ubicándonos en los casos de simulación contractual.

3.1.3.- La Optimización del Contrato y la transacción.

La relación del contrato y transacción se debe analizar dentro de un marco de eficiencia, es decir la eficiencia en el contrato estará íntimamente ligada con la situación de una transacción eficaz, sólo cuando el contrato

alcanza sus óptimos beneficios podemos decir que la transacción valió la pena, que ha sido en otras palabras, exitosa.

El estudio de la transacción como análisis microeconómico del contrato, implica buscar reducir costos y lograr máximos beneficios, maximizar al contrato sería la finalidad de un estudio detallado de sus elementos.

La ineficacia económica del contrato es producto de una mala elaboración y concepción de las situaciones que pudiera afectarlo.

La eficacia jurídica se traduce en lo siguiente: “Una norma esta bien hecha si la mayoría de los ciudadanos la obedece espontáneamente y sólo en casos excepcionales la desobedecen y en esos casos se aplica la sanción de un modo general. Una ley válida es decir, compatible con el ordenamiento jurídico y creada legalmente que no sea eficaz, es decir tiene un defecto en su diseño”.¹⁰⁷

Lo anterior traducido al tema contractual se entiende que el contrato es eficaz siempre y cuando es obedecido, o mejor efectivamente ejecutado obteniendo todos los resultados previstos en su elaboración; cuando esto no ocurre, no hay optimización en el contrato, y se refiere seguramente a algún defecto del diseño contractual.

”El propósito principal y el efecto de las instituciones del capitalismo son el de economizar los costos de transacción”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Calsamiglia, Albert, Eficiencia en el orden normativo, p.5

¹⁰⁸ Williamson, Oliver, E.Instituciones Económicas del Capitalismo. C.F.E. p.27

Con una perspectiva económica el contrato pasa de ser una sola institución jurídica a instrumento básico de la teoría económica en su apartado especial de negocios.

Una sociedad que despilfarre recursos que deban cubrir necesidades básicas no es una sociedad justa. La eficiencia, entendida como el mayor beneficio con el mínimo costo, podría ser considerada como uno de los componentes esenciales de una sociedad justa.

Hablar de eficiencia, de eficacia y de racionalidad, dentro de una Teoría General del Derecho, no representaría gran problema para su elaboración; pero las ideas que pudieran ser del todo enriquecedoras, restarían su importancia si no aterrizan en una aplicación a la realidad, el vínculo entre teoría y realidad resulta pues imprescindible para que la teoría alcance su verdadera dimensión. Pensamos entonces que en una Teoría como la del contrato en relación a sus fines, se concretizan en la realidad los fines buscados.

De una cosa podemos estar seguros, siempre que existan diversas alternativas para solucionar un conflicto; o para la elaboración o ejecución de un acuerdo, siempre se buscara la opción que represente menos gastos.

Propongámonos entonces aplicar una teoría de eficiencia para el contrato; y no sólo exponamos las bondades que esto representaría, o sólo criticar la teoría preponderante en la actualidad.

Una de las deficiencias que se encuentran en las teorías generales pudiera ser que estas rebasan la lógica de la realidad, y sólo realizan el manejo abstracto de las situaciones reales.

Al celebrarse un contrato, un negocio o una transacción, las partes seguirán lineamientos legales, personales y circunstanciales, los cuales serán guiados por el interés propio y particular de obtener los mejores términos del acuerdo, difícilmente se detendrán a examinar la justicia y el bien común del acuerdo; la buena fe con que deberá celebrarse el contrato; situaciones todas estas que paradójicamente es lo que más ha importado a los que pretenden analizar el derecho como objeto de estudio. Las teorías clásicas sobre contratos y en general de derecho privado, versan todas ellas sobre los aspectos del deber ser, sobre los sustentos morales y repercusiones en el orden público, y profundizan en sus instituciones y figuras jurídicas; sin embargo alguien podría preguntarse si, la Teoría General del Contrato desde una perspectiva económica resultaría inexacta, ya que en la realidad sus alcances más explorados son pocas veces atendidos. No obstante lo anterior, seríamos los primeros en desestimar estos argumentos; en efecto la Teoría General del Contrato así como su normatividad ha sido una de las teorías más acabadas en el mundo jurídico pero efectivamente no se detiene en una consideración económica de lo que acarrea la contratación o mejor, no se detiene lo suficiente; es entonces la actual teoría neoclásica, donde se encontrara el terreno para realizar estos estudios y en todo caso proponer una normatividad complementaria a la legislación actual si así es de considerarse necesario.

La explicación y el análisis del contrato a través de los costos que implica su transacción, no proponen de inicio una normatividad, sino una organización, previsión de todas y cada una de las situaciones que una

contratación pueda envolver; y alcanzar por este medio la eficiencia real del contrato y complementar la teoría jurídica clásica del contrato.

Las principales instituciones en que descansa toda teoría jurídica de los contratos, observan el deber ser de los acuerdos, como se deben elaborar, así también; como se deben ejecutar y como se deben interpretar; todo lo anterior con miras a prevenir una posible controversia.

El análisis jurídico económico del contrato abarca una eficiencia y una optimización, partiendo de la premisa que si se alcanza estos fines, se obtiene por consecuencia los objetivos buscados por las partes.

Las partes del contrato no sólo buscan fines jurídicos, sino también fines económicos en la mayoría de casos.

“El mundo del contrato se describe como un mundo de 1) Planeación, 2) Promesa 3) Competencia y 4) Gobernación (u ordenamiento Privado). Cual de estas descripciones sea la más aplicable, es algo que depende de los supuestos conductistas aplicables a un intercambio y de los atributos económicos del bien o servicio en cuestión.”¹⁰⁹

“La transacción jurídica típica en el Derecho Civil es el contrato, consiste este en una declaración idéntica de voluntad de dos o más individuos, las declaraciones de las partes contratantes se dirigen hacia ciertas conductas de las mismas partes.”¹¹⁰ La anterior cita resume de forma clara la conexión del contrato con el término transacción.

¹⁰⁹ Williamson, Oliver E., op. cit. p.40

¹¹⁰ Hans, Kelsen, op. cit. p. 166

3.2.- DISEÑO JURÍDICO DEL CONTRATO

3.2.1.- Contrato como Institución Jurídica.

Contrato desde el punto de vista jurídico, se ha entendido como un acuerdo de voluntades, como un acto jurídico bilateral que inicia con la voluntad de las partes que al unirse forman el consentimiento; se observa el consentimiento como un vínculo o liga que une a las personas que de una forma u otra intervienen.

El Diseño jurídico del contrato hace especial mención de un consentimiento construido por voluntades libres, un objeto posible y lícito, por una capacidad de las partes y una determinada forma.

Alrededor del diseño básico del contrato, arriba mencionado, encontramos instituciones que avalan y apuntalan toda su teoría como los principios generales del derecho, enunciados aceptados y reconocidos como el que los pactos deben ser cumplidos, el respeto y reconocimiento de la autonomía de la voluntad, la buena fe como directriz de la conducta, las sanciones para los casos de incumplimiento, la forma de interpretación de los contratos, etc.

Como podemos observar, la teoría del contrato se encuentra encaminada básicamente y preponderantemente dentro de un mundo del deber ser, no podría ser de otra manera, dado el desarrollo jurídico profundo con que se ha manejado cada instituto relacionado con el contrato, matizado a su vez por calidades éticas y morales.

El contrato se haya entonces encuadrado en características normativas bien definidas y en los aspectos de gobernación, interpretación y resolución de controversias en todo caso.

El contrato al crearse, forma un vínculo entre partes, el esquema de todo acuerdo descansa precisamente en una conformidad de voluntades a raíz de la cual se construye todo el esquema jurídico contractual, es entonces dentro del Derecho Privado donde se dan los análisis jurídicos de los convenios y desde luego con base en estas diversas figuras, otras ramas apoyan sus estudios en estas instituciones de derecho privado, como en derecho administrativo, o procesal.

3.2.2.- El Contrato y el Acto Jurídico.

No debemos olvidar que el contrato es de naturaleza, un acto jurídico, por tal responde a la estructura del acto, siendo entonces una manifestación de voluntad tendiente a producir consecuencias jurídicas, o mejor, una manifestación de dos o más voluntades tendientes a producir determinadas consecuencias jurídicas que el orden normativo prevé, como acto jurídico bilateral, el contrato se ubica dentro de un sistema de normas como un mando normativo autónomo y privado, en el sentido de que regula intereses de las partes que lo conforman.

El contrato lo podemos considerar como un mando autónomo, que se elabora con base en la voluntad de las partes, siguiendo el principio de la autonomía de la voluntad como ley máxima en las contrataciones; en este sentido y siguiendo a Kelsen se forma una norma jurídica especializada y

particular para aquellos que la elaboran; efecto básico de toda normatividad jurídica, propiciando por lo mismo, la creación de obligaciones.

En efecto, la estructura jurídica del contrato haya su cimiento en la misma norma jurídica, es decir en la misma estructura de la norma, propiciando la creación de deberes jurídicos, y de derechos subjetivos.

El contrato es un producto de lo más trascendente que emerge del acto jurídico; de la noción de acto jurídico; como sabemos, resultan una serie de figuras jurídicas que marcan y dirigen la parte fundamental de las obligaciones.

El contrato como acto jurídico se destaca por ser la fuente fundamental de las obligaciones; y sin temor a equivocarnos el acto jurídico de mayor recurrencia en la vida de las personas.

Como acto jurídico, el contrato es analizado por la teoría predominante en nuestro sistema que basa su análisis a partir de sus elementos de existencia y de validez.

3.2.3.- Obligatoriedad del Contrato y la Buena Fe.

Todo acuerdo de voluntades realizado y formalizado de acuerdo a los parámetros legales que establece el orden jurídico se supone obligatorio.

En verdad, todas las personas que empeñan su palabra en la realización de una determinada conducta se obligan a su ejecución, entendiendo que si no se realiza; su integridad como persona se vera debilitada.

El orden jurídico prevé que todo contrato legalmente formado deberá ser cumplido; en esta idea descansa la obligatoriedad del acto; no se puede pensar un orden si no se respetan los actos; y en realidad la seguridad jurídica del cumplimiento de las obligaciones descansa en esta noción del acuerdo obligatorio; incluso más allá de la sanción que pudiera aplicarse; es de lógica y de razón humana que cuando un hombre se compromete a una conducta; esta debe ser cumplida.

Desde luego que la sanción ayuda a darle fuerza al contrato; y obliga su cumplimiento, proveyendo todo el esquema jurídico de la exigencia de la efectiva realización; sin embargo ¿quién nos garantizaría el cumplimiento de un acuerdo o de los acuerdos? Resulta claro que la impresión general descansa en que es de justa razón el cumplimiento.

Las partes se deberán comportar de buena fe; es decir la dirección de la conducta se encauzaran a obtener las finalidades del contrato, las cuales han sido previamente discutidas y aceptadas por las partes.

El concepto de buena fe es una idea que se aplica de forma diversa en nuestro orden jurídico y de acuerdo a la situación normativa concreta. Pero que es una institución constante y reiterada en nuestra tradición, nadie lo discute.

No obstante lo anterior resulta evidente que en cada transacción jurídica las partes se comportaran con un determinado interés en obtener los mayores beneficios del acuerdo; así en el regateo del acuerdo cada parte negociaría de conformidad con sus propios intereses, sin importar gran cosa que estos sean inequitativos a las partes, desde luego estas siempre se

encuentran enmarcadas por las reglas específicas de la teoría contractual; pero resulta incontrovertible esta conducta de interés propio en el acuerdo.

La buena fe entonces la podemos ubicar realmente, no tanto en la negociación, sino más preponderantemente en el cumplimiento; es decir una vez elaborado el acuerdo, lo principal, si es que se elaboró legalmente, se ubicara en que las partes estén consientes en su cumplimiento.

3.3.- DISEÑO ECONÓMICO DEL CONTRATO.

3.3.1.- Análisis Jurídico y Análisis Económico.

Lo verdaderamente importante de señalar es encontrar la formula que conjugue los aspectos de estudio que inciden en el contrato a través de la teoría económica y de la teoría jurídica.

“En su origen la economía clásica partió de un conjunto de presupuestos que fueron compartidos por el iusnaturalismo racionalista. Adam Smith sostuvo una concepción del hombre económico, como un hombre racional individualista y egoísta” ¹¹¹

Siendo el contrato un modelo de explicación de realidades desde un nivel jurídico y económico, la profundidad que se pueda alcanzar se vera complementado y unificado si se reúnen tanto la experiencias del orden normativo como la experiencia económica del mismo.

“Observar más de cerca los planteamientos generales de los economistas no convertirá a los juristas en economistas sino que les

¹¹¹ Calsamiglia, Albert, op. cit. p.36

permitirá comprender sus aportaciones e integrarlos en un marco común más amplio y profundo”.¹¹²

En realidad tanto el análisis económico como el análisis jurídico en su origen no parten de un supuesto distinto pues el objeto básico de estudio radican en el hombre y su conducta.

“Las instituciones humanas incluido el derecho heredan sus principales problemas y propósitos de la condición general del “hombre” y afirma que el estudio de la mente y del proceso social es algo necesario para llegar a las raíces”¹¹³

El Derecho y la Economía deben de estudiar al hombre como es y así partir para concretar resultados generales y en todo caso preparar la construcción de un orden económico y jurídico propio de sociedades avanzadas.

Según Posner el análisis económico del Derecho surge hace cerca de treinta años y se le conoce precisamente en relación al análisis de las leyes antimonopólicas a través de algunos trabajos económicos sobre el derecho como serían *Economic work on tax law* (by Henry Simons), *corporate law* (by Henry Manne), and *Public utility and common carrier regulation* (by Ronald Coase and others).

¹¹² Calsagmilia, Albert, op. cit. p.36

¹¹³ Williamson, Oliver, op. cit. p.54

Finalmente Posner señala que el nuevo derecho y economía comenzó con Guido Calabresi en su artículo sobre “torts” y Ronald Coase en su artículo sobre costo social.¹¹⁴

El campo interdisciplinario del Derecho y la Economía o lo que es lo mismo el análisis económico del Derecho, como a menudo se le llama, ha ejercido ya una profunda influencia sobre las políticas públicas, se ha afirmado que el estudio del Derecho y la economía es el desarrollo más importante en el campo del Derecho en los últimos 50 años.¹¹⁵

El Derecho a través de un análisis económico nos ubica en un Pragmatismo y más específicamente en un realismo jurídico. “Aparece en esta corriente una elogiada actitud cautelosa frente a las especulaciones que durante siglos han ocupado a los juristas en la búsqueda de un sistema de normas y conceptos universales, invariables y autoevidentes, que encarnen la verdadera estructura de la razón humana. Según los realistas, hay que traer el derecho a la tierra y construir una ciencia del derecho que describa la realidad jurídica con proposiciones verificables, si buscamos hechos de ¿qué más podemos encontrar que constituya el derecho que las decisiones judiciales?”.¹¹⁶

El realismo abre el abanico en el estudio de problemas jurídicos con las aportaciones de otras ciencias como la sociología y la economía.

¹¹⁴ Posner, op. cit. p. 21

¹¹⁵ V. Roemer, Andrés, op. cit. p.3

¹¹⁶ Nino, Carlos, op. cit. p.49

“Para el realismo la elaboración de bases pragmáticas de su pensamiento es fundamental y se caracteriza por su sustitución del concepto filosófico de verdad”.¹¹⁷

En efecto un análisis del derecho como el que propone el análisis económico admite la investigación y la explicación de los problemas jurídicos con la aplicación de métodos variados, y básicamente entender el problema bajo fundamentos realistas como lo sería la búsqueda de máxima eficiencia y el manejo de racionalidad limitada, factores que se explicaran más adelante.

Andrés Roemer identifica el análisis económico del Derecho como el campo interdisciplinario del Derecho y Economía, y citando a Posner señala que el estudio de estos tópicos se remontan desde el estudio de la economía del siglo XVIII, en los estudios de Adam Smith, acerca de los efectos económicos de la Legislación mercantilista y de Jeremy Bentham en el análisis económico de las leyes que regulan el comportamiento de actividades de no mercado.¹¹⁸

Bentham señala que los individuos actuaban como maximizadores racionales de sus propios intereses en todos los aspectos de la vida.

“La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el dominio de amos soberanos, el dolor y el placer (...) ellos nos gobiernan en todo lo que hacemos, en todo lo que decidimos y en todo lo que pensamos”.¹¹⁹

¹¹⁷ Posner, Richard A. What has Pragmatism offer law?, Briant W. Wheaver eds. Boulder p. 80

¹¹⁸ V. Roemer, op. cit. p. 6

¹¹⁹ Ibid.p.7

“Los hombres calculan, algunos con menos exactitud que otros, desde luego, pero todos los hombres calculan, ni siquiera en el caso de un loco diría yo que no calcula”.¹²⁰

Como podemos ver los principios de eficiencia y maximización que emergen de este análisis expuestos, traslucen la necesidad de un estudio basado en elementos reales y de factores internos de conductas así como factores externos de valoración económica.

Roemer citando a Coase señala que en el artículo sobre el costo social, Coase demostró que el efecto de los derechos de propiedad y de responsabilidad civil (torts) sobre la asignación de recursos depende de los costos de transacciones en torno a las normas, proporciono una herramienta indispensable para el análisis económico de los derechos legales y de la responsabilidad civil.¹²¹

Finalmente Roemer señala que el análisis económico renace en Chicago y su precisión del enfoque se encuentra en Posner y H. Coase, “su modelo es la síntesis neoclásica de la microeconomía que presupone una asignación no problemática de los derechos de propiedad antes de tener lugar la producción y el comercio. La filosofía política de la Escuela de Chicago combina la ética utilitarista y de maximización de la riqueza con una creencia en el valor independiente del individualismo y la libre elección”¹²²

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Ibid. P.9

¹²² Idem.

3.3.2.- Economía y Contrato.

La Economía en su aspecto original atiende a la responsabilidad de encauzar los recursos de la casa, es decir la administración de la casa; el fin primordial de la ciencia económica se vierte en una buena administración; en la satisfacción eficaz de las necesidades.

Desde los tiempos más remotos de la humanidad, los hombres han realizado transacciones, tal es el evento económico del trueque, en realidad contrato y economía se encuentran íntimamente ligados.

Dentro de un análisis económico del contrato, se puede sostener que la transacción en la unidad básica del estudio a seguir.

“En el estudio económico, la economía del costo de la transacción es más microanalítica, alude a los supuestos conductistas, le da importancia sobresaliente a la especificidad de los activos, toma a la empresa como estructura de gobernación, asigna un peso mayor a las instituciones contractuales ex-post.”¹²³

Siguiendo a Williamson, se puede plantear el problema de la organización económica como un problema de contratación, por lo cual se debe de tener en cuenta los costos que implican la contratación, a saber costos de redacción, de negociación y salvaguarda de un acuerdo, así como los costos de mala aceptación y adaptación, costos de establecimiento y administración, costos de aseguramiento de los compromisos.

¹²³ Williamson, Oliver, op. cit. p.54

El diseño económico del contrato responde a todo un ciclo de economía, es decir el contrato se erige como el principal instrumento económico de transferencia legal de bienes y servicios, o mejor de la riqueza de cualquier sociedad.

El simple esquema de planeación elaboración y cumplimiento que encierra el contrato, forma todo un sistema económico, y por tal, si el sistema de aplicación y realización de los contratos tiene éxito, por añadidura el sistema económico general deberá responder a esas expectativas.

3.3.3.- Importancia del Contrato en la Economía.

La economía como ciencia que se encarga de analizar las causas, origen y desarrollo de la riqueza, de los niveles de bienestar social; de las causas de inflación, desempleo etc., se vería debilitada conceptualmente en sus estudios, sin el análisis del contrato.

“La primera tarea de la ciencia económica moderna es describir, analizar, explicar y relacionar esas fluctuaciones de la renta nacional de las cuales nos interesan tanto la prosperidad como la depresión, la inflación como la deflación de los precios”. ¹²⁴

El fin ideal de la economía se puede reducir a la producción de los recursos que satisfagan las necesidades de los hombres y mejorar el nivel de vida de la gente.

¹²⁴ Samuelson, A. Paul, Curso de Economía Moderna, Edit. Aguilar. p.4

Resulta claro que un buen sistema económico no es entendible sin el acuerdo de las personas para el alcance de sus objetivos.

Desde los orígenes del hombre con la transacción por trueque hasta la actualidad con contrataciones complejas entre corporaciones, el contrato alcanza el nivel de un instrumento necesario e imprescindible en la ciencia económica.

“Hoy los contratos entrañan grandes grupos a través de procesos de negociación de los que resultan pactos abiertos a los que se llega también en forma abierta.”¹²⁵

Se precisa entonces un enfoque moderno y multidisciplinario del análisis del contrato.

“La extensión de la idea del contrato y el ensanchamiento del concepto, deben de ser vistos como parte del esfuerzo de una sociedad libre, para dar instituciones y métodos para lograr el ajuste armonioso de intereses en competencia dentro de un orden económico bastante diferente al de siglos precedentes”.¹²⁶

3.3.4.- Contrato Como Acto Económico.

El acuerdo de voluntades como fuente básica de las obligaciones se pueden considerar en cierto sentido como un acto económico.

La obligación entendida como un vínculo jurídico por el cual un sujeto llamado acreedor esta en posibilidad de exigir de otro llamado deudor

¹²⁵ Williamson, Oliver E., op. cit. p.335

¹²⁶ Ibidem. p.336

un acto o una abstención de carácter patrimonial; entraña aspectos económicos. Siendo el patrimonio un conjunto de bienes y derechos susceptibles de valoración económica, resulta claro que en la generalidad de las contrataciones se persiguen fines económicos, en este sentido se puede asimilar a un acto económico.

“La conducta del hombre, que sea la satisfacción de necesidades a que encamina sus esfuerzos, recibe el nombre de acto económico”.¹²⁷

Así el acto jurídico como manifestación de voluntad tendiente a producir consecuencias jurídicas y el acto económico como manifestación de voluntad tendiente a satisfacer necesidades, convergen en el estudio de la voluntad motivo de la conducta humana.

“La finalidad económica que los contratantes se proponen ha de ser socialmente apreciable para merecer la protección jurídica”.¹²⁸

El acto jurídico se realiza bajo determinadas manifestaciones de voluntad guiadas hacia un determinado fin, y por consecuencia, es en este sentido y sólo en este sentido en que el acto jurídico es un acto económico.

3.4.- DISEÑO SOCIAL.

3.4.1. - Generalidades.

Ya hemos hablado sobre el diseño Económico y Jurídico del contrato; evidentemente un diseño social del contrato ira de la mano con sus aspectos económicos y jurídicos.

¹²⁷ Domínguez Vargas, Sergio, *Teoría Económica*, op. cit. p.24

¹²⁸ Santos Brinz, *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1978 p.593

El Diseño Social del contrato básicamente se puede encauzar por dos vías; la primera, en relación con su trascendencia social, siendo la sociedad producto de una concertación colectiva; así como las repercusiones de estabilidad y desarrollo en la realización y cumplimiento de los acuerdos, y dos, en torno a las líneas especiales que adquieren diversos tipos de contratos como los administrativos, los de adhesión, etc.

3.4.2. - El Contrato Social

La teoría de Juan Jacobo Rosseau sobre la sociedad establecida contractualmente influyó grandemente en toda la teoría política de su época.

“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino así mismo y permanezca tan libre como antes, tal es el problema fundamental cuya solución da el Contrato Social”.¹²⁹

Como sabemos esta doctrina basa la fuerza del contrato Social, en que dándose los individuos con sus derechos naturales a la sociedad; así esta les revertirá estos derechos con mayor garantía; tal como lo entiende Juan Jacobo Rousseau. “La enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, por que, primeramente dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tienen interés de hacerla onerosa para los demás” y continúa diciendo “ dándose cada individuo a los demás no se da a nadie, y

¹²⁹ Rousseau, Juan Jacobo, “El contrato Social, Edit. Porrúa, México 1982, p. 9

como no hay un asociado sobre el cual no se cede, se gana la equivalencia de todo lo que se pierde y mayor fuerza para conservar lo que se tiene”.¹³⁰

Como podemos apreciar el costo del contrato social equivale al sacrificio de los derechos individuales, y personales en atención al fin general de la sociedad, esto sería la traducción del costo de la teoría del Contrato social.

3.4. 3. - Utilidad Social.

Resulta claro que el contrato incide en la vida social; como se ha mencionado, es en el ámbito del Derecho Privado donde el contrato se desenvuelve y desarrolla, sin embargo la aplicación del acuerdo de voluntades siempre se vera vigilado por el orden jurídico.

“El Estado no puede desentenderse del papel que desempeña el contrato en el ámbito social, en defensa del bien común debe intervenir y se sostiene que el Estado sólo debe proteger los contratos socialmente útiles”.¹³¹

De estas consideraciones se han derivado las ideas de un contractualismo dirigido por los extremos de protección del orden público; así como contratos de adhesión, y en la intervención estatal en las contrataciones colectivas; sin embargo parece latente siempre el carácter eminentemente económico en cada contratación.

“El sistema ruso en el sector colectivizado de la economía administra un buen ejemplo de la supervivencia de las funciones individual y social del

¹³⁰ Idem.

¹³¹ López de Zavalía, Fernando, op. cit. p.30

contrato; se ha tratado de despojarlo de todas sus características “burguesas” pero aún reducidos a su mínima expresión, la idea esencial sigue alentando, poniendo de manifiesto la vitalidad de una institución especialmente idónea para la circulación de bienes y los servicios”.¹³²

El Diseño Social del contrato se encauza básicamente a preservar el sano ambiente económico de la sociedad; así como la preservación de los fines del orden jurídico en general. Sin embargo la contratación social alcanza significaciones propias a nivel colectivo.

“Siguiendo formas específicas de sindicalismo las centrales y confederaciones obreras capaces de llegar a grandes acuerdos globales a toda la clase obrera y demás sectores de asalariados sobre la anticipación de las ganancias y fijación de los salarios”.¹³³

El contrato alcanza matices particulares cuando toca los terrenos de los grupos sociales, así como el organismo social general.

¹³² *Ibidem*, op. cit. p.32

¹³³ *Reconversión Industrial y Lucha Sindical*, Estela Gutiérrez, (Coordinadora) Edit. Nueva Sociedad, 1era. edic 1989, p.29

CAPÍTULO CUARTO

CAPITULO CUARTO

COSTOS DE LA TRANSACCIÓN

SUMARIO: 4.1.- Costos de formación. 4.1.1. - La Acción de contratar, 4.1.2. - Negociación precontractual, 4.1.3.- Aseguramiento de acuerdos, 4.1.4.- Responsabilidad in contrahendo. 4.1.5.- Costos en el período precontractual, 4.1.6.- Formalización del contrato. 4.2.- Costos de ejecución. 4.2.1.- Cumplimiento del contrato, 4.2.2.- El pago. 4.2.3.- Incumplimiento del contrato, 4.2.4.- Pérdida del objeto, 4.2.5.- Obligaciones de hacer y de no hacer, 4.2.6.- Daños, y Perjuicios, 4.3.- Problemática contractual, 4.3.1.- Conflictos contractuales, 4.3.2.- Incumplimiento, 4.4.- Riesgos de imprevisión, 4.4.1.- Situaciones imprevistas, 4.4.2.- Imprevisión en Materia Jurídica, 4.4.3.- Teoría de la imprevisión, 4.4.4.- Costos de imprevisión, 4.4.5.- Cobertura de los costos por imprevisión, 4.5.- Formas de resolución de controversias, 4.5.1.- Conflictos contractuales, 4.5.2.- Autodefensa, 4.5.3.- Autocomposición, 4.5.4.- El Mediador, 4.5.5.- Heterocomposición, 4.5.5.1.- Arbitraje, 4.5.5.2.- Proceso, 4.6.- Costos Sociales y Económicos del Contrato, 4.6.1.- Alcance social del contrato, 4.6.2.- Efecto del contrato entre particulares, 4.6.3.- Costos económicos.

