



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES "ACATLAN".

**"AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS
DE SUMINISTRO O CONSIDERADOS DE ADHESION".**

T E S I S .

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:**

ALEJANDRO LICONA GOMEZ.

ASESOR: LIC. SERVIN BECERRA J. JORGE.

México, Distrito Federal.

2006.



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.

DEDICATORIAS.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, la máxima casa de estudios de nuestro país, la cual día con día forma más que profesionistas, forma profesionales que piensan y destacan dentro de nuestra sociedad..

A la Facultad de Estudios Superiores

Campus Acatlan, pues por medio de ella adquirí el amor por la Universidad y por el fascinante mundo del Derecho.

A todos y cada uno de los Profesores de Derecho pertenecientes a la FES Acatlan, Por continuar con la gran responsabilidad de formar estudiantes de Derecho.

Al Lic. Servin Becerra por haberme hecho el gran Honor de ser mi asesor de la presente Tesis, de igual forma le doy gracias por las clases de Derecho Civil que tuve la suerte de tomar con él

A mi familia quien siempre me apoyo y me alentó no sólo para ser un estudiante sino para ser también una buena persona.

A mis compañeros y amigos de generación, por su amistad y apoyo incondicional que hasta la fecha sigo recibiendo.

A todas aquellas personas que siempre creyeron en mí, las cuales tienen mi admiración, cariño y respeto.

INDICE.

Agradecimientos.....	(i)
Introducción.....	(ii)

CAPITULO PRIMERO. CONCEPTUALIZACION.

1.1 Obligaciones.....	1
1.2 Contratos.....	9
1.3 Contratos Mercantiles.....	14
1.4 Contrato de adhesión.....	20
1.5 Contrato de suministro.....	25

CAPITULO SEGUNDO. ANTECEDENTES.

2.1 Antecedentes de las obligaciones.....	29
2.2 Antecedentes de los contratos.....	37
2.3 Antecedentes de los contratos mercantiles.....	46
2.4 Antecedentes de los contratos de adhesión.....	51
2.5 Antecedentes del contrato de suministro.....	56

CAPITULO TERCERO. TEORIA.

3.1 Teoría general de las obligaciones.....	60
3.2 Principios rectores de los contratos.....	80
3.3 Elementos de los contratos.....	88
3.4 Elementos de los contratos de adhesión.....	98
3.5 Elementos de los contratos de suministro.....	105

CAPITULO CUARTO. CONTRATO DE SUMINISTRO O CONSIDERADO DE ADHESION.

4.1 Causas del contrato de suministro o considerado de adhesión.....	113
4.2 Regulación por parte de la ley Federal de Protección al Consumidor.....	117
4.3 Facultades de la Procuraduría Federal del Consumidor.....	124
4.4 Obligatoriedad del Registro de los Contratos de Suministro ante la Procuraduría Federal del Consumidor.....	131

CONCLUSIONES.....	139
--------------------------	------------

Indice.....	144
-------------	-----

Bibliografía.....	145
-------------------	-----

(ii)

INTRODUCCION.

Desde épocas anteriores el Derecho ha evolucionado adecuándose o buscando satisfacer las necesidades que imperan durante una determinada época, y es que el Derecho debe de ir cambiando, se encuentra en constante movimiento, evitando con eso el ser obsoleto.

En la época en la que actualmente nos desenvolvemos tanto personas físicas como morales, las cuales como sabemos son entes jurídicos creados por el Derecho, se ha dado un enorme desenvolvimiento o evolución de éstos últimos, la empresa ha adquirido un gran desarrollo, su transcendencia social, económica y política, ha dado como consecuencia un fenómeno llamado contratación en masa o en serie, derivado igualmente del crecimiento del consumismo por parte de la sociedad, tales acontecimientos han sido causantes de que surja una nueva técnica de contratación, la cual considero que es más acertado llamarla modalidad de contratación, dominada protagónicamente por la adhesión del polo débil de la relación contractual, es decir el adherente o adherido, al esquema uniforme que imponen las grandes empresas.

De esta manera se vio rebasado el principio de libertad contractual fundado en la igualdad formal de los individuos, dicho principio reconocía a todos un idéntico poder jurídico, entrando dentro de ese "todos" la empresa, la cual es económicamente superior a las personas físicas, en la mayoría de las ocasiones, la empresa empezó a determinar unilateralmente, en su propio beneficio, el contenido y las circunstancias del negocio a celebrar en la mayoría de los casos.

Un factor importante para el surgimiento de la utilización de la contratación por adhesión, es el surgimiento del consumismo, dicho fenómeno social es derivado del creciente acceso que día con día tienen las personas al mercado de bienes y servicios, de la creación artificial de necesidades masivas, popularizadas mediante fórmulas publicitarias de inmensa potencialidad para condicionar psicológicamente al consumidor hacia el acrecentamiento de su propensión a la adquisición.

La ampliación de los mercados de consumidores y de un desarrollo tecnológico que facilitó el proceso productivo, acelerándolo, sin dejar de mencionar la utilización de anuncios publicitarios agresivos, anunciando bienes y servicios, en ocasiones con anticipación a la demanda, fueron o son factores determinantes para la utilización de la contratación por adhesión.

En la actualidad los contratos de suministro cuando se dan como negocio privado, es decir actividades delegadas por el Estado en particulares, como lo es la señal de televisión o de línea telefónica, nacen a través de la contratación en masa, dejando al adherente o suministrado en evidente estado de inferioridad, puesto que el clausurado de dicho tipo de contratos, el cual por cierto carece de regulación dentro de nuestro Derecho positivo, es redactado unilateralmente por el empresario, limitándose simplemente el suministrado a adherir su voluntad a la celebración de dichos contratos, aceptando las condiciones o cláusulas previamente elaboradas por el suministrador, situación que generalmente es aprovechada por la empresa o suministrador para reforzar su posición contractual debilitando la del suministrado o adherente.

El presente trabajo busca proponer que se reformen, deroguen y adicione algunos artículos a la Ley Federal de Protección al Consumidor, proponiendo y exigiendo que el Estado busque dar una mayor protección a los suministrados, adherentes o consumidores final de este

tipo de contratos, buscando equilibrar o igualar la posición contractual que actualmente tienen las partes, la cual como sabemos es ampliamente desigual por motivo de la modalidad de contratación por adhesión.

La moderna concepción de la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos, nos hace pensar que la regulación que se le da a los contratos por adhesión, ya es insuficiente, con el presente trabajo se pretende establecer la manera de dar una mejor protección a los adherentes, reforzando la regulación de acuerdo a las necesidades actuales de la sociedad en la que vivimos, y es que el adherente en la mayoría de las ocasiones no se encuentra en posibilidades de llevar o soportar un litigio en contra de las grandes empresas, que son las que generalmente utilizan el contrato por adhesión, al no contar en la gran mayoría de las veces con suficientes recursos económicos para hacer frente a las posibles demandas que puedan surgir en su contra con motivo de la celebración de este tipo de contratos, es por esto y muchas otras situaciones, que debemos de buscar brindar una mayor y mejor protección a la parte débil de los contratos por adhesión, por medio de las normas jurídicas, buscando establecer una contratación en masa mas controlada por parte del Estado, evitando así que se aprovechen de la ignorancia o de la necesidad que tienen los adherentes por recibir la prestación, objeto del contrato.

En función del planteamiento del problema emitimos la siguiente hipótesis:

Si se da una mayor participación por parte del Estado en la regulación de este tipo de contratos, supervisando, revisando y aprobando la redacción de los contratos de suministro, que generalmente es llevada a cabo por medio de los contratos de adhesión antes de que se utilicen, se lograra obtener una mayor igualdad jurídica entre las partes que intervienen en la celebración de dichos contratos, dicha supervisión se debe llevar a cabo antes de que dichos contratos entren en circulación, es decir, lo que se busca es prevenir, por lo cual se debe de adecuar la Ley a nuestras necesidades actuales, como lo es la utilización de los contratos por adhesión.

Para probar la hipótesis se propone el siguiente índice dividido en cuatro capítulos, los cuales a saber son los siguientes:

Capítulo Primero denominado Conceptualización utilizando el método conceptual.

Capítulo Segundo denominado Antecedentes utilizando un método histórico.

Capítulo Tercero denominado Teoría, utilizando un método analítico.

Capítulo Cuarto denominado Contrato de suministro o considerado de adhesión utilizando el método analítico critico.

CAPITULO PRIMERO

Lo que se pretende probar de la hipótesis planteada por medio del presente capítulo es hacer ver que nuestras leyes positivas necesitan actualizarse de acuerdo a las necesidades imperantes de nuestra época incluyendo conceptos modernos de las figuras en análisis como lo son el contrato, la obligación, , el contrato mercantil, contrato de adhesión y el contrato de suministro, pues algunas de esas figuras carecen de concepto en nuestras leyes, y lo que es más algunas de ellas carecen de concepto legal.

CONCEPTUALIZACION.

1. 1 OBLIGACIONES

Cuando se quiere saber el significado de una palabra, generalmente se consulta un diccionario, así se encontró que dicho instrumento tiene conceptualizada a la palabra obligación como “aquello que hay que hacer o cumplir; circunstancia que obliga a hacer o no hacer una cosa”¹

Etimológicamente, la voz obligación deriva de obligatio, la que proviene, a su turno de obligare, expresión formada de ob (que significa alrededor) y ligare (que quiere decir ligar, atar), se da así la idea de ligadura en un sentido más bien físico o material.

Las institutas establecían a la obligación, como un vínculo jurídico por el que somos constreñidos por la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad.

Desde el punto de vista jusfilosófico denominase obligación al deber jurídico, normativamente establecido de realizar u omitir determinado acto y a cuyo incumplimiento por parte del obligado es imputada, como consecuencia, una sanción coactiva, es decir, un castigo traducible en un acto de fuerza física organizada.

Relación jurídica por la que una persona, llamada acreedor, tiene derecho a exigir de otra llamada deudor, una determinada prestación, hallándose amparado este derecho por una actio in personam.

Vínculo o relación entablada entre dos o más personas, mediante el cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una determinada prestación a favor de otra, denominada acreedor, pudiendo consistir en un dar, hacer o no hacer.

Hartman, doctrinario alemán define a la obligación como aquella relación jurídica de tipo tensional que está dirigida como instrumento del Derecho a la consecución de una finalidad económico-social, que se concreta en el derecho del acreedor a la satisfacción de su legítimo interés.

Polacco define a la obligación como vínculo entre el patrimonio del acreedor y el patrimonio del deudor, constituido este último por los bienes presentes y por los futuros, pasando a ser una mera relación entre patrimonios.

¹ Prólogo de Manuel Seco de la Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, Madrid 2004.

Estructura jurídica en que una o más personas determinadas o concretamente determinables al momento del cumplimiento tienen derecho de exigir a otra u otras, igualmente determinadas o determinables, la ejecución de una conducta, subsidiariamente, la indemnización por los daños ocasionados en caso de incumplimiento o medidas afines, también en subsidio, la ejecución individual o colectiva del incumplimiento del deber de indemnizar; y sin defecto de ello, el de hacer uso de medidas preventivas, reparadoras y afines como garantía del cobro del crédito.

Bejarano Sánchez la define como “la relación entre personas, sancionada por el derecho objetivo, que somete a una de ellas a la necesidad de observar cierta conducta a favor de la otra quien está autorizada a exigirla”.²

Aubry y Rau establecen que la obligación es la necesidad jurídica por cuya virtud una persona se halla constreñida, con relación a otra, a dar, a hacer o no hacer alguna cosa.

Planiol la define como el vínculo de derecho por el que una persona está constreñida hacia otra a hacer o no hacer alguna cosa.

Colin y Capitant manifiestan que se trata de una necesidad jurídica por el efecto de la cual una persona está sujeta respecto de otra a una prestación, ya positiva, ya negativa, es decir, a un hecho o una abstención.

Mazeaud define a las obligaciones como el vínculo de derecho entre personas, en virtud del cual, el acreedor tiene derecho a una prestación valorable en dinero, efectuada por otro que está obligado a ella.

Enneccerus establece que se trata del que compete a una persona, el acreedor, contra otra persona determinada, el deudor, para la satisfacción de un interés digno de protección, que tiene el primero.

Larenz dice que es aquella relación jurídica por la que dos o más personas se obligan a cumplir y adquieren el derecho a exigir determinadas prestaciones.

Demogue las define como aquella situación jurídica que tiene por fin una acción o abstención de valor económica o moral, cuya realización es asegurada por determinadas personas.

Galli señala que es la situación en virtud de la cual, el sujeto se encuentra en el deber jurídico, de cumplir una prestación.

Rotondi indica que hay una relación directa, así como exclusiva, entre dos o más sujetos, de los cuales unos son obligados a una prestación positiva a favor de los otros o, en general a cooperar a la persecución de aquellos intereses que el derecho subjetivo garantiza al titular.

Sánchez Román define a las obligaciones como la necesidad jurídica de cumplir una prestación.

² Bejarano Sánchez Manuel, *Obligaciones Civiles*, Editorial Oxford University Press, México 2000, página 4.

De Diego establece que consiste en la relación jurídica constituida en virtud de ciertos hechos entre dos o más personas por la que una, denominada acreedor, puede exigir de otra, llamada deudor, una determinada prestación.

Ruggiero la define como la relación jurídica, en virtud de la cual una persona (deudor) debe una determinada prestación a otra (acreedor), que tiene la facultad de exigirla, constrañendo a la primera a satisfacerla.

Puig Peña conceptualiza a la obligación como aquella relación jurídica por virtud de la cual una persona, para satisfacer intereses privados, puede exigir de otra, una determinada prestación, que, en caso de ser incumplida, puede hacerse efectiva sobre el patrimonio de ésta.

Colmo, indica que es la facultad de compeler a alguien para que nos procure un bien, o un beneficio patrimonial, o económico, ya entregándonos una cosa material, ya haciendo, ya dejando de hacer algo en nuestro favor....., con facultad a favor del acreedor para que, en caso de incumplimiento injustificado, se haga efectivo el derecho de aquél sobre los bienes del deudor.

Savigny establece que es la dominación sobre una persona extraña; no es sin embargo de un modo completo (pues tendría por resultado la absorción de la personalidad misma), pero sobre actos aislados que deben considerarse como restricciones a su libertad y un sometimiento a nuestra voluntad.

Brinz define a las obligaciones como aquella relación jurídica por la cual bien una persona, bien una cosa esta destinada a servir de satisfacción al acreedor en cumplimiento de una prestación.

Gutierrez y Gonzalez señala que es la necesidad jurídica de cumplir voluntariamente una prestación, de carácter patrimonial (pecuniario o moral), a favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o a favor de un sujeto que ya existe.

Borja Soriano establece que la obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamado deudor, queda sujeto para otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor.

Rojina Villegas, la concibe como “la relación jurídica por virtud de la cual un sujeto llamado acreedor, está facultado para exigir de otro denominado deudor, una prestación o una abstención”.³

Martínez Alfaro señala que es una relación de naturaleza jurídica entre dos personas llamadas deudor y acreedor, por lo cual el deudor se encuentra en la necesidad jurídica de ejecutar una prestación a favor del acreedor, quién a su vez está facultado para recibir y exigir la prestación en su favor.

Carlos Sepulveda Sandoval define a las obligaciones como la situación jurídica de sujeción o sometimiento por la cual una persona, denominada deudor, se encuentra constreñida o compelida a ejecutar a favor de otra denominada acreedor, una prestación o una abstención de carácter patrimonial.

³ Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil III Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México, 2000, página 5.

Ignacio Galindo Garfias manifiesta que es la relación jurídica que confiere al acreedor la facultad de exigir del deudor e impone a éste, el deber de realizar el pago de una prestación determinada (dar, hacer o no hacer el pago), cuyo cumplimiento garantiza con su patrimonio.

Goschen define a las obligaciones como la relación recíproca entre dos personas determinadas, por medio de la cual una de ellas está autorizada a exigir de otra, uno de los varios hechos que está obligada a cumplir.

Puchta establece que son la relación jurídica por medio de la cual una persona (acreedor), tiene un derecho (crédito) a un hecho de un tercero (deudor).

Endeman conceptualiza a las obligaciones como aquel vínculo que se establece entre dos personas por el cual una de ellas esta autorizada, como acreedor, a exigir de la otra como deudor, una prestación.

Gierke las define como la relación jurídica que se dirige a una prestación con valor económico que debe ser recibida por una de ellas y que la otra debe ejecutar.

Unger indica que es el derecho de exigir a una determinada persona, en virtud de hechos obligatorios, ciertas prestaciones que tienen por sí mismas valor patrimonial o que permiten llegar a él, se llama derecho de crédito en oposición al derecho real, y también derecho personal, en oposición al derecho real sobre cosa.

Giorgi manifiesta que es un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual uno o más de ellos (deudor o deudores), están obligados con respecto a la otra o a las otras (acreedor o acreedores) a hacer o no hacer alguna cosa.

Salmond, las define como el vínculo de necesidad legal que liga justamente a dos o más individuos determinados.

Pollock, establece que es la relación que existe entre dos personas de las cuales una tienen derecho privado y particular, esto es, no un derecho meramente público u oficial, o un derecho incidental a la propiedad, o una relación permanente de familia, para controlar la acción de otro o reclamar de él para que haga o se abstenga de hacer un hecho particular.

Blackstone las conceptualiza como “el acto instrumental por el cual el deudor se obliga a sí mismo, a sus herederos, ejecutores y administradores, a pagar cierta suma de dinero a otro, en día señalado”.⁴

El código civil para el Distrito Federal vigente, no da una definición de lo que se debe entender por obligaciones, si no que solamente indica cuales son las fuentes de aquellas.

Las definiciones anteriormente transcritas se encuentran incompletas en su mayoría, puesto que no abarcan los distintos momentos que se pueden llegar a dar dentro de la vida de una obligación, es decir, algunas solamente toman en cuenta el momento en que una obligación puede ser cumplida voluntariamente sin la necesidad de constreñir a determinada persona para su cumplimiento y viceversa, mientras que algunas otras solamente toman en consideración el

⁴ Gutierrez y Gonzalez, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, página 857

momento en que se incumplió injustificadamente con la prestación debida, situación que da cabida para que surja el acreedor y el deudor, teniendo el primero la facultad de exigir ya sea extrajudicialmente o judicialmente por medio del uso de la fuerza pública que se de, el cumplimiento de la prestación debida.

Algunas de las anteriores definiciones ni siquiera identifican a las partes al momento del incumplimiento injustificado de la prestación debida, algunas otras no determinan en que momento pueden ser constreñidas u obligadas para cumplir con sus obligaciones, no señalan que solamente se pueden pactar entre personas, ya sean éstas, personas físicas o morales, que deben de establecer entre dos o más personas, además de que los hechos que dieron surgimiento a las obligaciones deben de encontrarse establecidas en la ley.

Con la finalidad de proponer un concepto propio de las obligaciones es necesario, antes de proponer dicho concepto, saber lo que establecen algunas de las teorías más importantes que hay sobre las obligaciones.