4.1 COSTOS DE FORMACIÓN

4.1.1.- La acción de Contratar

Para la existencia y realización efectiva del contrato, se requieren realizar diversas etapas que se pueden escindir por lo menos en tres, la primera que se refiere desde luego a toda la planeación preliminar del

acuerdo; todos los esfuerzos realizados para finalmente alcanzar el consentimiento, esta etapa contiene sus propias actividades en torno a los contactos y negociaciones, como lo serían el tiempo invertido, gestiones o encuentros previos, estudios preliminares etc. los cuales no deben ser olvidados en el recuento final para la optimización del negocio. Al tipo de costos que nos referimos son los llamados por Williamson, costos “ex ante” que se contienen en los costos de redacción, negociación y salvaguarda de un acuerdo.¹³⁴

El consentimiento forma parte de los elementos esenciales del contrato; para entenderlo debemos separar las voluntades internas subyacentes en cada parte, y la exteriorización de la misma plasmada ya propiamente en el consentimiento.

“La acción de contratar tiene la particularidad de que sólo se obtiene el resultado querido (un contrato) si se da la colaboración de ambas partes. Por eso es un acto bilateral”.¹³⁵

La voluntad interna de cada parte se forma a través de una serie de reflexiones y análisis previos al propio contrato.

Esta voluntad inicial u original se va determinando de acuerdo a las negociaciones y acuerdos previos al acuerdo final, lográndose finalmente una voluntad que será la plasmada en el consentimiento.

La teoría tradicional enmarca a las voluntades de formación en la llamada causa de las obligaciones,.

¹³⁴ Williamson, Oliver, op. cit. p.30

¹³⁵ López de Zavalía, Fernando J., op. cit. p. 99

4.1.2.- Negociación Precontractual.

La negociación precontractual o los tratos previos tienen como fin llegar a la formación de un contrato.

“El concepto de tratativas previas (*poupalers*) se determina en forma negativa. Son tales (*tractatus*) todas las exteriorizaciones inidóneas para concluir un contrato, y que sin embargo tienen por fin llegar a un contrato”.¹³⁶

En la medida en que se van arreglando los términos del contrato, en esa medida también se conforma el acuerdo concreto y completo.

“Como en casi todos los procesos de negociación, los protagonistas tienen que preocuparse por sus opciones si encuentran imposible llegar a un acuerdo. Cada uno debe considerar las otras oportunidades externas de que dispone, de que pueda llegar a un precio reservado para el presente conjunto de negociaciones”.¹³⁷

Cada parte toma en cuenta las ventajas o desventajas que determinado acuerdo puede ocasionarle; así también el tiempo que ocupan la efectiva realización y ejecución del mismo; la gente que se ocupará en la formalización, incluyendo desde luego abogados y sus honorarios, así como toda aquella contingencia que pueda repercutir en la vida del contrato.

“En realidad el contrato casi nunca se forma instantáneamente, el mismo especialmente cuando presenta relevante interés económico va precedido de tratos o negociaciones, o sea de lo que en la jerga corriente se llama “contratar”, pero que es por el contrario, actividad dirigida a conseguir

¹³⁶ *Ibidem*, op. cit. p.101

¹³⁷ López de Zavalía, Fernando J., op. cit. p. 101

el acuerdo más o menos prolongados, durante los cuales los futuros partes contratantes debaten acerca de cual será o podrá ser el contenido del contrato a realizar, y valorar la conveniencia o no, de acuerdo a él”¹³⁸.

Lo anterior marcará la directriz de las decisiones a tomar durante la negociación previa al acuerdo, así las cosas las estimaciones que se puedan tener en estos rubros, marcarán los costos previsibles, y la ventaja de un acuerdo para las partes.

“No habría negocios si no fueran ventajosos para las partes involucradas, desde luego lo mejor es lograr el trato más ventajoso que le permita a uno su posición de regateo. El peor resultado es cuando como consecuencia de una voracidad excesiva, no se logra ningún acto, y no llega a realizarse una transacción que hubiera sido buena para las dos partes”.¹³⁹

En la formación del contrato podemos distinguir diversos costos; entre estos, los costos de vinculación, los tiempos previstos o esperados en las negociaciones; estudios de mercado, en general lo que se puede llamar costos de planeación.

El análisis realizado previamente a la formalización de un acuerdo, conlleva a la toma de decisiones, estas en todos los casos buscarán la optimización del acuerdo a favor del interés propio.

¹³⁸ Messineo, Francesco, op. cit., p.456

¹³⁹ Howard Raiffa, El Arte y la Ciencia de la Negociación., p.41

El costo de una determinada decisión, será descartar otras menos favorables o menos útiles.

“ Los tratos se inician con una propuesta (oferta) de contrato, dirigida, verbalmente o por escrito, por un sujeto proponente (u oferente) al destinatario de ella (oblato). La propuesta no es perfecta mientras no pueda considerar conocida por el destinatario”.¹⁴⁰

No se debe confundir las tratativas previas del contrato preparatorio o promesa de contrato. Toda vez que las primeras son medios para alcanzar una concertación determinada para puntos específicos en tanto que la promesa de contrato ya realmente se trata de un contrato formalizado no obstante que se llame promesa.

“Los tratos no son vinculantes, en el sentido de que el resultado de ellos no es todavía el contrato, sino un esquema hipotético, que se convertirá en contrato si sobre él, es decir, sobre cada una de las cláusulas se forma, y en cuanto se forme el consentimiento de las partes.”¹⁴¹

En el contrato preliminar de acuerdo a Messineo se produce inmediatamente el sólo efecto de obligar a las partes a estipular un futuro contrato, por que las partes así lo quieren; y difieren, por tanto los efectos ulteriores. En cuanto a los demás el preliminar es un contrato común.¹⁴²

¹⁴⁰ Messineo, op. cit. p. 457

¹⁴¹ Messineo, op. cit. p. 456

¹⁴² *Ibidem*.p.466

En los primeros apartados del presente estudio ya hicimos alusión a la formación del consentimiento tal y como se encuentra previsto en la doctrina tradicional. Ahora bien Messineo sobre este punto señala que en la formación del contrato se pueden dar situaciones de contrataciones progresivas, en las cuales los puntos de acuerdo se van tomando “progresivamente” es decir de tiempo en tiempo e ir plasmándose en un determinado documento que se le denomina minuta o borrador.

“El documento en el que se suele fijar por escrito el contenido de los puntos (esenciales) sobre los cuales se ha alcanzado ya el entendimiento entre las partes, se llama minuta o borrador”.¹⁴³

Es necesario hacer notar que el documento al que se hace mención en el párrafo anterior no resulta ser todavía vinculativo para las partes dado su carácter provisional, entendiéndose que el contrato esta formado cuando existe acuerdo en todos los puntos.

Para una mejor comprensión de la etapa precontractual, debemos distinguir el llamado contrato preliminar, de los actos previos realizados a fin de llegar a la formación completa del acuerdo.

El contrato preliminar también llamado promesa de contrato o precontrato representa en sí mismo una especie de contrato, es decir un contrato ya formado, Rojina Villegas lo define de la siguiente manera: “un contrato por virtud del cual una parte o ambas se obligan en cierto tiempo a celebrar un contrato futuro determinado”.¹⁴⁴

¹⁴³ Ibid. .p.46

¹⁴⁴ Rojina Villejas, Rafael, op. cit. p.2

Como podemos apreciar, el contrato preliminar implica una formación completa de un determinado acuerdo, a saber la realización de un contrato futuro, de ahí su naturaleza netamente obligacional con objeto de hacer.

Por otra parte, los tratos previos al contrato se conciben como las actividades propias de las partes a fin de concretizar un determinado acuerdo, estos tratos no constituyen un contrato sino solamente medios que tienen como finalidad conseguir la expresión de una oferta concreta y una aceptación idónea a dicha oferta.

La realización de las actividades previas a la consecución de un acuerdo se puede materializar efectivamente a través de documentos o en la elaboración de un proyecto de contrato, lo que en la doctrina se conoce como minuta (punktalion).

En la minuta o proyecto de contrato se encuentra el contenido de la propalación del contrato.

“La minuta no pasa de ser la prueba de la existencia de tratativas y no pierde ese carácter por el sólo hecho de encontrarse firmada, mientras ello resulta de su contexto ya por que el mismo sea incompleto en sus cláusulas esenciales, ya por que deje librada a futuras conversaciones las determinaciones de las cláusulas accesorias, o porque aún siendo plenamente completa en cuanto a ellos, así lo declare, supeditando la conclusión del contrato a una forma determinada.”¹⁴⁵

¹⁴⁵ López de Zavalía, Fernando, op. cit. p. 136

Como mencionaremos más tarde si bien es cierto que los tratos preliminares o previos no obligan a los contratantes si dan pie a una determinada responsabilidad, es decir la llamada responsabilidad precontractual, la cual no deviene de un incumplimiento de la obligación o de no realizar determinada conducta; sino que a nuestro parecer son efectos de las erogaciones que se efectúan en los actos previos a la formación propia del contrato.

4.1.3.- Aseguramiento de Acuerdos.

Durante la formación del contrato, representa un importante apartado la cuestión de asegurar y cubrir en todo caso la realización de un acuerdo; en contra de posibles acontecimientos que pudieran afectar el contrato y lo hicieran irrealizable; así mismo prevenir la posible pérdida de un bien.

El contrato puede verse afectado por algún riesgo, esto es, la contingencia o la posibilidad de sufrir un daño o una pérdida.

Resulta evidente la conveniencia que representa el aseguramiento del acuerdo; puesto que le imprime determinada confiabilidad en su ejecución efectiva.

“El uso del método del seguro Presenta numerosas ventajas, de las cuales son las principales 1).- la sustitución de la inseguridad por la seguridad; 2).- La distribución equitativa del costo entre lo que esta expuesto al riesgo; 3).- La protección que concede el seguro permite disponer de un crédito que de otra manera no podría obtenerse”.¹⁴⁶

¹⁴⁶ F.T. Allen , Principios Generales de Seguros, F.C.E. México 1955, p. 11

Con los medios de aseguramiento, el acuerdo toma mayor fuerza y mejor manejo en su eficacia final; inclusive las partes tendrán mayor margen de operatividad en relación con distintos negocios.

Leroy Miller advierte que en el mercado de seguros cada individuo elimina el riesgo que enfrenta, mediante el pago de una determinada prima periódica incurriendo, por la tanto, en cierta pérdida o costo, de tal forma que cuando algún tipo de desastre le afecte, será el monto total de fondos que ha sido colocado por todos los asegurados en conjunto el que asuma las pérdidas ocasionadas por el desastre.¹⁴⁷

El aseguramiento o la cobertura sobre la ejecución de un contrato va desde el establecimiento de las cláusulas penales, rescisorias, seguros y cláusulas en todo caso de imprevisión.

4.1.4.- Responsabilidad “in cotrahendo”

Cabe destacar que incluso estas negociaciones previas a la formalización del acuerdo final se puede incurrir en una responsabilidad especial.

Diversos autores han explicado la naturaleza de esta responsabilidad como extracontractual o precontractual, o incluso contractual, Ihering citado por Zavalía, puso de manifiesto que alguien puede incurrir en culpa en el momento de contratar, y situó el deber de diligencia a partir del momento de la oferta.

¹⁴⁷ Cfr. E, Meiners, Microeconomía, 3ra. edición, McGraw Hill, 1990. p. 225

Para tener un criterio sobre el particular es necesario precisar que el contrato puede tener un período anterior en donde se realizan previos contactos en fin de formular un intento de contrato.

“Fagella usa indistintamente las palabras “período” y “momento” para referirse a las divisiones, Así nos dice que en el período de las tratativas hay distinguir dos momentos” luego sostiene que el contrato “tiene un período de formación o de preconstitución.”¹⁴⁸

En efecto pueden existir diversos contratos que requieran para su formalización de este período de previa negociación sobre los puntos de acuerdo sobre una contratación particular. En este sentido podemos sostener que si bien es cierto pueden existir contrataciones en las cuales el punto de acuerdo de voluntades se reduzca solo a un dar hacer o no hacer particular, no menos cierto es que, otro tipo de contrataciones pueden abarcar un sinnúmero de conductas o abstenciones. y en estos casos cuanto y más pueden ser necesarias pláticas y negociaciones previas a un acuerdo final.

“Para llegar al concurso de voluntades, ordinariamente hay negociaciones o tratos previos entre las partes, que discuten las cláusulas y los elementos de contrato hasta ponerse de acuerdo. En esta etapa precontractual, debe obrarse con buena fe”.¹⁴⁹

Siguiendo entonces el principio de que los contratos deben formarse y ejecutarse de Buena Fe, resultaría que los tratos previos deben realizarse de la misma forma, no vemos razón alguna para que nos sea de este modo, dado

¹⁴⁸ López Zavallia, Fernando, op. cit. p.118

¹⁴⁹ Sánchez Medal, op. cit. p.16

que las actitudes deberán ser dirigidas a la consecución de un acuerdo. En este orden de ideas todos los actos tendientes a conformar una estructura a fin de establecer una determinada oferta y esperar una determinada aceptación crean una situación jurídica que implica de antemano una serie de erogaciones y costos en las partes, los cuales si no se realiza el contrato, estos quedaran perdidos.

Ahora bien ¿sería justo que se afronten perdidas sobre una contratación aún cuando esta ni siquiera se haya formalizado? pensamos que en toda contratación impone determinado interés y riesgo en su cumplimiento, y que las partes de antemano afrontan el conocimiento de que en determinadas contrataciones las tratativas previas al contrato serán necesarias e imprescindibles y que son propias de la contratación; sin embargo se debe tomar atención de que si alguna de las partes ha obrado de tal forma que haya incurrido en actitudes que retarden u obstaculicen la propalación del acuerdo, con el sólo fin de causar daño a la contraparte, entonces se debe pensar en fincarle responsabilidad sobre lo acontecido, e incluso es doble la responsabilidad cuando se rompan las negociaciones sin causa justa.

Resulta oportuno subrayar que esta responsabilidad surge antes incluso de la manifestación de la oferta.

“cronológicamente las tratativas son anteriores a la oferta aunque desde luego, no constituyen un paso necesario, y pueden prescindirse de ellas”¹⁵⁰

López de Zavallía resume la problemática en las siguientes líneas: “Supongamos que dos personas han entrado en relaciones con el fin de

¹⁵⁰ López de Zavallía, Fernando, op. cit. p. 101

concluir un contrato, el que se ha celebrado invalidamente, o no se ha celebrado en modo alguno, y que a raíz del acto de una de las partes durante el desarrollo de esas relaciones, la otra ha experimentado daños que no hubiera sufrido de no haber entrado en dichas relaciones y preguntamos: ¿tiene el damnificado alguna acción contra la otra parte? Si la respuesta es afirmativa, estamos sosteniendo la existencia de una responsabilidad precontractual” .¹⁵¹

Ahora bien resulta importante aclarar si existe alguna responsabilidad y en todo caso que clase de responsabilidad acontece en los tratos previos a la celebración de algún contrato.

A mi parecer si en la propalación del acuerdo resultan algún daño o perjuicio será necesario establecer de que causa es derivado; y si es justificable fincar responsabilidad.

“El consentimiento a las tratativas puede ser expreso o tácito, pero no constituye un “pactum de tractandu” en el sentido de que no obliga a tratar, pudiendo ser retirado, pero “ su retiro intempestivo genera la responsabilidad del resarcimiento de los gastos y de los costos efectivos de la obra de la otra parte”. ¹⁵²

Responsabilidad implica responder, la actitud de responder por los actos realizados.

El hombre al contratar es guiado por sus intereses y hace uso de su libertad; por tal responde por sus actos.

¹⁵¹ *Ibidem.* p.177

¹⁵² *Ibidem.* p.182

A fin de conformar una propuesta, se realizan tratativas previas, es decir negociaciones y tratos iniciales, con objeto de emitir una oferta y en todo caso una aceptación.

Las tratativas generan responsabilidad contractual de acuerdo a la doctrina italiana.

En efecto las conductas desplegadas durante las negociaciones previas implican tomar decisiones, y finalmente tomar una decisión a favor.

El costo de la decisión se refleja en la utilidad que se debe de obtener en caso de celebrarse el contrato; así, para el caso de no realizarse el acuerdo o de actuar de mala fe durante el desarrollo de los tratos preliminares se incurre entonces en una responsabilidad llamada precontractual.

“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 (art. 1910)”.¹⁵³

Las tratativas previas se encuentran previstas en el artículo 1337 del código civil italiano 1137.- trattatie e responsabilita precontractuale.- le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

Así las cosas la buena fe prevalece aun en los actos de la formalización del acuerdo.

¹⁵³ Sánchez Meda, Ramón, op. cit. p.17

Independientemente de la naturaleza jurídica de la responsabilidad que sobreviene de los tratos previos al contrato (ya sea contractual, precontractual, o extracontractual; a nuestro parecer seria precontractual). resulta evidente que si de los tratos previos sobreviene algún daño o perjuicio este, debe de ser resarcido.

En realidad, el tratamiento vinculativo que realizan las partes, no se convierten en obligatorios hasta el momento en que repercuten en algún daño o perjuicio para alguna de ellas, para el caso de que no se llegue a formalizar el acuerdo; por cualquier causa que no sea justificable jurídicamente.

Los tratos no son vinculantes, en el sentido de que el resultado de ello no es todavía el contrato, sino un esquema meramente hipotético, que se convertirá en contrato si sobre él, es decir, sobre cada una de las cláusulas, se forma, y en cuanto se forme, el consentimiento de las partes, por tanto, los tratos no obligan, y lo mismo el contenido de las puntos sobre los cuales el debate anotado no es todavía vinculante para las partes. Pero los mismos obligan en otro sentido; en el sentido de que cuando hayan llegado a un punto tal haga prever que el contrato podría celebrarse y una de las partes rompa esos tratos sin un justo o atendible motivo (culpa in contrahendo) ósea culpa en los cursos y los tratos contractuales, responsabilidad precontractual.¹⁵⁴

A nuestro parecer la responsabilidad se le debe denominar precontractual, toda vez que resulta de una etapa inmediata anterior a la expresión de una oferta propiamente dicha y en todo caso de su correspondiente aceptación; el término precontractual ejemplifica y resulta ser

¹⁵⁴ Cfr. Messineo Francesco, op. cit. p.486

una expresión lo bastante gráfica para ubicar a que tipo de responsabilidad nos estamos refiriendo.

En todo caso el comportamiento de las partes debe de ser serio, con el fin de obtener un acuerdo eficaz.

Por otra parte resta por dilucidar la causa de la responsabilidad que implica los tratos previos a la formalización del acuerdo, lo cual abordaremos en nuestro siguiente inciso.

4.1.5.- Costos en el período precontractual.

(Interés contractual negativo)

Como se señaló anteriormente no obstante que en una primera consideración se puede observar que los tratos afines de crear un acuerdo, pudieran no ser obligatorios; estas devienen con responsabilidad precontractual cuando las partes han realizado erogaciones tendientes a su formalización concreta; y por alguna razón el acuerdo no llega a concretizarse, es entonces cuando surgen costos que como hemos visto la doctrina italiana trata de explicar con la teoría de la culpa in contrahendo.

Si partimos de la base que existen situaciones por las cuales diversos contratos pueden verse precedidos de tratos previos y que derivados de los mismos se puede llegar a justificar la responsabilidad precontractual, debemos de clarificar cual es la fuente de esta responsabilidad. Pues bien Messineo por su parte la encuentra en el llamado “interés contractual

negativo” es decir el interés que se tiene de ser indemnizado en caso de no concretarse el acuerdo por las erogaciones producidas.¹⁵⁵

En este sentido podemos citar lo siguiente: “ La contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño, esto es al llamado interés contractual negativo, en contraposición al llamado interés contractual positivo o interés en el cumplimiento cuando pueda probar que, confiando en el estado de los tratos, ha incurrido en gastos que no habría afrontado si hubiese podido prever que el contrato no se habría de concluir, o bien que ha rechazado la oferta igualmente o más ventajosa, proveniente de otra persona, sufriendo así un daño”.¹⁵⁶

A la luz de la teoría del costo de la transacción, los intereses negativos bien se pueden asimilar o equiparar a los costos engendrados por los actos precontractuales. La propia doctrina reconoce la causación de costos en el período precontractual, con los citados intereses negativos.

Resulta claro que en la preparación del contrato pueden ser necesarias erogaciones de diversa índole, las cuales se realicen con miras a concretar la formación de un consentimiento; ahora bien, cuando este no se alcanza por alguna razón contraria al buen actuar de alguna de las partes; se plantea entonces la situación de si se debe soportar las pérdidas o erogaciones hechas.

“El interés negativo se distingue del positivo. Positivo es el interés que un contratante tiene en la ejecución del contrato, es decir todo lo que obtendría de un contrato válido, interés que en caso de inejecución de éste,

¹⁵⁵ Messineo, Francesco, op. cit. p. 456

¹⁵⁶ Messineo, Francesco, op. cit. p.456

debe ser satisfecho indemnizándose el daño emergente y el lucro cesante. Negativo es el interés que se tiene en la no conclusión del contrato, comprendiendo la indemnización de este, todo lo que tendría de no haberse concertado el contrato nulo, y que puede abarcar también un daño emergente y un lucro cesante. El valor del interés negativo puede llegar en ciertos casos al mismo monto pecuniario que el interés positivo".¹⁵⁷

A mi entender el interés negativo representa no propiamente el interés en no concretar el acuerdo, sino en todo caso el interés de ser indemnizado en el evento de que el contrato no llegue a ser formalizado. y sólo en este sentido debe ser entendido el interés contractual negativo. Dado que el interés en no realizar el contrato no sería ya entre las partes sino de un tercero, y en caso de que surja de una de las partes existiría mala fe de esta misma, en la no realización del contrato y sería esta mala fe la motivación para pedir la responsabilidad para la no realización del contrato.

Como ha quedado marcado, si bien es cierto que los tratos previos no vinculan, si responsabilizan a la parte que por su culpa o dolo no realice las actividades propias para la formación del acuerdo.

Existe pues responsabilidad cuando sé de la ruptura injustificada de los tratos o gestiones, lo cual implica la obligación del resarcimiento del daño contractual negativo aquel de los contratantes que en la formación del contrato, no se comporte según la buena fe en sentido objetivo (la llamada responsabilidad por culpa in contrahendo) por ejemplo si el proponente revoca la propuesta. Tanto más incurre en dicha responsabilidad el

¹⁵⁷ Idem.

contratante que sea guiado por propósito doloso (*dolus in contrahendo*), esto es, por el propósito de perjudicar a la contraparte.

Entendemos pues que para que exista posibilidad de requerir la citada responsabilidad, es necesaria una actividad que implique un costo real, y una vez probado el mismo, existe entonces la actualización del interés negativo y por consiguiente la responsabilidad precontractual.

“El fundamento de esta responsabilidad no se encuentra por la tanto, ni en un *pactum de tractandu*, ni en una culpa, sino en una doble causa jurídica. La primera consiste en que quien consiente en que la otra realice un trabajo preparatorio antecontractual asume la obligación de resarcirla de los gastos y del costo de su trabajo; la segunda, en que quien se retira, destruye un valor patrimonial de otro, consistente en los gastos y en el trabajo hechos”.¹⁵⁸

El análisis de la etapa previa a la formalización del contrato nos abre la visión a una serie de aspectos que se encuentran olvidados en la regulación actual de la responsabilidad civil. En efecto nuestra regulación civil hace referencia a la responsabilidad contractual y extracontractual, pero no menciona alguna responsabilidad que pudiera resultar previa a la formación del contrato; desde luego regula la promesa de contrato, así como la responsabilidad derivada del incumplimiento de los esponsales pero este tipo de regulación no encuadraría en la teoría de la responsabilidad precontractual; y sin embargo, resulta claro que se pueden verificar erogaciones, así como costos en la etapa de negociación previa o tratos previos a la formación propia del acuerdo. Por lo anterior se actualiza la necesidad de incluir en nuestra

¹⁵⁸ López de Zavalía, Fernando, op. cit. p.182

regulación civil un artículo que prevea la responsabilidad en que se puede incurrir en todos los actos tendientes a la formación del acuerdo, dicho artículo se pudiera redactar en atención a lo regulado en el código civil italiano; por lo que propongo la siguiente redacción.

“Las partes responderán por los costos y las erogaciones derivadas por la mala fe de sus actos tendientes a la formación de un contrato”.

Con una regulación como la que proponemos quedaría justificada y materializada la normatividad que tuviera como base los costos en la transacción, y por ende la investigación que ahora proponemos. Lo anterior por lo que hace a la primera etapa del ciclo contractual; a saber preformación, formación y ejecución del contrato.

4.1.6.- Formalización del Contrato.

En estas etapas iniciales de la formación del contrato, cada parte debe de analizar los siguientes extremos:

- a).-Costos de Negociación
- b).-Costos de Salvaguarda
- c).-Costos de formalización del contrato.

En donde los costos de la decisión derivadas de la negociación, lo representan todas aquellas erogaciones materiales realizados en la vinculación y discusión de los contenidos contractuales; así como los períodos de tiempo empleados en cada arreglo o tratativa; así como los análisis y estudios preliminares del acuerdo.

Los costos de salvaguarda representados por los seguros y candados previsibles para proteger y afianzar el acuerdo formado.

Los costos de formalización, contenidos en la redacción material de los documentos necesarios para investir al acto, así como los honorarios resultantes de las actividades desplegadas por los abogados, notarios, corredores, contadores, peritos etc. Todas estas erogaciones son las que generalmente y normalmente se toman en consideración en cualquier contrato, en realidad los puntos que a nuestra consideración resultan oscuros dentro de nuestro sistema civil los ubicamos en torno a la responsabilidad precontractual y en todo caso en la ejecución del contrato, a saber el punto referente a la teoría de la imprevisión.

4.2.- COSTOS DE EJECUCIÓN.

4.2.1.- Cumplimiento del Contrato.

Los costos de ejecución hacen referencia a todas aquellas actividades, esfuerzos y erogaciones tendientes a dar efectivo cumplimiento al contrato.

Los costos de ejecución se pueden concebir en dos líneas; la primera con relación a los costos tendientes a la realización afectiva del contrato; esto es, en el evento en el cual las partes no objetan el cumplimiento; no impiden su ejecución, o mejor, cumplen puntual y eficazmente con sus obligaciones con relación al contrato. La segunda se refiere al evento en el cual alguna de las partes o las dos no se encuentran dispuestas a cumplimentar sus obligaciones; evadiendo sus términos, o los desconocen.

Finalmente una última posibilidad la encontramos cuando el acuerdo no se cumple o se ejecuta por circunstancias que escaparon del control de las partes, e influyen en el acuerdo y en el ánimo de los obligados.

“La responsabilidad civil consiste en la obligación que tiene una persona de indemnizar a la otra, los daños y perjuicios que se le han causado”.¹⁵⁹

En efecto los contratos deben ser cumplidos, es una de las bases del Derecho Privado indiscutiblemente.