Así, entre otras teorías, destacamos la de Hartmann, quien define a la obligación como una relación jurídica de vínculo o de tensión orientada a una finalidad objetiva, consistente en la satisfacción de un interés patrimonial del acreedor mediante una actividad del deudor, entendida como simple función de medio para la realización del fin anteriormente indicado, y, por otra parte, teniendo en cuenta que se trata de un medio normal, pero no indispensable, puesto que el acreedor puede conseguir la prestación esperada de un tercero, o por obra del poder del Estado a través de la ejecución forzosa. Definición que como puede verse, aparte de presentar muchas lagunas no precisa adecuadamente el objeto sobre el que recae la obligación, se enfoca más en la actividad del deudor haciendo a un lado la facultad que tiene el acreedor para constreñir a aquél para el cumplimiento de la obligación

Sin embargo es interesante, por que pone de relieve el valor económico de la prestación, tratando de buscar con ello una nueva vía para encontrar la noción de la obligación.

Saleilles, tratando de demostrar que la obligación es también un valor, un valor pasivo para el deudor y un valor activo para el acreedor, y poniendo de relieve que, aunque es necesario que la relación se desenvuelva entre acreedor y deudor, en ella lo más importante es el objeto, ya que, a menudo la obligación puede relacionar a no importa qué acreedor y qué deudor, puesto que ella misma tiene un valor abstracto, con lo que el derecho de crédito se aproxima sensiblemente al derecho real. Pero con ello se da una explicación patrimonial a la obligación, no explicándose más que un aspecto del objeto de la misma e incurriendo en manifiestas contradicciones en relación con la estructura y la naturaleza de la propia relación obligatoria.

Llevando las cosas más lejos, por esta misma vía, Polacco define a la obligación como el vínculo jurídico entre el patrimonio del acreedor y el patrimonio del deudor, constituido este último por los bienes presentes y por los futuros. Con lo que una relación establecida esencialmente entre personas pasa a ser una mera relación entre patrimonios. No faltando otras construcciones que, por el mismo camino, entran en el terreno de lo pintoresco.

Teoría del bien debido. Desarrollando la tendencia a considerar que el acreedor tiene sobre el patrimonio del deudor un derecho al valor pecuniario del bien debido, pero tratando de corregir la insuficiencia y la unilateralidad de ese planteamiento, se ha formado la teoría del bien debido, que trata de establecer que el objeto de la obligación es el bien debido, no el comportamiento del deudor. Esta teoría que ha alcanzado una gran difusión en Italia trata al derecho de obligación desde un punto de vista predominantemente procesal, ya que la sujeción

del deudor aparece como efecto del ejercicio de la acción ejecutiva y no como consecuencia del poder jurídico sustancial integrado en el derecho de crédito.

Su principal expositor es Rosario Nicoló, esta corriente la concreta en un particular derecho que tiene el acreedor de obtener el bien debido, y ¿cuál es el bien debido?, según su concepto, es aquel que puede llegar a satisfacer el interés del acreedor, satisfecho el interés del acreedor por medio de la consecución del bien debido, poco interesa que al mismo se lo haya entregado voluntariamente el deudor, o que lo haya obtenido por varias indirectas (ejecución forzada o cumplimiento por un tercero).

La relación de puro débito, entonces, se concreta en ese derecho que tiene el acreedor de obtener el bien debido, conjugada con la relación de responsabilidad, cuya función radica en habilitar al acreedor del poder jurídico suficiente, para obtener por medio de la ejecución forzosa el bien debido, ante el eventual incumplimiento.

La responsabilidad toma características peculiares, si se la compara con el concepto que de ellas tiene la *schuld and haftung*, la responsabilidad no es más considerada como garantía genérica sobre todos los bienes del deudor, sino que se concreta en una función instrumental de realizar su derecho sobre el bien debido

El mérito de la ponencia que se menciono radica en la explicación extraordinariamente científica que ha logrado de la ejecución en forma específica y el cumplimiento por el tercero. “Su planteamiento con respecto a la estructura obligacional que entre el deudor y el acreedor medie un vínculo de naturaleza tal, que sin identificarse con la posición exagerada de Polacco (relación entre patrimonios), confiere la suficiente desenvoltura al fenómeno obligatorio para desvincularlo completamente de la persona del deudor, adquiriendo en consecuencia la prestación fungibilidad”.⁵

Teoría del resultado. Köepen, precursor de esta teoría, resumiendo su pensamiento, considera que el derecho de crédito es el que se tiene sobre el valor económico de la cosa debida, realizable en el patrimonio del deudor mediante la ejecución forzada.

Teoría procesalista. Esta teoría tuvo un gran desenvolvimiento en Italia y está representada por Carnelutti y Satta, entre otros; la posición se defiende mediante una escisión que plantea sobre los elementos esenciales del vínculo, débito y responsabilidad, confiriéndole a cada uno vida propia, pero dentro de esferas completamente distintas del derecho. El débito se mantiene concebido en el viejo criterio de la *schuld und haftung*, es decir, como relación perteneciente al Derecho sustancial, donde en cambio se produce una modificación radical es en la forma que los procesalistas explican el momento de la responsabilidad, considerándola como un fenómeno exclusivamente procesal y, por ende, excluido de la relación sustancial, adquiriendo en consecuencia una configuración independiente.

Todo lo referente a la garantía o estado de sometimiento del patrimonio del deudor, con el consiguiente derecho del acreedor de agresión sobre el mismo, deja de ser un derecho concretizado sobre bienes, para transformarse en una formal petición entablada ante los organismos jurisdiccionales encargados de administrar justicia, a fin de requerir un pronunciamiento para que se proceda ejecutivamente realizando de esta forma el interés que el incumplimiento había hecho fracasar. El Derecho del acreedor, como se advertirá queda reducido a una mera situación instrumental, representada por la acción ejecutiva, entrando en consecuencia a ser un instituto más del derecho en forma.

⁵ Quintanilla Garcia, Miguel Angel, Derecho de las Obligaciones, Cuarta Edición, México, 2000.

Se arguye defendiendo la división presentada, que si admitimos la responsabilidad como el sometimiento en que se encuentran los bienes del deudor al poder de agresión del acreedor, su función se agota como remedio en contra del incumplimiento, justificando de esta manera su tratamiento dentro del derecho procesal.

Por lo demás, no siendo la responsabilidad un fenómeno exclusivo de la relación obligacional, es erróneo pretender introducirlo como elemento esencial a su naturaleza.

Desde el punto de vista funcional, la responsabilidad constituye una verdadera sanción que surge, como motivo del incumplimiento, aunque estructuralmente no sea más que un mero instrumento procesal, externo a la relación obligatoria.

En esta teoría se identifica responsabilidad con acción ejecutiva, y se debe recordar que no se puede confundir el poder de actuar con la razón de actuar.

Teoría del *debitum* y de la responsabilidad.- La afirmación de las doctrinas patrimoniales, de fundamentación objetiva, vienen favorecidas por el desarrollo de la doctrina que individualiza en la obligación dos distintos elementos; el *debitum* (*schuld*) y la responsabilidad (*haftung*)

La distinción fue intuida por Brinz quien definió a la obligación como aquella relación jurídica por la cual bien una persona, bien una cosa, está destinada a servir de satisfacción al acreedor en cumplimiento de una prestación.

De este modo, “el *debitum* (*Schuld*) es el deber de prestación, mientras que la *obligatio*, en sus dos formas de *obligatio personae* y *obligatio rei*, que constituye una unidad conceptual, expresa el concepto de la responsabilidad (*Haftung*), esto es, de hallarse una persona obligada con el propio cuerpo, como en el Derecho primitivo, o con el propio patrimonio, como en los derechos modernos, a responder de la prestación esperada por el acreedor. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el término alemán *Haftung* no se corresponde exactamente con el término responsabilidad y sus equivalentes en las lenguas latinas. Por eso en los derechos latinos, cuando se acepta esta distinción, se refiere a la *obligatio* como sinónimo de responsabilidad, contraponiéndose a *debitum*, como hemos visto”.⁶

Permaneciendo esta distinción olvidada durante algún tiempo, adquiere nuevo desarrollo debido a los sucesivos estudios históricos, que tratan de demostrar la correspondencia de la distinción con la realidad. Pero, a lo sumo, sirve para explicar el desarrollo del concepto de obligación en el Derecho primitivo, siendo muy difícil de mantener en el Derecho moderno, ya que deuda y responsabilidad no pueden darse como situaciones autónomas independientes. Esto no quita que la distinción conserve importancia para explicar la dialéctica interna del propio concepto de obligación, y que, en algunos supuestos, se puedan presentar separados ambos supuestos, o que se pueda acudir a la distinción para explicar casos de débito sin responsabilidad, como en el supuesto de obligaciones naturales, según una doctrina muy extendida, o, por el contrario, casos de responsabilidad sin débito propio; es el caso de las garantías por deuda que todavía no han nacido o por deuda ajena, como pasa en la fianza, y es muy frecuente en la prenda y la hipoteca; invocándose por último la distinción entre ambos elementos de la obligación para explicar la divergencia cuantitativa existente en los casos de limitación de responsabilidad así, F. Messineo considera que en estos casos el ordenamiento, por razones de

⁶ Moguel Caballero, Manuel, Obligaciones civiles contractuales y extracontractuales, Editorial Porrúa, México, 2000.

conveniencia, ha sustraído a la acción ejecutiva del acreedor una parte de los bienes del deudor, o que ha establecido una exención de responsabilidad para determinadas obligaciones, aunque el objeto de la acción ejecutiva quede vivo, sí bien cuantitativamente limitado.

Por otra parte, donde muestra la teoría su punto más débil es al pretender referir el vínculo obligatorio directamente a la responsabilidad, como si la obligación inicialmente fuere a quedar incumplida, y en este sentido Beltran de Heredia dice que la obligación no va, ni puede ir destinada a ser incumplida, sino, por el contrario, a que el deudor cumpla, que es, en definitiva, a lo que se comprometió. La opuesta concepción llevaría a estimar que el deudor, en lugar de estar afectado por un deber jurídico, tiene una facultad alternativa, como si pudiese afirmarse que el deudor debe cumplir la prestación debida si quiere evitar la ejecución forzosa. En definitiva, pues, siguiendo el parecer del propio Beltran de Heredia, el derecho de crédito u obligación es el poder que corresponde al acreedor para exigir del deudor el cumplimiento de la obligación, no es, por tanto, un simple derecho a poder pedir, sino también a poder exigir su cumplimiento, que es correlativo de la obligación del deudor.

La obligación o derecho de crédito no es, pues, un simple estado de sujeción o responsabilidad patrimonial sin vínculo personal que imponga al deudor el deber de cumplir, Por el contrario, este vínculo personal, que impone jurídicamente de cumplir lo que se debe, es lo que tiene carácter primordial. “La normal relación obligatoria no puede quedar reducida a una situación de responsabilidad patrimonial sin obligación personal y tampoco cabe señalar verdaderas obligaciones en las que exista una deuda personal sin responsabilidad patrimonial”.⁷

La obligación está constituida por dos elementos diversos e independientes configurados ambos en una particular unidad; relación de débito (schuld) o deber del deudor a un determinado comportamiento o prestación, con la consiguiente posición de preeminencia y expectativa por parte del acreedor y relación de responsabilidad (haftung), estado de sometimiento en que se encuentra el patrimonio o bienes del deudor, mediante el cual el acreedor puede hacer valer su derecho adoptando medidas para su realización en miras a la satisfacción de su interés que había quedado trunco con motivo del incumplimiento.

Ambas relaciones se conjugan en una entidad esencial llamada obligación, pero pueden vivir en forma separada o autónoma.

Al momento de dar una definición, se debe tomar en cuenta varios factores que considero no deben faltar en un concepto de obligaciones; se debe de tomar en cuenta que la principal fuente de las obligaciones son los vínculos jurídicos, el cual debemos concebir como un sinónimo de nexo jurídico, para designar la forma en que se encuentran vinculadas las partes de una norma jurídica.

Las obligaciones solamente se pueden establecer entre personas, ya sean físicas o morales, se dan entre todo ser capaz de ser titular de derechos y obligaciones, las personas físicas que pueden ser titulares de derechos y obligaciones son los que cuentan con la mayoría de edad, dieciocho años cumplidos en nuestro país, no deben de encontrarse en estado de interdicción, ni estar incapacitado por incapacidades establecidas por la ley, las personas morales deben estar constituidas conforme a las leyes mexicanas, dichas personas deben ser determinadas o determinables al momento del cumplimiento de la prestación, puesto que no se puede exigir a alguien que no se tiene determinado que cumpla con la prestación debida.

⁷ Gutierrez y Gonzalez, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

Se pueden establecer obligaciones entre una pluralidad de personas, toda vez que puede darse la situación de existencia de una pluralidad de sujetos pasivos los cuales pueden llegar a ser considerados como deudores al momento del incumplimiento injustificado de la obligación, o se puede llegar a dar una pluralidad de sujetos activos, quienes son los titulares de los derechos adquiridos, los cuales a su vez al momento del incumplimiento antes indicado adquieren el carácter de acreedor o acreedores, los cuales tienen la facultad de exigir que se de el cumplimiento de la prestación debida ya sea extrajudicialmente o judicialmente por medio de los órganos de jurisdicción.

Considero que los sujetos pasivos de la relación jurídica, juegan un papel importante dentro de la obligación, pues tienen la libertad de elección, es decir, el libre albedrío, puesto que tienen la opción de escoger entre cumplir voluntariamente con la prestación debida (schuld), y entre incumplir intencionalmente con la prestación debida, momento en que el sujeto activo adquiere la calidad de acreedor invistiéndose de la facultad de obligar al primero a cumplirla por con la prestación debida por medio de la fuerza pública (haftung).

El cumplimiento de la prestación debida puede consistir en un dar, hacer o no hacer algo, siendo éste, el objeto o contenido de las obligaciones.

Conceptualizo a las obligaciones tomando en consideración los argumentos antes señalados como aquel vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas o determinables al momento del cumplimiento, por medio del cual alguna o algunas de ellas tienen la libertad de escoger entre cumplir voluntariamente o incumplir una determinada prestación la cual puede consistir en dar, hacer o no hacer determinada cosa, a favor de otra u otras personas igualmente determinadas o determinables, adquiriendo en ese momento aquél, el carácter de deudor o deudores, con lo cual los titulares de la prestación debida adquieren el carácter de acreedores, encontrándose facultado o facultados para constreñir a aquélla o aquéllas personas ya sea extrajudicialmente o judicialmente para que cumplan con la prestación debida, y en su caso al pago de los daños o perjuicios ocasionados por tal incumplimiento.

1. 2 CONTRATOS.

Gramaticalmente pueden definirse a los contratos como “los acuerdos o convenios entre partes o personas que se obligan a materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”⁸.

Etimológicamente, proviene del latín contractus, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto y esta voz deriva de contraho, que entre otras acepciones tiene la de juntar o reunir.

En el Digesto se usaba esta acepción cuando, refiriéndose a convención, establecía que convienen los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar; así también los que, por diversos movimientos del ánimo, consisten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer.

En el Derecho romano se definía al contrato como una convención que tiene nombre y causa presente, civilmente obligatoria, por su naturaleza.

Pothier establece que la convención que tiene por objeto formar alguna obligación se llama contrato, estableciendo que la convención es lo genérico y el contrato lo específico, la

⁸ Prólogo de Manuel Seco de la Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, Madrid 2004.

definición que aporta sobre los contratos es la siguiente: “convención por la cual las dos partes recíprocamente o sólo una de ambas prometen y se obligan hacia la otra a dar alguna cosa, hacer o no hacer algo, para él las palabras prometen y se obligan constituyen la esencia misma del contrato, por medio del acuerdo de voluntades.

Domat, manifiesta que el acuerdo de voluntades es contrato cuando crea obligaciones, las modifica o extingue, únicamente por lo que hace a los derechos de crédito, de manera que no consideran contrato a las convenciones relacionadas con el derecho de familia y a los derechos reales.

Turh señala que es el resultado de la declaración de voluntad del oferente y la del aceptante intercambiadas, recíprocamente coincidentes y que tienen una finalidad común.

Ennecerus, indica que los negocios jurídicos bilaterales o contratos son declaraciones de voluntades correlativas y recíprocas de dos o más partes.

Anson y Corbin señalan que es una convención legalmente exigible realizada entre dos o más personas, por la que se adquieren derechos por una o más, o se obtienen hechos o abstenciones de otra u otras partes.

El Instituto de Derecho Americano define al contrato como una promesa o conjunto de promesas para cuyo quebrantamiento la ley otorga un remedio, o cuyo cumplimiento la ley en algún modo reconoce como una obligación.

De manera especial se establece que los contratos son medios jurídicos de adquirir, modificar, transferir o extinguir derechos por medio de acuerdos entre quienes los celebran o realizan.

De igual forma se señala que es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho.

Freitas doctrinario brasileño, manifiesta que habrá contrato cuando dos o más personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas a que corresponden derechos creditorios.

Windscheid sostiene que es la reunión de dos declaraciones de voluntad exigibles.

Beudant define al contrato como aquella convención que puede producir un efecto cualquiera de Derecho.

Candian señala que los acuerdos, se llaman contratos cuando tienen por contenido una regulación jurídica patrimonial.

Puig Peña define al contrato como aquel acuerdo de voluntades anteriormente divergentes, por virtud del cual la partes dan vida, o modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.

Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, define al contrato como el pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidos.

Ignacio Galindo Garfias manifiesta que es un acto jurídico y como tal, es un acto de voluntad de las partes que en él intervienen.

Colin y Capitant, definen al contrato como todo convenio o acuerdo de dos o más voluntades con el fin de producir efectos jurídicos. Al contratar las partes pueden proponerse ya crear un vínculo jurídico, crear o transferir un derecho real u originar obligaciones.

Diez-Picazo, define el contrato como negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear o transmitir (modificar o extinguir) una relación jurídica patrimonial.

Savigny conceptualiza al contrato como el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad, destinada a regir sus relaciones jurídicas.

V. Serebrovsky y R. Jálfina, definen al contrato como el acuerdo de dos o más personas sobre el establecimiento, la modificación o la extinción de las relaciones jurídicas civiles.

El código civil francés de 1804 en su artículo 1101 define el contrato como una convención por la cual una o varias personas se obligan, una hacia otra o varias otras, a dar o hacer alguna cosa”.⁹

El código de Prusia de 1796, en su artículo primero, Título I, parte primera, dice: Por contrato se entiende el consentimiento mutuo para la adquisición o enajenación de un derecho.

El Código de Austria de 1811, artículo 975. Dice: Aquél que declara querer transmitir a otro su derecho, hace una promesa. Si la otra parte acepta la promesa de una manera válida, entonces, por el consentimiento de ambos, nace el contrato.

El Código Civil Italiano en su Artículo 1231 define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial.

En Argentina conforme al artículo 1137 de su código civil, hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.

El Código Civil Español por medio de su Artículo 1254 declara que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

El Código Civil para el Distrito Federal distingue entre convenio y contrato, pues considera al contrato la especie y al convenio el género, puesto que establece en su Artículo 1792 que el convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, mientras que en su Artículo 1793 indica que los contratos son los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos.

“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”.¹⁰

⁹ De Buen Lozano, Nestor, La Decadencia del Contrato, Editorial Porrúa, México 2000, página 52.

¹⁰ Sánchez Medal, Ramón, De los contratos civiles, Editorial Porrúa, México, 2004.

La concepción amplia, identifica al contrato con la convención o acto jurídico bilateral y que incluye todo acuerdo dirigido a crear, modificar, o extinguir relaciones de obligación y a constituir relaciones de derecho de familia.

La concepción estricta, separa a la convención del contrato, considera como convenios a los acuerdos que modifican o extinguen las obligaciones y derechos, y como contratos sólo a los convenios que crean o transmiten dichas obligaciones y derechos. Para esta concepción el contrato es un acuerdo dirigido a constituir una obligación patrimonial

Hay que tener presente que el contrato, según la definición legal, no sólo puede dar nacimiento a obligaciones, sino también puede crear o transmitir derechos reales, como ocurre en el contrato de hipoteca y en el de compraventa, respectivamente, por ello se indica que el contrato puede tener efectos obligatorios y efectos reales.

Dentro del mundo del Derecho Mexicano se encuentran dos principios que siguen siendo admitidos por nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, me refiero a la libertad de contratar, es decir, la facultad concebida a las personas para escoger entre convenir con la persona o personas que más le convenga, el segundo principio es la libertad contractual la cual se refiere a la libertad de establecer la forma y al contenido del contrato, es decir, elaborar el clausurado del contrato por medio de un acuerdo de voluntades, éste último principio se ha visto envuelto por el reciente movimiento de dirigismo contractual o publicización del contrato, el cual lleva a pensar que la libertad otorgada por la ley para elaborar un clausurado en igualdad de condiciones entre las personas, se encuentra en decadencia, debido a las actuales necesidades.

“La libertad contractual se basa en el dogma de la autonomía de la voluntad el cual surgió durante el auge del individualismo y del liberalismo económico del siglo pasado, al amparo de la teoría del contrato social de Rousseau que creía en la bondad natural del individuo y en la necesidad de limitar por el pacto social la libertad sólo para conservar ésta; la autonomía de la voluntad se reducía fundamentalmente a sostener, primero, que salvo muy raras excepciones todas las obligaciones contractuales, nacen de la soberana voluntad de dos partes libres iguales y, segundo, que eran justas todas esas obligaciones creadas por la voluntad”.¹¹

Una de las principales causas de la decadencia de la autonomía de la voluntad, son las necesidades sociales actuales al igual que los requerimientos, es decir, la cultura consumista, que de las grandes mayorías de la población surgen día con día, las cuales exigen al Estado que intervenga en la formación y ejecución de diversos contratos, o al menos en la supervisión y revisión de los mismos con la finalidad de brindar una mejor protección a la población.

Dichas circunstancias, por tan sólo mencionar algunas, a pesar de su enorme trascendencia no han llegado al extremo de hacer desaparecer la libertad contractual, sino que constituyen sólo limitaciones a la misma, y fueron las causas que originaron el llamado dirigismo contractual, que tiende a hacer prevalecer los requerimientos de la sociedad sobre los intereses puramente individuales, pero no de una manera total en esta materia, sino sólo a propósito de determinados contratos y con respecto a ciertos objetos

Para tratar de establecer el equilibrio entre las prestaciones recíprocas de ambas partes en los contratos bilaterales, las legislaciones del mundo han adoptado hasta ahora distintos

¹¹ Ob- cit, página 154.

sistemas que de manera esquemática corresponden también a formas diversas de concebir la justicia en el contrato.

En este sentido puede hablarse de una justicia liberal en oposición a una justicia igualitaria y así mismo, de una justicia individual en contraste con una justicia colectiva.

La justicia liberal en el contrato prevaleció durante todo el siglo pasado bajo el imperio de los códigos civiles que, como los nuestros de 1870 y de 1884, se inspiraron en el principio de la autonomía de la voluntad preconizado por el Código de Napoleón, según estos ordenamientos, lo fundamental que debía preservarse y garantizarse en el contrato, era la libertad irrestricta de una y otra parte, ya que del ejercicio incontrolado de esa libertad, brotaba espontánea y naturalmente el equilibrio de las prestaciones recíprocas de ambos contratantes, a consecuencia de la ley de la oferta y la demanda.

No puede decirse que la voluntad de las partes ya no juega ningún papel en el nacimiento y fijación del contenido de las obligaciones del contrato, pues el contrato obliga a las partes a lo que expresamente hubieren pactado según lo establece el Artículo 1796 del Código Civil para el distrito Federal y los contratos no regulados especialmente por la ley se rigen por las estipulaciones de las partes, artículo 1858 del mismo ordenamiento, y, lo que es más, por mero efecto del contrato, así mismo cuando se trata de fijar el alcance y los efectos de un contrato, se busca ante todo descubrir la intención de los contratantes, según lo dispuesto por el artículo 1851 del ordenamiento mencionado anteriormente.

Aunque la expresión autonomía de la voluntad evoca hoy todavía los excesos a que se le dejó llegar durante el auge del liberalismo y del individualismo, no por ello puede afirmarse que las frecuentes limitaciones sociales a la libertad de contratar y a la libertad contractual han hecho desaparecer ese poder de autodeterminación de la persona, el cual suele llamarse en nuestros días “autonomía privada y se le define como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”.¹²

Antes de proponer una definición propia, es preciso señalar que todo contrato necesariamente implica un acuerdo de voluntades pero no un simple acuerdo, sino la manifestación exteriorizada de dos voluntades por lo menos, en los términos en que lo disponga una norma vigente.

Todo contrato debe ligar, enlazar a las personas que lo celebran estableciendo entre ellas un vínculo obligatorio de contenido patrimonial. Este aspecto es la razón de ser, es el objetivo principal y el motivo del contrato. Las personas en sus relaciones cotidianas, tienen la necesidad de asegurar en alguna forma el cumplimiento de cierta actividad, y el instrumento idóneo para satisfacer esas necesidades es el contrato.

“El fundamento de obligatoriedad del contrato es que en sí mismo es una norma jurídica, no general, sino individualizada, que a su vez se apoya en una norma jurídica general, es decir, la contenida en el código civil, la que a su vez se apoya para fundar su obligatoriedad en una norma de carácter constitucional”.¹³

¹² Ob-cit, página 158.

¹³ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, Editorial Porrúa, Novena Edición, México, 2002.

La definición propuesta es la siguiente: “Convención entre dos o más personas que tiene como finalidad crear o transferir derechos y obligaciones, el cual además se puede dar en virtud de la aceptación que una de ellas hace de la oferta que la otra formula, pudiendo ser recíprocos o no los derechos y obligaciones ”.

Ya no manejo la palabra acuerdo de voluntades, puesto que considero más atinada la palabra convención, la cual por si sola engloba el significado de acuerdo de dos o más personas, y considero que es más atinada puesto que deja de dar una posición menos exagerada con respecto al llamado principio de la autonomía de la voluntad de partes, el cual no permite que se de la posibilidad de que se consideren como contratos a los instrumentos redactados unilateralmente por una de las partes a los cuales la otra parte simplemente se adhiere, toda vez que puede darse la existencia de un contrato al mediar la manifestación de voluntad de una parte, a la cual se adhiere la otra mediante un acto voluntario; lo anterior se hace necesario debido a la evolución que se ha dado en nuestra sociedad, debiéndose tomar en cuenta o darle más importancia a las necesidades de los individuos que forman dicha sociedad, y evitar caer en exagerados individualismos.

Hago mención de que las obligaciones y derechos pueden ser recíprocos o no para las partes, puesto que no en todos los contratos se da tal situación, toda vez que hay algunos contratos por medio de los cuales las obligaciones o los derechos solamente se dan para alguna de las partes, como sucede en los llamados contratos unilaterales.

1.3 CONTRATOS MERCANTILES.

Las nuevas condiciones económicas, industriales, comerciales, tecnológicas y sociales han hecho día con día que los contratos mercantiles adquieran mayor importancia dentro de nuestra sociedad, sin embargo no hay siquiera un concepto plasmado en nuestro Código de Comercio actual que nos dé las bases de lo que debemos entender por tales instrumentos jurídicos.

No existe en el Código de Comercio vigente, o en alguna otra legislación de carácter mercantil, una regulación sistemática y específica del contrato mercantil en su parte general, por ello el concepto de contrato, sus elementos de existencia y validez, así como la normativa general del acto o negocio jurídico y del contrato mercantil son lo general, deben tomarse de la regulación del derecho civil que resulta aplicable en la mayoría de sus principios y reglas.

El Código de Comercio vigente, no regula de manera importante a los contratos mercantiles, simplemente plasma en su Artículo segundo, lo siguiente

Artículo Segundo- “A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia Federal”.¹⁴

Con lo anterior se puede simplemente remitir al Código Civil Federal vigente para obtener una regulación de los contratos mercantiles, más sin embargo me parece que es importante, debido a las circunstancias al principio señaladas, que se debe de regular en el

¹⁴ Código de Comercio y Leyes Complementarias, Editorial Porrúa, 68ª edición, México, 2005.

Código de Comercio a los contratos mercantiles, debido a la importancia que va adquiriendo día con día.

A continuación se indican algunas definiciones que se encontraron sobre lo que debemos entender por Contratos Mercantiles.

Escriche señala que es la convención por la cual una o más personas comerciantes, y aun á veces el que no lo sea, se obligan hacia otro ú otros á dar ó hacer alguna cosa en negocios de comercio.

Son acuerdos de voluntad sobre una misma cosa, de los cuales nacen obligaciones, derechos y obligaciones recíprocas, con el fin de obtener un lucro. El fin de lucro o provecho es, la nota característica de los contratos mercantiles.

En realidad no hay muchas definiciones de lo que se debe entender por Contrato Mercantil, la doctrina considera mejor distinguir cuando un contrato es mercantil y cuando es civil, considero que tal distinción no es suficiente, debido a la gran importancia que ha adquirido la contratación mercantil hoy en día.

Vidari afirma que para calificar de mercantil un contrato no se ha de atender a la calidad de las personas ni a ninguna otra consideración, si no a la naturaleza objetiva de la prestación y contraprestación, es decir, a los fines que se proponen los contratantes; debiéndose caracterizar el contrato en todo caso por su objeto, que ha de ser un hecho propio de la industria comercial.

Lo esencial para los estudiosos del Derecho está en lo que distingue el contrato mercantil del contrato civil (en los que no son genuinamente comerciales), se ha considerado que para distinguir tales instrumentos jurídicos depende de la naturaleza del acto que da vida al contrato, pues si el acto es de los que declara la ley mercantil, será mercantil y civil en el caso contrario.

La diferencia está sometida a un criterio falaz, bien que si el contrato está regido por la ley mercantil, es incuestionablemente mercantil, y a la inversa si se trata de contrato incluido en la ley civil.

Messineo, jurista italiano sostiene que la distinción entre contratos civiles y comerciales, por de pronto, tiene importancia desde el punto de vista sistemático, en cuanto implica una doble agrupación de ellos que, respecto a los contratos comerciales, se explyaya alrededor de los conceptos de empresario comercial y de derecho (objetivo) de la empresa. Desde el punto de vista práctico, la distinción, implica que, en consideración al hecho de que los contratos comerciales se basan sobre un sustrato económico peculiar.

Ahora bien antes de proponer una definición de lo que se debe entender por contratos mercantiles, es importante saber cuales son las distinciones que hace la doctrina para identificar en que momento nos encontramos ante un contrato Civil y en que momento ante un Contrato Mercantil.

Una primera opinión señala que la nota característica de los contratos mercantiles es el fin de lucro o de provecho, sin atender a la calidad de las personas, ni a ninguna otra consideración, este criterio se enuncia, aunque no como único elemento distintivo.

Si bien la onerosidad y el lucro son elementos propios del derecho mercantil, que en ocasiones sirven para distinguir los contratos comerciales; y los actos y contratos gratuitos también pueden quedar comprendidos dentro del derecho mercantil.

Debe distinguirse el carácter oneroso de un acto, de un contrato o de una relación jurídica de su carácter lucrativo. “La onerosidad implica reciprocidad de provechos entre las partes, es decir, es un efecto de carácter bilateral, es lo contrario de la gratuidad en que el provecho no existe o sólo se otorga a una de las partes; el carácter lucrativo se refiere al fin del negocio o de la relación que implica una intención de obtener ganancias”.¹⁵

El acto de comercio se considera aquel en que la intervención de un sujeto comerciante implica una intermediación en el cambio de los bienes con la intención de obtener un provecho, esto es, un lucro. La intermediación se da en la actividad del comercio, practicada de un modo estable con el propósito profesional de la especulación, lo que significa la presencia de un comerciante en la ejecución de los actos mercantiles.

Como la nota determinante de intermediación y especulación, así como la participación de un comerciante en el acto, no fueron suficientes para lograr definir el acto de comercio, pues hay actos que no es posible aplicarles una u otra, y sin embargo no dejan de ser actos de comercio, se buscó agruparlos en categorías.

Esto sería correcto, siempre y cuando los comerciantes fuesen los únicos que realizaran actos de comercio.

Un criterio de orden práctico establece que los contratos mercantiles son aquellos que constituyen alguno de los actos de comercio enumerados por el artículo 75 del Código de Comercio vigente en nuestro país.

“En el artículo 75 del código de comercio se hace la enumeración de los que la ley reputa como actos de comercio, sin embargo los actos no sólo son aquellos que en el precepto citado se mencionan, puesto que pueden serlo también cualesquiera otros de naturaleza análoga a los expresados en el Código”.¹⁶

Los actos a los que se refieren las dos primeras fracciones de tal artículo implican la adquisición de bienes muebles, fracción primera inmuebles, fracción segunda, con un propósito, el de transmitirlos o prestarlos para obtener con ello una utilidad, es decir que se de una intención de revender o alquilar la cosa.

La fracción tercera del citado Artículo se refiere a los actos de compraventa por el objeto, basta que se vendan o compren porciones, acciones u obligaciones de sociedades mercantiles para que el acto se rija por la ley mercantil, es decir recae sobre el objeto.

La fracción cuarta, considera acto de comercio de acuerdo por el objeto en que recaen, siendo estos los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito

Las fracciones quinta a la décima primera se refieren a los actos de la empresa, hacen referencia a la empresa como actos de comercio, pero en realidad es a los actos para los cuales

¹⁵ Ghersi, Carlos Alberto, Contratos civiles y comerciales, Parte general y Especial, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires Argentina, 2000.

¹⁶ Código de Comercio, Editorial Ediciones Fiscales, Isef, 2004, Décima Segunda Edición.

se requiere una empresa para su realización a los que se hace referencia, hay un fin o motivo que determina la organización de los factores de la producción, que es precisamente la realización de los actos de una manera constante y sistemática, ya que un acto aislado no es suficiente para comercializar la empresa.

Ahora bien la empresa, es el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios sistemáticamente y con propósito de lucro, de igual forma se tiene una empresa cuando se reúnen los siguientes caracteres, organización de los factores de producción, o en otros términos, ejercicio de una actividad económica, que tenga un fin de producción o de cambio de bienes y servicios, organización, profesionalidad en la gestión de la empresa, el riesgo del proceso de organización incumbe al titular de la empresa.

Las fracciones décima primera y décima segunda nos hablan de la comisión mercantil al igual que de la intermediación, las operaciones de comisión mercantil y de mediación en los negocios mercantiles son actos mercantiles en virtud de que se dan en conexión con otros, se requiere la existencia de un acto mercantil para que en relación con éste, el acto de comisión o de mediación lo sean, el comisionista actúa como auxiliar mercantil, mediador, pone en contacto a las personas que quieren celebrar contratos.

La fracción décima cuarta nos habla de las operaciones de bancos, los cuales se encuentran regulados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, estos actos tienen un matiz subjetivo, en tanto que participa un sujeto comerciante.

“La fracción décima quinta del artículo 75 del Código de Comercio”¹⁷ nos habla de los actos marítimos, la nave, medio de transporte, se considera como el elemento que imprime el carácter de comercial a todas las obligaciones inherentes a su ejercicio.

La fracción décima sexta señala que son actos de comercio los contratos de seguro, siempre que hayan sido hechos por una empresa, se excluye del carácter mercantil el seguro que otorga el Instituto Mexicano del Seguro Social al igual que el ISSSTE, puesto que no son empresas de carácter comercial.

La fracción décima sexta habla del depósito mercantil, forma diferente a la de depósitos bancarios, se da cuando se hace por causa del comercio, o las cosas depositadas son objeto de comercio, es decir requiere de una condición para que se clasifique mercantil.

La fracción décima octava del tan mencionado artículo habla también con relación, se refiere a los depósitos llevados en los almacenes generales, su carácter mercantil lo deriva de la participación como depositario de una institución, las cuales son conocidas como almacén general de depósito, estas instituciones acreditan los depósitos mediante la emisión de documentos, que son considerados títulos de crédito y que expresan la especie y cantidad de las mercancías depositadas, es decir a través de los llamados certificados de depósitos y bonos de prenda, el certificado acredita la propiedad de mercancías o bienes depositados en el almacén que los emite, el bono de prenda, la constitución de un crédito prendario sobre mercancías o bienes indicados en el certificado.

La fracción décima novena señala como actos de comercio a los títulos de crédito, las letras de cambio y los cheques, puesto que los valores u otros títulos a la orden o al portador, son actos de comercio.

¹⁷ Ob-cit página 14.

Las fracciones vigésima y vigésima primera nos hablan de los comerciantes y sus obligaciones, señalan que las obligaciones de los comerciantes, y entre los comerciantes y banqueros, son actos de comercio, la razón de la mercantilidad de estos estriba en los sujetos que en ellos intervienen, se presume que la participación de un comerciante implica normalmente que éste actúa dentro del ejercicio de su actividad comercial ejecutando actos de esa naturaleza, se debe tener en cuenta que para que los actos en que interviene un comerciante no sean considerados como mercantiles habrá necesidad de probar su diversa naturaleza.

Se debe señalar que según lo establecido por el artículo tercero fracción primera del código de comercio, para que un sujeto sea considerado como comerciante, se requiere que la persona haga del comercio su ocupación ordinaria, lo que significa, no la realización de actos aislados, sino de varios de ellos, o sea, el ejercicio de una actividad comercial, profesionalmente.

La actividad del comerciante abarca, en primer lugar, manifestaciones de la voluntad humana, es decir, actos voluntarios del hombre que producen efectos jurídicos; pero también hechos ajenos a dicha voluntad humana, que acarrear efectos de derecho dentro del campo comercial, en segundo lugar como manifestaciones y producto de derechos y obligaciones, dentro de dicha actividad se comprende tanto el acto unilateral como el bilateral, por excelencia el contrato y el plurilateral a través de la sociedad; el acto lícito como el ilícito; en suma las cuatro fuentes tradicionales de las obligaciones, contrato, cuasi contrato, delito y cuasi delito; en tercer lugar, en cuanto al contenido de los actos, comprende aquellos que implican un dar, hacer, un no hacer u omitir, en cuarto lugar, se da en relación a la frecuencia o reiteración de estos, fundamentalmente son actos en masa, porque se repiten, se enlazan, se suceden propiamente, de y dentro de la empresa.