4.2.2.- El pago.

El cumplimiento entraña el pago de lo que se ha obligado.

“Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido” (Art. 2062 c.c. de 1928.).

Para Planiol el pago es la ejecución efectiva de la obligación.

El pago implica la forma natural de cumplimiento de las obligaciones a su vez es el principal efecto de las mismas, ya que la elaboración y creación de una obligación sólo es concebible si se espera que efectivamente se cumpla.

¹⁵⁹ Cfr. Borja Soriano, Mariano, op. cit. p.457

La ejecución entraña sus propios costos; por mínimos que puedan aparecer; o por extremosos que puedan resultar; en estos eventos tanto la doctrina como la legislación prevén sus alcances. “Los gastos de entrega serán de cuenta del deudor, si no se hubiere estipulado otra cosa” (Art. 2086) c.c.v.

Desde luego prevalece la voluntad de las partes con relación a cubrir los gastos de entrega, pero sin embargo en caso de ser omisos a este extremo, se sigue la regla general dada por el código civil, en el sentido que corren a cargo del deudor los gastos del pago.

Por otra parte el código civil vigente en su artículo 2085 establece lo siguiente: “El deudor que después de celebrado el contrato mudare voluntariamente de domicilio, deberá indemnizar al acreedor de los mayores gastos que haga por esta causa, para obtener el pago. De la misma manera, el acreedor debe indemnizar al deudor cuando debiendo hacerse el pago en el domicilio de aquél, cambia voluntariamente de domicilio.”

4.2.3.- Incumplimiento del Contrato.

El incumplimiento del contrato realizado por cualquiera de las partes, dará lugar a una rescisión del contrato; rescindir quiere decir, romper, rasgar o resolver el acuerdo formado.

“Art. 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícitas en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños

y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible”.

La tan estudiada cláusula resolutoria implícita, se refiere para aquellas obligaciones bilaterales, en el evento de que no se cumpla por una de las partes lo pactado.

Si bien es cierto el cumplimiento de las obligaciones en la forma normal de terminación de los acuerdos; en el incumplimiento se apela a una forma especial de terminación, que resulta ser la rescisión; pues de alguna forma el orden jurídico debe resolver la obligación.

Desde que opera un incumplimiento se rompe el fin del contrato: podemos decir que los contratantes esperan que se realice el cumplimiento, pues no se entendería de otro modo él porque lo han formado; él porque han dirigido su voluntad a la formalización del acuerdo, no existe más causa que la de realización y cumplimiento del mismo.

La ejecución de contrato en principio deberá reportar un beneficio para cada una de las partes, será entonces cuando el contrato obtenga su verdadero fin, en otras palabras, si el contrato se cumple el beneficio será para las dos partes, y es entonces cuando el contrato será óptimo.

Por otro lado, para los casos de incumplimiento, el beneficio que de antemano pudiese buscarse en el contrato, desaparece de inmediato; esto por que las partes no obtendrán lo esperado por el acuerdo; y por ende automáticamente el acuerdo representa costos no cubiertos con su realización, además de los costos adicionales que vienen a representar las erogaciones y

gastos; proporcionados para la ejecución forzosa de la obligación; es decir todos los gastos encaminados a litigar la ejecución del contrato.

Es en el punto del litigio donde encontramos otros aspectos de singular importancia para engendrar costos adicionales.

Si bien es cierto que en la formación del contrato resultan los costos propios del acuerdo en si, cuando se presenta en caso de conflicto a través del litigio y la presencia de las partes ante tribunales, el equilibrio y beneficio del contrato se quiebran, y podemos decir que las partes pierden de antemano, no obstante que a favor de alguna de ella se emitirá un fallo judicial.

4.2.4.- Pérdida del Objeto.

Otro evento que repercute claramente en cuestión de costos lo será la pérdida de la cosa, objeto de la obligación.

art. 2021.- La pérdida de la cosa puede verificarse:

I.- Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio

II.- Desapareciendo de modo que no se tenga noticias de ella o que, aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar.

Cuando la cosa se pierde o desaparece, este evento en sí mismo produce un costo, el cual deberá soportar alguna de las partes; en principio subyace la presunción de acuerdo al artículo 2018; con relación a que la pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya, mientras no se pruebe lo contrario.

Ahora bien, las reglas para los casos en que la cosa se pierde o deteriora se regulan de acuerdo al artículo 2017 de nuestro código, de la siguiente forma:

“En los casos en que la obligación de dar cosa cierto importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observaran las reglas siguientes:

I.- Si la pérdida fue por culpa del deudor éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios”;

En esta primera fracción, el costo por la pérdida es igual al valor de la cosa y los daños y perjuicios, pero si somos acuciosos, podemos comentar que en realidad no sólo es el valor de los bienes y los daños y perjuicios, sino todos aquellos costos preliminares, como las tratativas y negociaciones, de los cuales ya hemos hablado.

II.- “Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado que se encuentre y exigir la reducción de precio y el pago de daños y perjuicios”;

En este caso el bien sólo se deteriora, por lo que se dan dos vías, la rescisión de contrato con pago de daños y perjuicios, o se recibe el bien en el estado que se encuentre más el pago de daños y perjuicios y reducción de precio.

III.- “Si la cosa se perdiere por culpa del acreedor, el deudor queda libre de la obligación”;

En este tercer supuesto el acreedor soportara todo el peso de la pérdida.

IV.- “Si se deteriora por culpa de acreedor, éste tiene obligación de recibir la cosa en el estado que se halle”;

Siendo entonces culpable del deterioro, tendrá a su vez soportar esta responsabilidad recibiendo el bien en dicho estado.

V.- “Si la cosa se pierde por caso fortuito o por fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido.”

En este último apartado quien sufre el costo de la pérdida será el propietario del bien. En efecto, para el evento del caso fortuito o fuerza mayor, nadie responde; pero embargo se nuda un costo para el propietario.

Para los casos de enajenación con reserva de posesión; se siguen las reglas generales; la pérdida por caso fortuito la soportan los interesados; cuando se realiza por culpa de alguna de las partes, será esta quien responda de las mismas (art. 2023).

Para los casos de obligaciones mancomunadas y solidarias, los costos lo soportaran proporcionalmente (art. 2026) o solidariamente de acuerdo a lo pactado.

4.2.5.- Obligaciones de hacer o no hacer.

Cuando se trate de obligaciones de hacer o no hacer, el acreedor tiene derecho a pedir que a costa del deudor se ejecute por otro, si es posible, o si la obra esta mal hecha, solicitar que se deshaga lo mal hecho así el deudor

soportara en estos casos, los costos de la realización efectiva de la obligación por otro; o la enmienda de la obra (art. 2027)

Para los casos de obligaciones de no hacer, los costos lo soportan el obligado, y esto se traduce en el pago de daños y perjuicios (art. 2028).

4.2.6.- Daños y Perjuicios.

La responsabilidad emanada del incumplimiento del contrato importa en todo caso el pago de daños y perjuicios; como sabemos el concepto de daño como pérdida o menoscabo en el patrimonio, eroga un determinado costo a raíz del llamado “damnum emergens” así también con los perjuicios, a través del “lucrum cesans”.

Por otra parte en lo tocante al pago de gastos judiciales, esto de acuerdo a nuestro Código Civil vigente (art. 2118) correrán a cargo de quien faltare al cumplimiento de la obligación.

4.3. PROBLEMÁTICA CONTRACTUAL.

4.3.1.- Conflictos Contractuales.

Los problemas que el contrato puede desencadenar, básicamente se desarrollan dentro de los efectos jurídicos a que tiene consecuencia. De esta forma se suscitan controversias en torno a su inexistencia, su validez, así como a su incumplimiento.

Por lo que respecta a su inexistencia y validez, ya se ha comentado anteriormente las circunstancias y situaciones de las que derivan, a saber; cuando adolecen de un elemento de existencia, llámese, consentimiento,

objeto posible o solemnidad; en estos casos el contrato propiamente no existe, debiendo el juzgador en todo caso declarar la inexistencia.

Por lo que respecta a la invalidez del acuerdo; esta acontece cuando el contrato se ha realizado sin un consentimiento libre, por un objeto ilícito, por falta de forma o por incapacidad de las partes; siendo de acuerdo a nuestro Código Civil Absoluta o Relativa. (arts. 2225 a 2227, 1812,1833,1795,1796, 1799 c.c.v.).

Todo litigio implica a su vez toda una problemática de costos para los sujetos del acuerdo. En efecto, desde que comienza el proceso con una demanda, o medios preparatorios, hasta el momento de la resolución definitiva, en realidad los sujetos ignoran el fallo último de la que dependerá solventar en algún modo los costos realizados por las partes dentro del proceso, soportando la parte perdedora toda una serie de costos totales.

En realidad pensamos que desde que se entabla un litigio, cada parte ya no obtendrá un beneficio óptimo, que llegó a representar la formalización del acuerdo, para cuando se realizase su ejecución.

4.3.2.- Incumplimiento

El incumplimiento de las obligaciones entraña para aquel que incumple, el pago de daños y perjuicios, esta responsabilidad se encuentra regulada en el libro cuarto, título cuarto del Código Civil, sobre el incumplimiento de las obligaciones, de los artículos 2104 al 2118 inclusive.

El artículo 2107 dispone que la responsabilidad de que trata en este título además importa la devolución de la cosa o su precio o la de entre

ambos, en su caso, importara la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.

La situación de incumplimiento del contrato es el evento básico de la problemática conflictual del contrato; el no cumplimiento destruye todos los esfuerzos; así como los fines buscados por las partes.

Las partes de un acuerdo buscaran siempre asegurar por todos los medios posibles el cumplimiento. en principio a las dos partes afectan el incumplimiento del acuerdo: este implica su ineficacia material.

La acción propia del incumplimiento es la rescisión que en nuestro código se prevé en el artículo 1949 para las obligaciones recíprocas. Dicho artículo establece que el perjudicado por el incumplimiento puede exigir el cumplimiento efectivo o la resolución de la obligación, junto con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos.

La cláusula resolutoria implícita para los acuerdos bilaterales, estructura de antemano las acciones a seguir para la realización de evento de incumplimiento.

Cabe hacer mención que existen otras situaciones que a su vez pueden resultar en conflicto como lo sería el saneamiento para caso de evicción o de vicios ocultos, pero en realidad todas las situaciones implicarían un tipo de incumplimiento finalmente.

4.4.- RIESGOS DE IMPREVISIÓN

4.4.1.- Situaciones imprevistas.

En principio todo acuerdo de voluntades se formaliza con la intención de que se ejecute al tenor de sus cláusulas y conforme a su contenido específico, y en efecto las partes contratan con este propósito, en espera de obtener sus objetivos previstos.

No obstante lo anterior, muchas veces no todo lo que planeamos se llega a realizar; por cualquier causa un acuerdo a su vez puede dejar de ser viable; o representar extremos o condiciones totalmente distintas a las que se hubieran pensado inicialmente.

Todo acuerdo es sometido a eventos imprevisibles; estos riesgos deberán ser afrontados por cada una de las partes.

La materia de lo imprevisto se basa en acontecimientos, de esta manera tenemos acontecimientos que siendo previsibles no se prevén, y acontecimientos que por sus características propias resultan imprevisibles; existen ocasiones en las cuales podemos tener una idea sobre el futuro, así tenemos que manejando ciertas premisas o presupuestos, podemos esperar la realización de cierta constante aún que con ciertas variables.

En relación con las ciencias sociales, se advierte la mayor dificultad para establecer una visión, anticipada de los acontecimientos, en virtud de que las conductas humanas están sometidas a un gran número de factores influénciales, como los psicológicos, económicos, históricos etc.

La imprevisión aparece ante nosotros, como la carencia de representación inicial de acontecimientos que se actualizan en un período de tiempo, y que traen aparejadas consecuencias distintas de las originalmente estimadas.

4.4.2.- Imprevisión en Materia Jurídica.

El sentido jurídico de la imprevisión, esta alude a la falta de ponderación o estimación de las circunstancias en que realizamos nuestros actos y en este sentido se aproxima a la noción de imprudencia o falta de cuidado en nuestra conducta, la imprevisión en el primero de los sentidos apuntados se relaciona aunque no se identifica enteramente con el caso fortuito, en ese aspecto los efectos derivados de la imprevisión no son imputables a uno u a otro sujeto, en el segundo sentido aludido, la imprevisión entra a la idea de culpa y de imputabilidad de las consecuencias lesivas que en su caso cause esa falta y obligan al sujeto a la reparación de los daños y perjuicios consiguientes.

En resumen las características diferenciales entre el caso fortuito o fuerza mayor por un lado, y la imprevisión por el otro, es que en las dos primeras figuras, el cumplimiento resulta imposible en tanto que en la imprevisión el cumplimiento puede llegar a efectuarse, pero implicaría un sacrificio excesivo el cual llevaría implícito una falta de equidad en las prestaciones.

Para Planiol el término imprevisión da a entender las “variaciones en las circunstancias de hecho que exponen al deudor a eventualidades favorables o desfavorables”.¹⁶⁰

Para Bonnecase “La imprevisión se refiere a los acontecimientos posteriores a la formación del convenio”.¹⁶¹

El maestro Borja Soriano otorga el sentido del vocablo imprevisión como “las circunstancias que modifican las condiciones de ejecución de las obligaciones contractuales”.¹⁶²

4.4.3.- Teoría de la Imprevisión.

La teoría se inspira en un equilibrio constante que debe prevalecer en las prestaciones que resultan de las obligaciones pactadas entre las partes; una desproporción extrema en las mismas llegaría a contrariar la sensación de equidad, aspecto fundamental que siempre se busca en las relaciones jurídicas.

Marcel planiol sobre la teoría de la imprevisión indica lo siguiente: “Los tribunales hubieran podido, resucitando, la regla rebus sic stantibus, declarar en virtud del poder soberano de apreciación que tienen los de instancia, que la intención de las partes había sido subordinar el mantenimiento del contrato, tal y como había sido concertado, a la subsistencia, sin variación apreciable, de las condiciones de hecho”.¹⁶³

¹⁶⁰ Planiol, Marcel, op. cit. p.322

¹⁶¹ Bonnecase, Julien, op. cit. p.350

¹⁶² Bonnecase, Julien, op. cit. p.350

¹⁶³ Bonnecase, Julien, op. cit. p.350

Sobre la teoría de la imprevisión, nos enfrentamos ante la cuestión de discernir si los órganos judiciales se encuentran en condición de revisar las circunstancias originales en que se originó la relación jurídica, así como de valorar las condiciones finales de los actos jurídicos.

Ya Julien Bonnecase planteaba el problema en los siguientes términos: “Es justo admitir que un acto jurídico, especialmente un convenio pueda extinguirse o modificarse en sus efectos por intermediación del juez, cuando los acontecimientos posteriores a la formación de dicho convenio, que las partes no previeron, ni lógicamente pudieron preverse, han engendrado una situación particularmente onerosa para el deudor, o sumamente desfavorable para el acreedor”.¹⁶⁴

Para Ripert y Boulanger “La revisión del contrato se pide en realidad, no por causa de imprevisión, sino porque el desequilibrio en las prestaciones que existía en el día de celebración del contrato se ha encontrado roto en el curso de su ejecución. Hay aquí una lesión posterior al contrato. Poco importa, en consecuencia, que las partes la hayan previsto o no. Una consideración de justicia conmutativa es la que hace pedir la revisión.”¹⁶⁵

Abundando, “Es preciso pues, para admitir la revisión de un acontecimiento extraordinario, fuera de la previsión humana y ese era el sentido de la cláusula rebus sic stantibus. Es necesario además que el acontecimiento haga para el deudor la ejecución tan difícil y onerosa, que

¹⁶⁴ Bonnecase, Julien, op. cit. p.350

¹⁶⁵ Ripert et Boulenger, op. cit. p.283

constituya una lesión desproporcionada con la ventaja prevista por él en el contrato”.¹⁶⁶

La teoría de la imprevisión atiende pues a una revisión de las condiciones de los acuerdos así como a la posibilidad de adecuar los términos del contrato a las condiciones actuales.

Para Planiol: “ Los Tribunales pueden suspender el cumplimiento de la obligación cuando estimaren que las condiciones que determinan el aumento de gravamen al deudor son transitorias, si han de durar mucho tiempo, la solución más satisfactoria no es, por regla general, la resolución del contrato, sino la revisión de sus condiciones”.¹⁶⁷

Lo anterior es el tratamiento a grandes líneas de la llamada teoría de la imprevisión, que como veremos en el siguiente apartado, puede repercutir en costos adicionales a lo calculado en el origen del acuerdo. Baste ahora por remarcar que de la teoría de la imprevisión aunque sea de difícil operatividad en la práctica, así como de difícil aceptación general; el manejo doctrinario de la misma da luz sobre algunos aspectos dignos de tomarse en cuenta, con relación a la formalización de acuerdos; es decir, el estudio de la imprevisión recomendaría la aplicación de cláusulas de imprevisión, así como de un análisis microanalítico de los extremos del contrato.

A mi parecer la teoría que nos ocupa se puede enunciar en los siguientes términos: Se entiende por teoría de la imprevisión, a la posibilidad legal que poseen los órganos jurisdiccionales, en el evento de que las

¹⁶⁶ Planiol, op. cit. p. 553

¹⁶⁷ Idem.

circunstancias originales en que se había acordado, cambien de tal forma que las prestaciones lleguen a ser desproporcionadas, como resultado de acontecimientos insospechados en la concertación que dio inicio el vínculo entre las partes.

Ahora bien, resulta necesario tener siempre presente que el contexto en el que se desenvuelve la teoría, lo representa el desequilibrio en la proporción de obligaciones contraídas, desproporción que deriva de lo imprevisto de los acontecimientos.

Finalmente podemos decir que la teoría de la imprevisión encuadraría en una especie de justicia, y para explicar este argumento haremos referencia a lo manifestado por Aristóteles en torno a su concepto de justicia así como de sus clases.

Aristóteles al hablar de la justicia señala, “lo justo pues es una especie de lo proporcionado”.¹⁶⁸

Se debe distinguir dos clases de justicia según la obra de Aristóteles, a saber, la distributiva y la conmutativa.

“La justicia es aquel habito en virtud del cual se dice que el hombre justo es el que tiene la aptitud para practicar lo justo por opción y para distribuir, ya entre sí mismo y otro o entre otros dos, de manera que no dé más de lo que es de desear a sí mismo y otro o entre otros dos, de manera que no dé más de lo que es de desear a sí mismo y menos a su prójimo (y a la

¹⁶⁸ Aristóteles, op. cit. p. 211

inversa, de tratarse de lo dañoso), sino que conceda lo igual de conformidad con la proporción, y al mismo modo al distribuir entre otras dos personas” .¹⁶⁹

Y por último anotaremos una cita interesantísima para los fines de este punto.

“En cuanto a la justicia particular y a lo que es justo en el sentido correspondiente, uno de sus géneros es el que manifiesta en la distribución de honores o dinero, o las demás cosas que figuran en lo que se divide entre aquellos que tienen participación en la comunidad social (porque en esas cosas es posible que un hombre tenga participación ya sea igual o desigual a la de otro), y otro género el que juega el papel de rectificador en las transacciones entre los hombres” .¹⁷⁰

4.4.4.- Costos de Imprevisión.

Como hemos señalado en los anteriores puntos, la dificultad de llevar a la práctica una teoría como la de la imprevisión es realmente frustrante, pues a pesar de existir argumentos éticos, filosóficos y jurídicos; existen a su vez otros de igual categoría implementando el cumplimiento exacto del contrato.

Algo es innegable a la aparición de un acontecimiento imprevisto, esto se traduce a su vez en costos de imprevisión que de alguna forma u otra se tendrán que solventar. Lo interesante entonces es comentar como desde la formación del acuerdo se pueden considerar los acontecimientos imprevisibles que recaen en costos adicionales, por lo que se recomienda en todo caso la adopción de un clausulado lo suficientemente adecuado para la

¹⁶⁹ Ibidem. p.218

¹⁷⁰ Ibidem. p. 219

cobertura de este tipo de acontecimientos, a fin de optimizar en todo lo que sea posible el propio contrato.

Resulta claro que a la aparición o realización de un acontecimiento imprevisible, que afecte al acuerdo, este se vera de alguna forma desequilibrado, y cuanto más si altera las cuestiones de economía del acuerdo y en ese mismo sentido se verán afectadas la cuestión de sus costos.

Como ha quedado anotado, el problema de aplicación de la teoría de la imprevisión se encontraba circunscrito al mantenimiento del principio básico contractual de que los contratos legalmente celebrados deberán ser puntualmente cumplidos; y por lo mismo en el caso de nuestra legislación, salvo algunos estados que han intentado su implantación al momento de escribir estas líneas se encuentra vigente la discusión sobre la conveniencia de aplicación. En efecto al ser nuestro país víctima constante de complicaciones financieras y crisis económicas; estos fenómenos son fuente de

desequilibrios que dan al traste con la contratación actual; de esta forma uno de los problemas de mayor importancia en los momentos actuales se refiere a la llamada cartera vencida de los bancos.

En los últimos días se han dado resoluciones que establecen en algún sentido la aplicación de la teoría de la imprevisión, así diversos diarios nacionales se han encargado de publicar el contenido de este tipo de resoluciones, por lo cual nos permitimos sólo anotar algunas de las notas de referencia.

“FALLAN A FAVOR DE DEUDOR”.

Obligan al banco a rebajar hasta el 50 % de los réditos excedentes: Por unanimidad de votos, magistrados del tribunal Superior de justicia del D.F. revocaron la sentencia que había ganado Bancomer a uno de sus deudores, al considerar que incurrió en “excesiva onerosidad” en el cobro de intereses hipotecarios, y ordenó al banco rebajar hasta en un 50% los réditos excedentes.

Los magistrados Víctor R. Díaz Ortos, Joaquín Madrigal Valdez y Griselda Nieblas Aldana, de la Segunda Sala del TSJDF, revisaron el recurso por vía civil interpuesto por el deudor Carlos Chaim Sánchez, quien reclama por el exagerado incremento de los intereses mensuales que el banco pretendía cobrarle a partir de enero de 1995, como consecuencia de los efectos de la crisis financiera.

La tasa de interés mensual subió de 23.13 por ciento en 1994 a un 85 por ciento en el punto más alto de la fluctuación de los réditos durante 1995.

Por ello, el deudor demandante se quejó del perjuicio que le implicaron esos cobros, así como la radical modificación de los términos de equidad y proporcionalidad del contrato de crédito. Sin embargo, el juez trigésimo quinto de lo civil consideró insuficientemente acreditado el reclamo, y liberó al banco de toda responsabilidad.

El deudor interpuso una apelación que finalmente fue considerada como fundado por los magistrados.

Chaim Sánchez expone que el motivo determinante de su voluntad para firmar el crédito hipotecario con la institución fue que el cobro de intereses 23.13 por ciento era compatible con su capacidad de pago.

Argumento que el aumento de las tasas de interés fue completamente imprevisible por él y si, en cambio, era la propia institución bancaria la que podía contar con elementos de información y conocimientos necesarios para prever las fluctuaciones de los intereses.

El proceso de apelación invoca el artículo 1796 del Código Civil de aplicación supletoria al de Comercio y a la Ley de instituciones de Crédito, que establece que los contratos obligan a las partes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso o a la ley.

Agrega que numerosos tratadistas mexicanos han visto en dicha disposición legal, lo que la doctrina identifica como cláusula “Rebus Sic Stantibus” o Teoría de la Imprevisión que se refiere al Derecho de todo contratante para exigir la resolución o restablecimiento del equilibrio contractual, cuando debido a causas extrañas se produce una excesiva onerosidad del mismo en su perjuicio.

Por lo expuesto, los magistrados consideraron fundados los agravios expresados por el deudor, y revocaron la sentencia anterior del juez.¹⁷¹

¹⁷¹ Periódico Reforma, miércoles 6 de noviembre de 1996, por Fermin Vázquez Legaria.

BANCOMER SE AMPARA ANTE UNA SENTENCIA FAVORABLE A DEUDOR.

Bancomer interpondrá un juicio de amparo ante el Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil contra la sentencia dictada en favor de un deudor de esa institución, en la que se estableció la reducción de 50% por ciento de los intereses de un crédito solicitado antes de la crisis de 1994.

De acuerdo con Vicente Rodríguez, vocero del banco, el juicio no ha terminado y lo que se presentó como un fallo no es la resolución definitiva del juicio. por lo que tiene plazo hasta mañana para presentar un amparo.

Entrevistado telefónicamente, Rodríguez señaló que el argumento legal utilizado por el abogado Alejandro Romano, representante del deudor Carlos Chaim Sánchez, no forma parte del derecho mexicano..

Dicho argumento aduce que en un pacto mercantil dos partes involucradas se hacen responsables por igual de un imprevisto que altere el acuerdo de referencia.

Es preciso señalar que tres magistrados de Tribunales de Justicia del Distrito Federal (de menor jerarquía que el Colegiado) fallaron en favor de Chaim Sánchez, quien en mayo de 1994 solicitó un crédito de 480 mil pesos a Bancomer, en el sentido de que ambas partes deben absorber el costo del dinero financiado, de modo que se insto a la institución bancaria a devolver 50 por ciento del incremento de las tasas de interés desde esa fecha al día de hoy.

Rodríguez explicó que no se podrá considerar ganadora a ninguna de las dos partes hasta que el Tribunal Colegiado resuelva definitivamente el juicio de amparo interpuesto por Bancomer, que podría durar de dos a tres meses debido a que aún no se establece de manera definitiva a quién le asiste

la razón, continuó Rodríguez, no se teme que otros deudores decidan seguir el mismo camino para reducir el pago de intereses, los cuales se han incrementado considerablemente desde 1994.¹⁷²

Como podemos apreciar resulta interesante de la aplicación de algunas directrices contenidas en la Teoría de la Imprevisión, cuando se da una onerosidad extrema, por ejemplo, y el juez cambia, por así decirlo los términos del acuerdo. En este tipo de casos, resulta evidente que las erogaciones que se afrontan y sus costos para una de las partes se disparan de forma inmoderada, afectando el sentido del justo equilibrio entre las prestaciones, e inclusive la parte a la cual no se le ha pagado o restituido, también resulta afectada con relación a sus costos, por lo que el análisis de estos efectos económicos se pueden traducir en la necesidad de la construcción de un contrato que salvaguarde este tipo de fenómenos, en efecto, en el caso de referencia suena interesante la reducción del 50% de los intereses, pero si le preguntáramos a la institución bancaria, o mejor a sus representantes, seguramente no les parecería justo este tipo de resoluciones, caso distinto si se hubiera pactado de antemano la resolución de este tipo de contingencias imprevistas.

Los Costos de Transacción serían una buena directriz para determinar el alcance de la aplicación, pensamos que una buena regulación que establecieran los caso y los niveles de desequilibrio en los contratos no se revelaría en contra de los principios básicos contractuales, y más aún ayudaría a mantener un orden jurídico equitativo.

¹⁷² Periódico el Financiero, viernes 18 de octubre de 1996, por María Luisa Alós.

Con base en lo expuesto en las líneas anteriores, la teoría de la imprevisión pudiera aplicarse siguiendo las siguientes líneas:

Las circunstancias y situaciones en la ejecución y cumplimiento de los contratos, sólo podrán ser revisadas para los casos en que su actualización sea de naturaleza extraordinaria y diversa a las condiciones originalmente establecidas, siempre que sea evidente una notoria injusticia o falta de equidad sobrevenida, y que representen mayores costos que los originalmente previstos en las prestaciones pactadas.

Con fundamento en lo anterior podemos decir que la teoría de la imprevisión tendría un sustento no sólo en la falta de equidad de las prestaciones sino en una situación material y concreta como lo representan los costos derivados de condiciones imprevistas.

Si analizamos las condiciones jurídicas y económicas actuales y que se han venido desarrollando a lo largo de las décadas pasadas, sería el momento oportuno de intentar incluir en el ambiente jurídico y en nuestras normas civiles, la construcción jurídica sobre la imprevisión; y pienso además que su motivación concreta la encontramos en los costos de la transacción propias del acuerdo de voluntades.

4.4.5.- Cobertura de Costos por Imprevisión.

A manera de síntesis, en relación con los provechos prácticos que se pueden obtener a través del análisis de la teoría de la imprevisión, los podríamos contener en las siguientes líneas:

a) Un análisis detallado de los sucesos que pudieran acontecer, previo a la formalización de acuerdo, así como su resolución de antemano.

b).- Redacción de un clausulado lo suficientemente amplio y claro a fin de que prevea las adaptaciones, para los casos de dificultades en el acuerdo.

c).- Establecimientos de las salvaguardas y seguros indispensables de cobertura de los bienes sujetos al acuerdo.

d) cláusulas de indexación en todo caso.

Finalmente podemos señalar que la teoría de la imprevisión y en todo caso la aplicación de la cláusula “*rebus sic statntibus*”, no debe de realizarse de forma indiscriminada para todo tipo de contrato sino que esta responderá sólo a aquellos que contengan por su naturaleza una cierta temporalidad.

Ya Candil establecía que el principio de la clausula referida, se reducía a lo siguiente “*Contractus qui habenti tractum successivumit depentiam di futuro rebus sic stantibus intelligentur*”.¹⁷³

En efecto los contratos que impliquen negocios de tracto sucesivo dependen de que las cosas queden firmes en el futuro.

Tenemos pues que la cláusula “*rebus sic stantibus*” se delimita para los contratos de tracto sucesivo y de ejecución futura, desde aquí podemos entonces a delimitar la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión para los contratos de tracto sucesivo así como aquellos de eficacia continua, en razón de que las dos especies implican prestaciones que se realizan con referencia a momentos diversos al de celebración de contrato

“Parece que no todos los contratos son susceptibles de ser afectados por la imprevisión, exceptuando en forma absoluta los contratos aleatorios,

¹⁷³ Candil, F., op. cit. p. 50

únicamente deben considerarse como revisables los contratos de prestaciones sucesivas y los que produzcan obligaciones a plazo”.¹⁷⁴

Se debe tomar en cuenta para la aplicación de la teoría un determinado período de tiempo entre la celebración del contrato y la actualización de los acontecimientos imprevisibles.

“Los problemas de imprevisión se pueden resumir en que las partes no pudieron prevenir los eventos sobrevinientes que trastornen la economía del contrato”.¹⁷⁵ Se puede hablar de que el Derecho posee diversas técnicas de previsión como lo serían las cláusulas de revisión, de adaptación, o de determinación de las obligaciones.

El problema de imprevisión difiere a los casos de fuerza mayor, en este, la ejecución el contrato deviene imposible en razón de un evento exterior, en los casos de imprevisión la ejecución del contrato es posible más esta deviene onerosa en razón de un acontecimiento imprevisto.

Por lo anterior se puede aconsejar la revisión del contrato por el juez en los casos de imprevisión, el juez revisaría el contrato de acuerdo a las nuevas circunstancias económicas.

Es de hacer notar que también se puede alegar un desequilibrio económico en el contrato, un análisis de sus costos pudiera acercarnos a una mejor propuesta de resolución de controversias por causas de imprevisión.

¹⁷⁴ Bonnecase, Julien, op. cit. p. 351

¹⁷⁵ Fargat, Gerard, Droit Prive de l' economie p.344

4.5.- FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

4.5.1.- Conflictos Contractuales.

Cuando las partes integrantes de un contrato, entran en conflicto, el panorama del contrato obscurece para ambas, dado que se vislumbra un período de resolución de controversias a través, en la generalidad de casos, de la intervención de las instancias judiciales correspondientes.

Todo un litigio implica a su vez una problemática de costos para los sujetos del acuerdo. En efecto, desde que comienza el proceso con una demanda hasta el momento de la resolución definitiva; en realidad los sujetos ignoran el fallo último; de lo que dependerá el solventar de algún modo los costos realizados para alguna de las partes; soportando la perdedora toda una serie de costos totales. En realidad pensamos que desde que se entabla un litigio cada parte ya no obtendrá el beneficio que pensaría, o hubiera pensado si el acuerdo en realidad se ejecutara normalmente.

4.5.1.- Autodefensa.

Esta forma de resolución consiste en que, uno de los sujetos en conflicto, sea un individuo, sea una persona jurídica, sea una masa indeterminada, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente, con otro sujeto (o los dos a la vez), a través de una “acción directa” en lugar de dirigir el instrumento apropiado hacia un tercero que lo dirima.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Cfr. Fairen Guillen, Víctor, Teoría General del Derecho Procesal, UNAM, Méx. 1992 p.18

La desventaja sobre este tipo, se refiere a que comúnmente la parte de poder superior impone las condiciones de resolución; en términos de costos, podría argumentarse que se evaden los costos judiciales, pero que en realidad todo el peso del conflicto la podría soportar la parte débil.

4.5.3 Autocomposición

Se trata de un arreglo pacífico del conflicto, por medio de un acuerdo, expreso o tácito, de los interesados en él, sin acudir a una tercera persona o entidad para que lo dirima, como ejemplos se manejan la conciliación extrajudicial y en la transacción, también extrajudicial. Pareciera ser que a este tipo de resolución de controversias no se le ha dado la importancia que definitivamente puede alcanzar.

Con base en la autonomía de la voluntad, entendida como la facultad de establecer las reglas de conducta por los propios interesados en un acuerdo, de la misma forma se puede acordar la amigable composición de un acuerdo.

Aunque los investigadores del Derecho contractual han refutado reiterada y vigorosamente la ficción de que los contratos se cumplen al pie de la letra y las disputas se presentan y se arreglan rutinariamente a los tribunales, esta tradición conserva un control firme sobre la investigación legal y, más aún económica. Eso se explica en parte por el hecho de que la ficción del centralismo legal puro es una conveniencia analítica enorme.

Pero la ausencia de una teoría del contrato alternativa, bien específica, es probablemente la culpable principal.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Raiffa, Howard, El Arte y la Ciencia de la Negociación p.220

Es entonces como el análisis del contrato a través de los costos que lo contienen se puede erigir en una propuesta alternativa a la visión clásica del estudio e investigación contractual; y cambiar la visión netamente legalista que tienen los abogados cuando se enfrentan a la formación del acuerdo así como una resolución del mismo.

En términos más generales los estudios de las prácticas contractuales apoyan la idea de que las disputas y las ambigüedades contractuales se arreglan más a menudo por el ordenamiento privado que por la apelación a los tribunales, lo que contrasta marcadamente con las presunciones neoclásicas del Derecho y la Economía.¹⁷⁸

Podemos proponer la opción alternativa de solucionar las controversias derivadas del acuerdo, por vía de una composición privada de las partes, y ya no tanto apelar a uso de los tribunales a fin de buscar una rápida y efectiva solución, cuanto mejor si resulta menos onerosa.

4.5.4.- El Mediador.

Para Aristóteles el juez era o representaba un mediador.

“Por eso cuando la gente litiga, somete su litigio al juez; someterse al juez significa someterse a la justicia, por que se considera al juez como personificación de lo justo, y los hombres buscan al juez como intermediario, y en algunos estados llaman a los jueces mediadores, en la creencia de que si obtienen lo intermedio conseguirán lo justo”¹⁷⁹

¹⁷⁸ Williamson, Oliver, op. cit. 399

¹⁷⁹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Edic. Los Clásicos p. 12

Para Aristóteles en su ética exponía la dificultad que representaba alcanzar el justo medio; y es en la idea de que el juez lo puede obtener por lo que la gente acude a él.

Pero el alcance del término mediador, para esta investigación se toma en sentido diverso, es decir, un mediador para el efecto de resolución de controversia sería aquél que facilite o condicione la solución.

“Se supone que los mediadores a diferencia de los árbitros, no dictan soluciones a las partes en disputa. Empero, las distinciones entre mediación y arbitraje son a veces demasiado sutiles”.¹⁸⁰

La intervención de una parte ajena al acuerdo puede tomarse como un arma de dos filos, puede en efecto facilitar pero también puede entorpecer en algunas ocasiones la solución.

“Si bien la intervención de una tercera parte puede ser en extremo útil en la resolución de disputas, una tercera parte extraña en ocasiones puede más bien exacerbar que limar las diferencias entre las partes”.¹⁸¹

Al mediador no necesariamente se le debe vincular al proceso, sino dentro de un ambiente de negociación a fin de ayudar en los problemas personales estabilizando y controlando emociones, y ayudar a las partes en conflicto a entender que no se trata de una disputa que se tenga que ganar, sino resolver.

¹⁸⁰ Raiffa, Howard, op. cit. p.216

¹⁸¹ *Ibidem*, p.216

El mediador podría estructurar mecanismos de entendimiento, y circular escritos de avenencia.

“Podría ayudar a instrumentar acuerdos; elaborando documentos de relaciones públicas bien escritos que expliquen la necesidad de transigir, otorgando un sello de aprobación a los acuerdos transigidos, atestiguando que ambas partes negociaran de buena fe y que no se llegue a ningún convenio escondido, ayudando con la verificación del acuerdo, con los agravios que pudieran surgir en el futuro como consecuencia de ambigüedades en el futuro”.¹⁸²

De la forma anterior, las partes en el litigio pudieran estar más de acuerdo a vislumbrar una solución conjunta del problema si se encuentra presente un mediador competente y prestigiado.

El análisis del mediador desde luego será imparcial, o deberá ser imparcial, para que tenga mayor posibilidades de ser aceptado.

“El mediador podrá redactar un texto de negociación único y luego modificarlo sucesivamente después de que las partes en disputa lo hayan criticado separada y colectivamente”.¹⁸³

El papel de mediador bien lo pueden ejercer los abogados al realizar consultas sobre los conflictos contractuales; dada su ventaja del conocimiento teórico y fundamento legal así como redacción de acuerdos.

¹⁸² Raiffa, Howard, op. cit. p.217

¹⁸³ Raiffa, Howard, op. cit. p.217

4.5.5.- Heterocomposición.

Supone la existencia de un conflicto intersubjetivo y el hecho de que los dos (o más) interesados, acuden a una tercera desinteresada, a fin de que lo resuelva imparcialmente.

Esta forma de composición traslada el conflicto en torno a su solución, a un tercero, o mejor a una instancia diferente a las partes, dentro de esta forma de composición encontramos, el Arbitraje y el Proceso.

4.5.5.1 Arbitraje.

Dice Fairen Guillen que el arbitraje debe tener su nacimiento histórico en el hecho de que una o varias personas, se interpongan entre los interesados en el litigio, a fin de darle una solución pacífica e imparcial.

En el Derecho actual la figura del arbitraje se basa en un contrato, por el cual las partes acuerdan que, en el evento de existir controversia; el conflicto lo resolverá un arbitro; a su vez se necesita el acuerdo o consentimiento del arbitro.

Tiene el arbitraje en sus diferentes manifestaciones, las características de que son los interesados los que hacen nacer (al determinar su extensión) si esta persona si acepta naturalmente debe tener un sólo conflicto o varios. Le fijan un plazo determinado para que lo haga y al final del mismo decae en sus potestades, deja de ser “arbitro”, desaparece de la escena.

Es así, la voluntad de las partes, la que hace nacer y morir al arbitro y arbitraje.

El arbitro debe exhumar los hechos, debe probar los deseos y valores de ambas partes, debe buscar lineamientos o normas que restrinjan la elección de él o de ella, supongamos que el arbitro es imparcial y quiere hacer lo que es correcto y justo para los contendientes.¹⁸⁴

Atendiendo a las características del arbitraje, este medio para la resolución de conflictos, sería una vía muchas veces de mayor efectividad y celeridad, que un proceso normal, reduciendo evidentemente los costos que pudieran considerarse en todo proceso, dependiendo desde luego de la naturaleza del procedimiento. Así las cosas las partes deben ponderar cada una de estas posibilidades, así que una vez analizados los gastos de un proceso y los costos a través de un arbitraje, tomar la decisión de que vía sería la optima de acuerdo a los intereses en disputa.

4.5.5.2.- Proceso.

Como se ha mencionado anteriormente, la doctrina clásica del contrato adopta las resoluciones de controversias a través de la intervención de los tribunales, es decir es la forma más común de resolver los litigios a través de las instancias legalmente establecidas para ejercer la función jurisdiccional. “El proceso aparecería así como un medio jurídico para la dilucidación jurisdiccional de una pretensión litigiosa”.¹⁸⁵

Con lo anterior se hace imprescindible el manejo de la figura de los jueces.

¹⁸⁴ Cfr. Raiffa, Howard, op. cit. p.229

¹⁸⁵ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, Proceso, Autocomposición y Autodefensa, p. 112

“La figura del Juez—otro tercero imparcial—ya no depende en cuanto a su nacimiento de la voluntad contractual de los interesados en el conflicto, sino que se perpetúa como organismo de estado”.¹⁸⁶

En otras palabras, es aceptada en forma amplia por la doctrina general, que las controversias se deben resolver entre los jueces y los magistrados.

La idea tradicional de que las controversias contractuales se arreglan cotidianamente ante tribunales se conserva de manera fuerte en el ámbito jurídico.

4.5.6.- El juzgador.

El papel del juez reviste importancia de enorme magnitud, pues finalmente será la resolución que este expida, la que de término a alguna controversia.

El juez al aplicar y ejercer la función jurisdiccional, dirá el derecho, conforme a los hechos presentados; así como a las pruebas ofrecidas, explicando los fundamentos legales correspondientes.

El juez sin embargo posee una posición privilegiada ante las partes para actuar como mediador, en efecto, sería el momento de replantear el papel de juez en cuanto a su función de resolver disputas; por lo que se debe estudiar con mayor detenimiento los eventos de resolución de controversias previas al juicio, como serían las audiencias previas.

¹⁸⁶ Fairen Guillen, Víctor, *op. cit.* p. 20

Sabemos que en nuestro país esta práctica ha tenido poco éxito, sin embargo esto se debe a que los juzgadores no se impregnan de una atmósfera de resolución de litigios sino hasta cuando se está en proceso.

Si el juzgador tomara un papel de mediador, la resolución de controversias alcanzaría una mayor gama de respuestas, Howard Raiffa hace un interesante análisis al respecto; a su parecer el juez tiene importantes papeles que desempeñar fuera del juzgado en lo que se refiere a resolver disputas. En primer lugar, él o ella pueden facilitar las negociaciones en virtud de que es posible que cada uno de los litigantes se muestre renuente a ser el primero en sugerir una posibilidad de solución, el juez puede recurrir a las partes contendientes; así también el juez podría imponer límites firmes para la consumación de las negociaciones, y de este modo expedita un acuerdo, así mismo analizar los costos en el litigio proponiendo una mejor composición, el juez podría llevar a efecto una investigación de hechos a través de las conferencias anteriores al juicio, sugiriendo caminos para llegar a un acuerdo, inclusive instrumentando convenios, pregonando ante todo la equidad de la negociación. Raiffa manifiesta literalmente que “el juez, actuando como mediador, puede reducir las diferencias de los adversarios ayudando a deflacionar aspiraciones en extremo fuera de la realidad. Algunos jueces han adoptado una técnica de “Lloyds de Londres”, mediante la cual el juez, en privado, conduce a los abogados del demandante y del demandado a que hagan cálculos de valores esperados, se pide a cada uno de ellos que estime a) sus oportunidades de ganar, y b) la expectativa condicional de los montos de daños en dólares que un jurado adjudicaría.. A continuación se multiplican conjuntamente estos dos factores para obtener un valor esperado

global. Se hace una deducción por concepto de costos incrementales de litigio, y tal vez por aversión al riesgo".¹⁸⁷ Con lo anterior se puede sostener que el juez actuaría como un consultor analítico del litigio.

4.6.- COSTOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DEL CONTRATO.

4.6.1.- Alcance Social del Contrato.

Un contrato mal celebrado, implica costos económicos para las partes y para la sociedad; dado que incide en litigios y controversias, una sociedad sin un sistema contractual eficaz, será una sociedad llamada al fracaso.

Desde J. Jacobo Rousseau, se maneja la idea del Estado como un contrato social; por el cual los individuos sacrifican parte de su libertad individual en atención a valores colectivos.

En realidad el acuerdo de voluntades tienen sus efectos en primera instancia entre aquellos que los han formado. Así los individuos sujetos al contenido del contrato; esto es, las partes, deberán afrontar los costos del mismo; así los efectos del contrato repercuten directamente a las partes; sin embargo resulta claro que será del interés colectivo que los contratantes se cumplan efectivamente, sin esta premisa se estaría ante la posibilidad de un desorden jurídico; y por ende social.

Para el mantenimiento de un sistema contractual eficaz, se requiere imprescindiblemente vigilar y atender a las instancias legales de resolución de controversias, así como a los mecanismos de efectiva ejecución de acuerdo; y una estabilidad económica permanente.

¹⁸⁷ Raiffa. Howard, op. cit. 222

“El liberalismo económico sublimó el papel del contrato. Entendió por un lado, que a través del contrato encuentran su satisfacción los intereses de las partes, pero agregó algo más: que por el juego de la entera libertad en el contrato, encontraba su mejor satisfacción también el interés general.”¹⁸⁸

El individuo al actuar, como si estuviera guiado por una mano invisible, persiguiendo su propio interés, promueve frecuentemente el de la sociedad más eficientemente que cuando intenta promoverlo. Sin embargo existen circunstancias de preponderancia económica de una de las partes, las cuales al dañar a una de las mismas, dañan a su vez el equilibrio social de forma indirecta.

“El Estado no puede desentenderse del papel que desempeña el contrato en el ámbito social en defensa del bien común, debe intervenir, y se sostiene que el Estado sólo debe proteger los contratos socialmente útiles”.¹⁸⁹

Resulta indudable la importancia social que el contrato reviste, esencialmente es un instrumento acorde a un Estado de Derecho; proporciona los elementos necesarios para el equilibrio y convivencia social; en este sentido y aunque suene paradójico, si bien es cierto el contrato alcanza su máximo desarrollo técnico jurídico dentro del Derecho Privado regulando intereses individuales, no menos cierto es que, si los contratos se ejecutan cumpliendo sus finalidades jurídicas y económicas, evidentemente este repercutirá en el fortalecimiento del equilibrio social.

¹⁸⁸ López de Zavalía, Fernando J., T. de los Contratos, op. cit. p.30

¹⁸⁹ López de Zavalía, Fernando J., op. cit. p. 30

Por otro lado sin un sistema de contratación adecuado; en el cual el cumplimiento no se llevara a efecto regularmente, los costos sociales serían tremendos, debilitándose a su vez el orden normativo.

4.6.2.- Efecto del contrato entre particulares.

En forma general el contrato afectara a las personas que lo han formado; en este sentido el acuerdo de voluntades es esencialmente individual.

El acuerdo de voluntades resulta el instrumento básico de entendimiento humano, así como el motor para el desenvolvimiento de los individuos.

“El contrato presenta una función individual, quien desea consumir una cosa de la que carece, de hecho puede recurrir para obtenerla, al contrato o al robo; pero aún cuando en ambos casos se llegue al consumo, y con ello a la obtención de la finalidad perseguida, se le goza en circunstancias distintas, pues la reacción del Derecho no es igual, así como las consecuencias ulteriores”.¹⁹⁰

Sabemos que materialmente sería impensable una sociedad en que sus miembros no contrataran, de hecho todo el mundo contrata.

“En nuestro sistema de vida, todos contratamos a diario, según acertadamente ha anotado, nadie escapa a la inmensa red contractual, pues

¹⁹⁰ López de Zavallá, Fernando, op. cit. p. 29

aún cuando se limitara a mendigar, ya se irrumpiría en el Derecho de las obligaciones bajo la forma del contrato de donación”.¹⁹¹

Finalmente diremos que tanto los efectos a los particulares, así como los efectos en la sociedad en general, representan un costo específico, que no obstante la necesidad de su análisis concreto, resulta imprescindible solventar por parte del Estado para el mantenimiento de cierta estabilidad social.

4.6.3.- Costos Económicos.

El contrato se ha erigido como el instrumento base de las transacciones económicas, en este sentido es el conducto de intercambio de la riqueza entre los individuos; Williamson ha llegado a considerar la ciencia económica como una ciencia del contrato.

Messineo hace alusión a su contenido económico en la siguiente referencia. “El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, tiene una función y un contenido constante; el de ser el instrumento con el cual se realizan los más diversos fines de la vida económica, el mismo llena de sí la vida jurídica, además de la vida económica, y extiende el círculo de su acción, también, a las relaciones internacionales entre los particulares”.¹⁹²

El carácter patrimonial que poseen las obligaciones derivadas del contrato, lo hace a este una institución eminentemente económica.

Los costos del contrato pueden ser de variadas naturalezas, que incluso algunas serán de difícil apreciación económica, pero que en cierta medida

¹⁹¹ *Ibidem*, op. cit. p.31

¹⁹² Messineo, Francesco, op. cit. p.133

tienen su propia valoración como serían los períodos de tiempo utilizados en la contratación, entre otros rubros.

Pero son en realidad los costos económicos aquéllos que se reflejan materialmente en el contrato, y de los cuales las propias partes los resienten directamente.

Las erogaciones en dinero afectan al patrimonio de una forma material, así como la transferencia de bienes para los casos de ejecución de alguna obligación.

Los costos económicos del contrato no sólo afectan a los interesados realmente sino de manera integral a todo el sistema económico y social como ya lo hemos señalado anteriormente.

CAPÍTULO QUINTO

CAPITULO QUINTO

EFICACIA DEL CONTRATO.

SUMARIO: 5.1.- Modelo clásico del contrato, 5.1.1.- La estructura clásica del contrato, 5.1.2.- Referencia histórica, 5.1.3.- Esquema clásico del contrato, 5.2.- Modelo neoclásico del contrato, 5.2.1.- Problemática actual de contratación, 5.2.2.- La visión contractual de nuestros días, 5.3.- El contrato como instrumento económico, 5.3.1.- El contrato y el fenómeno económico, 5.3.2.- Desarrollo contractual y económico, 5.4.- Eficacia económica del contrato, 5.4.1.- Validez y Eficacia, 5.4.2.- Eficiencia y Eficacia en el contrato, 5.4.3.- Como se logra la eficiencia de un contrato.

5.1 MODELO CLÁSICO DEL CONTRATO.

5.1.1.- La Estructura Clásica del Contrato.

La estructura clásica del contrato responde a principios legales y morales principalmente, así el contrato ha representado la base del Derecho Privado.

El contrato clásico deriva de la necesidad del cumplimiento del contrato ante todo, remarcándose la seguridad jurídica del mismo; subyace el principio de buena fe por el cual las partes deberán conducirse de acuerdo a los fines y dirección del acto jurídico formalizado; así mismo se resguarda el acuerdo a través de una forma, genéricamente en un documento escrito; aunque siguiendo la base del consentimiento y de la autonomía de la voluntad como principio de la contratación, así como el seguimiento a un ordenamiento legal específico en cuanto a las normas generales del contrato; por lo que toca

a la resolución de controversias se acepta la intervención de las instancias facultadas para ejercer la función jurisdiccional.

El Derecho Contractual clásico trata de aplicar la discrecionalidad y la presentación en varias formas, por una parte, se considera irrelevante la identidad de las partes de una transacción.

En este sentido, corresponde exactamente a la transacción “ideal” del mercado en la economía.

En segundo lugar, la naturaleza del acuerdo, esta delimitada cuidadosamente, y las características más formales gobiernan cuando se disputan los términos formales (por ejemplo escritos) e informales (por ejemplo contratos orales).

En tercer lugar, se prescriben estrechamente los remedios, de modo que si la presentación inicial debiera de materializarse a causa de la falta de ejecución, las consecuencias sean relativamente previsibles desde el principio y no sean de todo mudables, además se desalienta la participación de terceros.

Se hace hincapié en las reglas, los documentos formales y las transacciones de liquidación mecánica.¹⁹³

5.1.2. Referencia Histórica .

El Desarrollo contractual marca etapas definidas en sus épocas históricas, así en Roma los contratos se conciben bajo un fuerte formalismo.

¹⁹³ V. Williamson, Oliver, op. cit. p.78

La división del contrato en nominados la encontramos en las instituciones de Gayo “aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris, aut consensu (las obligaciones son contraídas mediante entrega del objeto, mediante ciertas fórmulas verbales, en forma escrita o mediante simple consentimiento)”.¹⁹⁴

Por otra parte existían los grupos de contratos innominados. Frente a los contratos de Derecho Estricto (*stricti iuris*) los contratos de buena fe (*bonae fidei*).¹⁹⁵

En la clasificación de los contratos encontramos los siguientes:

- A) Do ut des (doy para que des)
- B) Do ut facias (doy para que hagas)
- C) Facia ut des(hago para que des)
- D) Facio ut facias (intercambio de servicios).¹⁹⁶

Pareciera ser que los romanos captaban al contrato como un instrumento netamente particular y además necesariamente deberían contar con una determinada formalidad.

“Lo cierto es que en el mundo antiguo, el derecho romano nunca aceptó la tesis de que un compromiso seriamente adquirido, pero sin forma, era obligatorio”.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Margadant, Guillermo, Floris, op. cit. p. 382

¹⁹⁵ V. De Cervantes, Javier, op. cit. p. 76

¹⁹⁶ V. Margadant, Guillermo, Floris, op. cit. p. 383

¹⁹⁷ *Ibidem*, p.321

Para la iglesia, a través del Derecho canónico, establecía que quien no cumple su promesa es culpable de falsedad, ya que la palabra de los cristianos deberá ser mantenida se haga o no bajo juramento.

“Los tribunales eclesiásticos considerando pecaminoso el desconocimiento de los convenios, obligaban a su cumplimiento amenazando con la excomunión”.¹⁹⁸

“Al crecer en poder y complejidad el sistema político secular, los tribunales seculares empezaron a ocuparse de cuestiones que anteriormente eran de la jurisdicción exclusiva de los tribunales eclesiásticos. El crecimiento simultáneo del comercio y de la industria no tardo en mostrar que los jueces del rey estaban dejando perder una importante fuente de negocios y de buenos ingresos por derechos u honorarios; dentro de este contexto fue que el derecho consuetudinario empezó a adaptar sus formas curiosas y al parecer rígidas para dar acceso a los litigios en cuestiones comerciales.”¹⁹⁹

El Desarrollo del contrato se mueve entre directrices bien definidas, en cuanto a las cuestiones ideológicas y económicas prevalecientes en las sociedades lo que da la pauta para un sistema contractual marco.