La fracción vigésima segunda nos habla de los auxiliares mercantiles, factores y dependientes, dice que se consideran actos de comercio los realizados por los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del comerciante que los tiene a su servicio, quedan pues, excluidos cualesquiera otros actos en los que estas mismas personas intervengan, se consideran mercantiles porque son efectuados por motivo de operaciones mercantiles, cuya titularidad corresponde al comerciante.

La fracción vigésima tercera habla de los actos de agricultor y ganadero, la ejecución que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo, dichas actividades producen y hacen circular la riqueza, realizan su actividad normalmente con la finalidad de obtener un provecho de ella, con la intención de lograr una utilidad, y eso es lo que en última instancia, debe darle la mercantilidad al acto.

Por último tenemos a la “fracción vigésima cuarta”¹⁸ la cual señala como actos de comercio cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en el Código de comercio vigente”, un ejemplo para ilustrar a dicha fracción sería lo señalado en la Ley de aeropuertos, la cual es de orden público y tiene por objeto regular la construcción, administración, operación y explotación de los aeródromos civiles, los cuales son parte integrante de las vías generales de comunicación, dicha Ley en su Artículo 54 indica que todos los actos y contratos para la prestación de servicios aeroportuarios, complementarios y comerciales en los aeródromos civiles de servicio al público serán de carácter mercantil.

Con la fracción antes señalada se percibe que el derecho mercantil no se agota en la consideración de los actos de comercio que las leyes mercantiles enuncian, primordialmente los

¹⁸ Ob-cit, página 15.

enunciados en el Artículo 75 del Código de Comercio, con lo cual se considera que dichos actos no son los únicos a los que debe atribuirse tal carácter.

Un tercer criterio derivado de la materia que regula o debe reglamentar el derecho mercantil y que puede servir de base para determinar la mercantilidad de un contrato, es la que ha sostenido Rodríguez Rodríguez sobre el contenido de esa rama del derecho privado. Para este autor el derecho mercantil es el derecho de los actos en masa realizados por empresas.

Los actos en masa, por lo general, son de carácter lucrativo y se ejecutan en torno a la empresa, lo que cuenta y trasciende en ésta es la actividad de su titular, o sea, el empresario, desde el momento que concibe y organiza la negociación y la pone a funcionar, hasta que ella se extingue. Tan importante es esta nota de la actividad del empresario, que lleva a confundir la negociación misma, que sólo es producto y efecto del quehacer del empresario, con éste mismo, o sea, con quien la concibe, la organiza, la dirige y la explota.

Un cuarto criterio que se abre paso en la doctrina “es la tesis que considera que los contratos mercantiles son aquellos que surgen de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o que están vinculados a la actividad comercial”.¹⁹

La calificación de los comerciantes, personas físicas y sociedades, se da normalmente y de manera principal en función del ejercicio de una empresa; por extensión y como una manifestación más de la comercialización del derecho privado, nuestras leyes atribuyen carácter mercantil a sociedades que se constituyan como si fueran mercantiles, así como a otras que no tengan o que todavía no tengan constituida una empresa.

Pero no debe de olvidarse que el derecho mercantil sigue en torno al acto de comercio, pese a la creciente y desbordante influencia de la empresa, que es, por otra parte, la manifestación y la aplicación más importante de dicho esquema legal.

Tomando en cuenta las doctrinas antes indicadas, cualesquiera que sean las fuentes o ingredientes de la materia mercantil, no se debe de olvidar que al acto jurídico, o sea, la manifestación de voluntad tendiente a producir efectos de derecho, se aplican los elementos que lo caracterizan y los principios que lo regulan en el derecho civil, a saber el consentimiento y la capacidad, el objeto, el fin o causa, con frecuencia la forma, y también frecuentemente, la exteriorización del acto, es importante buscar que los contratos mercantiles cuenten con una legislación propia la cual se establezca en base a las necesidades actuales de nuestra sociedad.

Algunos estudiosos del Derecho Mercantil, indican que para dar un concepto de acto de comercio, el cual es importante para encontrar una definición adecuada de Contrato Mercantil, es mejor clasificar a tales actos, los clasifican en principales, actos en masa y actos ocasionales o aislados.

La primera clasificación de estos actos de comercio es en actos en serie o en masa, mas propiamente, actividad comercial, del empresario, y actos aislados o individuales, los primeros son los actos conectados con la organización y explotación de las empresas, que se suceden iguales, en continuidad, y que constituyen la conducta, el quehacer dentro de la negociación o empresa de su titular y de su personal; los segundos, son esporádicos y adquieren naturaleza mercantil por alguna nota que les sea propia y que los distingue de los actos civiles: el ser

¹⁹ Vazquez del Mercado, Oscar, Contratos Mercantiles, Décima Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

especulativos, el que tengan como objetivo una cosa de comercio, el que asuman una forma o un tipo que se reserve a la materia de comercio.

Otra clasificación, es la de actos de comercio principales, la cual se da en función de sus elementos del negocio jurídico, los cuales a saber son el sujeto, tomando en cuenta al consentimiento y su capacidad; el objeto el cual se debe concebir como la cosa que será materia de la obligación; la causa, la cual es la finalidad del acto o de la actividad; y la forma o bien, el tipo o esquema elegido; de dicha clasificación se concluye que son cuatro los grupos, el primero se da en base al sujeto o sujetos que intervienen en su celebración, por ejemplo comerciantes profesionales o accidentales; empresarios, por mencionar algunos, el segundo se da en base a su objeto, es decir, porque el bien sobre el que recaiga el acto o negocio, sea una cosa mercantil, “el tercer grupo, se caracteriza porque su finalidad sea comercial, es decir que tenga intención lucrativa, organización y/o explotación de una empresa, el cuarto grupo se caracteriza porque se asuma la forma o el tipo de un acto o de un negocio comercial, como por ejemplo los requisitos para constituir una sociedad mercantil, de igual forma se dan los actos de comercio por conexión con otro principal o por accesión (accesorios) a actos principales”²⁰.

La calificación de mercantil de un acto, ya sea porque interviene un comerciante en su ejecución, o bien porque el acto tiene ese carácter, independientemente de la participación de un comerciante, es el llamado criterio subjetivo y objetivo del acto de comercio.

Las consecuencias de calificar a un contrato de mercantil, y no de civil, traerá como principales efectos, la aplicación del derecho sustantivo mercantil y las normas adjetivas, especialmente, las vías procesales para el caso del litigio.

Otros autores señalan como rasgo característico de los contratos comerciales la onerosidad, pues la gratitud es extraña al derecho comercial; otros, admiten que la distinción se halla en modalidades especiales, puesto que un contrato puede ser civil o comercial, según sus modalidades.

Después de saber cuales son algunos de los criterios más importantes que existen en la doctrina, utilizados para distinguir cuando estamos en presencia de un contrato civil y cuando en presencia de un mercantil, es factible proponer un concepto de lo que se debe de entender por contratos mercantiles y no conformarse simplemente con saber la diferencia entre ambos.

Así pues considero que la siguiente definición sería adecuada tomando en cuenta los criterios de distinción antes señalados, al igual que la definición propuesta en el subcapítulo anterior sobre los contratos, la cual es la siguiente: “Convención entre dos o más personas de las cuales uno o ambos pueden ser comerciantes o empresas, que tiene como finalidad crear o transferir derechos y obligaciones, de apreciación pecuniaria, en virtud de la aceptación que una de ellas hace de la oferta que la otra formula, pudiendo ser recíprocos o no los derechos y obligaciones, de igual forma se considera contrato mercantil cuando sé de uno de los supuestos establecidos por el Artículo 75 del Código de Comercio Vigente ”.

1. 4 CONTRATOS DE ADHESION.

Primeramente debemos saber que es lo que se entiende por la palabra adhesión, así pues encontramos que la palabra adhesión proviene del latín adhesio y adhaesus, derivado del verbo

²⁰ Ob-cit, página 182.

adhaerere, lo cual significa estar pegado estrechamente y se emplea para calificar ciertos contratos a los que se les denomina contratos de adhesión, término que utilizó por primera vez el jurista francés Saleilles.

En los contratos de adhesión, una de las partes ofrece e impone a su vez sus condiciones a la otra, que no tiene más remedio que rechazarlas o aceptarlas en su totalidad, sin poder entrar a discutir las mismas, es decir, simplemente adhiere su voluntad al citado documento.

Esta figura no se encuentra prevista en nuestro Código Civil o en el Código de Comercio, pero ha sido incluida en algunas disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor, a través de su Capítulo X, titulado “De los contratos de adhesión”.

Dicho capítulo abarca desde el artículo 85, hasta el 90, en él encontramos desde lo que debemos de entender por el contrato de adhesión, el registro que se lleva por parte de la Procuraduría Federal del Consumidor sobre este tipo de documentos, el cual por cierto no es obligatorio, la protección que se busca dar a los consumidores que celebran este tipo de contratos, por tan sólo mencionar algunas cosas.

Así pues, tenemos que la definición sobre los contratos de adhesión que nos da la Ley Federal de Protección a través de su Artículo 85, es la siguiente:

Artículo 85.- “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 términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá ser escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley”.²¹

De la definición que nos proporciona la Ley Federal de Protección al Consumidor, nos podemos percatar que nos indica que tales documentos son redactados unilateralmente por una persona, sin mencionar que debe de existir otra persona que se adhiera a través de su voluntad a las cláusulas de dicho documento o contrato, de igual forma nos señala algunos de los requisitos que deben de contener estos documentos, cuando son celebrados en todo el territorio nacional, como lo son, el que debe de estar redactado en idioma español, que su contenido debe ser legible a simple vista, y que además no deben implicar desproporcionadas prestaciones a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, entre otras.

La ley Federal de Protección al Consumidor busca dar una protección a los consumidores que se adhieren a este tipo de contratos a través de un registro que lleva la Procuraduría Federal del Consumidor, cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento.

Este tipo de contratos ha arrastrado consigo un gran problema, es decir, otorga un gran poder a las personas que redactan unilateralmente dichos documentos, por lo que se ha discutido

²¹ Ley Federal de Protección al Consumidor, Editorial Ediciones Fiscales Isef, Sexta Edición, 2004.

sobre la normativa que debe existir para evitar los abusos que se pueden producir a la parte que se adhiere.

La cuestión relativa a la posibilidad de abuso e injusticia por parte de quien establece las condiciones contractuales, significa para el legislador de un determinado Estado el decidir varios caminos. Uno de ellos es el legislativo, mediante la reglamentación, por medio de la ley o de reglamentos, para ciertos contratos específicos, los otros medios se refieren a la aplicación judicial o administrativa de ciertas reglas de justicia y equidad. En este sentido existe un principio que recoge el Código Civil del Estado de Tamaulipas a través de su Artículo 1329, el cual plasma que en los contratos de adhesión las dudas ocasionadas por la redacción deberán resolverse en perjuicio de quien lo redacta.

Esta regla se encuentra en los principios de UNIDROIT a través de su Artículo 4.6, los cuales señalan que si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

Para tratar de establecer el equilibrio entre las prestaciones recíprocas de ambas partes en los contratos bilaterales, las legislaciones del mundo han adoptado hasta ahora distintos sistemas.

En algunos sistemas jurídicos han buscado establecer el equilibrio entre las prestaciones de ambas partes en dichos documentos a través de la llamada justicia igualitaria; la cual se preocupa por salvaguardar la igualdad de los contratantes, antes que o por encima de la libertad de las partes, la frecuente desigualdad económica de uno y otro contratante, da como resultado que el más poderoso de ellos obtenga ventajas desproporcionadas y se aproveche del más pobre o más ignorante, y por tanto, del más débil, lo que significa que la libertad de las dos partes en numerosos contratos viene a ser en realidad una ilusión o una verdadera ficción de la ley. “Es más, paralelamente a esa desigualdad económica, concurre otro factor adverso que prácticamente entrega a la parte más débil en manos de la parte más fuerte, por que hay servicios o bienes tan indispensables que se ofrecen por la segunda a la primera, tales como artículos de primera necesidad, viviendas, electricidad, gas, transporte, etcétera, que no dejan ninguna alternativa a la misma parte débil, sino que la llevan a aceptar fatalmente todas las pretensiones y condiciones que unilateralmente le impone la parte fuerte”.²²

Ante estas consecuencias ineludibles de la desigualdad económica de los contratantes, interviene la ley para restablecer la igualdad de las partes y la equivalencia de las prestaciones que recíprocamente se otorgan.

La expresión más eficaz de la justicia igualitaria, ha sido sin duda lo que podría llamarse la justicia colectiva y preventiva, merced al establecimiento de leyes imperativas o de interés social o de orden público, tendientes a proteger a la parte débil, pero no a éste o aquel contratante individual en un concreto y particular contrato, sino a toda la masa o categoría de personas que celebren un determinado contrato considerado en abstracto, de ahí la adecuada adopción del nombre de justicia igualitaria colectiva; y cuyas normas a la vez sirven ya no para remediar en una sentencia judicial los efectos inequitativos de la desigualdad económica de las partes y reponer el equilibrio roto de las recíprocas prestaciones, sino que son el medio para impedir en una Ley general tales efectos inequitativos antes de que se produzcan, de ahí la atinada denominación de justicia igualitaria preventiva.

²² Arce Gargollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

En la doctrina encontramos algunas definiciones que es necesario transcribir con la finalidad de proponer un concepto propio con posterioridad; así pues encontramos las siguientes:

Los contratos de adhesión son aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por alguna autoridad o redactadas unilateralmente por el proveedor sin que la contraparte para aceptarlo, pueda discutir su contenido.

Ricardo Uribe-Holguín, da la definición siguiente: Distíngase el contrato por adhesión del que se celebra mediante libre discusión, en que en aquél, una de las partes tiene preparada oferta inmodificable, que la otra ha de aceptar o rechazar sin posibilidad de contra proposición, mientras que este último, el acuerdo de voluntades se forma previa discusión de todas las estipulaciones o de las más importantes.

“El contrato de adhesión o por adhesión es aquel en el cual una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo, que en el ejercicio de la empresa se realicen. Las cláusulas del contrato de adhesión no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas”.²³

El contrato de adhesión, es aquel por el cual una parte presenta una oferta y la otra o las otras expresan su adhesión, en general por un título representativo de conformidad y pago.

Son los documentos en los cuales de antemano ya están establecidas las cláusulas esenciales, sin que la contraparte tenga la oportunidad de discutir su contenido.

Son contratos de adhesión aquellos cuyo clausurado general es predispuesto, es decir, redactado previamente por uno de los contratantes para regular uniformemente determinadas relaciones convencionales, sin que el predisponente admita discusión alguna.

El contrato de adhesión es aquel por medio del cual una de las partes (generalmente un empresario mercantil o industrial que realiza contrataciones en masa) establece contenidos prefijados y uniformes para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la actividad empresarial se realicen.

El contrato de adhesión es aquel negocio en que las cláusulas previamente determinadas por una de las partes no admiten ser discutidas, de modo que la otra no tiene la posibilidad de introducir modificaciones.

Este tipo de contratos se caracterizan por el hecho de que una de las partes redacta unilateralmente las cláusulas del contrato y la contraparte se adhiere, sin posibilidad de discutirlos.

En la actualidad existe una parte de la doctrina que manifiesta que tales documentos no pueden ser considerados como contratos, Nestor de Buen Lozano afirma que no es posible seguir considerando tales actos jurídicos como contratos, por estimar que no media en su celebración ninguna autonomía de la voluntad, a lo menos de uno de los otorgantes, el que, además, tampoco disfruta de libertad de elección, en el caso de los contratos predispuestos por el proveedor y sancionados por alguna autoridad, prefieren echar mano de una expresión, guiones administrativos que no tienen connotación jurídica.

²³ Castrillón y Luna, Victor M., Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa, México, 2000, Página 124.

Mas sin embargo hoy en día una gran parte de los estudiosos del derecho indican que si se tratan de contratos, y estos toman como criterio el siguiente, tomando de ejemplo la formula empleada por el legislador mexicano establecida en el Código Civil vigente, a través de su artículo 1792 por medio de la cual define a los convenios, y a través del Artículo 1793, define a los contratos, considerando a estos la especie y a aquéllos el genero, es por demás escueta, pues, conforme a su texto, basta el acuerdo de dos o más personas para producir o transferir obligaciones y derechos, como elemento suficiente a los efectos de configurar un contrato; dentro de tal sencillez caben, entonces, de toda clase de consentimientos encaminados a la creación o transmisión de obligaciones y derechos, sin que sea necesario que las personas tengan libertad económica (aunque si deben tener jurídica) de contratar o no, que las personas convengán libremente las condiciones de la contratación, y que las obligaciones y los derechos sean recíprocos.

Debido a lo anteriormente señalado y en base al actual desarrollo que tiene nuestra sociedad día con día, en base al crecimiento de la contratación en masa, cada vez más frecuente en las sociedades modernas, considero que tales documentos deben ser considerados como contratos, los cuales necesitan de una regulación que busque evitar que la persona o personas que redactan unilateralmente este tipo de contratos abusen de la posición privilegiada en la que se encuentran, con relación al adherente, es decir, se debe establecer una mejor regulación normativa con la finalidad de buscar el equilibrio entre las partes, que intervienen en la celebración de este tipo de contratos.

En este tipo de contratos se utilizan las llamadas condiciones generales del contrato, las cuales son un fenómeno propio de la contratación en masa o en serie de las grandes empresas y productores, propio de la economía moderna.

Dichas condiciones generales del contrato se pueden definir como los conjuntos de reglas que un particular, ya sea empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes, toma de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar.

“Las condiciones generales de los contratos, son generalmente redactadas unilateralmente por el empresario y sus clientes sólo se adhieren a las mismas”.²⁴

Dichas condiciones son las causantes que nos alejan mucho del dogma de la voluntad y de la idea de una concurrencia perfecta de voluntades. El principio es que un contrato puede quedar formado cuando, dadas las condiciones en que se han sido emitidas las declaraciones de voluntad de las partes, la buena fe exige que el contrato se encuentre formado. El segundo principio es que, por lo menos en muchas ocasiones, el contenido contractual se forma con criterios distintos de aquellos sobre que las partes quisieron vincularse, de manera que, en este punto, el principio de buena fe posee un gran margen de actuación: un contrato debe presentar aquel contenido que las partes, según la confianza razonable, podían esperar que tal contrato tuviera.

La doctrina distingue entre las condiciones generales del contrato de las condiciones generales de la contratación que son: un conjunto de normas o de reglas unilateralmente dictadas por una empresa mercantil o industrial, o por un grupo de empresas, a fin de que con arreglo a ellas se reglamenten todas las operaciones y contratos que estas mismas empresas vayan celebrando en sus actividades comerciales.

²⁴ Ob-cit, página 128.

Las condiciones generales del contrato son: casi siempre, parte o complemento de un contrato de adhesión, y tienen como efecto principal el uniformar contractualmente y de forma objetiva, no personal, las relaciones de una empresa con todos los que con ella contratan o pueden llegar a contratar. Las condiciones generales de la contratación parecen tener un carácter más abstracto y general que las anteriores. En un sentido material las condiciones generales del contrato y las de contratación, vienen a funcionar prácticamente, a modo de preceptos de carácter abstracto, que dotados de una cierta coacción se imponen con carácter general a quienes necesitan contratar con los empresarios.

En los principios de UNIDROIT a través de su Artículo 2.19, 2, “se les conoce como cláusulas estándar a las cuales define como aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas por la otra parte”.²⁵

Después de lo anteriormente señalado, propongo la siguiente definición de lo que se debe de entender por contrato de adhesión, recordando que para mí dichos documentos si son contratos.

La definición propuesta es la siguiente: Contrato de adhesión, “Es aquel documento elaborado unilateralmente por una de las partes a través de cláusulas estándar, con la finalidad de transmitir determinados bienes muebles o prestar algún servicio dirigido a los miembros de una sociedad, los cuales solamente tienen que adherirse a dichas cláusulas para que surjan derechos y obligaciones para ambas partes”.

1. 5 CONTRATOS DE SUMINISTRO.

El contrato de suministro no se encuentra reglamentado por el Código Civil, ni por el Código de Comercio, el cual solamente se concreta a señalar a través de su artículo 75 fracción quinta que se deben considerar actos de comercio los ejecutados por las empresas de abastecimiento y suministro.

Se le puede considerar como una variante del contrato de compraventa, aunque tiene particularidades propias que lo conforman como una figura distinta. Actualmente se encuentra regulado por los códigos de comercio de Honduras, Guatemala, Colombia y el Salvador, al igual que por el Código Civil de Italia, por mencionar algunos.

El contrato de suministro es un contrato atípico por no encontrarse regulado por nuestras leyes vigentes, es formal, porque para su validez debe constar por escrito, y en ocasiones debe encontrarse inscrito ante la Procuraduría Federal del Consumidor, es bilateral por que los derechos y obligaciones que surgen de este tipo de contratos son correlativos a las partes, es de tracto sucesivo, puesto que sus efectos y consecuencias se dan periódicamente, es oneroso toda vez que a su celebración imponen provechos y gravámenes recíprocos; y en ocasiones es conmutativo por que las partes de antemano a la celebración del contrato saben los provechos y gravámenes que adquieren.

Es un contrato de tracto sucesivo; los derechos y las obligaciones de los sujetos únicamente se anuncian, pues su cumplimiento sólo es posible mediante el transcurso de cierto

²⁵ Carrer, Mario, Cesión de posición contractual, Ediciones de la academia Nacional de Derecho y ciencias sociales de Córdoba, Argentina 2000, página 52.

tiempo (a veces indeterminado) y se manifiesta mediante entregas periódicas, si de bienes tangibles se trata, o continuadas, como en ciertos suministros de fluidos o líquidos, en este caso con cortes también periódicos, pero con la circunstancia de que cada entrega o corte constituye una unidad, vale decir, hace surgir derechos (al pago) y obligaciones (de entrega o de pago) independientes de los anteriores y de los posteriores.

El Código Civil italiano el cual si regula este tipo de contratos lo define a través de su Artículo 1559, como “el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de un precio, a realizar a favor de otra, prestaciones periódicas o continuadas de ciertas cosas”.²⁶

Es aquel por el cual una persona que se denomina suministrador se obliga a entregar una cosa o más cosas y la administración pública a pagarle el precio convenido.

Arturo Díaz Bravo establece que a falta de un concepto legal es la forma en que se opera el suministro la que conduce a ubicar con cierta claridad los elementos subjetivos y objetivos del contrato, una de las partes, el suministrante o suministrador, se obliga a proveer a la otra, el suministratario, bienes o servicios en forma periódica o continuada, a cambio de un precio en dinero, determinado o determinable.

Bernardo Perez Estrada lo define como un contrato que se celebra para cumplir con las necesidades del consumidor sin que se agote en un solo acto sino que su eficacia dure en el tiempo.

Oscar Vázquez del Mercado indica que es un negocio jurídico en el que una parte se obliga frente a otra a cumplir prestaciones periódicas y continuas por el pago de un precio determinado.

Es el contrato por el cual una de las partes denominado suministrante, asume frente a la otra llamada suministrado la obligación de cumplir prestaciones periódicas y continuadas durante un término el cual puede ser determinado o indeterminado en la medida que lo solicite y por un precio fijado o a fijarse.

Contrato por medio del cual un sujeto llamado suministrante se obliga a proveer al suministrado los bienes que éste lo requiera en la medida que le resulten necesarios.

Otros autores lo definen como el contrato por el que una de las partes se obliga a proporcionar a otra, a cambio de un precio, determinadas cosas que han de ser objeto de entregas sucesivas en períodos determinados o determinables a posterior.

Sánchez Calero lo define como el contrato por el que una parte llamado suministrador, se obliga mediante un precio a realizar a favor de otra denominada suministrado, prestaciones periódicas o continuadas de cosas.

Algunos más entienden por contrato de suministro "el que tenga por objeto la compra, el arrendamiento o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorporales y valores negociables que se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicables a cada caso".

El suministro es aquel por medio del cual una parte se obliga mediante un precio, a realizar a favor de la otra, prestaciones periódicas o continuadas de cosas muebles o servicios.

²⁶ Arce Gargollo, Javier, contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa, México 2004, página 152.

Es un contrato que se celebra para cumplir con las necesidades del consumidor sin que se agote en un solo acto sino que su eficacia dura en el tiempo.

Contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas que pueden ser bienes o servicios.

El contrato de suministro es un contrato de suma utilidad y cuya razón de ser está en el deseo de hallar satisfacción rápida, segura y económica, a las necesidades constantes en la vida moderna, que sería más tardado y gravoso si se celebrara un contrato distinto cada vez que se tuviese la necesidad de obtener bienes o servicios.

“El contrato de suministro se caracteriza porque una de las partes, proveedor, asume la obligación mediante un precio unitario de entregar periódicamente a otra llamado suministrado, cosas en cantidad, tiempo y forma fijados en el contrato. El proveedor no se obliga a transmitir la propiedad de una cosa, sino más bien a suministrar, a entregar ésta”.²⁷

En este tipo de contratos el uso no transfiere la propiedad, y sin embargo, puede haber contrato de suministro por el cual se concede a una parte el derecho de usar las cosas.

En el contrato de suministro no se cumplen las prestación en un momento, sino que hay una pluralidad de prestaciones que se prolongan en el tiempo, en entregas periódicas y continuadas.

El término de abasto o abastecimiento que aparece ligado al suministro, implica una actividad que se dirige a satisfacer necesidades colectivas con el fin de crear en los mercados abundancia de ciertas mercancías destinadas al consumo.

La empresa de suministro es aquella que tiene por objeto proporcionar a sus clientes, en épocas generalmente periódicas, determinadas cosas o servicios, mediante el precio y en las cantidades y demás condiciones de antemano convenidas. Las empresas de abastecimientos son de alcance más amplio y general que las de suministros.

El contrato de suministro nace para atender la necesidad del suministrado de estar provisto de forma duradera de las mercancías que necesita para su consumo o su actividad empresarial, y del suministrador de planificar y asegurar la colocación de sus productos durante un plazo futuro.

Algunas de las características de este tipo de contratos son las siguientes:

- a) Tiene unidad de vínculo, unidad externa en un solo contrato,
- b) Tiene tracto sucesivo en la ejecución y cumplimiento de ambas partes. Esta es la característica principal, es un contrato de duración.
- c) Se fracciona el objeto total de la prestación en partes o cuotas autónomas.

²⁷ Ob-cit, página 155.

Tiene por objeto la compra, arrendamiento, adquisición de productos o bienes muebles salvo los relativos a propiedades incorpóreas y valores negociables, que se regirán por la legislación patrimonial de la administración pública, aplicable a cada caso.

Una de las partes, el suministrador o suministrado, se obliga a proveer a la otra, el suministratario o adquiriente, bienes o servicios en forma periódica o continuada, a cambio de un precio en dinero.

La prestación en el contrato de suministro es sumamente variada aunque si bien determinada genéricamente las cosas pueden ser muebles el suministro de víveres como carne, pan, etcétera; líquidas como agua, desinfectantes, fluidos como el gas; energías naturales, electricidad, lavado, mantenimiento.

La cantidad puede indicarse un máximo o un mínimo o ambos, respecto al precio ese se pacta en el mismo contrato. Puede tener cláusula de exclusividad en la que el consumidor se obligue a consumir solo su producto, puede tener también cláusula de preferencia es decir preferir tal producto por parte del consumidor y preferir su cliente por parte del proveedor.

Dentro de los contratos de suministro destacan en la mayoría de los casos las siguientes cláusulas: "objeto, contraprestación, cláusula de revisión la cual por cierto es opcional, duración, cláusula de exclusiva a favor del Suministrador la cual puede ser opcional, cláusula de exclusiva a favor del Suministrado de igual forma opcional, resolución del contrato, suspensión de entregas, saneamiento y evicción, ley y jurisdicción competente siendo esta opcional y arbitraje".²⁸

En realidad hay muy poca información acerca de este tipo de contratos, soy muy pocas las legislaciones que las regulan, siendo la más importante la italiana, lo cual nos lleva a pensar que es de suma importancia empezar a legislar sobre este tipo de contratos, puesto que la importancia que envisten actualmente, es muy grande, por el número impresionante de contratos de suministro que se celebran día con día, se debe de empezar a poner candados a la posición tan privilegiada que tiene actualmente la parte denominada suministrante, la cual esta encargada de redactar unilateralmente este tipo de contratos, buscando encontrar un equilibrio con la finalidad de otorgar una mejor protección a los consumidores, en este caso denominados suministrados, evitando la utilización de cláusulas arbitrarias por ejemplo.

Después de hablar de este tipo de contratos, es importante buscar establecer y proponer una definición, la cual talvés se tome en cuenta en un futuro para establecerla en el Código de Comercio o en la Ley Federal de Protección al Consumidor.

La definición es la siguiente:

Contrato de suministro.- Convención por medio de la cual una persona denominada suministrador se obliga a proporcionar a otra denominada suministrado bienes o servicios en forma periódica o continua a cambio de un precio en dinero.

En el concepto propuesto identifico a las partes, siendo el primero el suministrador quien es el que presta el servicio u otorga los bienes, la otra parte se le denomina suministrado quien es la persona que va a recibir el servicio, además menciono que el servicio es a cambio de un precio en dinero, establezco que el servicio es en forma periódica o continuada, característica que distingue a este contrato de la compraventa.

²⁸ Castrillón y Luna, Victor M., Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa, México 2002, página 185.

Comentarios finales: Como pudimos darnos cuenta es necesario actualizar los conceptos que nuestras leyes contemplan sobre las figuras jurídicas analizadas por medio del presente capítulo, es necesario modificar el concepto que se tiene sobre el contrato, el contrato de adhesión, incluir un concepto sobre las obligaciones que abarquen toda la vida de estas, e incluir un concepto sobre contratos mercantiles y sobre contratos de suministro, pues nuestra legislación positiva carece de los mismos.

En el siguiente Capítulo denominado Antecedentes observaremos la evolución histórica que han sufrido las figuras jurídicas del contrato, la obligación, el contrato mercantil, el contrato por adhesión y el contrato de suministro.

CAPITULO SEGUNDO

Lo que se pretende probar con la inclusión del presente capítulo de la hipótesis planteada, es que las figuras jurídicas contempladas en el presente trabajo han ido evolucionando a través del tiempo con la necesidad de adecuarse a las necesidades existentes de cada época, haciendo ver que es necesario que se adecuen a las necesidades imperantes de nuestro tiempo, es decir que se adecuen a la modalidad de contratación por medio de los contratos de adhesión.

ANTECEDENTES.

2.1 ANTECEDENTES DE LAS OBLIGACIONES.

Es importante para el presente trabajo saber cuáles fueron las primeras formas a través de las cuales surgieron las obligaciones con la finalidad de conocer mejor dicho tema, a través de la historia nos podemos percatar que la posición entre el acreedor y el deudor ha reconocido diferencias muy grandes a lo extenso de la evolución histórico-jurídica.

Según la teoría de Bonafante, la obligación romana nació en tiempos arcaicos, dentro del terreno de los delitos. Originalmente, la comisión de un delito hacía surgir, a favor de la víctima o de su familia, un derecho de venganza, el cual fue eventualmente limitado por el principio del talión, el cual, mediante una composición, podía transformarse en el derecho de la víctima o su familia a exigir cierta prestación del culpable o de su familia. Como garantía del cumplimiento de tal prestación, un miembro de la familia del culpable quedaba ob-ligatus, o sea, atado en la domus de la víctima como una garantía del cumplimiento de prestaciones nacidas de los delitos.

También en otros sistemas jurídicos, este origen delictual de las obligaciones es probable, en alemán, por ejemplo, la palabra Schuld significa, aún en la actualidad, simultáneamente deuda y culpa.

La responsabilidad sólo surgía del delito y su autor, abandonado a la venganza respondía con su propia persona frente a la civitas, si había cometido un delito público o frente a la víctima, o su familia, si era un delito privado. En esta época, los contratos no generan responsabilidad y aunque debía cumplirse la palabra dada, de no hacerlo, se carecía de medios coactivos para lograrlo. En suma, del deudor asumía el debito, pero no la responsabilidad, es decir los efectos derivados de su incumplimiento.

Transcurre un extenso período antes de que se conciba la posibilidad jurídica de que el deudor se libere de uno y de otro tipo de venganza mediante el pago de una suma de dinero, es decir se daba a través de un pacto el cual se denominaba composición, se celebraba de presente y no tenía la obligatoriedad civil, ya que se asemeja más a los efectos de las llamadas obligaciones naturales. “La obligación seguía respondiendo al delito, el pacto sólo procuraba calmar la venganza ofreciendo una suma en su lugar, cambiando el ataque a la persona por el ingreso de una suma de dinero”.¹

Luego al irse desarrollando la comunidad con el aumento de los contactos económicos entre las domus, se presentaba, a veces, la necesidad de que un paterfamilias prestara valores a

¹ Floris Margadant S., Guillermo, El Derecho Privado Romano, Vigésima Quinta Edición, Editorial Esfinge, México, 2001.

otro; en tal caso, el acreedor quería tener una garantía y así esta atadura se trasladaba del campo delictual al incipiente derecho privado.

Un miembro de la domus del deudor se ofrecía entonces al acreedor; éste pesaba, en presencia de cinco testigos y de un portabalanza, el bronce que servía de dinero, entregaba el valor convenido al deudor y se llevaba al rehén. Este negocio se llamaba el nexum (nudo), lo cual recuerda el acto de atar, y era, por tanto, un préstamo *per aes et libram*.

Posteriormente el Estado tomó intervención en esta nueva modalidad, estableciendo más adelante las sumas que debían abonarse para que el acreedor resignase el ejercicio de su derecho de venganza, con lo que la composición, que era voluntaria, se transformó en una composición legal. Vamos, así, entrando en períodos donde se opera la paulatina introducción de la fuente contractual de las obligaciones cuya dificultosa formación histórica aparece disimulada por la facilidad con que hoy se usa la idea del contrato.

A efectos, entonces, de que lo prometido fuese obligatorio sin derivar su obligatoriedad del delito que reconocía como origen, penetró la idea de garantizar la obligación primitiva mediante la incorporación de un nuevo elemento que añadiera responsabilidad a la composición. Se trataba de un acto formal y consistía en garantizar el cumplimiento de la palabra empeñada ofreciendo el cumplimiento de un tercero, una cosa o un conjunto de bienes.

Así pues se dan las figuras del nexum y las de la fiducia, el *vas* o *praex*, así como el *sponsor* las cuales constituyen típicas figuras romanas características de esta etapa en que se añade la obligatoriedad contractual mediante un acto anexo de garantía.

Por lo anterior se entiende que la persona del deudor aparecía disminuida al punto de que su sola manifestación no ofrecía confianza al acreedor; era lógico que se pensara en acudir a elementos personales o reales, extraños para conferir obligatoriedad al vínculo contraído. Comenzó con los casos con que no se podía hallar una tercera persona que actuara como garantía, consiguiéndose entonces que se admitiera la asunción de la garantía por el incumplimiento en la persona del mismo deudor.

Pero todavía quedaba la necesidad de la garantía para los otros casos, la que desapareció al extenderse la solución excepcional que señalamos en el párrafo anterior.

Subsistía la necesidad de un acto formal para que el propio deudor asumiera la responsabilidad por la palabra empeñada. Desaparece esa exigencia y la obligación, por el hecho de contraerse, conlleva la garantía sin necesidad de acto formal alguno que hubiera de anexarsele, ya sea para instituir la responsabilidad con garantía de tercero o de una cosa, ya fuere para hacerlo con la garantía del propio deudor.

Justiniano en sus instituciones, dice que: “la obligación es el vínculo jurídico por el que necesariamente somos contraídos a pagar alguna cosa según los derechos de nuestra ciudad”.²

La expresión vínculo jurídico (*iuris vinculum*) refleja que la obligación es un vínculo, porque comporta un nexo o lazo de unión que liga a dos personas.

Primitivamente, el concepto de obligación se halla vinculado íntimamente con la persona; la misma voz obligación deriva de *obligatio*, la que proviene, a su turno, de *obligare*,

² Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil III, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México, 2000, Página 3.

expresión formada de ob –que significa alrededor- y ligare –que quiere decir liga, atar- se da así la idea de ligadura en un sentido más bien físico o material.

Partiendo de esa concepción personalísima, no podía admitir ya sea en su extremo activo o fuere en su extremo pasivo, que fuese transmitido a terceros.

El deudor, atado por el vínculo, era considerado como un criminal, Se trataban de épocas en que la falta en el cumplimiento de la obligación se castigaba con una crueldad inconcebible en estadios evolucionados con la personalidad humana.

Ataban cuerdas y aún cadenas al cuerpo del deudor que no pagaba, Entre los arios, se le ataba a una columna y de esa terrible situación lo liberaba el pago, tanto el hecho por él como por un tercero. Permanecía mientras tanto día y noche expuesto a cualquier inclemencia del tiempo e, incluso, a los castigos que el acreedor podía realizar con una vara, la finalidad de tal crueldad tenía un fin consistente en que el deudor digno de rescate sería, en el caso de no tener medios propios, liberado por quienes se solidarizaran con él, quién no era digno pasaría momentos angustiosos de hambre y de sed, e incluso aun muerto el acreedor extendía su mano a punto de exigir que se le pagara para permitir cualquier forma de inhumación.

La posición del deudor en Roma se hallaba sujeta, a dos situaciones jurídicas distintas, una de ellas llamada nexum, con facultad del acreedor para proceder de pleno derecho contra la persona de su deudor; la otra denominada addictus, que exigía la substanciación de un juicio previo para llegar al mismo resultado.

El primer procedimiento se usó desde los más remotos tiempos romanos y muy comúnmente en el contrato de préstamo de consumo o mutuo en el que los ricos prestaban a los pobres una suma de dinero y obtenían en garantía lo único que podían ofrecer los segundos, es decir, su persona física. Por ello “el nexum daba el derecho llamado manus injectio originalmente aplicado a los vencidos en la guerra, y que consistía en convertir jurídicamente al acreedor en amo del deudor”.³

Con esta especial garantía se crea la responsabilidad por aquél, que por sí, no podía lograr, la responsabilidad, pues, nace de estos actos, entre los que destacan el nexum y la sponsio.