La composición del contrato se integra desde luego de los sujetos, de un objeto material o jurídico como de un fin buscado por las partes. El modelo clásico del contrato presupone dos personas, razones iguales en situaciones económicas, que tratan entre si, el iniciador de la transacción propone una oferta a la cual otra manifiesta su aceptación. La aceptación

¹⁹⁸ Ellis, Richard, op. cit. p. 312

¹⁹⁹ Idem.

deberá ser completa e incondicional; cualquier variación en los términos de la oferta constituye en realidad una nueva contraoferta que el oferente original puede aceptar o rechazar.

En el cuadro clásico del contrato el consentimiento y su formación adquieren un lugar preeminente, así también una finalidad lícita; así como la posibilidad en cuanto a su objeto, la capacidad legal de los sujetos, partes del acuerdo, y finalmente el seguimiento de los requisitos formales del acuerdo.

“Cada una de las partes adquiere un compromiso. En los países con derecho consuetudinario, las promesas que son totalmente gratuitas, es decir. aquellas que no tienen una contrapromesa (bilaterales) o hechas por un acto realizado de inmediato (unilaterales) no han sido considerados, históricamente merecedoras de la sanción compulsiva de la sociedad, excepto cuando se trata de promesas en escrito sellado formalmente”.²⁰⁰

“Sea cual fuere la definición en todo contrato intervienen cuando menos cinco funciones fundamentalmente a saber: 1) un consenso mutuo de dos o más 2) partes capaces, 3) forma exigida por la ley, apoyada por 4) una consideración válida con 5) un propósito válido y una materia válida.”²⁰¹

Podríamos añadir que el modelo clásico del contrato va inmerso de principios básicos como los representan los derivados de la buena fe (*bonae fidei*) en efecto los contratos deberán cumplirse de buena fe. *Bonam fidem in*

²⁰⁰ Ellis, Richard, op. cit. p. 312

²⁰¹ *Ibidem*, op. cit. p.312

contractibus considerari aequum est. Cod. Just. Lib. IV Tit. X lei 4a. “Es de equidad que se tenga en cuenta en los contratos la buena fe”.²⁰²

Así también lo expuesto por el liberalismo e individualismo como el principio de la autonomía de la voluntad.

“Contractus legem ex conventionione accipunt. Dig. lib. L Tit. XVII lei 23. “El contrato es ley para las partes”

Los pactos rompen leyes, dicta la doctrina. Así como que es forzoso cumplir el contrato “pacta sunt servanda”.

Resulta evidente la fuerza jurídica y de orden social que implican los anteriores enunciados, ya que comprenden todo un basamento del sistema contractual clásico.

5.1.2.- Efectividad del Modelo Clásico.

Es indudable que la forma del contrato en su estructura clásica ha sido aceptada como cuadro para los sistemas occidentales y ha servido para desarrollar un sistema contractual acorde a un sistema económico determinado por el liberalismo, que finalmente a prevalecido hasta nuestros días.

Evidentemente el sistema contractual responde a una economía de mercado, es decir sirve para un desarrollo y mantenimiento de una economía de libre mercado; y en este sentido ha tenido su eficacia; sin embargo un análisis microanalítico del contrato podría perfeccionar la eficacia de un contrato.

²⁰² López de Aro, Nuevo Diccionario Jurídico, Aforismos, p.40

En realidad las doctrinas del libre mercado, favorecen en todo caso un egoísmo y una racionalidad individual, tomando como base que las fuerzas del mercado se equilibran mutuamente y con un provecho como resultado, sin embargo parecería ser que esta premisa no siempre funciona, tales son los ejemplos de las crisis económicas constantes en que se encuentran sumergidos un gran número de países.

“La tesis de Adam Smith según la cual los individuos persiguiendo su propio interés y su egoísmo individual producen sin tener conciencia de ello, guiados por una mano invisible, el mayor bienestar social, no es cierta siempre. Hay algunas situaciones en la vida en las cuales la racionalidad, y el egoísmo no conducen a las consecuencias previstas por la teoría clásica”.²⁰³

Para optimizar la eficiencia se deben buscar la cooperación entre las partes; si existe la cooperación, se tiene mejor posibilidad de optimizar resultados. Para buscar entonces una efectividad y eficiencia en el contrato, es necesario replantear las condiciones de racionalidad y egoísmo dentro del cual se mueven los individuos; en primera instancia reconocer estos motores de contratación y tomarlos en cuenta.

5.2.- MODELO NEOCLASICO.

5.2. 1.- Problemática actual de la Contratación.

La contratación moderna se ha enfrentado con una serie de fenómenos de todas las especies, desde las contrataciones por corporaciones hasta los cambios económicos y el advenimiento de un repunte mundial del

²⁰³ Calsamiglia, Albert, Racionalidad y eficiencia en el Derecho, op. cit. p.53

liberalismo; así se ha llegado a comentar sobre un derrumbe del contrato o por el contrario el desarrollo de un sistema contractual neoclásico y el afianzamiento del contrato como el instrumento básico de la economía.

Los problemas de adecuación económica son muy persistentes en relación a los contratos a futuro, o a largo plazo, dado que los contratos instantáneos, no representan en la generalidad de casos algún acontecimiento que repercuta en los efectos del propio contrato. Así las cosas entre los principales problemas recurrentes Williamson anota los siguientes.

Primero: No todas las contingencias futuras para las que se requieren adaptaciones pueden preverse desde el principio.

Segundo: Las adaptaciones apropiadas no serán evidentes para muchas contingencias mientras no se materializan las circunstancias.

Tercero: Excepto en el caso de que los cambios ocurridos en los estados del mundo sean claros, se pueden originar disputas tremendas cuando se formulan reclamaciones en relación con tales estados.

A partir de las características anteriores, el mundo del contrato podría estar en principio cayendo hacia una eliminación de las transacciones y a una organización específica, o la elaboración de una relación contractual que preservara la negociación pero que provea una estructura de gobernación adicional, esta última alternativa nos llevaría a lo que llama Macneil citado por Williamson, una contratación neoclásica.

5.2.2.- Características de una Contratación Neoclásica.

Una visión actual del contrato atendería básicamente a una serie de extremos en su contenido, es decir un complejo de cláusulas que intenten cubrir o de alguna forma prevenir que pudiesen aparecer, así como flexibilizar las posibilidades a través de cláusulas de indexación o de previsión, así como formas alternativas, de solución antes que acudir a tribunales.

El reconocer la complejidad del mundo, que los acuerdos son incompletos y que algunos contratos sólo podrán celebrarse cuando ambas partes tengan confianza en el sistema procesal, es característico del derecho contractual neoclásico. Así las cosas mientras que en la contratación clásica se debe aportar un cuadro o un marco jurídico rígido, sometido a reglas específicas; en la contratación neoclásica, esta resuelve más flexible y ajustable a los acontecimientos siendo más importante la eficiencia del contrato para las partes; antes que la búsqueda de responsabilidades que en si misma fracturan las relaciones contractuales.

En principio, para tratar de solucionar eficientemente un problema debemos percatarnos de la realidad del suceso en relación a la contratación; se debe reconocer que en los acuerdos pactados de ejecución a futuro, el mismo puede verse afectado grandemente por circunstancias supervinientes que den otra faceta distinta al propio contrato; pues si se continua pensando que en un contrato se puede abarcar todos los extremos posibles desde su origen cometeríamos un grave error de apreciación por tal hecho se debe visualizar una estructura de pactos de previsión y de salvaguarda del cumplimiento del acuerdo.

Los abogados se deben dar cuenta de las ventajas que implica un análisis detallado y micro del contrato, y no sólo dejar y confiar con la gobernación legal existente en los ordenamientos, así como de facilitar la consecución de los fines contractuales; así como la resolución en caso de controversias; ya no sólo a través de los tribunales.

5.2.3.- La Visión Contractual de Nuestros Días.

La teoría clásica del contrato se vio impulsada por una economía liberal y por un individualismo preponderante; así el contrato entre los sujetos individuales prevalecía; la teoría jurídica se encargó de ella con base en principios de lógica, morales y éticos; en los cuales la dirección de la conducta así como el verdadero consentimiento representaban la piedra angular de todo el sistema.

Actualmente y acorde a las tendencias económicas y de eficiencia jurídica, pareciera ser, sino es que, realmente así es, que los individuos buscan en cada contrato sacar el mayor provecho posible; se mide entonces el éxito o el fracaso de una negociación de acuerdo a su eficiencia real.

“La actual teoría económica se interesa sobre todo en modelos y fórmulas matemáticas que miden la eficiencia de la producción; esta tarea de ninguna manera fácil, es sin embargo, mucho más susceptible de enunciación objetiva de lo que son las observaciones referentes a los contratos o a la equidad, que entrañan normas éticas y nuestro propio y particular sentido de valores”.²⁰⁴

²⁰⁴ Ellis, Richard, op. cit. p.331

En la actualidad cada vez a tomado mayor importancia la contratación entre corporaciones u organismos sociales, esto a dado pie a una revalorización y a un replanteamiento del contrato particular.

“En una sociedad de trabajo caracterizada por la especialización de funciones y la división de trabajo, pronto se ve frustrado el uso efectivo del contrato desde el punto de vista de la persona individual. La libertad de contratación se vuelve más ilusoria que real, Cuando se presenta esta situación el contrato se convierte en la técnica de manipular y valerse de los grupos”.²⁰⁵

5.3.- EL CONTRATO COMO INSTRUMENTO ECONÓMICO.

5.3.1.- El Contrato y el Fenómeno Económico.

El contrato como fenómeno social ha sido estudiado preeminentemente dentro de la teoría jurídica; no obstante resulta claro que el contrato representa el mecanismo básico de transmisión de bienes y de estabilidad en las relaciones económicas, desde la teoría económica clásica la circulación de bienes y riqueza ha sido considerada como base dentro de la economía de una colectividad.

“La circulación mercantil, reglamentada por los precios proporcionales es la condición y el medio para mantener y reproducir la estructura de la sociedad”.²⁰⁶

²⁰⁵ Ellis, Richard, op. cit. p. 331

²⁰⁶ Cartelier Jean, Excedente y Reproducción, La Formación de la Economía, F.C.E 1era. Edición p. 45

La economía basada en la libertad de elección del ser humano , alcanza un auge en el liberalismo acorde también en su libertad de contratación.

“La excelencia de voluntades aparecería mayor todavía en el ámbito de la economía, el hombre no dará pruebas de iniciativa en sus empresas más si contrata libremente; sólo si regula por si mismo, a su antojo, sus actividades; el comercio se basa en la libertad ilimitada; una reglamentación legal no aporta sino el estancamiento, aquella esfuma el sentido de la responsabilidad, desalienta a la iniciativa y a la competencia, tal es el sentido del liberalismo”.²⁰⁷

Desde los albores de la humanidad se estableció que los pueblos y las sociedades no pueden vivir aisladamente, sino que tienen que promover las relaciones necesarias.

Dentro del propio grupo social así como de la relación que se guarda con otros grupos, los acuerdos se hacen imprescindibles, primeramente con el trueque, y posteriormente con los intercambios formales, acuerdos y contratos.

En efecto sería impensable cualquier intercambio o relación humana económica, sin el uso del acuerdo de voluntades; así el contrato se constituye como figura básica en el ámbito de ordenación social, es decir jurídico, así como para el desarrollo y estabilidad económica .

La ciencia económica puede bien analizarse desde un punto de vista de los fenómenos de contratación, el intercambio económico es en si mismo un

²⁰⁷ Aubry et Rau, op. cit. p.127

sistema de contratación, parecería ser entonces que la economía tal como dice James Buchanan citado por Williamson, se aproxima más a una ciencia del contrato que a otra cosa.

5.3.2.- Desarrollo contractual y Económico.

Podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que el desenvolvimiento jurídico y técnico del contrato va aparejado con el desarrollo de la teoría económica. Así las cosas a un desarrollo contractual basado en el libre mercado, en la libertad contractual; en la autonomía de la voluntad corresponde un desarrollo económico liberal; en tanto que un dirigismo contractual, y un intervencionismo estatal corresponde básicamente una economía estatista cerrada.

“La propiedad privada (románica continental), la libertad de contratación y la libertad económica fueron los pilares del modelo económico liberal que consolidó en el siglo XIX y que se expandió universalmente con base en una economía autoregulada por las fuerzas del mercado en competencia perfecta y descansa precisamente en tales instituciones jurídicas”.²⁰⁸

En realidad el contrato responderá siempre a las necesidades y expectativas económicas preponderantes en una determinada situación histórica, no es para menos, dado que la estructura económica implica el estado patrimonial de las personas y el contrato es el acto jurídico patrimonial por excelencia.

²⁰⁸ Witker, Jorge, Curso de Economía, UNAM, 1989, p. 1

Desde las economías de corte esclavista, las feudales, mercantilistas, liberales y socializadoras, el contrato se ha instituido como forma jurídica indispensable en el desarrollo cultural y económico de las sociedades. Así el sistema romano ya concebía una estructura contractual bastante avanzada manejando los contratos de derecho estricto y los contratos de buena fe, de entre los cuales destacan los contratos verbis, literis y consensuales y reales.

Por otra parte dentro del sistema feudal no se advierte mayor desarrollo substancial en la materia contractual, no es hasta la revolución francesa y el auge del liberalismo e individualismo cuando el sistema contractual alcanza un desarrollo paralelo al sistema económico en auge.

No debemos pasar desapercibido que en los regímenes socialistas, el contrato tuvo una presencia imprescindible, no obstante que las teorías socializantes pregonaban en un nivel ideal, la desaparición de la propiedad privada, pugnando ante todo por una propiedad colectiva.

Ante las actuales teorías neoliberales, el contrato adquiere una presencia económica de gran interés; así la teoría del contrato se traduce en un análisis de sus elementos y circunstancias encauzadas a su efectiva ejecución.

5.4.- EFICACIA ECONÓMICA DEL CONTRATO.

5.4.1.- Validez y Eficacia

Así como se puede hablar de una eficacia y validez en el Derecho o la norma jurídica; también en el contrato podemos hablar de una eficacia y de su validez.

“Validez del derecho significa que las normas jurídicas son obligatorias, que los hombres deben conducirse como éstas lo prescriben, y que deben obedecer y aplicar las mismas normas. La eficacia del derecho quiere decir que los hombres se comportan en la forma en que de acuerdo con las normas jurídicas, deben comportarse; ósea, que las normas son realmente aplicadas y obedecidas”.²⁰⁹

Resulta claro que la norma será válida cuando está se encuentra formulada y elaborada por las instancias legalmente establecidas para ello así como cuando se reúnen los requisitos establecidos por las propias normas que señalan su creación.

La eficacia por otro lado atiende a que el fin buscado por la norma realmente se cumple en los hechos, así una norma puede ser valida pero no eficaz, lo ideal será entonces que la norma válida efectivamente sea eficaz.

“La validez es una cualidad del derecho, la llamada eficacia, una cualidad de la conducta real de los hombres. La afirmación de que el derecho es eficaz significa solamente que la conducta real de los individuos se ajusta a las normas jurídicas”.²¹⁰

Es decir que una norma válida se traduce en un deber, el deber que tienen los hombres de conducirse tal y como lo marca la norma, es decir nos movemos en un plano tal y como debe ser y no en un plano fáctico y real, es efectivamente como realmente se conducen las personas en relación con la norma.

²⁰⁹ Kelsen, Hans, op. cit. p. 46

²¹⁰ Idem.

“objetivamente sólo podemos afirmar que la conducta de los individuos se ajusta o no se ajusta a lo prescrito por las normas jurídicas”.²¹¹

Validez y eficacia, son términos que si bien no son iguales deben de ser concomitantes, la validez busca la eficacia, la eficacia no es dable sin una previa validez de la norma.

Por lo que toca al contrato también podemos hablar de su validez y eficacia.

Como se ha mencionado, la validez del contrato implica que el acuerdo de voluntades cumpla con los requisitos que el propio orden jurídico señala para hacerlo obligatorio, si tales características se concretizan; el contrato resulta eficaz en el sentido de que se convierte en obligatorio; pero faltaría manifestar como resulta eficaz un contrato en la realidad, en este sentido pensamos que será eficaz cuando se cumplan las finalidades buscadas por el contrato.

La validez del contrato entraña que el propio acuerdo cumple con los requisitos legales que la norma establece a saber, una capacidad, un objeto lícito, una forma determinada, una voluntad libre de vicios; es decir el acuerdo es válido cuando reúne los aspectos anteriores y en este sentido será obligatorio.

Para trasladar la concepción de eficacia del contrato desde el punto de vista económico; en realidad un contrato tendrá eficacia económica cuando se alcanzan las finalidades económicas buscadas por el propio acuerdo; es decir

²¹¹ Ibidem. p.47

cuando satisfacen las necesidades e intereses de las partes y que fueron motivantes para pactar el acuerdo.

Cuando hablamos de eficacia del contrato nos referimos entonces a que la conducta de las personas se apegue a lo dispuesto en las cláusulas, o mejor, al contenido propio del contrato. En este sentido un contrato tiene eficacia cuando impulsa la conducta y la intención de las partes a lograr los objetivos trazados en el acuerdo de voluntades. Ahora bien para alcanzar lo anterior resulta imprescindible la ejecución y cumplimiento del acuerdo; y por lo mismo el contrato tendrá una eficacia jurídica y económica si el mismo acuerdo incentiva a las partes a cumplirlo debidamente, y todo acuerdo o contrato resulta atractivo a las partes no sólo cuando se establecen un determinado clausulado, sino que se salvaguarda el efectivo cumplimiento del mismo; es decir; resulta evidente que en situaciones normales cada parte en un contrato realiza el acuerdo y se obliga por que vislumbra un determinado beneficio en su constitución y ejecución; sin embargo si este beneficio se asegura lo más ampliamente posible; si se da una cobertura a su cumplimiento y en todo caso se establecen mecanismos de resolución de controversias que pudieran llegar a suscitarse; estas características harían más atractivo, por así decirlo, la realización de las conductas y por ende el efectivo cumplimiento del contrato.

5.4.2.- Eficiencia y Eficacia en el Contrato.

Debemos distinguir principalmente tres términos relativos al contrato y los efectos que trae como consecuencia. Así los términos de validez y eficacia de contrato implican por un lado que el acuerdo de voluntades

cumple con todos los extremos establecidos por la ley a fin de ser legal y obligatorio, en tanto que la eficacia del contrato implica su cumplimiento, en atención de que el mismo es aceptada y reconocida por las partes, y finalmente el término de eficiencia en el contrato.

Para hablar de eficiencia, esta se puede tomar desde diversos puntos de vista, a saber de forma jurídica y económica.

Sobre la eficiencia se puede notar como diferentes autores se han preocupado por establecer las conexiones e interrelaciones que pudiera construirse entre el orden normativo y la eficiencia del mismo.

Un orden normativo efectivo puede considerarse aquel en el cual los sujetos se conducen con apego a sus disposiciones, en todo caso aplicar las sanciones en caso de faltas. Pero por otro lado esto no quiere decir que sea eficiente.

Una sociedad bien diseñada supone por ejemplo el respeto del principio de igualdad. Pero una sociedad no sólo es justa si respeta una concepción determinada de igualdad, sino que también debe asignar correctamente los recursos. Una sociedad que erogare demasiados recursos en la satisfacción de determinadas necesidades, deja de ser justa si se gastan los recursos que pudieren haber sido asignados a satisfacer otras necesidades.

La eficiencia entendida como el mayor beneficio con el mínimo costo, podría ser considerada como uno de los componentes esenciales de una sociedad justa.

La eficiencia se concibe pues en relación al alcance de objetivos buscados con los elementos suficientes y necesarios para alcanzar dichos fines.

Para Calsamiglia la eficiencia es un componente de la justicia, aunque ni el único ni el principal. Es decir, la eficiencia no triunfa siempre frente a los otros criterios componentes de la justicia.

Suponemos que la eficiencia del contrato se ve contenido en su carácter de equidad, de buena fe y de cumplimiento efectivo de los términos del contrato, pues una contratación que contenga estos elementos será eficaz y eficiente en la medida que se logre de forma puntual y con la menor erogación posible, desde luego cada parte se ocupa de lograr estos objetivos.

Un orden jurídico que desperdicie o erogue gastos mayores, bien puede alcanzar sus objetivos, pero cabría preguntarnos si se puede alcanzar los mismos fines con mejores condiciones y con menores costos.

Se plantea así la problemática ya no de ponderar la justicia en la asignación de presupuesto o cantidades acordes a los fines, sino en encontrar elementos y sistemas que produzcan una eficiente realización de los costos de acuerdo a los fines buscados.

Desde luego a nadie le gustara desperdiciar y malgastar los recursos, sin embargo el problema se encuadra en saber en que grado se puede medir, cuales serían los costos necesarios para alcanzar los fines buscados.

El argumento cambia a mi entender de la aseveración sobre si un orden jurídico es justo o injusto al determinar mayores o menores recursos para alcanzar los fines definitivos, hacia un argumento basado en encontrar formas

y mecanismos adecuados para eficientar las actividades de consecución de justicia, es decir evitar mayores gastos, distribuir adecuadamente los presupuestos, recortes, erogaciones innecesarias etc. Todo esto necesariamente traducido en estructuras jurídicas que adecuen los recursos reales con los fines buscados en un ámbito normativo.

Hemos dicho que la eficacia económica del contrato alude a la efectiva realización de los actos pactados en el acuerdo, y aún más cuando impulsa realmente a la realización de esas conductas, y por ende se consiguen las ventajas u objetivos patrimoniales que se buscaron al plantearse el contrato.

Así por ejemplo, cuando una persona comprador adquiere un bien por la traslación de propiedad que representa la compraventa; así como el vendedor recibe el precio pactado, pueden validamente decir que el contrato ha sido eficaz desde un punto de vista económico.

Por lo que se refiere a la eficiencia económica del contrato, este se considera eficiente cuando se obtiene los resultados previstos, con una inversión de recursos, lo menos amplia posible, es decir con el menor costo posible.

“Podemos entender por eficiente toda aquella ley, decisión o medio que consigue un objetivo determinado con el mínimo costo. La eficiencia es un criterio que permite formular propuestas normativas de resolución de conflictos”.²¹⁵

²¹⁵ Calsamiglia, Albert, Racionalidad y Eficiencia en el Derecho, edit. Fontamar, op. cit. p.31

Un sistema que posibilite la obtención de contratos eficientes ayudaría evidentemente a un sistema jurídico eficiente así como a un sistema económico eficiente; debemos hacer notar que mencionamos que se posibilita, es decir, sabemos que para alcanzar un sistema jurídico y económico eficiente, se necesitan abordar y analizar diversos esquemas tanto normativos como de economía para alcanzar la maximización de estos grandes rubros, pero nadie podría objetar que logrando un sistema contractual de eficiencia se habrá logrado un buen paso para la consecución de los otros objetivos.

En síntesis, una construcción eficiente repercute en la eficiencia de un sistema económico, y esto por la simple razón de que el contrato se comprende como un acuerdo de voluntades que dirige la conducta a un determinado fin; y estas conductas y fines que se encuentran contenidos en el contrato son preponderantemente patrimoniales, y ¿qué es el patrimonio?, sino un conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración pecuniaria; es en este sentido en el cual podemos apoyar y confirmar nuestra hipótesis.

“El contrato cualquiera que sea su figura concreta, tiene una función y contenido constante, el de ser el instrumento con el cual se realizan diversos fines de la vida económica”.²¹⁶

El contrato sirve a los propios y particulares intereses de los individuos se constituye como un medio económico para alcanzar sus fines.

²¹⁶ Messineo, Francesco, op. cit. p.135

Como hemos comentado el contrato desde el punto de vista de sus funciones se constituye como un hecho económico.

La eficiencia se define como la maximización restringida. Las condiciones de eficiencia se ven como las propiedades de una solución determinada, equilibrio, implicado por una construcción teórica dada. De acuerdo con este punto de vista, la solución de un sistema son siempre eficientes si satisfacen las restricciones que lo caracteriza.

Como se ha mencionado, mientras que la eficacia de una figura jurídica se mide por el grado de aplicabilidad real o de seguimiento conductual por parte de las personas a quien va dirigida, la eficiencia importa la realización de la finalidad con el menor costo posible, la podemos asimilar entonces a un concepto de maximizar los fines.

“Podemos entender por eficiente toda aquella ley, decisión o medio que consigue un objetivo determinado con el mínimo costo. La eficiencia es un criterio que permite formular propuestas normativas de resolución de conflictos”.²¹⁷

“En su versión más sencilla Coase sostuvo la tesis de que, con independencia de quien tenga los derechos, lo primero que debe buscarse es la solución que minimice el coste social”... en una versión más compleja, cuando los costos de transacción son positivos, Coase sostuvo que una norma jurídica es preferible a otra si es eficiente. Esta versión proporciona una vía para elegir entre normas jurídicas cuando existen costos de transacción”.²¹⁸

²¹⁷ Calsamiglia, Albert, op. cit. p. 31

²¹⁸ *Ibidem*, p. 32

Cabe aquí preguntarnos si la eficiencia forma parte de la justicia. por que si así se considera, este argumento obligaría a realizar conductas jurídicas y leyes eficientes.

5.4.3.- Como Lograr la Eficiencia de un contrato.

En general todos los hombres al realizar un trabajo para alcanzar un fin determinado, buscan realizarlo con el menor sacrificio, tanto de esfuerzo. como de tiempo y dinero.

“El trabajador evitara esfuerzos, quien desee dirigirse hacia un lugar eligira el camino más breve; el administrador de una empresa escogerá, entre dos métodos técnicos posibles, el que importare el menor costo de producción. En igualdad de condiciones, los individuos prefieren la selección que otorga una mayor ventaja sobre la que significa menos beneficios”.²¹⁹

Ya Oliver Williamson hace una referencia importante e interesante sobre los móviles conductuales de las personas en la contratación, al hablar del “Hombre Contractual” maneja tres principios; los cuales van unidos a la toma de decisiones, a saber, una “racionalidad limitada”, un “oportunismo” y una “incertidumbre”.

²¹⁹ Brescani Turróni, Curso de Economía Política, Teoría General de los Hechos Económicos, p. 1

Para lograr la realización efectiva de los fines del contrato se debe partir de las condiciones y características propias de la persona humana es decir de los sujetos de la contratación así como de las circunstancias en torno a las cuales se va a fincar el acuerdo de voluntades, de esta forma nos encontramos con la necesidad de analizar lo que Williamson maneja con los conceptos arriba señalados.

Se pensaría entonces que los individuos al actuar racionalmente, tendrían gran posibilidad de conseguir objetivos exitosos, sin embargo no siempre es así, baste por citar el ejemplo del prisionero.

El hombre se conduce con un mínimo de racionalidad en sus actos, y desde luego busca aplicar todos los conocimientos e informaciones a su alcance para lograr sus objetivos de forma óptima.

En efecto, todos los individuos poseen una determinada razón, pero por otra parte se entiende que esta racionalidad se encuentra limitada a su propia preparación y conocimientos, así como a las informaciones y circunstancias que rodean un acuerdo.

Finalmente las características anteriores se ven supeditadas a los acontecimientos que se pudieran suscitar y entrañar un cambio en las circunstancias del pacto, haciéndolo diferente a las circunstancias originales con las cuales se pacto.

Otro punto relevante lo constituye el llamado oportunismo, entendido como el interés propio con “dolo” tal como lo llama Williamson, desde luego que este término de dolo no se refiere al concepto jurídico, sino a otra motivación, la podemos entender como, al interés individual egoísta, que busca ante todo alcanzar el mayor beneficio del pacto, que no es otra cosa que ganar más que el contrincante.

La incertidumbre se asimila a aquellos acontecimientos que se realicen en el futuro y que de alguna manera pudieran afectar el acuerdo, resultandolos los casos de imprevisión por acontecimientos

económicos, tales como alguna crisis, inflación, devaluación u otros fenómenos que repercutan en los términos de un determinado contrato.

Lo anterior demuestra que toda contratación se encuentra acotada por un cierto grado de incertidumbre, y desde luego esta incertidumbre se representa con mayor fuerza en los casos de contrataciones que implican ejecución a futuro.

Por lo que se refiere al oportunismo, este se asimila al interés propio buscado antes que al interés en una contratación, resulta claro esta referencia, bastaría con repasar las actuaciones en las que hemos cada uno de nosotros estado involucrados, para percatarnos que en todas las ocasiones buscamos obtener el mayor beneficio que nuestra contra-parte; a mí entender este es el punto básico en que descansa toda negociación, el regateo es un fenómeno normal en el mercado.

Con los anteriores análisis y consideraciones se daría una visión más completa de los fenómenos que involucran a la contratación en general. En efecto los abogados y juristas siempre han manejado la cuestión de la contratación dentro de las premisas de que los contratos deben de ser cumplidos; que los contratos se ejecutaran de buena fe; que se deben observar las reglas de equidad; así como la libertad contractual. Sin embargo como podemos apreciar, existen otros fenómenos involucrados en toda contratación como lo es la racionalidad de las partes, el oportunismo con el que se dirigen y encauzan sus decisiones, cierto grado de incertidumbre que puede afectar el contrato, así como las consideraciones de los costos económicos y sociales que repercuten en la ejecución del contrato.

“En un nivel más profundo cabría preguntarse si el derecho debe perseguir la eficiencia económica, si éste es un valor jurídico atractivo y por que. Este debate tiene importancia para la filosofía política jurídica pero no sólo para ella, quien quiera que tome decisiones públicas esta comprometido con los valores incluso (no sea consiente) su decisión refleja un sesgo valorativo. Si la eficiencia es componente de la justicia, entonces permitirá legitimar algunas leyes y decisiones.” ²²¹

Los argumentos que hemos hecho mención atienden a la eficiencia del Derecho o del orden normativo en general, desde luego esta visión por lo general puede tener fallas y carecer de precisión, sin embargo la premisa se finca en alcanzar los fines por una optimización de recursos.

Ahora bien faltara ponderar los beneficios y conveniencias que los juristas podríamos obtener tomando en cuenta este tipo de metodología a fin de hacer mejor operable la teoría normativa. Para algunos autores Coase, Williamson, Hayek, esta conveniencia resulta evidente.

Podemos entonces partir de la base que toda norma jurídica debe buscar preferentemente una optimización en relación con sus resultados y los recursos empleados para obtener los mismos. Debe buscarse una efficientización de la norma.

Ahora bien por lo que toca a una aplicación real y practica de estos argumentos, la podemos encontrar en la estimación de las erogaciones

²²¹ Calsamiglia, Albert, op. cit. p. 43

realizadas, figura básica en el orden jurídico y económico como lo representa el contrato.

Todo lo anterior converge en un sólo y específico fin, a saber, en la pretendida optimización y eficiencia del contrato.

CAPÍTULO SEXTO

CAPITULO SEXTO

CONTRATACION EN PARTICULAR

SUMARIO: 6.1.-Contratos preparatorios, 6.2.-Contratos definitivos.

En la siguiente exposición intentare analizar en forma específica la relación que se puede entablar entre la normatividad vigente de cada uno de los contratos y su relación con respecto los costos que pudieran verificarse en los mismos; desde luego este análisis sólo pretende un acercamiento primario a estos temas, toda vez que se requiere de una mayor amplitud de tiempo y espacio para un enfoque de este tipo, sin embargo bien pudiera servir de base como un análisis incipiente en torno a la contratación y los costos en cada tipo de contrato.

Reitero en estas líneas mi concepción de cada contrato conlleva una serie de costos, por mínimos que sean, y que un estudio basado en los aspectos jurídicos así como en los aspectos económicos derivados de las negociaciones, tendría como resultado una eficiencia y optimización de los fines del contrato.

6.1.- CONTRATOS PREPARATORIOS.

61.1.- Promesa de Contrato.

El Código Civil de 1870 alude a la promesa de venta. art. 2947.- “Para que la simple promesa de compraventa tenga efectos legales, es menester que se designe la cosa vendida, si es raíz o mueble no fungible. En las cosas

fungibles bastará que se designe el género y la cantidad. En todo caso debe fijarse el precio”.

El Código Civil de 1884, art. 2819.-“ Para que la simple promesa de compraventa tenga efectos legales....”, aparece en los mismos términos del código anterior.

En el Código de 1928 se reglamenta el contrato de promesa como un contrato preparatorio o preliminar.

Es un contrato preparatorio, de eficacia diferida, puramente obligatoria, así como formal.

El contrato preparatorio tiene una finalidad particular propia, consiste en que es un medio que concede un derecho que da la ley, para asegurar en el futuro la celebración de un contrato.²²²

De acuerdo a nuestro código el contrato de promesa puede ser unilateral o bilateral, es decir, si genera obligaciones para una de las partes, ya sea que genere obligaciones para ambas (art. 2244).

El tipo de obligación que genera este tipo de contrato se encuadra como obligación de hacer es decir realizar el contrato futuro que será el definitivo, ahora bien el art. 2246 establece que el contrato debe constar por escrito y contener los elementos característicos del definitivo y limitarse a cierto tiempo.

Las partes en este contrato se denominan, promitente el que se obliga a celebrar el contrato en tanto que la parte que recibe la oferta se llaman

²²² V. Lozano Noriega, Francisco. op. cit. p. 59

promisoria, en realidad pensamos que los dos prometen la realización del contrato futuro.

En relación al consentimiento se referirá al acuerdo de celebrar el contrato futuro, el objeto es precisamente el contrato prometido es decir de realizar el contrato.

Respecto a los requisitos de validez de la promesa de contrato que son aplicables a todo contrato. Los requisitos de validez son los mismos que los de cualquier contrato, los requisitos específicos de validez son, de acuerdo con el artículo 2246, los siguientes; constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo.

223

No obstante que el contrato de promesa debe distinguirse de los actos preparatorios al contrato, este tipo de acuerdo, ejemplifica lo dicho con los gastos preparatorios o costos preliminares que se erogan en un contrato. Como se anotó anteriormente, los llamados por Oliver Williamson “costos ex ante”, como erogaciones que preparan la celebración del contrato; estos encuadran perfectamente en este tipo contractual, es decir el contrato de promesa se le puede observar desde dos puntos de vista; uno de ellos seria de los costos llamados preparatorios, en relación con el contrato definitivo, además de los propiamente dichos costos de celebración del contrato o como contrato particular diferenciándolo con los costos de elaboración del propio contrato de promesa.

223 V. Lozano Noriega, Francisco, op. cit. p.67

Resulta interesante hacer notar que en caso de que el promitente rehuse a celebrar el contrato futuro, el juez podrá firmar en su rebeldía o en todo caso dictar el pago de daños y perjuicios, que se hayan originado por la otra parte (art. 2247).

6.2. CONTRATOS DEFINITIVOS.

6.2.1.- Contratos traslativos de Dominio

6.2.1.1 Contrato de Compraventa.

Sobre los diversos conceptos del contrato que han sido plasmados en nuestros códigos, podemos anotar los siguientes.

Código de 1870.- art. 2939.-“ La compraventa es un contrato por el cual uno de los contrayentes se obliga a transferir un derecho o a entregar una cosa y el otro a pagar un precio cierto y en dinero”.

Código de 1884 art. 2811.- “la compraventa es un contrato por el cual uno de los contrayentes se obliga a transferir un derecho o a entregar una cosa y el a pagar un precio cierto y en dinero”.

Código de 1928. art. 2248.- “habrá compraventa cuando una de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero”.

“Desde el punto de vista económico y jurídico, el contrato de compraventa tiene una enorme importancia por el número de contratos que se realizan diariamente. La compraventa resulta ser el medio más eficaz y práctico por el cual se intercambia la riqueza. La función jurídica garantiza a

los particulares la legalidad de la transmisión de la propiedad y sus efectos jurídicos”.²²⁴

Sin temor a equivocarnos podemos asegurar que es en el contrato de compraventa donde se contienen los elementos característicos de un acto jurídico patrimonial en su máxima expresión, este tipo de contrato representa el instrumento idóneo y de mayor peso en la transmisión de bienes y servicios.

“Es sin duda la compraventa el más importante y el más frecuente de todos los contratos, resultó de la evolución del trueque y la permuta, cuando apareció la moneda como común denominador de los valores de cambio”.²²⁵

La compraventa es un contrato bilateral o sinalagmático, oneroso conmutativo, oneroso generalmente o eventualmente aleatorio en tratándose de la compraventa de esperanza, y por regla general consensual aunque resulte ser en los casos previstos por el artículo 2316 que establece. art. 2316.- “el contrato de compraventa no requiere para su validez formalidad alguna especial sino cuando recae sobre un inmueble”.

Podemos decir que este contrato es principal e instantáneo, pudiendo ser duradero como en la venta de suministros.

Lozano Noriega citando a Clemente de Diego alude a diversas clasificaciones, de los cuales anotaremos las siguientes:

²²⁴ Chirino Castillo, Joel., op. cit. p. 30

²²⁵ Sánchez Meda, Ramón, De los Contratos Civiles op. cit. p.117

Compraventa Voluntaria y Compraventa Necesaria. En la primera los contratantes celebran el contrato libremente, en la necesaria los contratantes la realizan por una obligación jurídica v.g. en la venta de la parte de un copropietario.

Compraventa Privada y Pública: La primera realizada entre particulares sin mayor requisito, en tanto que la segunda se hace al mejor postor, es decir en almoneda, o en subasta pública.

Compraventa Judicial y Compraventa Extrajudicial., La primera se realiza con intervención de los tribunales, no sólo en remate o venta forzada, sino que basta con la intervención de la instancia jurisdiccional como en la venta de los bienes del menor por parte del juez, será extrajudicial cuando se efectúa sin intervención de los tribunales.

Compraventa Civil y Mercantil. De acuerdo con nuestro Código Mercantil, será mercantil el contrato que así lo establezca el código de comercio, atendiendo a dos criterios, el objetivo, es decir cuando se realiza con el propósito de especulación comercial y el subjetivo en relación con las partes que realizan el contrato; a saber, comerciante, banqueros.²²⁶

Por lo que se refiere al consentimiento este recae sobre la idea de celebrar una compraventa y en la especificación sobre el objeto. El objeto se refiere a la dualidad referente a la traslación de dominio de cosa cierta, y el precio cierto y en dinero, en este sentido y de acuerdo al art. 1825, la cosa objeto del contrato debe, existir en la naturaleza, ser determinada y determinable y estar en el comercio. Sobre el precio, este deberá ser cierto, es

²²⁶ Cfr. Lozano Noriega, Francisco, op. cit. págs. 83, 84

decir verdadero o determinado o determinable, no ficticio, y desde luego en dinero.

En lo referente a la capacidad, es decir la aptitud para celebrar el contrato de compraventa, el art. 2274 establece que, “Los extranjeros y las personas morales no pueden comprar bienes raíces sino sujetándose a lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en sus leyes reglamentarias; como sabemos el citado artículo constitucional entre otras cosas reserva a la nación el Derecho de transmitir e imponer las modalidades a la propiedad privada, así como prescribe que “sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener las concesiones de sus minas y aguas.

Por otra parte la capacidad para vender se encuentra limitada por diversos artículos, así, el artículo 2269 dispone: “ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad”.

Se desprende de lo anterior que la venta de cosa ajena es nula. Sin embargo se esgrimen diversas posiciones que tratarían de explicar la naturaleza de esta nulidad, por una parte los que ven en esta situación una nulidad absoluta y otros una simple anulabilidad.

En relación a la capacidad para efectuar el contrato de compraventa, tenemos diversas disposiciones relativas a la prohibición para vender, entre los que se destacan la prohibición de los magistrados, los jueces, el ministerio público, los defensores, oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos para comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. El

artículo 2280 también nos marca la prohibición para las siguientes personas:

I.- Los tutores y curadores, II.- Los mandatarios, III.- Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado, IV.- Los interventores nombrados por el testador o por los herederos, V.- Los representantes, administradores e interventores en caso de ausencia, VI.- Los empleados públicos, en los casos de compra de bienes en cuya venta o administración se hallen encargados.

Asimismo el artículo 2281 previene: “Los peritos y los corredores no pueden comprar los bienes en cuya venta han intervenido”, La sanción a la contravención de los preceptos citados corresponde a una nulidad, aunque los autores no coinciden con su naturaleza absoluta o relativa.

Se entiende que el contrato de compraventa será consensual, sin embargo se establecen excepciones: art. 2316 El contrato de compraventa no requiere para su validez formalidad alguna, sino cuando recae sobre un bien inmueble.

Ahora bien cuando se trate de la enajenación de bienes inmuebles, estas enajenaciones deberán contar en escritura pública cuando su valor no exceda de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general vigente en el D. F. de acuerdo con el art. 2320 c.c.v., por otro lado cuando el valor del inmueble no excede de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general vigente en el D. F. (valor de avalúo según el art. 2317) la enajenación se podrá conceder por escrito privado, firmado por los contratantes ante dos testigos y notario.

Modalidades de la Compra Venta.- Las modalidades del contrato de Compra Venta aluden a las circunstancias accesorias al contrato que importan la situación jurídica misma del contrato, y que de alguna forma encauzan al contrato, no existiendo un contrato simple sino compuesta con alguna cláusula determinada.

El código señala que tipos de cláusulas se prohíben en la compraventa. Así el artículo 2301 considera nula la cláusula que prohíbe la venta de cosa ; el artículo 2302 prohíbe la venta con pacto de retroventa, estas dos cláusulas se asimilan en el sentido de que estas disposiciones implicaran una limitación a las capacidades de las personas así como a la comerciabilidad de los bienes.

Otro aspecto que es dable establecer en una compraventa se refiere al Derecho de Preferencia, fijándose el procedimiento que deberá ser observado dentro de los artículos 2303, 2304, 2305 al 2308, determinando la sanción de daños y perjuicios causados en caso de incumplimiento.

Se prevén también las ventas en abonos y las ventas con reserva de dominio (art. 231 y 2312 respectivamente).

En la compraventa en abonos resulta importante destacar que sus características básicas consisten en diferir el precio, los riesgos corren a cargo del adquirente, teniendo una eficacia real, dado que se puede entregar el bien sin estar completado el pago de los bonos.

Por lo que se refiere a la compraventa con reserva de dominio, esta tiene una eficacia real diferida, por lo que en realidad se observa una eficacia obligatoria. Por otra parte resulta claro que el riesgo corre a cargo del

vendedor, toda vez que conserva el dominio del bien, es decir continúa siendo propietario. (art. 2312 al 2315 inclusive).

Mencionaremos ahora el caso de la compraventa de cosas futuras, aquí el riesgo lo puede tomar el comprador, en el sentido de si la cosa llega o no a existir, dicho contrato será aleatorio y se constituye como una compraventa de esperanza. (art. 2792 y 2793).

Finalmente podemos señalar otras especies de compraventa, como la que se realiza sobre muestras o al gusto, así la compraventa sobre muestras se realizara en las cosas en que la venta de los artículos sean perfectamente determinados y conocidos. Por otra parte en la venta al gusto, esta produce efectos una vez que sean gustados o medidos, ahora bien, no obstante lo anterior, se puede realizar el contrato por acervo o a la vista (v. art. 2257, 2258 y 2259 respectivamente).

Nuestro Código Civil prevé los casos de la venta judicial, los cuales adquieren naturaleza de actos procedimentales regulados por nuestro código de procedimientos , realizándose o través de subasta o almoneda, aspectos estos que rebasarían el análisis al que estamos ocupados en esta investigación.

Análisis del Contrato a través de sus costos: Es indudable que el contrato de Compra venta es un contrato que ejemplifica con mayor claridad los aspectos de eficacia jurídica y económica de esta clase de institución. En efecto trasciende el contrato como instrumento jurídico que regula las conductas e intereses de los particulares y resulta evidente esta característica cuando en la compraventa las partes regulan sus conductas a través de sus intereses es decir la adquisición de un bien por una parte y por la otra la

obtención de otro a saber, un precio. Así mismo resalta la importancia económica del contrato como instrumento eficaz de transmisión de bienes y de riqueza, este extremo se puede observar con facilidad, pues se representa a través de un acuerdo de voluntades, la entrega de un bien, así como la de un precio; y la utilización de la moneda como bien de cambio.

Ahora bien por lo que concierne a los costos en la compraventa, esta no sólo se refiere al precio del bien, o al intercambio o desposesión en la transmisión de la propiedad, sino toda actuación y erogación previa a la elaboración y celebración del contrato (costos preliminares), en la elaboración propia del contrato así como en su ejecución.

Así deberá de tenerse en cuenta las erogaciones dadas en las negociaciones previas a la elaboración del acuerdo, así como los gastos mismos de celebración y formalización del contrato. (Art. 2249, 2256), art. 2254.- “el señalamiento del precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.” art. 2263.- “Los contratantes pagaran por mitad los gastos de escritura y registro, salvo convenio en contrario”.

Las erogaciones en la efectiva ejecución, vg. en la entrega de la cosa, según el artículo 2285.- “los gastos de la entrega de la cosa vendida son de cuenta del vendedor, y los de su transporte o traslación de cargo del comprador, salvo convenio en contrario, y desde luego podrán verificarse erogaciones en caso de que se realice un incumplimiento de la obligación o rescisión del acuerdo, tema que se tocara en otro apartado de la presente investigación.

Como hemos manifestado anteriormente, el análisis del contrato a través de sus costos no sólo se vincula a aspectos monetarios sino a una evaluación de las circunstancias y eventos que envuelven la contratación, y es en el contrato de compraventa donde se observa con gran insistencia las partes económicas y jurídicas recurrentes en los contratos.

6.2.1.2.- La Permuta.

Este contrato se encuentra definido en el artículo 2327.- La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa por otra.

“Otro intercambio sumamente próximo a la venta, al punto de que se habla generalmente de él en conexión con ella, y la misma ley remite a ella, es indudablemente la “permuta”, cuya sola diferencia, desde el punto de vista estructural, consiste que en lugar del precio se da otra cosa, intercambio de cosa por precio=venta; intercambio de cosa con cosa= permuta”.²²⁷

Es un contrato principal, sinalagmático o bilateral existiendo obligaciones reciprocas, Oneroso (generalmente) existiendo provechos y gravámenes recíprocos, puede ser conmutativo o aleatorio de acuerdo a las particulares circunstancias, de ejecución inmediata o de ejecución diferida o periódica, siendo formal cuando recae sobre inmuebles.

El mismo código civil señala como normatividad aplicable la del contrato de compraventa, en cuanto no se opongan a los artículos de la permuta.

²²⁷ Barbero, Domenico, Edic. Jur. Europa América, B. Aires, Trad. Santis Melendo, Imprenta Argentina 1967 p. 78

Es necesario resaltar lo previsto por el artículo 2250.- “Si el precio de la cosa vendida se ha de pagar parte en dinero y parte con el valor de la cosa, el contrato será de venta, cuando la parte en numerario sea igual o mayor que la que se pague con el valor de otra cosa. Si la parte en numerario fuere inferior, el contrato será de permuta”.

Las obligaciones emanadas del contrato de permuta se asimilan al de compraventa y las pasamos a enumerar; se debe transmitir la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho, conservar la cosa, entregarla, garantizar sus cualidades, responder por evicción, pagar por mitad los gastos de escritura y registro, responder por vicios ocultos.

Serían validas las consideraciones relativas a los costos mencionados ya en la compraventa, así como sus efectos económicos, toda vez que se verifica una transmisión de dominio.

6.2.1.3.- La donación.

Es un contrato por virtud del cual una persona llamada donante se obliga a transmitir gratuitamente la propiedad de parte de sus bienes presentes a otra persona llamada donatario, debiendo reservarse para sí bienes suficientes para su subsistencia y para el cumplimiento de sus obligaciones.

Lozano Noriega remarca la importancia característica de transmisión de la propiedad del bien para distinguirlo de otros contratos y de otras situaciones jurídicas.

El contrato de donación resulta ser de esencia gratuita, sólo que en ocasiones puede darse el caso de una donación onerosa para el caso de que un

bien se encuentre gravado, pues en todo caso la donación importa hasta el monto que resulte del valor del bien una vez deducidos los gravámenes.

Dispone el artículo 2333 que la donación no puede recaer sobre bienes futuros. En efecto, una persona sólo puede donar los bienes que efectivamente pueda disponer en la actualidad.

“Si el donante ha celebrado un contrato de donación respecto de un bien futuro, es decir de un bien que no era de su propiedad, la donación precisamente quedaba en su cumplimiento a la voluntad del donante, por que bastaba con que no adquiriese ese bien para que no se perfeccionara la donación y como la regla era la irrevocabilidad de la donación, de aquí se seguía a la exigencia de que debería recaer sobre bienes presentes.”²²⁸

Resulta claro que el contrato de Donación es principal, cabe hacer mención sobre la unilateralidad de la donación, se refiere que en realidad una sola de las partes soporta una obligación de carácter económico, en tanto que el donatario sólo tiene generalmente obligaciones de carácter moral. (salvo la donación onerosa).

Nuestro Código Civil señala diversas situaciones que se pueden presentar en el contrato de donación y que a continuación nos referiremos:

Se ha hablado de donaciones para después de la muerte y se guían por las normas testamentarias, para algunos autores, esta es realmente un testamento.

²²⁸ Lozano Noriega, Francisco, op. cit. p.175

Fuera del capítulo relativo a la donación común se encuentra regulada la donación entre consortes por los artículos 232, 233 y 234, cuyas características básicas se refieren a su revocabilidad en tanto dure el matrimonio, así mismo dichas donaciones no deberán ser contrarias a las capitulaciones matrimoniales.

Sobre la forma podemos decir que este contrato será formal cuando se tratase de inmueble de acuerdo a lo dicho en la compraventa (art. 2345) para los casos de los muebles, las donaciones podrán ser verbales cuando no rebasen doscientos pesos, ni excede de estos, pero no de cinco mil, la donación será por escrito, y si rebasa de estos montos, se hará en escritura pública.

En relación al consentimiento, podemos mencionar lo dispuesto por el art. 2340 como al 2346, en efecto, de acuerdo al primer artículo mencionado, la donación es perfecta desde que el donante acepta y hacer saber la aceptación al donador, así como que en las donaciones se hará en la misma forma en que estas deban de hacerse y en vida del donante.

En cuanto al objeto, podemos decir que puede consistir en cualquier bien, pero si hablamos del objeto como finalidad lo que se refiere a una liberalidad, es decir un acto de renuncia o abdicación o cesión de parte o de todo un derecho o privilegio en favor de una persona.

Sobre la capacidad para el donante podemos decir que será necesaria una capacidad general para realizar contratos, y desde luego se deberá estar en aptitud de disponer del bien. En relación a la capacidad del donatario se dispone de forma general que toda persona es hábil para recibir donaciones,

incluso los no nacidos; Art. 2357.- Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que ella se hizo y sean viables por el artículo 337.

En lo que se refiere a la forma, nos remitimos a lo comentado arriba.

Por lo que se refiere a las obligaciones a cargo del donante, básicamente se refieren a la transmisión en forma gratuita de ciertos bienes, así como la entrega de la cosa , lugar y gastos se atienen a los principios generales de las obligaciones.

El donatario básicamente soporta las siguientes obligaciones, la primera es de carácter moral en relación a la gratitud, así se entiende la disposición consagrada en el artículo 2370, en donde se señala la posibilidad de revocar la donación por ingratitud, ya sea si comete algún delito contra el donante en su persona, honra o bienes de este o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge, así como si se rehusa socorrer al donante por pobreza. Otra obligación se refiere a las cargas que imponga el donante, así como el pago de deudas y los gravámenes impuestos al bien, (arts. 2353, 2354 c.c.v.).

Siguiendo lo dictado por nuestro código civil, podemos manifestar que la revocación de la donación se puede dar en los extremos que mencionaremos a continuación.- a). Por ingratitud , el art. 2359 c.c.v. establece la posibilidad de revocar las donaciones cuando el donante le sobrevengan hijos, teniendo la acción de revocación, tanto el donante, dentro de cinco años no habiendo sobrevenido hijos, o el hijo póstumo.

Como hemos señalado la ingratitud se considera causa para revocar una donación de acuerdo al artículo 2370, y al cual ya hemos hecho referencia.

La inoficiosidad de la donación hace referencia a una falta de cumplimiento de las obligaciones alimentarias, teniendo como sanciones tanto una revocación como una reducción de la donación.

“Entendemos por donación inoficiosa aquella que se hace en fraude de acreedores alimentistas. El efecto de la donación inoficiosa es anular esa donación hasta donde sea necesario para impedir el perjuicio de los acreedores alimentistas” ²²⁹

Finalmente podemos señalar que el Código dispone en su artículo 2357 que las donaciones inoficiosas no serán revocadas ni reducidas cuando muerto el donante, el donatario tome sobre sí la obligación de ministrar los alimentos debidos y la garantice conforme a derecho.

Costos en la Donación: El ánimo de Donación de este contrato, es un acto generalmente altruista hacia otra persona, los costos que pueda generar deben ser asumidos por las partes, la una el donante, por que tiene la intención de realizar una liberalidad, y el donatario al ubicarse como beneficiario de dicha liberalidad.

²²⁹ Lozano Noriega, Francisco, op. cit. p. 194

Resulta interesante hacer notar que en estos actos de liberalidad lo importante para quien la hace no seria el sentido conocido de su liberalidad sino su animo de desprendimiento que se traduce en un contrato que en principio no le representaría algún otro beneficio que el personal interés. Fernando López de Zavalía citando las partidas en V, Título IV, proem. I ley I anota que “hay espíritu de liberalidad, ya que quien promete dar (o en su caso da) no obra coaccionado pues, por hipótesis, quien prestó los servicios, no quiere cobrarlos, A la generosidad del donante, y esto entra dentro, como “manera de gracia y de amor”, nacido de “nobleza y bondad del corazón.” ²³⁰

6.2.1.4 Mutuo.

Código Civil de 1870, artículo 2785, bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesión gratuita, por tiempo y para objeto determinados, del uso de una cosa no fungible como obligación de restituir ésta en especie, y toda concesión gratuita ó a interés, de cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso, el préstamo se llama comodato y en el segundo mutuo.

Por su parte el Código de 1884 regula bajo las mismas directrices al mutuo y al comodato en su artículo 2661.

Como se puede apreciar la naturaleza como acto jurídico que representa el mutuo, se encuentra en un préstamo, lo que se llama préstamo de consumo.

El actual código civil define al mutuo como el contrato por el que el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras

²³⁰ Citado por López de Zavalía op. cit. p.388

cosas fungibles al mutuatario o mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

El contrato de mutuo implica un contrato con obligación de dar, una transmisión de dar, una transmisión de propiedad.

Resulta ser un contrato principal, de eficacia real de eficacia inmediata con posibilidad de ser diferida, gratuito, pero puede admitir ser oneroso como en el mutuo con interés. Consensual en oposición al formal, no exige forma específica.

Básicamente se enuncian cuatro tipos, el mutuo civil, mercantil, gratuito y oneroso.