Por el nexum el obligado-nexus- se daba en prenda al acreedor quedando en situación similar a la del esclavo, por la sponsio, un tercero, asume la responsabilidad, permaneciendo el débito en el deudor. El sponsor era responsable sin ser deudor y éste, siéndolo, no es responsable.

Las transformaciones de Roma, fueron superando el viejo concepto personalísimo que llevaba fatalmente a las graves consecuencias sobre la persona del deudor antes señaladas, que se han mencionado, así pues se comienza a ver el elemento objetivo o real de la obligación y se va pasando de un concepto personalísimo, de inherencia a la persona, hacia otro personal.

Paulatinamente, la asunción de la garantía de la obligación por el propio deudor fue sustituyendo a la del tercero, cosa que, en principio, sólo procedía en caso de no encontrar sponsor. En consecuencia, aquel acto especial se va convirtiendo en mero formalismo, que termina por desaparecer. La responsabilidad va nacer, pues, directamente del débito y ambos elementos confluyen en la persona del deudor.

³ Floris Margadant S., Guillermo, El Derecho Privado Romano, Vigésima Quinta Edición, Editorial Esfinge, México, 2001, página 149.

A partir de la *lex Popetelia Papira de nexis*, en el año de 326AC, se empezó a sustituir la sujeción personal por la de carácter patrimonial y aquel lazo físico termina por idealizarse. El *vinculum* ya no es material, y sí espiritual, abstracto, en suma, jurídico, de derecho-*iuris*; su texto fue objeto de referencias por Tito Livio, por Cicerón, entre otros, comienza a aceptarse la ejecución sobre los bienes del deudor, medida que introduce el pretor Rutilius.

La *bonorum venditio* extiende en beneficio de los particulares una medida admitida en provecho del Estado, que es la *bonorum cessio*, la *bonorum venditio* era precedida de la *missio in bona*, que se ejerce sobre los bienes del deudor con base en el requerimiento de uno de los acreedores y en beneficio de todos los otros. Cabe hablar también de la *distractio bonorum*, que junto con la *bonorum venditio*, ampara al deudor de buena fe, permitiéndole excusar su ejecución personal por la de sus bienes. La *bonorum cessio*, que institúa este último efecto, surge con la ley Julia, que Gayo atribuye a César y otros suponen es de Augusto.

De esa forma se empezó a dar el traslado del concepto de obligación personalísima en obligación personal, al concepto con responsabilidad de patrimonio. Sólo que subsiste, aún, y hasta la segunda mitad del siglo anterior, la idea de que, en el patrimonio, cabe, a modo de vestigio de las formas bárbaras, la prisión por deudas.

En época arcaica, amén del carácter personal de la obligación, postulado por el *ius civile*, se ha destacado en doctrina, que la sencillez de la primitiva economía romana, representada por la *res Mancipi*, no debió hacer sentir la necesidad de considerar a los créditos como elementos de un activo patrimonial susceptibles de traspaso a otras personas, excepto en caso de herencia. Por ello, la única forma apta durante las *legis actioes*, para lograr los efectos económicos de la cesión fue la *delegatio nominis*, delegación de crédito. Tal delegación, se hacía por una *stipulatio*, que exige el previo acuerdo entre los tres implicados, el antiguo acreedor cedente, el nuevo acreedor cesionario y el deudor, mantener el objeto de la obligación, que no cambia (*idem debitum*), y deshacer el primitivo *vinculum iuris*, que se extingue y nace otro nuevo.

En época preclásica, el desarrollo del tráfico comercial, y, en suma, las causas determinantes del *ius gentium*, hacen sentir la necesidad de que el crédito se configure como un valor económico, pero, la inadeción del *ius civile* y su concepción personalista de la obligación, impedirán, se reconozca, directamente, la cesión de créditos y se acuda a un medio indirecto, de carácter procesal (*un mandatum ad agendum*), que usado para un fin que no es el suyo, resultará defectuoso.

Así en el *agere per formulas*, admitía la representación procesal, quien pretende ceder un crédito otorga un mandato judicial a su cesionario, esto es, le nombra *cognitor* para que accione contra el deudor, pero relevándole de rendirle cuentas y traspasarle lo obtenido en virtud de la sentencia.

En época clásica, los inconvenientes citados, poco a poco, se corrigen, por el nuevo derecho imperial (*ius novum*). “El punto de partida según refiere Ulpiano, es una constitución de Antonino Pío, por la que se otorga al comprador de una herencia una *actio utilis*, que puede ejercer en su propio nombre (*suo nomine*) contra los deudores hereditarios”⁴.

Con Justiniano, se consagra el principio de que el deudor no puede pagar válidamente al acreedor-cedente desde que el cesionario le hubiese hecho saber la transferencia del crédito, por ello, la cesión de créditos contra autonomía y el crédito pasa a ser transmisible.

⁴ Ob-cit, página 156.

En la antigüedad e incluso en la edad media, toda reflexión sobre las obligaciones era una reflexión moral a través de la cual, no tanto se trataba de determinar qué era el deber u obligación, como de precisar aquello a lo cual se está obligado.

La estipulación a favor de un tercero se daba cuando una de las partes denominado promitente se obliga respecto a la otra denominada estipulante a realizar una prestación en beneficio de un extraño, respecto al tercero, en el Derecho Justiniano, se reconocen acciones en su favor, entre otros, en los casos de comodato o depósito de cosa ajena, con pacto de restitución a su dueño a favor de éste y; respecto de las partes, ya en Derecho clásico se advierten algunas decisiones contrarias referidas, siempre, al supuesto que el estipulante tuviera algún interés patrimonial, se podría lograr su efectividad

De igual manera algunas veces ocurre que los sujetos, o al menos uno de ellos no están determinados y otras veces, puede haber más de un acreedor o de un deudor o incluso varios acreedores y deudores. En el primer supuesto se hablaba de obligaciones ambulancias, en el segundo de obligaciones con pluralidad de sujetos o pluripersonales, que a, su vez, podrán ser: cumulativas, parciarias y solidarias.

Las obligaciones se podían clasificar por la prestación, la cual es el objeto de la obligación, o sea la conducta a que se ve constreñido el deudor, que a su vez puede consistir en dare, es decir en dar, facere lo que conocemos como hacer o praestare consistente es prestar.

Dare en sentido estricto, es transmitir la propiedad de una cosa al acreedor y en un sentido amplio, también, constituir, en su favor, cualquier otro derecho real sobre ella.

Facere, en sentido estricto, es toda conducta del deudor no incluida en el dare y en un sentido amplio, toda conducta del deudor, positiva o negativa, comprendiendo, por tanto, el dare y el non facere.

Praestere; de prae staere, mantenerse firme, proteger, en relación con praedes, de prae vas, que comparte idea de garantía.

Estas expresiones, que recoge Gayo “al definimos la acción personal y que aparecen en algunas fórmulas, más que intentar una clasificación de conductas, nítidamente diferenciadas, tan sólo pretenden abarcar todo posible objeto de obligación, con la acumulación de los tres primeros antes señalados, añadiendo a la idea de deber representada por el cuarto oporere”.⁵

La prestación debía de ser posible, lícita, determinada o determinable y patrimonial.

La clasificación de las obligaciones tomando en cuenta a su objeto se podían dar en específicas y genéricas, son específicas, aquellas cuyo objeto se fija por su propia individualidad; son genéricas, aquellas cuyo objeto se determina por el género, clase o categoría al que pertenece y no por su individualidad.

De igual forma se clasificaban en obligaciones divisibles cuando la prestación que constituye su objeto puede fraccionarse en otras varias, sin menoscabo de su valor, esto es, pueden cumplirse por partes sin que se altere su esencia y en indivisibles que son aquellas cuya prestación no puede realizarse por partes sin alterar su esencia. En el derecho romano, al precisar cuando la prestación era, o no, divisible, se determinó en cada caso concreto sin que se

⁵ Magallon Ibarra, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil Volumen VI, México, 1999.

pueda señalar, a priori, otro criterio que el de su propia naturaleza y valor que en el aspecto económico social tuviera.

Una clasificación más era la de obligaciones alternativas, las cuales son las que comportan una pluralidad de prestaciones de las que sólo una debe cumplirse; no existe pues, una suma de obligaciones, de las que todas y cada una deben cumplirse, sino una obligación única, cuyo objeto, inicialmente, resulta indeterminable dentro de los límites de la estipulación.

De igual forma se daban las obligaciones facultativas, con facultad alternativa de pago, es decir son aquellas que recayendo la prestación en un objeto único y determinado, el deudor, puede pagar, no sólo entregando éste, sino otro previsto en el título constitutivo o en la ley.

La obligación facultativa se diferencia de la alternativa, por la prestación, que es una y no varias; por el *ius electionis*, que siempre compete al deudor y nunca al acreedor y por la extinción, ya que el perecimiento del objeto único extingue la obligación y no se concentra en el que queda, que no olvidemos, es siempre facultad del deudor.

El cumplimiento de las obligaciones, es decir el pago, en el derecho romano se expresa el cumplimiento de la obligación con el término *solutio*, que deriva de *solvere* el cual significaba liberar, desligar, soltar, y es coherente con la etimología de *obligatio*, de *ob ligare*, que como ya se señaló anteriormente significaba atar, anudar, ligar, por lo que es lógico que el deudor que paga queda *solutus*, es decir liberado del vínculo que sobre él pesaba.

Las causas de extinción están basadas en el principio del acto contrario. Dice Paulo, “cualquiera que sean los modos con que nos obligamos por los mismos actos contrarios nos liberamos. Se exige pues, una plena correspondencia entre el acto formal creador de la obligación y el que determina su extinción”.⁶

Se suele distinguir entre causas de extinción *ipso iure* y *ope exceptionis*, las primeras, son las propias del *ius civile* y extinguen la obligación, en forma absoluta y aun antes de ser alegadas. Las segundas, son propias del *ius honorarium*, no la extinguen de una forma absoluta y sólo facultan a impugnarla cuando se alegan por vía de excepción.

El principal modo de extinguir la obligación, es su pago o cumplimiento

Como regla general el deudor debe pagar, pero también puede hacerlo un tercero, produciendo efectos liberatorios si tiene capacidad y lo hace con intención de extinguir la deuda ajena, siendo irrelevante que el pago sea conocido, o no, por el deudor y, en el primer supuesto, lo apruebe o se oponga; se exceptúa de esta regla general, la obligación que comporta un hacer en el que las especiales características del deudor son la causa determinante de establecerla.

Lo común era que debía pagarse al acreedor, pero también puede hacerse a cualquier persona autorizada o designada para ello. Están autorizadas, sus representantes legales, tutores o curadores o voluntarios denominados *procurator* o *mandatario*, también podía darse el hecho de que cuando el acreedor no está presente donde debiera recibir el pago, podía liberarse el deudor depositando in *publicum*.

El pago es la exacta y completa ejecución de la prestación debida, por lo que la prestación en que consiste lleva aparejadas las notas de identidad, integridad e indivisibilidad, en suma es exigible y debe pagarse, la prestación convenida y no otra; entregarse la cosa o cumplirse el servicio, por completo.

⁶ Ob-cit página 185.

El lugar del pago debía llevarse a cabo en el sitio acordado como regla general, lugar designado por las partes o que se desprenda de la propia naturaleza de la obligación; en defecto de aplicación de la regla anterior; en las obligaciones específicas, el pago debe hacerse en el lugar donde se encontraba la cosa al tiempo de constituirse la obligación y en las genéricas, donde puedan exigirse en juicio, esto es en el domicilio del deudor.

El momento del pago era determinado por la voluntad de las partes, la naturaleza de la obligación y sus posibles modalidades, siendo estas modalidades pura, condicional o de plazo, es pura porque no se establecía nada en cuanto al tiempo, por lo cual se debía cumplir inmediatamente, si es condicional, cuando la condición se cumpla y si está sujeta a plazo, cuando llegue el día; con respecto al término, al implicar un aplazamiento del pago se presume, establecido a favor del deudor, por lo que podrá renunciar a él y pagar antes de que venza. Pero si se estableciera en interés del acreedor por ejemplo en un depósito o de ambos, el deudor no podrá exigir al acreedor que acepte el pago anticipado.

En el antiguo Derecho romano ya se hablaba de las obligaciones naturales, Juliano las definía como las que sin estar sancionadas por una acción pueden ser objeto de un pago válido; no son más que una categoría intermedia entre el simple deber moral y la obligación jurídica o civil. El derecho romano no forma un concepto unitario de obligación natural, suele circunscribirse o bien a las obligaciones contraídas por el esclavo o el hijo de familia, o como obligación *iuris gentium* en otros casos, se usan las palabras *natura debere*.

Los esclavos por falta de capacidad para contraer obligaciones producían obligaciones naturales, los *alieni iuris*, sujetos a una misma potestad, con *paterfamilias* o entre sí; el pupilo sin intervención del tutor y las extinguidas por *capitis deminutio*.

Por defecto de forma, son obligaciones naturales, las que proceden de simples acuerdos o pactos, sin otras formalidades (*nuda pacta*) pactos desnudos (de formalidades).

Ahora bien con respecto a sus fuentes tenemos que Gayo en sus instituciones, manifestaba que “toda obligación, nace de un contrato o de un delito, esta clasificación, era insuficiente, pues hay otras causas que generaban obligaciones y no pueden calificarse como acuerdos reconocidos válidamente para producir efectos jurídicos es decir como contratos ni como hechos ilícitos sancionables, por los que el culpable debiera pagar una pena pecuniaria a quien hubiera dañado”.⁷

En una obra postclásica se intenta subsanar la insuficiencia de la clasificación anterior, añadiéndose que las obligaciones nacen también de otros diversos tipos de causas, por lo cual ahora las obligaciones nacen del contrato (*ex contractu*), del delito (*ex delicto*), y de otros diversos tipos de causas (*ex variis causarum figuris*)

En la época Justiniana, tras abandonar en estos diversos tipos de causas, se observa que los casos que comprenda algunos presentaban ciertas analogías con los contratos sin serlo por faltar el acuerdo de voluntades y, otros con los delitos aún sin identificarse con éstos pese a lo cual se estaba obligado al pago de una pena pecuniaria.

Por ello, en Instituciones de Justiniano se suprime el tercer término de la clasificación anterior y se sustituye por otros dos que destacan esta analogía los de *quasi ex contractu*, como casi del contrato y el de *quasi ex maleficio*, como casi del delito.

⁷ Floris Margadant S., Guillermo, El Derecho Privado Romano, Vigésima Quinta Edición, Editorial Esfinge, México, 2001, página 45.

A estas cuatro fuentes Justiniano, incorpora la Ley, hablándose de obligaciones ex lege si nacen por disposición expresa de ésta y no pueden incluirse en los grupos anteriores.

La teoría de las obligaciones como hemos visto, se desarrollo principalmente bajo el Derecho Romano, pocas han sido las variantes que han surgido a través del tiempo, pero entre algunas modificaciones o mejor dicho evoluciones que han sufrido las obligaciones y debido al gran desarrollo que el mercantilismo y el capitalismo han sufrido, encontramos las que a continuación mencionamos.

El Derecho Canónico el cual es caracterizado por su afán de moralizar las relaciones jurídicas “aporta los elementos para desarrollar la responsabilidad extracontractual, los canonistas propugnaron la idea de que habiendo culpa, y siempre que concurren los demás requisitos legales, la víctima debe ser indemnizada, con lo cual se amplió aún más el campo de la reparación extracontractual”.⁸

De igual forma los canonistas defendieron el principio de que todo compromiso debe cumplirse, independientemente del formulismo, de modo que todo pacto debe dar acción al acreedor para exigir su cumplimiento.

Siguiendo con la evolución del tiempo nos transportamos al siglo XIX, época en que prevaleció el liberalismo, en tal tiempo se empapo al derecho de las obligaciones de un marcado individualismo, lo anterior debido a las ideas existentes en dicha época.

Se otorga a las partes el poder de crear soberanamente toda clase de obligaciones y regularlas como mejor estimen convenientes, sin que el legislador intervenga sino para establecer normas supletorias de su voluntad, el principio de la autonomía de la voluntad adquiere su mayor fuerza en esta etapa de la historia, además las partes podían libremente derogar las obligaciones, claro que de mutuo acuerdo, a las cuales anteriormente habían dado vida.

Empezó a adquirir relevancia el aspecto activo de la obligación, dentro de las tendencias actuales que existen en el derecho de las obligaciones podemos encontrar que día con día se busca perfeccionar la teoría de la obligación, el concepto mismo de obligación, sus elementos estructurales, se busca una unificación del derecho de las obligaciones, la cual abarque todo tipo de obligaciones sin importar si son civiles, mercantiles, administrativas, buscando una teoría de las obligaciones aplicable para éstas.

Algunas instituciones han alcanzado gran desarrollo dentro de la materia de las obligaciones como lo son la teoría del abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la ampliación de la responsabilidad extracontractual, la imprevisión, la lesión, entre otras tantas instituciones, las cuales nos hacen ver que es necesario ir perfeccionado de acuerdo a las necesidades imperantes de nuestra actualidad a la teoría de las obligaciones.

La regulación que se ha dado en México sobre las obligaciones ha quedado establecida en los Códigos Civiles existentes a lo largo de la historia, los cuales incluso regulan a las obligaciones mercantiles, puesto que el Código Civil actúa como regulación suplementaria del Código de Comercio, en el libro tercero de los códigos civiles que tuvieron vigencia en el siglo pasado en el Distrito Federal, es decir el Código civil de 1870 y el Código civil de 1884 incluía a las obligaciones solamente a través de tres títulos, el segundo, cuarto y quinto, se ocupaba de establecer los lineamientos de las diferentes especies de obligaciones, de su extinción, de su nulidad y rescisión.

⁸ Magallon Ibarra, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil Volumen VI, México, 1999.

Por el contrario, el ordenamiento vigente rompió el guión precedente en la materia y dedica la primera parte de su libro cuarto a la temática de las obligaciones, constanding ella de seis títulos en los que traza las reglas de sus fuentes, modalidades, transcripción, efectos, de su incumplimiento y de sus consecuencias con relación a terceros; concluyendo con los aspectos de su extinción, inexistencia y nulidad, el mismo libro cuarto de éste código consagra por separado en su segunda parte la reglamentación de los contratos.

Es necesario empezar a observar más a fondo las necesidades actuales de nuestra sociedad, en donde el comercio, es decir el Derecho Mercantil, principalmente por conducto de los contratos mercantiles ha adquirido gran fuerza a través de la contratación en masa, y empezar a buscar otorgar de acuerdo a la socialización de nuestra época una mejor protección a las partes débiles, tanto económicamente como socialmente de la relación obligacional, otorgándoles no sólo una mejor protección sino a demás una mejor seguridad jurídica al momento de obligarse a realizar cierta prestación.

2.2 ANTECEDENTES DE LOS CONTRATOS

El presente subcapítulo tiene como finalidad el conocer la evolución de los contratos desde el derecho romano hasta lo actual, en el Derecho romano se dio una gran evolución, como veremos poco a poco fueron quitando obstáculos en la formación del contrato a cambio de dar mejores armas a las partes en caso de incumplimiento sobrevenido.