Sobre el mutuo civil y mercantil el código de comercio dispone en su artículo 358. “Se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio y no para necesidades ajenas de éste. se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes”.

Sobre el mutuo simple y el mutuo con interés, o se les conoce como mutuo gratuito y mutuo con interés. La forma general que se maneja doctrinalmente será el mutuo gratuito, sin embargo existe interés cuando se estipula una cantidad en numerario o de diversas bienes para el mutuario como compensación dice Lozano Noriega, al mutuante por el beneficio que el mutuario recibe a través, de la celebración del contrato de mutuo.

Sobre el consentimiento no existen reglas especiales sobre el objeto será necesario decir que los bienes sobre los cuales puede rehacer el contrato de mutuo serán los bienes fungibles, y en este sentido serán los bienes

muebles, así que quedan fuera de este contrato los bienes inmuebles para ser considerados como objeto del mutuo.

Sobre los requisitos de validez como hemos manifestado, este contrato resulta ser consensual, no requiriendo una forma especial para su elaboración por lo que el consentimiento se puede manifestar en forma tácita o expresa.

En relación a la capacidad esta se circunscribe a la capacidad de disposición de un determinado bien, a saber el objeto del mutuo, lo anterior resulta claro si se analiza la definición del contrato, por el que se dispone que las partes deberán entregar un bien tanto el mutuante como el mutuario.

Las obligaciones a cargo del mutuante son las siguientes: En principio desde luego la transmisión del dominio de un bien,(2384, 2385), el saneamiento para el caso de evicción y vicios ocultos, la entrega del bien que involucra la conservación del bien..

Por parte del mutuario tenemos la devolución o pago de otro tanto de la misma especie y calidad, entregar la cosa.

Mutuo con interés.- En el Derecho Romano siempre fue lícito pactar con interés, la iglesia católica fue la primera en prohibir el interés, estimando que el dinero por si sólo es incapaz de producir un interés, Estas ideas de la Iglesia Católica del derecho canónico pasaron por primera vez al Derecho Civil con Carlo Magno, en Francia, de España las leyes del fuero real y del Fuero juzgo permitían pactar con interés, pero ya las leyes de partida prohibían que se pactaran interés. ²³¹

²³¹ Lozano Noriega, Francisco, op. cit. p. 195

Sobre los intereses podemos mencionar dos clases, el legal y el convencional. el artículo 2395 claramente establece las dos clases de intereses, así el interés legal siempre será un interés fijo, este recae en un 9% anual y el código de comercio marca un 6%, por otra parte el interés convencional será el que fijen por los propios contratantes y puede ser mayor o menor que el legal.

Consideraciones sobre el contrato de mutuo, resulta de su indudable importancia en la vida económica de los individuos, en efecto el préstamo de bienes, ya sea objetos o moneda, resulta ser un motor de la economía, todo proyecto, idea, empresa o cualquier actitud emprendedora no se efectúa sin tener una base o respaldo económico así los prestamos constituyen el instrumento jurídico económico que auxilian al inicio de los negocios. Problema diferente se nos presenta en la relativo al establecerse intereses desproporcionados, así como la problemática de la capitalización de intereses y múltiples conflictos que en la actualidad padecen los deudores y acreedores bancarios, asuntos estos que rebasarían nuestros objetivos en torno al presente apartado.

Costos en el contrato de Mutuo.- Por lo que respecta a los costos, en este contrato se realizan por su propia naturaleza operaciones que implican una detenida elaboración de las cantidades estipuladas en préstamo y su respectiva devolución y desde luego que esta situación se hace más necesaria en tratándose del mutuo con interés, en donde se tendrá que dilucidar detalladamente los montos pactados ya sea para su ejecución y cumplimiento así como para un previsible conflicto.

6.2.2.1.- Arrendamiento.

El código de 1870 regulaba el arrendamiento en su artículo 3068 en los siguientes términos “Se llama arrendamiento al contrato por el que una persona cedía a otra el uso ó el goce de una cosa por tiempo determinado y mediante un precio cierto. Se llama arrendador el que da la cosa en arrendamiento y arrendatario el que la recibe”.

El código de 1884 regulaba en los mismos términos este contrato en el artículo 2936, actualmente se regula en el 2390.

Es un contrato por virtud del cual se produce la enajenación temporal del uso o la enajenación temporal del uso o goce de una cosa.

El arrendamiento (locatio conductio) o más brevemente locación de cosas, implica que uno de los contratantes (arrendador o locator) asume frente al otro (arrendatario, locatario o conductor) la actividad de locatario- el conductor de los romanos- alude al goce de las cosas arrendadas).

Resulta ser principal , bilateral, Oneroso, conmutativo, generalmente formal, de ejecución sucesiva.

En cuanto a los requisitos del arrendamiento, y en relación a su objeto, se puede abordar desde los puntos de vista del arrendador y del arrendatario. Por lo que se refiere al primero consiste en proporcionar el uso o goce de un bien al mismo tiempo, por parte del arrendatario, este se obliga a pagar como contraprestación por el uso y goce un precio cierto (art. 2398 y 2399). En relación a los requisitos de validez, podemos decir sobre la capacidad para el arrendador será necesario el ser dueño o propietario de la cosa o no siéndolo, contar con la autorización de aquel. (art. 2401, 2403) o de la ley (art. 438).

En cuanto a la forma el contrato de arrendamiento debe otorgarse por escrito. La falta de esta formalidad se imputara al arrendador. En cuanto a los otros elementos, estos no adquieren formas especiales por lo que no los trataremos aquí.

Por lo que respecta a las obligaciones del arrendador este debe conceder el uso o goce temporal de una cosa, conservar la cosa en el mismo estado, no estorbar el uso de la cosa, garantizar el uso, responder de los daños y perjuicios, y entregar desde luego la cosa. Por otro lado, el arrendatario debe responder de los perjuicios que la cosa arrendada sufra por su culpa o negligencia, la de sus familiares, sirvientes o subarrendatarios, dentro de esta obligación se consignan los artículos relativos a la conservación y en todo caso reparación a cargo del arrendatario, el arrendatario, así mismo, deberá servirse de la cosa solamente para el uso convenido o conforme a la naturaleza y destino de ella.

“El contrato de arrendamiento de bienes inmuebles destinados para habitación no sólo implica una relación jurídica de orden privado sino de orden público. Merced a ello, el arrendamiento se ha convertido en un problema social, político y económico”.²³²

Costos en el Contrato de Arrendamiento.- Existen diversos costos derivados de la propia naturaleza del contrato, a saber, los derivados de la propia conservación y mantenimiento del bien, el pago del alquiler; las múltiples incidencias en caso de conflicto; pero resulta interesante hacer

²³² Chirino Castillo, Joel, op. cit. p.113

menção que en este tipo de contrato más allá de los costos económicos, resaltan los costos sociales, en relación al arrendamiento de bienes inmuebles destinados a habitación. En efecto, garantizada por nuestra constitución el derecho a una vivienda digna, marca el arranque de toda una problemática habitacional para los mexicanos; así de esta forma serán dadas normas especiales sobre el contrato de arrendamiento; se les ha considerado de orden público y de interés social dicha normatividad; se han generado una serie de juicios recurrentes en torno a los arrendamientos; generalmente se ha protegido al arrendatario. Todo lo anterior origina intereses que se apartan propiamente de la problemática jurídica, adentrándose en banderas políticas ocasionando costos sociales en cuanto a la estabilidad social, seguridad jurídica, pérdida de terrenos destinados a otros fines diversos al de habitación, así como asentamiento humanos que requerirán necesariamente de servicios públicos.

6.2.2.2- Comodato

El Código Civil de 1870 en su artículo 2785 así como el de 1884 en su artículo 2790 regulaban al mutuo y al comodato como prestamos de cosa no fungible llamado comodato y de cosa fungible llamado mutuo.

El actual Código Civil regula al comodato en su artículo 2497.- El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro contrae la obligación de restituirla gratuitamente.

Este contrato resulta ser principal, bilateral, consensual, gratuito, de eficacia obligatoria y temporal

Sobre el objeto podemos mencionar que los bienes objeto del comodato serán bienes fungibles, pues se tienen que restituir en su individualidad, sobre el consentimiento ya hemos mencionado que este contrato resulta ser consensual.

En relación a la capacidad basta la capacidad general para el comodante como del comodatario, existiendo limitación para tutores, curadores, y administradores.

En cuanto a las obligaciones del comodante basta apuntar el deber de conceder en forma gratuita el uso temporal de una cosa no fungible así como responder por algún gasto extraordinario en la conservación de la cosa así como de los vicios ocultos que la cosa pudiera presentar. En relación a las obligaciones del comodatario se apuntan las siguientes; la de conservar la cosa, así como de usar la cosa de la manera convenida y restituirla; además tendrá que pagar los gastos normales de la cosa.

Pasemos a lo relativo a la responsabilidad por la pérdida del bien, por lo que mencionaremos que la regla general se estipula que la cosa perece para su dueño y para el acreedor; en este punto podemos anotar que no obstante lo anterior, el comodatario es responsable del deterioro que sufra la cosa por su culpa toda vez que se encuentra obligado a poner toda diligencia en la conservación de la cosa (art. 2502) asimismo, el comodatario responde de la pérdida de la cosa si la emplea en uso diverso o por más tiempo del convenido, aún cuando aquella sobrevenga por caso fortuito (art. 2504). También responderá cuando prefiera cambiar un bien suyo antes que el bien dado en comodato. (art. 2505).

Por lo que se refiere a la terminación del Contrato, este puede terminar por vencimiento del contrato, por perecer la cosa, por muerte del comodatario (art. 2515) así como por existir necesidad urgente por el comodante del bien dado en comodato, probando el peligro de perecer la cosa en manos del comodatario o si ha sido dado a una tercera persona.

Costos emanados del Contrato.- en este contrato los costos se encuentran desde su formación, siendo de naturaleza obligatoria, existen costos que deberán ser valorados en torno a la entrega del bien los costos en torno a las partes recaerán en mayor medida al que transmite el bien, por que el contrato se entiende gratuito, sin embargo el comodatario se responsabiliza de la conservación en todo caso responde de la pérdida de la cosa. Por otra parte el comodante responde por los gastos extraordinarios y urgentes que el comodatario hubiere realizado, inclusive por los perjuicios que causen al comodatario, por los defectos de la cosa dada en comodato.

6.2.2.3.- Mandato

El código de 1870 en su artículo 2474 define al mandato en las siguientes términos, art. 2474.- El mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa”.

En los mismos términos que los anteriores se encuentra regulado en el código de 1884.

Actualmente el código civil vigente lo regula en su artículo 2546.- “El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que este le encarga.

El concepto de mandato se entiende como, “el contrato por el cual una persona (mandante) da a otra (mandatario) el poder de realizar en su nombre uno o varios actos jurídicos”.²³³

El mandato como contrato se ha estudiado tradicionalmente en relación a la representación; en efecto, la figura en la cual se encuadra el mandato lo encontramos en la llamada representación convencional, es decir el acuerdo por el cual una persona realiza actos jurídicos a nombre y por cuenta de otra, así el contrato es el mandato, sin embargo este se materializa por así decirlo en el poder, es decir la formalización en un documento del mandato se denomina poder. Planiol señala que la representación se establece en torno a la necesidad jurídica que pueda tener algún individuo en la realización de diversos actos jurídicos.

“Frecuentemente un acto es realizado por una persona distinta del interesado. Esta sustitución de una persona por otra puede ser necesaria en dos casos, primero cuando el interesado está imposibilitado para estar personalmente en el lugar donde deba realizarse el acto, ya sea por encontrarse de viaje , enfermo o preso etc., segundo cuando el interesado esta imposibilitado para comprender el acto que se realiza, (tratase en estos casos de los menores, locos o ancianos cuyas facultades se han debilitado)”.²³⁴

El mandato se puede presentar tal como lo previenen los artículos 2560 y 2561 del c.c.v. es decir como un contrato con o sin representación, en el

²³³ George Ripert, Jean Boulenger, *Tratado de Derecho Civil, TVIII Contratos Civiles*, Edit. la Ley. Buenos Aires p. 439

²³⁴ V. Marcel Planiol, op. cit. p. 163

primero de los casos, el mandato se desempeña por el mandatario en su propio nombre, en el segundo se realiza a nombre del mandante.

En el mandato con representación la relación jurídica, así como los efectos derivados de la misma recaen entre el mandante y el tercero, se reafirma en este caso la idea de la representación.

En el mandato sin representación, es decir a nombre del propio mandatario, las relaciones jurídicas que entable así como los efectos recaen entre el mandatario y el tercero, (por así decirlo) independientemente de los efectos jurídicos que entre el mandato y el mandatario pudieran surgir. Entre el tercero y el mandante no hay vinculación, por lo que no puede existir acción, “En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado como si el asunto fuere personal suyo” (art. 2561c.c.v.).

Puede existir el mandato gratuito y mandato oneroso, no obstante lo dicho por Lozano Noriega en el sentido que el propio término mandato implica una ayuda, del latín, manus dare, dar la mano, en la doctrina moderna de nuestro código el mandato resulta oneroso, y será gratuito siempre y cuando exista convenio que así lo marque art. 2549, solamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente.

Nuestro Código señala diversos tipos en cuanto a los mandatos, así se establecen los mandatos personales y los especiales.

Art. 2553.-“ El mandato puede ser general o especial, Son generales los contenidos en los tres primeras párrafos del artículo 2554, cualquier otro mandato tendría el carácter de especiales”.

Por otra parte, el artículo 2554 consigna tres clases de poderes, a saber, para pleitos y cobranzas, para administrar bienes y para actos de dominio.

En los poderes para pleitos y cobranzas, se refieren a aquellos actos judiciales o extrajudiciales, referente precisamente a una controversia o cobranza.

Por poder general para actos de administración debemos entender todos aquellos actos de conservación mantenimiento y desarrollo de un determinado bien u objeto jurídico.

Finalmente el poder general para actos de dominio viene a representar el grado de poder de mayor fuerza, y alcance toda vez que representa realizar la conducta de un dueño, es decir, efectuar cualquier acto de disposición.

En cuanto al poder especial podemos anotar que él mismo se refiere a un acto determinado.

Por otra parte se entiende que el poder puede ser general pero sin embargo estar limitado, así se comprende en el cuarto párrafo del artículo 2554, o bien consignar su especialidad dictando a su vez una obligación para los notarios de anotar dichas limitaciones en los testimonios de los poderes que dicten.

Cuando el contrato sea verbal, se tendrá que ratificar por escrito antes de que concluya el negocio por el cual se dio, art. 2552, el escrito se puede

otorgar por: I.- En escritura Pública II.- En escrito privado, firmado por el otorgante y dos testigos y ratificando las firmas ante notario público, Juez de primera instancia, jueces menores de paz, o ante el correspondiente funcionario o empleado administrativo, cuando el mandato se otorguen para asuntos administrativos, III.- En carta poder sin ratificación de firmas.

Existe otro tipo de mandato que se regula en nuestro Código Civil, y que se refiere a los actos jurídicos que se realizan en los procedimientos contenciosos. Para este tipo de mandato denominada judicial se establecen reglas especiales, en atención a las especiales circunstancias en la cual opera, así se prescriben algunas incapacidades para determinadas personas a fin de abstenerse de intervenir en los citados casos, art. 2585 c.c.v. no pueden ser procuradores en juicio: I.- los incapacitados, II.- los jueces, magistrados y demás funcionarios y empleados de la administración de justicia en ejercicio, dentro de los límites de su jurisdicción. III.- Los empleados de la hacienda pública en cualquiera causa en que puedan intervenir de oficio, dentro de los límites de sus respectivos distritos.

En cuanto a la forma el artículo 2586, prescribe, el mandato judicial será otorgado en escritura pública o escrito presentado y ratificado por el otorgante ante el juez de los autos. Si el juez no conoce al otorgante, elegirá testigos de identificación.

El artículo 2587 señala los tipos de actos procesales que requieren en todo caso de poder especial I.- Para desistirse, II.- Para transigir, III.- Para comprometer en árbitros, IV.- Para absolver y articular posiciones.- Para

hacer sesión de bienes, VI.- Para recusar, VII.- Para recibir pagos, VIII.- Para los demás actos que expresamente determine la ley.

Con este último párrafo se entiende que entre los actos comprendidos en un poder general para pleitos y cobranzas deberán aparecer los citados arriba.

Finalmente señalaremos que la forma de terminar el mandato judicial se refiere a 1.- Separación del poderdante de la acción u oposición formulada. 2.- Por terminación de personalidad del poderdante. 3.- Por transmisión del poderdante de los Derechos sobre la cosa litigiosa, 4.- Por revocación del dueño del negocio, 5.- Por nombramiento de otro procurador.

Este contrato en cuanto a su clasificación resulta ser oneroso como regla general, siendo gratuito cuando así se convenga; por regla general será revocable, dado que se funda en la confianza. (art. 2596)

Es principal, pero es regular que se encuentre como accesorio; conmutativo: dado que existen prestaciones recíprocas, resulta ser formal en relación al otorgamiento del poder.

En cuanto a sus elementos, el consentimiento se forma de una manera amplia, admitiendo el consentimiento tácito (e inclusive el silencio art. 2547).

Con respecto a la capacidad, los individuos deberán estar en el pleno goce de sus Derechos debiéndose atender a las reglas generales de la representación (art. 1800, 1801, 1802)

En cuanto a la forma, ya hemos comentado que el mandato puede ser verbal y formal, en todo caso en el verbal el mandato debe ser ratificado. (art. 2551 y 2552).

A continuación enumeraremos las obligaciones del mandatario: En primer lugar la ejecución de los actos jurídicos personalmente, ahora bien puede delegar los actos a otro sólo que tenga esa facultad expresa, que se reciba las instrucciones quien lo deba de reemplazar (art. 2574, 2575, 2576). artículo 574.- El mandatario puede encomendar a un tercero el desempeño del mandato si tiene facultades expresas para ello.

Hemos dicho que el mandatario debe cumplir con el mandato, así como rendir cuentas.

“El mandatario retribuido, como el depositario retribuido, esta obligado a la diligencia de un buen padre de familia (culpa levis in abstracto) mientras que el mandato gratuito debe poner en los asuntos del mandante nada más que las diligencias de que de pruebas en sus propios asuntos “culpa levis in concreto”.²³⁵

El mandato debe ser realizado conforme a lo prescrito por el mandato establecido, la obligatoriedad de consulta en lo no previsto directamente al mandante, cuando así lo requiera la naturaleza del asunto (art.2563).

²³⁵ Mazeaud, Jean, Henry y Leon, op. cit. p. 404

Resulta necesario anotar que el mandatario informe oportunamente al mandante de todos los hechos o circunstancias que pueda determinar la revocación del encargo (art. 2566) así como rendir cuentas exactas de la administración.

Se deben anticipar al mandatario la cantidades necesarias para la ejecución del mandato debiendo el mandante reembolsar los gastos realizados, incluso si el negocio no sale bien, (art. 2577) así mismo se le debe indemnizar al mandatario los daños y perjuicios que se le hubieren infringido así como el derecho de retener los bienes del mandatario mientras no se realice la indemnización (art. 2578, 2579, 2580)

El mandante debe cumplir todas las obligaciones que haya contraído el mandatario (art. 2581). El mandatario no tendrá acción contra el tercero por las obligaciones pactadas a favor del mandante, a no ser que conste en poder (art. 2582) así todos los actos serán nulos (art. 2583) así mismo el tercero no tendrá acción contra el mandante que haya excedido de sus facultades, si conocía cuales eran estas facultades (art. 2584).

El artículo 2595 señala la forma de terminación del mandato a saber I.- Por revocación, II.- Por renuncia del mandatario, III.- Por la muerte del mandante o del mandatario. IV.- Por la interdicción de uno o de otro. V.- Por el vencimiento del plazo y por la conclusión del negocio para el que fue concedido. VI.- En los casos previstos por los artículos 670, 671, 672.

Cabe hacer mención que en términos generales el mandato puede ser terminado por el mandante cuando y como le parezca, a excepto en los casos

previstos por el artículo 2596, es decir cuando su otorgamiento se hubiere estipulado como condición en un contrato bilateral.

Costos en el contrato de Mandato: Resulta evidente que a la realización de los actos jurídicos de otra persona, se actualizan los costos de preparación y ejecución del contrato, sin embargo estos bien pueden ser previstos y normativizados en el clausulado propio del contrato.

6.2.3.- CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS.

Nuestro Código engloba en un sólo título diversos contratos cuya naturaleza recae en una especie de prestación de servicios; nos referimos al contrato de servicios domésticos, del servicio personal, contrato de prestación de servicios profesionales, del contrato de obra a precio alzado, contrato de hospedaje.

Por lo que toca al servicio domestico por jornal, servicio a precio alzado, aprendizaje, podemos decir siguiendo a Lozano Noriega que los mismos entran en la esfera del Derecho del trabajo, que se encarga de su regulación específica como contrato de trabajo.²³⁶

6.2.3.1. Prestación de Servicios Profesionales.

Es un contrato por virtud del cual una de las dos partes llamada profesionista, mediante una remuneración que toma el nombre de honorario, se obliga a desempeñar en beneficio de otra, a la que se llama cliente, ciertos trabajos que requieren una preparación técnica, en ocasiones un título profesional para su ejercicio.

²³⁶ V. Lozano Noriega, Francisco, op. cit. p. 301

Se entiende que el contrato es bilateral, oneroso, consensual, principal, intuitu personae.

Es bilateral porque produce obligaciones recíprocas, oneroso por que del contrato derivan provechos y gravámenes recíprocos, el profesionista presta un trabajo y recibe un honorario, el cliente recibe una prestación, a su vez eroga un precio, es consensual pues no requiere forma especial, teniendo vida independiente ni necesidad de un contrato preexistente. y por la importancia que reviste la identidad de las partes se considera intuitu personae, dado por los conocimientos, capacidad técnica y formación profesional que necesariamente debe manifestar dicho profesional.

En relación al objeto posible y el consentimiento se rigen por las reglas generales del contrato. En cuanto a los requisitos de validez por lo que se refiere a la capacidad, el profesionista deberá tener la capacidad general y a su vez la capacidad especial que se le dará de acuerdo al título correspondiente, tal y como lo señala el artículo 2608, desde luego que el consentimiento deberá estar exento de vicios, así como el objeto lícito.

Para el profesionista, la obligación principal será la de prestar el servicio; por tal razón deberá entregar toda su pericia y conocimientos en la realización del servicio, así lo refiere el artículo 2015, el que preste servicios profesionales sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia, o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.

Por lo que se refiere a las obligaciones del cliente, este tendrá obligación de remunerar con los honorarios al profesionista, el cual puede

estar fijado por determinados aranceles, este pago será de inmediato o de acuerdo al convenio, y en el lugar de residencia del prestador de servicios (Art. 2610).

6.2.3.2.-Contrato de Obra a Precio Alzado

“Contrato por virtud del cual una de las partes llamada empresario a cambio de una remuneración que se obliga a cubrirle la otra, se compromete a realizar una obra en un bien inmueble o mueble poniendo los materiales necesarios y tomando a su cargo el riesgo de la ejecución de la obra”.²³⁷ Este contrato se clasifica en bilateral, oneroso, consensual, intuitu personae, principal.

Resulta bilateral porque para el empresario recae la obligación de realizar la obra, poner su actividad y conocimiento al servicio del dueño de la obra su obligación principal es cubrir una remuneración al empresario.

Resulta oneroso porque los provechos y gravámenes serán para ambos contratantes.

Consensual, pues no requiere consentimiento expreso de forma especial, salvo que sea por ajuste cerrado cuando el valor del bien sea mayor de \$100 pesos.

Intuitu personae.- puesto que las características de las partes requieren determinada grado de especialidad.

²³⁷ Lozano Noriega, Francisco op. cit. p. 307

Elementos de Existencia: Respecto al consentimiento y al objeto no existe regla especial también sobre los requisitos de validez no existen reglas especiales.

Sobre la obligación del empresario debemos mencionar que todo riesgo de la obra correrá a cargo del empresario hasta el acto de entrega, así mismo la obra deberá ser ejecutada de acuerdo a lo convenido, siguiendo planos y presupuestos, (art. 2629), habiendo duda se oirán opiniones de peritos, cabe mencionar que la obra la deberá realizar el empresario (art. 2633).

Por lo que se refiere a las obligaciones del dueño de la obra, esta se encuadra a pagar la remuneración convenida (2427).

Terminación del contrato, este contrato puede terminar por la ejecución misma de la obra y su entrega por muerte del empresario, caso fortuito y por fuerza mayor.

6.2.3.3.- Hospedaje.

El contrato de hospedaje tiene lugar cuando alguno presta a otro albergue, mediante la retribución convenida, comprendiéndose o no, según se estipule, los alimentos y demás gastos que origine el hospedaje (art. 2666).

Bilateral, oneroso, conmutativo, consensual, de tracto sucesivo, principal.

Sobre los elementos de existencia se siguen las reglas generales.

Sobre los elementos de validez Lozano Noriega apunta que se deberá analizar el caso concreto, toda vez que de la naturaleza de las obligaciones dependerá el tipo de capacidad.

Efectos del Contrato: para el hostelero implican, albergue, cobijo así como suministro de alimentos y demás gastos.

El huésped por su parte se encuentra obligado a pagar remuneración al hostelero.

6.2.4.- CONTRATOS ASOCIATIVOS

6.2.4.1.-Sociedad

“Es el contrato plurilateral por el que dos o más personas aportan bienes o servicios para la realización permanente de un fin común, lícito y de carácter preponderantemente económico, que no sea una especulación comercial”²³⁸

Contrato Plurilateral o de organización, oneroso, conmutativo y formal.

En cuanto al consentimiento se siguen reglas generales de formación del consentimiento, en relación objeto, estos pueden ser cosas, obligaciones de dar, traslativos de dominio o de uso o de goce, de hacer o no hacer.

En torno a la capacidad que deberán ostentar los socios, esta se puede diversificar en relación a sus aportaciones de la sociedad.

En cuanto al objeto lícito, nuestro código prevé un artículo especial, art. 2692: “Si se formare una sociedad para un objeto ilícito a solicitud de

²³⁸ Sánchez Medal, Ramón, op. cit. p. 336

cualquiera de los socios o de un tercero interesado, se declarará la nulidad de la sociedad”.

En cuanto la forma este contrato deberán constar con una forma escrita (art. 2690) y deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

Este contrato da como resultado además de las obligaciones propias de las partes, la creación de una persona distinta de aquellas que la forman. con nombre propio, patrimonio y órganos propios para su formación y ejecución.

Las obligaciones de los socios se pueden enumerar: 1) el pago de las aportaciones (iniciales o suplementarias posteriores) 2)pago de deudas sociales, 3).- pago de las pérdidas.

En relación a los derechos de los socios se pueden enumerar los siguientes: 1).- Derechos a las utilidades 2).- Derecho de reembolso de las aportaciones 3).- Derecho del tanto) 4).- Derecho de voz y voto, 5).- Intervenir en la dirección y administración de la sociedad, 6).-Derecho de vigilancia 7).- Derecho de separación de la sociedad.

Por consentimiento de socios, 29.- por cumplirse el término, 3).- Por realización del fin social, 4).- Por muerte o incapacidad de uno de los socios, 5).- Por muerte del socio industrial. 6).- Por renuncia de uno de los socios 7).- Por resolución judicial.

6.2.4.2.- Asociación

Concepto: Se constituye en una asociación cuando varios individuos convinieren en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para

realizar un fin común que no este prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico.