Primeramente nos remitimos al nexum, la cual era una forma primitiva de la operación del préstamo, el derecho del acreedor no resultaba de un acuerdo de voluntades sino de una maldición sujeta a condición, que se expresaba con las siguientes palabras: “si el deudor no me reembolsa, sea damnatus”.⁹

“Habría sido el nexum el primer contrato romano que se caracteriza por la rigidez en las solemnidades que debían celebrarse para su perfeccionamiento, tales como el pesar el cobre y la balanza y la presencia del librepens y de los cinco testigos, habiendo servido para celebrar los contratos reales de mutuo, de prenda y de depósito”.¹⁰

Posteriormente surgen los contratos verbis, a través de la sponsio, la cual luego dio lugar a la stipulatio, la sponsio constituía un compromiso adquirido por virtud de un juramento ante la divinidad con formas y palabras, con la sponsio no se concedía un derecho a favor del que con ella se beneficiaba, sino que constreñía al sponsor ante la divinidad, un aspecto importante de esta figura era el que si se violaba esta promesa, tal violación adquiriría el carácter de un delito religioso.

La stipulatio que como hemos visto resulta de la evolución de la sponsio, hace descansar la obligación en promesa hecha por una de las partes en presencia de la otra, mediante determinadas palabras pronunciadas solamente, sin las cuales no surgía la obligación.

Para el derecho romano sólo los contratos celebrados de acuerdo a las formalidades legales estaban provistos de acción, ya que para obligarse validamente era necesaria la stipulatio; la sola voluntad de las partes era insuficiente para ello.

⁹ De Buen Lozano, Nestor, La Decadencia del Contrato, Editorial Porrúa, México 2000,

¹⁰ Ob-cit página 23.

Los contratos *verbis* que se perfeccionaban sólo mediante el uso de determinadas frases verbales, con lo cual adquirían obligatoriedad.

Junto a los contratos anteriores surgen los contratos literales, es decir, los escritos, los cuales eran de naturaleza formal, debido a la inscripción que se hacía en un registro conocido como el *codex accepti et expensi*, el cual era una especie de libro de caja que servía a los ciudadanos para anotar mensualmente los ingresos y salidas. Los contratos *litteris* se perfeccionaban mediante la inscripción en el registro antes citado de una deuda, era una fórmula contractual que tuvo escasa importancia.

Con el paso del tiempo y debido a las necesidades de los ciudadanos romanos, surgen los contratos reales, los cuales se diferencian de los anteriores porque la solemnidad o inclusive, la simple formalidad, dejan lugar, como elementos esenciales, a la simple entrega de la cosa, consecuencia del acuerdo de voluntades.

Los contratos *re*, es decir los contratos reales se perfeccionaban mediante el consentimiento de la partes aunado a la entrega, la cual se denominaba *traditio*, de una cosa, tales contratos eran el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda; generalmente creaban obligaciones sólo para la parte que recibía la cosa, exigibles por una *actio directa*, pero eventualmente podían surgir para la otra parte exigiéndose por una *actio contraria*.

Con lo anterior nos podemos dar cuenta, que de acuerdo a las necesidades existentes dentro de esa época, fue necesario crear un procedimiento que permitiera transmitir sólo la posesión y no el dominio, lo que se logró mediante la institución de la forma contractual nominada.

El siguiente paso de la evolución contractual dentro del derecho romano fueron los contratos consensuales, entre los cuales encontramos a la venta conocida como la *emptio-venditio*, el arrendamiento o *locatio-conductio*, la sociedad y el mandato, constituyeron la antítesis del antiguo contrato formal, dichos contratos aparecieron debido a la expansión del comercio.

El consentimiento opera en estos contratos de tal modo que bastará que se establezca sobre la cosa y el precio para que surja la obligación, aun cuando ésta puede quedar aplazada o condicionada por voluntad de las partes.

Así pues los diferentes tipos de contratos nominados que se dieron en esa época fueron, según su manera de perfeccionarse, cuatro clases, los contratos *verbis*, que se perfeccionaban pronunciando frases consagradas por la tradición, a veces relacionadas con la religión o la magia; los contratos *litteris*, que se perfeccionaban, en algunos casos determinados, con el uso de la escritura, los contratos reales, que se perfeccionaban mediante el consentimiento, unido a la entrega de un objeto y los contratos consensuales, que fueron una gran victoria en la lucha contra el formalismo del derecho antiguo. Se perfeccionaban por el simple consentimiento de las partes.

A partir de Justiniano, “el derecho romano empieza a sancionar los contratos innominados, a los que concede la acción *prescriptis verbis* característica de las obligaciones de dar y hacer, su origen puede encontrarse en Labeon, quien los inventa para los casos en que realmente existía un contrato, aun cuando no pudiera precisarse cual”.¹¹

¹¹ Floris Margadant S., Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, Vigésima Quinta Edición, Editorial Esfinge, México, 2001, página 161.

Los contratos innominados eran aquellos que no encuadran dentro de una figura típica y que resultan obligatorios cuando concurrían el consentimiento y la prestación de una de las partes.

La familia de contratos innominados se componía igualmente de cuatro grupos a saber, los cuales eran *do ut des*, es decir, doy para que des, *permuta*; *do ut facias*, es decir doy para que hagas, indemnización en especie por un servicio pactado; *facio ut des*, hago para que des y *facio ut facias*, el cual era un intercambio de servicios; lo particular de estos contratos innominados era que se perfeccionaban con la prestación de cualquiera de las partes, por lo cual se parecían algo a los contratos reales del grupo de los nominados. Su creación paulatina redujo considerablemente el campo de los pactos nudos. Cualquiera de tales pactos, a condición de ser sinalagmático y de poder ser comprobado, podía recibir eficacia procesal por la simple prestación hecha por cualquiera de las partes. Desde que se introdujeron estos contratos en el mundo jurídico romano, quedaban sólo sin acción los pactos unilaterales. Además quedaban sin sanción los contratos innominados durante el tiempo en que ninguna de las partes hubiera comenzado toda vía a ejecutarlos, situación que no creaba grandes inconvenientes prácticos.

En los contratos innominados la causa de la obligación consiste en la prestación efectuada por un sujeto a favor de otro para obtener la contraprestación convenida, pero ésta, o sea el objeto de la obligación, a diferencia de los contratos reales, puede divergir, a veces esencialmente de la causa.

Para que hubiera contrato innominado, además de los requisitos habituales de consentimiento de partes capaces, objeto cierto y causa lícita, debía de existir un acuerdo sinalagmático y que una de las partes haya cumplido su prestación, su efecto principal es el de dar nacimiento a una acción personal de cumplimiento.

Una figura más que encontramos dentro del Derecho romano son los llamados pactos, los cuales eran parecidos a los contratos, reconocidos como generadores de acciones personales y aparecen, primero, como agregados a los contratos, posteriormente surgen los pactos pretorianos y finalmente los legítimos.

El pacto consistía en una convención destituida de causa y de nombre que puede por su naturaleza producir obligación. Por ello, Heineccio decía que era la nuda promesa de una cosa, o de un hecho futuro. De ordinario, estos pactos carecían de acción, pero los había obligatorios por disposición de la ley, otros por edicto del pretor, como los de hipoteca y constituto, y otros que se agregaban a contratos válidos y civilmente obligatorios que adquirían del contrato su exigibilidad y estaban amparados por las acciones emergentes del mismo, tales pactos se les conocía como pactos legítimos, pretorinos y adjecticios.

Sin embargo, los juristas romanos no querían clasificarlos como contratos; “no pueden olvidar que siempre se trataba de *parvenus*, de pactos originalmente nudos que hacía muy poco tiempo habían sido promovidos al rango de pactos vestidos”.¹²

La concepción romana del contrato subsiste prácticamente inalterada hasta la aparición del liberalismo a fines del siglo XVIII.

Después de observar como la evolución del contrato en el Derecho romano, pasamos a la Edad Media, época que no aporta novedades importantes en la evolución del contrato, lo anterior se puede entender que fue debido a las condiciones económicas precarias en que se

¹² Ob-cit, página 313.

desenvuelve, la guerra constante, la escasez de comunicaciones y una cultura que se encierra en los monasterios.

Mas bien a la Edad Media le corresponde el desarrollo del pensamiento religioso, destinando sus mejores esfuerzos a la teología con menoscabo del Derecho.

En dicha época los germanos provocaron una regresión en el Derecho, se vuelve al contrato formalista y el avance considerable de las últimas etapas del derecho romano hacia el consensualismo, se detiene.

El contrato entre los germanos requería una forma audible y visible, se daba con la entrega de una wadia, es decir de una vara, o festuca, tallo, lo cual constituyo un elemento esencial, la promesa se perfeccionaba mediante la palmala, consistente en un apretón de manos como símbolo de la conclusión de contratos.

Estas formas no eran necesarias en los contratos en que una de las partes hubiera anticipado una prestación, además ciertos contratos reales en los que había obligación de restituir, se perfeccionaban con la entrega de una arra.

El derecho alemán también utiliza la institución de la prenda, pero distinguía entre prenda puesta y prenda tomada, en la prenda puesta no había obligación de responder a cargo del dueño de la prenda, puesto que se trataba de una obligación real, después mediante la unión del acto pignoraticio de una fides facta o una wadatio, se hace nacer la responsabilidad personal del deudor.

En dicha época surge el contrato de feudo, el cual se llevaba a cabo mediante el homenaje, que tomó la forma de commendatio franca, consistía en poner frente a frente a quien iba a servir y a quien deseaba ser jefe, el vasallo ponía sus manos unidas entre el señor, con lo que significaba su sumisión, en ocasiones se arrodillaba también, en seguida uno y otro se besaban en la boca en prueba simbólica de acuerdo y amistad, un dato curioso es que las mujeres y los plebeyos no daban el beso simbólico y el rey, en los casos en que llegaba a adquirir un feudo dependiente, no prestaba tampoco homenaje.

En la Edad Media, mas específicamente en España se da una de las legislaciones mas importantes de esa época, denominada el Fuero juzgo, cuyo origen parece encontrarse en el año de 654, en el Fuero juzgo se dan las bases que servían para caracterizar a todo el derecho español, con lo cual se unifica el derecho bajo los principios de comunidad y personalidad, se concede pleno respeto a la personalidad humana, otorgándose valor primario a la honra y a la dignidad, la familia se funda jerárquicamente en base de autoridad marital; aunque el Fuero juzgo fue una disposición jurídica importante en su tiempo, las normas relativas a los contratos son escasas.

Desde la disolución del Imperio Carlovingio hasta la culminación en el siglo XIII se da la época conocida como la Alta Edad Media, en la cual el orden jurídico, particularmente en España, adquiere fuerza, a través de las llamadas Siete Partidas (1256-1263), en ellas se da la españolización de disposiciones y doctrinas romanas, la influencia cristiana es notable en dicha ordenación jurídica y tiene como fuente las palabras de los santos y los dichos de los sabios.

En las Siete Partidas, en lo que se refiere a la materia contractual, ya citan expresamente la palabra contrato, se regulan algunas especies de contratos, como lo son los onerosos y los gratuitos, hacen mención de los problemas de capacidad y los vicios del consentimiento, particularmente el error de la cosa, el error en la persona y el error en la naturaleza de la cosa,

reconocen la trascendencia de la violencia que invalidan la promesa hecha, y además algo importante es que dan más valor a la voluntad.

Posteriormente se da la época conocida como la Baja Edad Media, la cual se caracteriza por ser una época de florecimiento cultural, económico y jurídico de Europa occidental que establece las bases para el esplendor del Renacimiento.

“La Baja Edad Media constituye el ambiente propicio para que resurja el derecho, influenciado por la investigación en las fuentes romanas a través de los glosadores y después, con los postglosadores, el desarrollo del derecho canónico de igual forma tuvo influencia en el resurgimiento del derecho, y por último el gran desarrollo del comercio como resultado de las Cruzadas, el desarrollo de la industria, sin dejar de mencionar el principio de la banca y del crédito, dando lo anteriormente señalado como resultado que el contrato tienda hacia el consensualismo nuevamente”.¹³

El derecho público alcanza extraordinario desarrollo, pero en la vida común se llega al culto de la voluntad como elemento supremo en la creación de obligaciones y derechos, la voluntad excede de los límites del derecho privado y con Rousseau el contrato alcanza la fuerza de elemento creador del Estado.

A través de la historia nos situamos en la Edad Moderna, la cual se caracteriza entre otras cosas porque corresponde a la formación de las nacionalidades y a la creación de un estado absoluto, en este tiempo el rey actúa mediante la ordenanza y el edicto, regulando por medio de ellos, se empieza a dar el auge de la libertad como norma contractual, el cual fue debido al deseo de eliminar los obstáculos formalistas y aun solemnes del derecho anterior.

El contrato en el Derecho Español en la Edad Moderna fue regulado a través de la Novísima Recopilación de las Leyes de España, obra realizada bajo Carlos IV, por Reguera Valdelomar, siendo publicada en 1805, en la Novísima se destina a los contratos el Libro Décimo, Título Primero denominado de los contratos y obligaciones en general, en ella se consagra el principio de la preponderancia de la voluntad en la formación de los contratos, se establece que cuando haya constancia de que alguien se quiso obligar hacia otro, no podrá invocarse como excepción el incumplimiento de las formalidades o inclusive solemnidades necesarias, simplemente bastaba el acuerdo de voluntades para que surja a la vida jurídica el contrato.

En el Título Primero de dicho ordenamiento de igual manera se contemplan las disposiciones relativas a la lesión, fundada en datos objetivos de desproporción y determinante, ya sea de una obligación económica de compensar al lesionado, o bien de la rescisión misma del contrato, de igual forma establecen las reglas de incapacidad de los legos para celebrar contratos cuando deban sumisión a la jurisdicción eclesiástica, determina los casos en que deben valer los contratos hechos con juramento, prohíbe celebrar pactos y contratos sobre tierras, mercedes, relaciones o quitaciones otorgadas por el rey, señala que la mujer no podrá contratar sin licencia de su marido, ni los menores sin la que deban otorgar sus padres o tutores e impone a los deudores de moneda que cumplan sus contratos y obligaciones en la misma especie recibida y pactada, pero señalando los casos en que podía pagarse con moneda del curso corriente, cuando no se hubiere pactado de otro modo.

¹³ Nestor de Buen Lozano, La Decadencia del Contrato, Editorial Porrúa, México 2000.

En la novísima Recopilación quedaron regulados los préstamos, depósitos y fianzas, al igual que los arrendamientos, ventas y compras, se hace referencia a las donaciones, fianzas, censos e hipotecas pero sin darles el tratamiento de contratos.

Con la Revolución francesa se empieza a dar el Liberalismo, “dicha revolución fue el 14 de junio de 1789, en Francia es donde la vida jurídica a través de la codificación, toma mas fuerza, lo anterior lo logra por medio del Código de 1804, mejor conocido como el Código de Napoleón, el cual unifica en Francia al derecho civil”.¹⁴

Con influencia de la Revolución hacia el Código mencionado, en él se plasman los ideales individualistas y la preocupación de mantener por encima de todo la libertad personal, reconociendo, como consecuencia de ello, un valor absoluto al derecho de propiedad particular y a la voluntad de las partes, que expresa el principio de la autonomía de la voluntad.

El Código Napoleón regula a los contratos a través del Libro Tercero, Título Tercero el cual se intitulaba “De los contratos o de las obligaciones convencionales en general”, de igual forma regula en el Título V, a los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, los títulos siguientes estudian algunos contratos en particular como lo son la venta, el cambio, el arrendamiento, la sociedad, el depósito, el secuestro, los contratos aleatorios como lo son el juego y la apuesta y renta vitalicia, también regulan al mandato.

Por medio de su artículo 1101 establecía la definición del contrato de la siguiente manera: “El contrato es un convenio por medio del cual una o diversas personas se obligan hacia otra o varias personas, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa”, un dato importante es que el artículo mencionado ya nos habla de la pluralidad de sujetos activos y sujetos pasivos, como una posibilidad que se podía dar.

De igual forma en artículos siguientes clasificaba a los contratos en sinalagmáticos o bilaterales, en unilaterales, conmutativos, de donación y a título oneroso, establecía a través del artículo 1108, cuales eran las condiciones esenciales para la validez de un contrato, las cuales a saber eran el consentimiento de quien se obliga, su capacidad de contratar, un objeto cierto y la licitud de la causa de la obligación.

Respecto a dichos elementos de validez se establecía que el consentimiento solamente será valido cuando este libre de error, violencia o dolo, establecía que solamente cuando el error se refiera a la sustancia de la cosa, afectará a la validez de la convención; señala que la violencia determinará siempre la nulidad si se ejercita en contra de quien se obliga, aunque provenga de un tercero.

En aquel ordenamiento jurídico el error, la violencia y el dolo producían únicamente la nulidad relativa o eventualmente la rescisión.

En la sección II se hace referencia a la capacidad de las personas para contratar, establece que todas las personas pueden contratar, salvo que hayan sido declaradas incapacitadas por la ley.

El artículo 1134 del citado ordenamiento expresa: “Los convenios legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes. No podrán ser revocados sino por mutuo consentimiento, o por las causas que la ley señale. Deberán ser ejecutados de buena fe”, aquí

¹⁴ Ob-cit, página 215.

encontramos que al contrato se le otorgo el carácter de ley, entre las partes, de ahí la gran importancia que tiene el contrato como fuente creadora de obligaciones.

También el artículo 1135 determinaba que los convenios obligan no solamente a lo especificado, sino además a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley señalen para la obligación de acuerdo con su naturaleza.

En cuanto a la interpretación de los contratos, “el Código Napoleón por medio de su artículo 1156 da la solución para ese tiempo, estableciendo que habrá que estar más a la voluntad común de las partes, que al texto literal de los términos en que el contrato se hubiere redactado y, en caso de duda, el convenio se interpretará en contra de quien se obliga y a favor de acreedor de la obligación”.¹⁵

Francia en aquella época fue un país en el cual se dio una gran importancia no sólo al Derecho sino además a la codificación del mismo, en España se da la codificación por medio del Código español teniendo como fecha de promulgación el 24 de julio de 1889.

Dicho Código regula a los contratos a través del Libro Cuarto, intitulado “De las obligaciones y contratos”, el cual entre otras cosas estableció que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, lo anterior se plasmaba en su artículo 1091.

El artículo 1254 establece el principio de la consensualidad al decir que: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”, a su vez el artículo 1255 señala que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

El artículo 1258 reafirma el principio de la consensualidad ya que dispone que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

El artículo 1261 señala los elementos de existencia del contrato, los cuales son el consentimiento de los contratos, que el objeto sea cierto y que se establezca la causa de la obligación.

Dicho ordenamiento dispone que será inoperante el consentimiento de los menores no emancipados; de los locos y dementes y sordomudos que no sepan escribir y el de las mujeres casadas.

En Alemania se da la codificación por medio del Código que entro en vigor el primero de enero de 1900, la materia de contratos es tratada en la parte general, en el Título Tercero intitulado “Contrato”, que corresponde a la Sección Tercera, Libro Primero, además se regula en la Sección Segunda del Título Primero bajo el encabezado de “Relaciones obligatorias derivadas de contrato”.