El contrato de Asociación Civil constituye una corporación según Lozano Noriega, se forma por socios que observan normas estatutarias, que se encuentran en su escritura constitutiva la asociación crea una persona moral.

Sobre el consentimiento, este se forma en el acuerdo de voluntades de los socios. Sobre el fin y objeto, la asociación se escinde en las prestaciones de hacer o de no hacer, y en segundo plano, tener una finalidad cultural, científica etc. que no sea preponderantemente económico.

Se requieren en forma general, objeto, motivo o fin lícitos, consentimiento libre y la forma que se exprese la ley. En relación a la forma, se exige que conste por escrito.

La Sociedad se compone por una asamblea general, donde reside el poder supremo, así como director o directores de ella.

Los asociados tienen derecho al voto en la Asamblea; así como a la separación de la Asociación, así también el derecho de vigilar que las cuotas se dediquen al fin propuesto y la vigilancia sobre los libros de contabilidad y demás papeles.

Conforme al artículo 2685. La sociedad se extingue: I”.- Por Consentimiento, II.- Por cumplirse el término o alcanzarse el fin propuesto, III.- por haberse vuelto incapaces para lograr el fin IV.- Por resolución dictada por autoridad competente”.

6.2.4.6.-APARCERIA.

“Contrato por medio del cual el propietario de un bien rústico o de animales útiles concede a la otra parte llamada aparcero, el uso de los bienes para que los cultive o los haga producir a fin de repartirse los frutos en la forma que convengan y a falta de acuerdo conforme a las costumbres de lugar o conforme a la ley”.²³⁹

Existen dos tipos de Aparcería la rural y la de Ganados, los sujetos se denominan dueño y Aparcero.

El contrato de aparceria se asemeja pues a uno de sociedad, en el que hubiese un socio capitalista y el Aparcero el industrial; la diferencia con la sociedad apunta Lozano Noriega estriba en la no existencia del *animus societatis*, es decir no se crea una persona moral.

El contrato se clasifica en bilateral, oneroso y conmutativo.

Corresponde las reglas generales sobre requisitos esenciales, sólo cabe consignar que en la aparcería rural el monto de los frutos para el aparcero no será mayor del 40%, en cuanto al objeto del contrato recaerán sobre cuestiones agrícolas o de ganados.

Corresponde las mismas reglas generales de elementos de validez.

El dueño se encuentra obligado a conceder el uso y goce la cosa, al aparcero durante el tiempo convenido, permitir la construcción de la casa de aparcero y el uso de agua leña, etc. Respetar un Derecho de tanto por el aparcero.

²³⁹ Chirino Castillo, Joel, op. cit.

Por otra parte el aparcero tiene la obligación de pagar así como entregar el predio a los animales en aprecio; desde luego tienen obligación de sumar esfuerzos para obtener los frutos.

El contrato se extingue por los siguientes puntos: 1.- Por vencimiento del plazo, 2.- Por muerte del aparcero.

6.2.5.-CONTRATOS DE GARANTÍA.

Como hemos señalado anteriormente el resultado que busca cada contratación se refiere a su cumplimiento, sin embargo este no se encuentra seguro, ya que puede verse afectado por diversas situaciones que impidan el mismo.

Las partes al elaborar un acuerdo asumen la responsabilidad de cumplirlo en sus términos, para tal efecto se tienen diversos medios jurídicos a fin de asegurar el efectivo cumplimiento de la obligación, entre estos medios tenemos los contratos de garantía.

Se sabe de antemano que todo deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones, así lo establece el artículo 2964. “El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que conforme a la ley, son inalienables o no embargables”.

El acreedor que trate de cuidar el efectivo cumplimiento de la obligación buscara que el deudor asegure el cumplimiento de la obligación a través de un contrato de Garantía.

“Estos contratos de garantía pueden ser de dos clases Personal y Real, La primera la dan las personas mismas; la segunda la dan ciertos bienes.

Nuestros códigos derogados señalaban cuatro contratos de garantía; fianza anticresis, prenda e hipoteca. En nuestro Código vigente se ha suprimido la anticresis”.²⁴⁰

6.2.5.1.-Fianza.

De acuerdo al artículo 2794, “Es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.” La fianza es un medio de asegurar el pago o cumplimiento por medio de otro sujeto; así el fiador se compromete a pagar al acreedor si el deudor no lo hace, evidentemente se trata de una garantía personal

Es accesorio porque depende de una obligación principal, es unilateral y gratuito, el fiador tiene una carga que es la de pagar, no existe reciprocidad; consensual, dado que no se requiere formalidad especial,

De acuerdo al artículo 2795 la fianza puede ser: legal, judicial, gratuita; la legal se refiere cuando se encuentre regulada en la ley, fianza judicial que se constituye por intervención del juez, fianza convencional es el contrato de fianza por acuerdo de voluntades gratuita en este tipo de contrato solo el fiador se obliga, onerosa en la cual el fiador reviste una contraprestación del deudor principal.

Por regla general todas las personas son capaces de contratar, en realidad se necesita que sea capaz, y que tenga bienes suficientes para el cargo. El fiador esta obligado a responder del cumplimiento de la obligación; el fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor.

²⁴⁰ Lozano Noriega, Francisco, op.cit. p. 381

Sobre los efectos del contrato entre fiador y acreedor: el fiador puede oponer todos los medios procesales que no sean personales del deudor.(art. 2812,2813), podrá hacer valer los beneficios de orden y excusión.(art. 2814 al 2824 inclusive).

El fiador debe ser indemnizado por el deudor del pago, aun sin consentimiento de éste por la fianza, y si se realizó en contra, se debe indemnizar en la medida del beneficio del deudor (art. 2828,). La indemnización consiste en la deuda principal, en los intereses respectivos, en los gastos realizados desde que se dio la noticia del requerimiento del pago, de los daños y perjuicios sufridos por causa del deudor.

Cuando el fiador paga se subroga en los derechos del acreedor es decir se substituyen sus derechos.

Debemos de anotar que el fiador puede exigir la indemnización hasta que sea legalmente exigible la deuda es decir hasta que se cumplan las condiciones o los plazos (artículo 2835).

En todo caso el fiador puede pedir el aseguramiento del pago o relevo de la fianza, cuando I.- sea demandado judicialmente por el pago, II.- si el deudor sufre menoscabo de los bienes, III.- Si se pretende ausentar de la república , IV.- si se obliga a relevarlo de la fianza en un tiempo determinado y este a transcurrido, V.- si la deuda se hace exigible por el cumplimiento del plazo.

Los efectos de la fianza entre coofiadores se refieren a la situación por la cual existen varios fiadores, en este caso quien pague podrá reclamar de los demás la parte que le corresponda proporcionalmente (artículo 2837) , ✓

La fianza se extingue de la misma forma que se extingue la deuda principal y por las mismas causas que las obligaciones (artículo 1842) .

La liberación de uno de los fiadores aprovecha a los demás hasta el monto que le corresponda (artículo 2844); la prórroga o espera concedida al deudor sin consentimiento del fiador extingue la fianza (artículo 2846); finalmente la fianza se extingue por quita de la deuda principal al igual que en los casos de que la obligación sea por un tiempo determinado y esta no sea exigida por el acreedor.

6.2.5.2.-PRENDA

Resulta interesante que nuestro código civil defina a la prenda como un derecho real en su artículo 2856, “La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago”.

“La palabra “prenda” tiene tres acepciones principales, con ella denominamos al contrato, al derecho real que da nacimiento al contrato y por último, nos sirve para designar la misma cosa sobre la que constituye ese derecho real de garantía llamado prenda”.²⁴¹

En principio la distinción entre prenda e hipoteca radica en que la prenda recae sobre bienes muebles, e implica una desposesión de dicho bien, en tanto que en la hipoteca, esta recae sobre un bien inmueble y no implica una desposesión del bien.

²⁴¹ Lozano Noriega, Francisco, op. cit. p. 407

Los bienes dados en prenda deben ser muebles, susceptibles de ser enajenables y que este en el comercio.

Clasificación, resulta ser real . accesorio, de garantía, unilateral, formal..

Lozano Noriega estima que la persona que de en prenda debe tener capacidad de disposición ya que la finalidad de la prenda es garantizar una obligación; si la obligación no es cumplida el acreedor prendario tiene derecho para hacer vender la cosa dada en prenda y aplicar su producto, su valor, su precio al pago de la obligación.

Desde luego que debe darse el consentimiento y un objeto posible, sobre el consentimiento no hay regla especial; sobre el objeto, este recae sobre bienes muebles enajenables.

En lo referente a los requisitos de validez, se deben satisfacer los elementos de capacidad, ausencia de vicios, objeto lícito y forma.

Sobre la capacidad ya hicimos referencia de ostentar capacidad de disposición por parte del deudor prendario. Art. 2867.- Nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizados por el dueño.

Sobre ausencia de vicios y objeto lícito , se siguen las reglas generales y en cuanto a la forma el contrato de prenda deberá constar por escrito, de acuerdo al artículo 2869.- El contrato de prenda debe constar por escrito. Si se otorga en documento privado se formaran dos ejemplares uno para cada contratante. No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta la certeza de la fecha por el registro, escritura pública o de alguna otra manera fehaciente.

El artículo 2858 establece para tener por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente.

Art.2859.- “Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor, por que así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley”.

El contrato de Prenda conlleva además la creación de un derecho real como sabemos, todo derecho real implica una relación jurídica con referencia a un bien determinado. Este Derecho contiene determinadas características jurídicas, como lo son su preferencia y persecución así como su carácter absoluto o “erga omnes,” en otras palabras, quien detenta el derecho real puede hacer valer su derecho frente a cualquier persona, así como exigir el respeto al mismo, así como de ser preferido a terceros en cuanto a su adquisición y pago.

En cuanto a la preferencia se revela el efecto básico de la prenda, a saber garantizar el pago de la obligación; en otras palabras la prenda responde por la obligación, el que tienen el derecho tiene la preferencia de ser pagado con el importe de dicha prenda, en razón de la obligación contraída.

El artículo 2873 señala de forma precisa la condición del acreedor prendario.- a saber.- I.- El derecho de ser pagado de su deuda con el precio de la cosa empeñada. II.- El derecho de ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada, a no ser que se use de ella por convenio; III.- El derecho de ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada, a no ser que

use de ella por convenio; IV.- El de exigir del deudor otra prenda o el pago de la deuda aun antes del plazo convenido, si la cosa empeñada se pierde o se deteriora sin su culpa.

Por otro lado el acreedor esta obligado a conservar la cosa empeñada como si fuera propia, y responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia, II.- a restituir la prenda luego que estén pagados íntegramente la deuda, sus intereses, y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado los primeros y hecho los segundos.

La prenda se extingue por alguna causa de extinción de las obligaciones, o por que la obligación principal se de por terminada o resuelta, y siendo la prenda un contrato accesorio sigue la misma suerte que la principal.

6.2.5.3.-Hipoteca.

Nuestro código civil define la hipoteca en los siguientes términos.

Artículo 2893.- “La hipoteca es una garantía real constituidas sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a este, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido en la ley”.

De conformidad con el artículo 2895 del código civil, La hipoteca se constituye sobre bienes determinados, no se exige que sean inmuebles.

La hipoteca se extiende aun cuando no se expresa a las accesiones naturales, mejoras hechas por el propietario, muebles incorporados permanentemente, y a los nuevos edificios que el propietario construya sobre

el bien hipotecado y a los nuevos pisos que se levanten sobre los edificios hipotecados, (arts .2896, 2897 y 2898 c.c.v.). ✓

Es un contrato accesorio, indivisible en cuanto al objeto y divisible en cuanto a los bienes gravados, recae sobre bienes inmueble generalmente y excepcionalmente en los muebles., deberá ser constituido públicamente en el Registro Público de la Propiedad, para que surta efectos con respecto a terceros.

La hipoteca puede constituirse por contrato, testamento, acto unilateral y ley.

La hipoteca puede ser voluntaria o necesaria.- “son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituyen”(art. 2920) este artículo se refiere a las hipotecas constituidas por contrato y por los actos unilaterales por disposición del dueño de los bienes sobre los que recae el gravamen, se dan los casos de hipotecas constituidas por testamento o por declaración unilateral de voluntad que surtirán efectos durante la vida del autor. Cabe señalar que la hipoteca no podrá durar más de diez años, cuando se prorrogue el plazo de la obligación garantizada con la hipoteca, esta se entenderá prorrogada por el mismo término, a no ser que expresamente se asigne un tiempo menor.

Por lo que toca a las hipotecas necesarias, “llámese necesaria a la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley esta obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores” art. 2931 c.c.v.)

Nuestro código señala que los sujetos facultados para pedir la hipoteca necesaria serán los coherederos o partícipes, descendientes, respecto de menores y demás incapacitados en relación con los tutores, legatarios el Estado, los pueblos y establecimientos públicos con relación a administradores o recaudadores.

Los elementos existenciales siguen las reglas generales de los elementos del contrato, un consentimiento un objeto posible.

En cuanto a la ausencia de vicios se estará a las reglas generales; por lo que toca a las formalidades cuando el crédito hipotecario exceda de 500 pesos la hipoteca debe formalizarse en escritura pública cuando no exceda de esta cantidad podrá otorgarse en escrito privado firmado ante dos testigos en ambos casos debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad artículo 3005 Fracción I del Código Civil.

Sobre la capacidad solo puede hipotecar el que puede enajenar y solo pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados, artículo 2906 del Código Civil; es decir se necesita una capacidad general y de disposición desde luego debe existir licitud en el objeto.

Por lo que se refiere a los efectos de la hipoteca, como hemos hecho mención su constitución se finca en asegurar o garantizar el cumplimiento de la obligación por tal motivo y conforme al artículo 2916.- "El acreedor hipotecario puede adquirir la cosa hipotecada, en remate judicial o por adjudicación en los casos que no se presente otro postor, de acuerdo con lo que se establezca en el código de procedimientos civiles. Puede también convenir el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije al exigirse la

deuda, pero no al constituirse la hipoteca. Este convenio no puede perjudicar los derechos a tercero”.

La extinción de la hipoteca puede acontecer, como consecuencia de la extinción de la obligación principal o por causas de extinción de la misma hipoteca.

Desde luego en caso de que se extinga la obligación principal por pago, remisión, compensación, novación nulidad, rescisión, o por prescripción.

Por otro lado se puede extinguir de acuerdo al artículo 2940 por remisión de la hipoteca, perecimiento o destrucción del bien hipotecado, prescripción, extinción del derecho real objeto del gravamen, por consolidación, por expropiación, por venta judicial, por prescripción

6.2.6.-Contratos Aleatorios (Juego y Apuesta).

Para Lozano Noriega el contrato es aleatorio cuando la determinación de la ganancia o de la pérdida para los contratantes o la determinación del monto de las prestaciones, o la determinación del carácter de ganancioso o perdedoso, dependen de una acontecimiento incierto.

En estos contratos se pueden analizar dos elementos uno objetivo y otro subjetivo, en cuanto al elemento objetivo, esto es, que el elemento “riesgo” en el juego se refiere a un acontecimiento futuro, mientras que en la apuesta el contrato esta completamente subordinado a un acontecimiento incierto, o en el hecho de que el juego implica una actividad de las partes (respecto del evento de cuya instancia depende de la atribución de la postura (suma de dinero o cosa a una de las partes) y además una actividad específica dirigida

advertir o adiestrar físicamente a los participantes, mientras que la apuesta no implica ninguna actividad de las partes y el resultado no depende de ella.

En el juego el elemento subjetivo se enmarca en el lucro y diversión y en la apuesta estaría representado por el deseo de ver afirmado como justa la propia opinión.²⁴²

“El juego y la apuesta difieren pues, por el papel que desempeñan, un papel activo en el acontecimiento si lo provocan, el contrato es un juego, si permanecen ajenos al acontecimientos una apuesta”.²⁴³

El juego o contrato de juego es el contrato por el cual las partes promete a la otra una prestación si una de ella obtiene un resultado dependiente de la fuerza o de la destreza, de la inteligencia respectiva de las partes o del puro azar.

La apuesta o contrato de apuesta es el contrato por el cual una de las partes promete a la otra una prestación según que tal acontecimiento o la realización del cual son ajenos, se haya producido o no se produzcan .

6.2.7.- La Transacción.

La transacción es un contrato por le cual las partes le ponen fin a una controversia consistiendo el concesiones recíprocas.

Caracteres:

Oneroso, sinalgmáticos, conmutativo, consensual.

²⁴² Cfr. Messineo, Francesco, op. cit. p. 195

²⁴³ Mazeaud, Jean, Henry y Leon, op. cit. p. 593

Capacidad de disposición.

Efectos: Declarativo, atributivo de derechos.

Compromisos ; Contrato cláusula

“Se utiliza la palabra transacción en sentidos diferentes, dentro del lenguaje corriente, transacción significa, o bien una convención cualquiera, o bien más concretamente una operación mercantil o bursátil”.²⁴⁴

La utilidad de esa convención es innegable, evitar procesos dispendiosos de incierto resultado; todo el mundo sabe que más vale una mala transacción que un buen pleito, pero la medalla tiene su reverso, las lentitudes y los gastos del procedimiento llevan a muchos litigantes cuyo derecho es indiscutible, a preferir la transacción a una solución judicial, sus adversarios sin escrúpulo lo saben muy bien. La transacción no siempre pone a las partes al abrigo de un proceso, arrepintiéndose de los sacrificios consentidos, tratan con frecuencia de que se anule la transacción, a tal punto que los redactores del Código Civil han tenido que limitar el ejercicio de la acción de nulidad, al menos cuando la causa consiste en el error.

²⁴⁴ Ibidem.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1.- La Transacción Jurídica básica en el Derecho es el Contrato, la transacción debe entenderse como aquellos tratos, acuerdos, negociaciones u operaciones que importan una relación entre las partes.

2.-El costo de una relación implica aquellas erogaciones propias del acuerdo, erogaciones adicionales o incluso oportunidades alternativas descartadas.

En términos específicos:

- a) Costos como las erogaciones emanadas del acuerdo.
- b) Costos como las oportunidades valiosas sacrificadas.
- c) Asunción de Responsabilidades y riesgos.

3.- El desarrollo moderno de la contratación supera el argumento de la pretendida decadencia del contrato y en todo caso estamos en presencia de un renacimiento del mismo.

4.- Dentro del Proceso de Contratación distinguimos tres etapas:

- a).-Etapa de Negociación del Contrato: que implica la etapa precontractual y tratos previos

b).- Etapa de Perfección del Contrato: contiene el nacimiento y formalización del contrato, supone la concurrencia de los requisitos de existencia y de validez.

C) Etapa de Ejecución: que implica el cumplimiento efectivo de la obligación, en otras palabras la consumación de la obligación.

En cada etapa de contratación se encuentran actos que implican costos determinados

5.- La función económica de los contratos trasciende en la efectividad de los mismos, ya que a través de los contratos se realizan las transferencias y movimientos de una buena parte de la riqueza de una colectividad, pero no podemos olvidar que su operancia queda sujeta a la posibilidad económica individual de los sujetos en una determinada relación jurídica, ya que si las prestaciones deseadas se ven ostensiblemente afectadas por circunstancias que no dependen de las partes en los contratos, deviene a nuestro modo de ver un rompimiento en la función económica del contrato.

6.- En el caso de no llegar a realizarse el contrato o de actuar de mala fe durante el desarrollo de los tratos preliminares se incurre en una responsabilidad llamada precontractual. Es decir si los tratos no son vinculantes ni obligatorios, por otra parte, si obligarán en otro sentido, es decir cuando hayan llegado a un punto tal que haga prever que el contrato podría

celebrarse y una de las partes rompa esos tratos sin un justo o atendible motivo. (Culpa in Contrahendo).

7.- El interés contractual negativo que resulta de la responsabilidad por la “culpa in contrahendo” se asimila a la luz del costo de la transacción, efectivamente a los costos precontractuales. Es decir a nuestro entender la doctrina reconoce los costos en el período precontractual con los citados intereses negativos.

8.- Podemos señalar que dentro de los costos emanados del período precontractual se deben subrayar básicamente:

- a) Costos de negociación
- b) Costos de salvaguarda.

En donde los costos de la decisión derivadas de la negociación, lo representan todas aquellas erogaciones materiales realizados en la vinculación y discusión de los contenidos contractuales, así como el período de tiempo empleado en cada arreglo o tratativa, así como los análisis y estudios preliminares del acuerdo.

Los costos de salvaguarda se representan por los seguros y candados prevenibles para proteger y afianzar el acuerdo formado.

9.- Los costos de formalización se encuentran contenidos en la redacción material de los documentos necesarios para investir al acto, así como los

honorarios resultantes de las actividades desplegadas por los abogados, notarios, corredores, contadores, peritos.

10.- Los costos de ejecución se pueden concebir en tres líneas, la primera en relación a los costos tendientes a la realización efectiva del contrato, esto es, en el evento en el cual las partes no objetan el cumplimiento, no impiden su ejecución, o mejor, cumplen puntual y eficazmente con sus obligaciones en relación al contrato. La segunda se refiere al evento en el cual alguna de las partes o las dos, no se encuentran dispuestas a cumplimentar sus obligaciones evadiendo su términos o desconociéndolos. Finalmente una última posibilidad la encontramos cuando el acuerdo no se cumple o se ejecuta por circunstancias que escaparon del control de las partes e influyen en el acuerdo y en al ánimo de los obligados.

11.- Un estudio sobre imprevisión recomendaría la aplicación de cláusulas de imprevisión, indexatorias, así como un análisis microanalítico de los extremos del contrato, Los costos de la Transacción serían una buena base para determinar la aplicación de la Teoría.

12.- Para la resolución de una controversia se deben de agotar los medios de mayor agilidad y rapidez posible, que repercutirán en las formas menos onerosas. Tomando en cuenta el arbitraje y la amigable composición como formas que faciliten la resolución de controversias en los renglones de temporalidad y costos.

13.- El liberalismo económico sublimó el papel del contrato, entendió por un lado, que a través del contrato encuentran su satisfacción los intereses de las partes, pero agregó algo más que por el juego de la propia libertad en el contrato, encontraba su mejor satisfacción también el interés general.

14.- El desenvolvimiento jurídico y técnico del contrato va aparejado con el desarrollo de la teoría económica, Así las cosas a un desarrollo contractual basado en el libre mercado, en la libertad contractual, en la autonomía de la voluntad corresponde a un desarrollo económico liberal, en tanto que un dirigismo contractual, un intervencionismo estatal corresponde básicamente a una economía estatista cerrada.

15.- La contratación moderna se ha enfrentado con una serie de fenómenos, desde las contrataciones por corporaciones hasta los cambios económicos y el advenimiento de un repunte mundial del liberalismo. Así los problemas de adecuación económica son muy persistentes en relación a los contratos, por lo que la contratación neoclásica apunta a la elaboración de una relación contractual que preserve la negociación y que provea una estructura de gobernación adicional o alterna. En otras palabras una contratación lo más organizada posible.

16.- Cuando hablamos de eficacia del contrato nos referimos a que las conductas de las partes se apegan efectivamente al contenido de las cláusulas, así un contrato tienen eficacia cuando impulsa la conducta y la intención de las partes, resulta lo bastante claro que en cada contrato cada parte lo realiza y se obliga porque vislumbra un determinado beneficio; sin embargo si este

beneficio puede asegurarse lo más ampliamente posible, es decir si será una cobertura a su cumplimiento y formas equitativas de resolución de controversias, entonces los contratos se tornarían aún más atractivos.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

Aristóteles, *Ética a Nicomaco*, 7a. edición, ediciones los clásicos W.M. Jackson 1974.

Bonecase Julien, *Elementos de Derecho Civil*, s.n.e. Traducción José M. Cajica, T.III México 1946.

Borja Soriano Manuel, *Teoría General de la Obligaciones*, edit., edit. Porrúa, México D.F. 1979.

Bejarano Sánchez Manuel, *Obligaciones Civiles*, edit. Harla, México 1984

Bresciani Turróni, *Curso de economía Política, Teoría General de los Hechos Económicos*, 1era. Edición español. F.C.E., México 1960

Calsamiglia, *Eficiencia en el orden normativo*, 1era. Edic. Edir Fontamara.

Carteñier Jean, *Excedente y Reproducción, La formación de la Economía*, F.C.E. 1era. Edición. México 1986.

Chirino Castillo Joel, *Contratos*, 1era. edic. edit. Porrúa, México D.F. 1996

De Cervantes Javier, *La Tradición Jurídica de Occidente*, UNAM. S.n.e. 1983

De Pina Vara Rafael, *Tratado de Derecho Civil*, Edit. Porrúa.

Domínguez Vargas, *Teoría Económica*, 11va. Edic. Porrúa. 1984

Domenico Barbero, *Edic. Jur. Europa América*, Buenos Aires, Trad. Santis Meleno, Imprenta Argentina, 1967.

Ellis Richard, *fundamentos Conceptuales de los Negocios*

Fuzier, Hemann, Carpentier, Repertoire General Alphabetique de Droit Francais, 1895

Fairen Guillen Victor, Teoría General del Derecho Procesal, UNAM, México 1992.

Galindo Garfias, Derecho Civil , 11ava. edic. edit. Porrúa, 1991

García Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, edit. Porrúa, 1980

García Goyena Florencio, Concordancias al Código Civil Español, edit. Jurisprudencia, México 1870.

Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 5a. edición, Edit. Cajica, México 1978.

Giorgi Jorge, Tratado de las Obligaciones, Edit. Raus, Madrid, 1930.

H.L.Hart, El Concepto de Derecho, edit. Nacional 2da. edic. México 1980

Kelsen Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, textos Universitarios

López de Haro Carlos, Reglas y Principios de Derecho, edit reus madrid 1951.

López de Zavallía Fernando, Contratos Civiles-

Lozano Noriega Francisco, Asociación Nacional del Notariado de México. 1962.

Mazeaud Henry, lecciones de Derecho Privado.

Manresa y navarro, José María, T.VIII, Madrid 1919, Comentarios al Código civil Español.

Messineo Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, T.IV, Santiago Santis Melendez, Editorial Jurisprudencia América 8va. edición.

Niceto Alcala Zamora y Castillo, Proceso Autocomposición y Autodefensa..

Ortiz Urquidi, Derecho Civil, 3a. edición, edit. Porrúa, México D.F.

Planiol, Ripert, Esmein, Tratado teórico Practico de Derecho Civil, Edit. Cajica.

Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Edit. Porrúa, México D.F.

Rojina Villejas Rafael compendio de Derecho Civil, edic. edit. Porrúa

Stanford y Optner, Análisis de Sistemas F.C.E. México D.F. s.n.e.

Sánchez Medal, Contratos, Editorial Porrúa.

Santos Brinz, Revista de Derecho Privado, Madrid 1970,

Samuelson, A. Poul, Curso de Economía Moderna, Edit. Aguilar.

Rosseau Juan Jacobo, "El Contarto Social" edit. Porrúa, México 1982,

Raiffa Howard,

Tamayo y Salmoran, El derecho y la Ciencia del Derecho, UNAM, 1era. edición. México 1984.

Williamson E. Oliver, Las Instituciones Económicas del Capitalismo, F.C.E. México D.F. 1989.

Diccionarios, Revistas y Compilaciones.

Diccionario Enciclopedico Bruguera México 1979.

Reconversión Industrial y Lucha Sindical, Edit. Nueva Sociedad, 1989.

Legislaciones Utilizadas.