Dicho ordenamiento no incluye un precepto preciso del contrato abordándose únicamente el aspecto relativo al momento en que surge la obligación, previéndose los casos de contrato entre ausentes y entre presentes, el artículo 145 dispone que quien propone a otro la

¹⁵ Ob-cit, página 222

conclusión de un contrato, está vinculado a la oferta, a no ser que se haya excluido la vinculación.

El Código considero como contratos nominados a la compraventa, el arrendamiento de uso y disfrute de comodato, prestación de servicios, de obra, mandato y sociedad, en el Código alemán no se dio un sistema de clasificación de los elementos de esencia, de validez y eficacia.

“En Suiza por otro lado el 30 de marzo de 1911 se publico el Código de las Obligaciones y que entro en vigor el día primero de enero de 1912, no hay mucho que destacar sobre dicho ordenamiento”¹⁶, en su artículo primero se consagra el principio de que los contratos son perfectos desde el momento en que las partes, recíprocamente, y de una manera concordante, han manifestado su voluntad, caracterizando con ello al contrato como un acto consensual, lo anterior lo ratifica el artículo once al disponer que la validez de los contratos no está subordinada a la observancia de una forma determinada y, en ese caso, aun cuando la ley no lo exija, la omisión de la forma convenida provocará la nulidad de las obligaciones y derechos resultantes.

El liberalismo en los códigos civiles mexicanos, fue evidente en los de 1870 y 1884, no es más que el resultado lógico de las influencias políticas y aún económicas que Francia ejerció en México en la segunda parte del siglo XIX, el primer Código civil mexicano, es promulgado el 13 de diciembre de 1870 por Benito Juárez, el Libro Tercero regula a los contratos en una Parte General y títulos especiales, señala que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, que la interpretación de los mismos se hará fundándose en la voluntad de los contratantes, y si ésta no consta, no solamente será arbitraria sino imposible de toda interpretación, lo que determinará la nulidad del contrato.

Se estable que el contrato es un convenio por el que dos o más personas se transfieren algún derecho o contraen obligación, que se perfecciona por el mero consentimiento y desde entonces obliga no sólo al cumplimiento de lo pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley, de ahí que la validez de los contratos no dependa de formalidad alguna externa, menos en aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa.

El siguiente Código fue el de 1884, el cual no introduce novedades importantes salvo la excepción hecha de la consagración de la libertad de testar, la materia contractual está tomada del código de 1870.

Siguiendo con la evolución jurídica del contrato y debido a las necesidades imperantes dentro de la sociedad, se empieza a buscar la socialización, por medio de la intervención del Estado en la vida social, las primeras manifestaciones de cambios en los contratos se dan a través del Código italiano promulgado por Decreto el 30 de marzo de 1942, ordenamiento que dio una regulación del contrato en un sentido socialista.

Dicho ordenamiento mantiene el principio de la autonomía de la voluntad, aunque limitándolo, por medio de su artículo 1322 establece lo siguiente: Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas. Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses mercedores de tutela según el ordenamiento jurídico.

¹⁶ Ob-cit, página 234.

La autonomía de la voluntad empieza a cobrar diferentes significados según afirma Messineo, los cuales a saber son : el primero de ellos establece que ninguna de las partes queda facultada para imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato y éste debe ser el resultado de un libre acuerdo de voluntades, lo anterior debido a que el Código prohíbe que prevalezcan en un contrato las condiciones generales impuestas por uno de los contratantes, a no ser que el otro las conozca o hubiera debido conocerlas usando la diligencia debida; de igual forma “se estableció que en ningún caso serán exigibles si contradicen las condiciones específicamente anotadas, cuando se empleen formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales”.¹⁷

Se busca limitar un poco más a la autonomía de la voluntad al establecer que respetando las normas generales de carácter imperativo tanto generales para todos los contratos, como específicas del contrato que se pretenda celebrar, el contenido del contrato podrá ser fijado por las partes a su albedrío. Se establece que las partes pueden derogar las normas dispositivas o supletorias en los contratos singulares, estableciendo un régimen distinto del legal, por otro lado en algunas materias admite la autodisciplina, siendo lo anterior la disciplina establecida por las mismas partes interesadas.

En los contratos innominados se pueden realizar finalmente prácticas aun no previstas por la ley, pero en todo caso el reconocimiento del mismo quedará condicionado a que el contrato se dirija a realizar intereses merecedores de tutela, según el ordenamiento jurídico.

Según lo anterior encontramos que la libertad contractual tiene señalados algunos límites, como por ejemplo los casos en que uno solo de los contratantes formula el contrato, sin que el otro pueda concurrir a su determinación, por otro lado el contrato debe respetar las normas generales imperativas, las normas corporativas y las de prohibición política económica planificada; un límite más se da al prohibir la realización de contratos innominados cuyo objeto constituya un interés no merecedor de tutela, algo importante que se da en esta evolución del contrato es la prohibición de la autodisciplina en aquellos contratos que deban ser regidos por normas jurídicas, con esto no solo se limita a la libertad contractual, sino que además debilita a tal principio, lo anterior a favor de la sociedad.

El contrato sufre cambios buscando de alguna forma que se proteja más a la parte débil, es decir se busca socializar al contrato, se empieza a buscar otorgar una defensa al contratante débil contra el contratante fuerte, “algunas otras características de la socialización del contrato son el respeto a la buena fe del otro contratante con la conjunta tutela de la confianza, la exclusión como materia de contrato de los intereses no merecedores de tutela, la inserción automática de ciertas cláusulas, refiriéndose por supuesto a las cláusulas naturales, el respeto a los derechos de los terceros en la simulación, la necesidad de que el error pueda ser conocido por la contraparte para que tenga relevancia, la rescindibilidad del contrato concluido en estado de peligro o por efecto de la lesión, la exigencia de que el incumplimiento tenga considerable importancia para que se admita la resolución del contrato, la posibilidad de suspender la ejecución del contrato por cambio de las condiciones patrimoniales de la contraparte, la posibilidad de resolver el contrato cuando las cargas sean excesivas”¹⁸, siendo lo anteriormente transcrito algunas de las nuevas manifestaciones contractuales encontradas en el Código italiano de 1942.

¹⁷ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil III, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, Página 52

¹⁸ De Buen Lozano, Nestor, La Decadencia del Contrato, Séptima edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

Regresando a México en 1928 surgió un nuevo Código civil el cual entro en vigor hasta el primero de octubre de 1932, los miembros de la Comisión redactora establecieron el porque la necesidad de un nuevo Código civil para México, lo hicieron a través de una exposición de motivos, por medio de la cual se argumento que “Debido a la profunda transformación que los pueblos han experimentado a consecuencia de su desarrollo económico, de la preponderancia que ha adquirido el movimiento sindicalista, del crecimiento de las grandes urbes, de la generalización del espíritu democrático, de los nuevos descubrimientos científicos realizados y de la tendencia cooperativa cada vez mas acentuada”, afirmando en seguida que “El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna, impone la necesidad de renovar la legislación y el derecho civil, que forma parte de ella, no puede pertenecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan”.

La anterior exposición de motivos nos hace ver y recordar que las leyes deben de ir evolucionando de acuerdo a las necesidades existentes en determinada época, aunque en realidad dicho ordenamiento tomo la orientación y generalmente el mismo texto del Código de 1884, manteniendo la influencia del derecho español antiguo y del Código Napoleón , lo cual nos hace ver la gran necesidad de adecuar el ordenamiento relativo a los contratos, sobre todo de los contratos mercantiles a las necesidades imperativas en la actualidad, con la finalidad de que tal regulación no sea rebasada por las necesidades existentes.

Si se compara la situación en que hoy se encuentra el régimen contractual con la que existía en el pasado siglo, es fácil apreciar una diferencia tan notable, que en muchos aspectos casi no puede reconocerse la esencia de la institución a través de la evolución experimentada. El contrato de hoy se construye y se desenvuelve desde unos puntos de vista completamente diferentes. Ello no quiere decir, sin embargo, que asistamos a la extinción del régimen contractual, sino simplemente que nos encontramos en presencia de una transformación en las ideas y una renovación en sus postulados básicos. El régimen contractual se desarrolla hoy con más intensidad que nunca, hasta el punto de que con frase gráfica se ha podido decir que vivimos contractualmente.

2.3 ANTECEDENTES DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.

Ahora toca entrar a la materia de los antecedentes que a lo largo de la historia del hombre se han dado sobre los contratos mercantiles, debido a que en el subcapítulo anterior se hablo de la evolución jurídica que ha sufrido el contrato a través de las distintas épocas considero más acertado hablar no solamente sobre los antecedentes de los contratos mercantiles, sino también y de manera mas general sobre la evolución jurídica que ha sufrido el Derecho Mercantil en general.

El comercio es una actividad exclusivamente desarrollada por el ser humano, en la sociedad primitiva el cambio era directo y se agotaba en el trueque, solamente se buscaba satisfacer las necesidades más importantes para ellos, cuando el hombre empezó a adquirir bienes no solamente para consumirlos sino también para cambiarlos por otros empezó a desarrollarse la actividad comercial, y es que tal actividad lleva consigo la intermediación en la producción y el cambio de bienes y servicios destinados al mercado general.

Dentro de las primeras regulaciones jurídicas que se han encontrado sobre el comercio, esta el Código babilónico de Hammurabi que data de veinte siglos antes de Cristo, en él se reglamento algunos contratos mercantiles de la época como lo fueron el préstamo a interés, el contrato de sociedad, el depósito de mercancías y el contrato de comisión.

Los fenicios quienes fueron grandes navegantes y mercaderes fueron los autores de las leyes rodias sobre averías marítimas, la cual posteriormente fue recogida por el Derecho romano bajo el nombre de Lex Rodia de jactu.

En Egipto, el mercader favorecía al artesano llevándose su exceso de producción a la próxima ciudad o aldea y entregándole, al volver los productos de los vecinos, desarrollándose mercados a donde afluían las caravanas. Los mercaderes sumerios usaban los sellos de sus anillos como una garantía de buena fe y así crearon el crédito, que ayuda a la producción y cambio de mercancías.

Lidia inventó la moneda y ésta empezó a circular fácilmente de mano en mano. La escritura tomó formas diferentes en los valles del Nilo y del Éufrates y ambas auxiliaban al comercio, permitiéndole al tendero hacer cuentas minuciosas y al mercader usar letras de cambio para extender sus negocios a distintas regiones.

Los griegos inventaron el préstamo a la gruesa, llamado *nauticum foenus*, que fue utilizado por los romanos, y que consistía en que el prestamista otorgaba crédito a un naviero exportador, y si el viaje concluía en feliz arribo, el prestamista recibía un interés elevado, pero si el viaje fracasaba, no tenía el mutuante derecho a cobrar el importe del mutuo.

De igual forma en la antigüedad, los hindúes a través del Código de Manú, que data de dos siglos antes de Cristo, regulan las compraventas de mercancías provenientes de ultramar, las que se consideraban válidas aunque la cosa vendida no hubiere sido propiedad del vendedor.

En el derecho romano el ejercicio del comercio no se consideraba actividad exclusiva de los ciudadanos sino que también era permitido a los extranjeros, por lo cual eran reguladas tales actividades por el *ius gentium*, “en Roma no había un cuerpo separado de leyes comerciales, sino que todo ordenamiento jurídico pertenecía al *corpus juris general*”.¹⁹

El *ius gentium* era el conjunto de normas que los romanos tenían en común con los demás pueblos de la antigüedad, derecho carente de los formalismos propios del *ius civile*, que era aquel conjunto de instituciones jurídicas genuinamente particulares del pueblo romano. En realidad los romanos no hicieron distinción entre el derecho civil y el derecho mercantil.

No se reconoció un derecho particular aplicable a una casta social, esto es, los comerciantes, ni un derecho que reglamentará determinados actos jurídicos de carácter comercial. Los jurisconsultos se encontraron únicamente frente a instituciones de carácter propiamente comercial y se esforzaron en señalar las reglas de estas instituciones, independientemente de las personas que las cumplieran e independientemente, del fin por el cual se llevaban a cabo. Por esa razón son escasas las normas referentes al comercio.

En esta época encontramos el origen de la contabilidad, pues los banqueros romanos tenían obligación de llevar determinados libros; los banqueros eran personas de gran poder económico, que naturalmente les daba también influencia política. Las operaciones de cambio tuvieron un gran desarrollo, debido al hecho de la concurrencia al mercado de Roma de los comerciantes de otras regiones, quienes requerían convertir sus monedas en monedas romanas. Proliferaron las casas de cambio, pero no se concretaron sólo a esa actividad, sino que también efectuaron todas las operaciones bancarias y de esta actividad surgió la contabilidad. Los

¹⁹ Vazquez del Mercado, Oscar, *Contratos Mercantiles*, Décima Primera Edición, Editorial Porrúa, México 2001.

banqueros anotaban las sumas recibidas por sus clientes, así como las sumas que ellos remitan, en los libros llamados *accepti y depensí*.

Posteriormente a partir de la caída del Imperio Romano de Occidente, cuando sucumbió ante los pueblos germanos, es decir en el siglo V, año 476, y a consecuencia de las invasiones de los bárbaros, el mundo romano se ve perturbado en su actividad comercial, que prácticamente queda suprimida, pues el comercio reduce tan sólo a intercambios entre las personas de un mismo lugar, personas que se concretan únicamente a tratar de satisfacer sus propias necesidades.

Esta situación subsiste hasta el siglo XI, cuando la actividad comercial resurge y las poblaciones comienzan nuevamente a realizar transacciones comerciales que trascienden sus fronteras. Se desarrolla a tal grado el comercio que surgen para su época grandes centros industriales y comerciales, principalmente en las ciudades italianas.

La característica principal del comercio en la edad Media fue su internacionalidad; debido a él, las relaciones entre los centros comerciales fueron de suma importancia. Su frecuencia originó que surgiera un derecho especial para regularlas, común a todos los pueblos de Europa Occidental, “el *ius mercatorum* o derecho de los comerciantes, que tuvo general aceptación, este derecho sirvió de inspiración para crear el Derecho Mercantil de varios países de Europa”.²⁰

En esta época, tres fenómenos históricos influyeron en el desarrollo del comercio y por ende, en el Derecho mercantil, fueron las cruzadas, las ferias de occidente y la participación de la iglesia; en las ferias nace la institución de la quiebra, conforme a la cual, los bienes del deudor insolvente son inmediatamente realizados para procurar el pago inmediato de los acreedores, igualmente en las ferias nace la letra de cambio; por otro lado la iglesia influye a través de la prohibición del préstamo con interés, esta prohibición tuvo influencia sobre todo porque originó el desenvolvimiento de algunas instituciones.

Surgieron varias compilaciones o estatutos, pero solamente tres de ellas fueron las que trascendieron, entre ellas encontramos al Consulado de Mar, que eran reglas aplicadas en los pueblos mediterráneos por los cónsules de las corporaciones.

Una más fueron los Juicios o Roles de Olerón, que consistieron en la compilación de las sentencias dictadas por los tribunales de la Isla de Olerón, en los asuntos que se ventilaban por el comercio marítimo en el Océano, especialmente entre Francia e Inglaterra.

Y la última de las compilaciones son las reglas de Wisby, isla en el Mar Báltico, cuya aplicación se limitó a esa parte, así como en el Mar del Norte.

Estas compilaciones que no eran sino verdaderas normas de derecho que regulaban las operaciones comerciales, principalmente marítimas, se aplicaron y aceptaron como obligatorias a pesar de no haberse en un principio sancionado por el poder público.

El descubrimiento de América provocó un cambio fundamental en el comercio, ya que desplazó del Mediterráneo al Océano, de igual manera con tal descubrimiento España adquirió una singular preponderancia en el comercio.

²⁰ Arce Gargollo, Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, Editorial Porrúa, México 2004.

Así pues encontramos que en España se regula al comercio a través del Fuero Juzgo que data del siglo VII y adquieren fuerza legal hasta el siglo XIII, aparentemente con el nombre de Fuero Real. Las disposiciones de este último se reproducen en las Siete Partidas, la obra más importante iniciada bajo Alfonso X, el Sabio de 1256, concluida casi diez años después. De esta recopilación jurídica, la partida quinta es la que se refiere a la materia mercantil, que habla de los préstamos, de las compras, de los cambios y de los otros pleitos y posturas que hacen los hombres entre sí, de cualquier manera que sean.

En el siglo XV, durante el reinado de los Reyes Católicos, se dictan disposiciones para regular el comercio, en 1494 los mercados, en 1499 el cambio, y en 1498 y 1500 el tráfico marítimo. Más tarde, en el siglo siguiente, en 1522 y 1549, los corredores mercantiles y los libros de comercio, respectivamente son disciplinados.

Empiezan a surgir las corporaciones, las cuales tuvieron una gran importancia en la vida comercial, pues reglamentaban el comercio a través de los estatutos, que cada miembro de ellas debía respetar, aunque posteriormente perdieron su importancia legislativa.

El derecho estatutario, o sea, el proveniente de los estatutos de las corporaciones, es sustituido por el derecho codificado en las ordenanzas reales, destacando las Ordenanzas de Burgos de 1495, las de Sevilla de 1554 y las de Bilbao de 1737, las cuales se consideran como un completo Código de comercio, rigiendo en la Nueva España y aun en el México independiente.

En 1673, Colbert busca unificar el Derecho Mercantil y para ello recurre a un comerciante llamado Savary, a quien le encomienda la redacción de una ordenanza para regular el comercio terrestre; la ordenanza que se crea toma el nombre de Code Savary, algunos años después en 1681, el propio Colbert promueve, aprovechándose de un trabajo privado de autor anónimo llamado Le Guidón de la Mer, la ordenanza de la Marina, cuyo prestigio fue tan grande que se impuso en el comercio marítimo en una gran parte de Europa Occidental. “Durante los siglos XVII y XVIII influyó enormemente y fue un factor determinante para la unificación del derecho marítimo moderno”.²¹

Obra de codificación posterior a las ordenanzas de Luis XIV fué la del Derecho General Territorial Prusiano de 1794, que condensó en un solo cuerpo legislativo, todas las principales ramas del derecho público y privado. Este derecho prusiano reglamento el Derecho Mercantil exclusivamente como un derecho de especiales categorías profesionales.

La orientación que hasta fines del siglo XVIII, había tenido el Derecho Mercantil, por la subsistencia de las corporaciones de comerciantes, cambia por la supresión de éstas, originada quizá no tanto por las ideas liberales precedentes a la revolución francesa, sino por su propia autodestrucción, ya que las querellas entre éstas dio lugar a severas críticas. Las organizaciones corporativas, que contra el abuso de los potentes había defendido a capa y espada la libre dignidad del trabajo, se había dividido poco a poco en respetables castas profesionales hereditarias, que buscaban imponerse unas a otras, se abrió el camino al intervencionismo.

En efecto, el Estado se atribuyó el poder de instituir, y más que eso, vender al mejor postor, maestrías y establecer restricciones a las diversas actividades profesionales, más con fines puramente fiscales que para dirigir la vida económica y sujetar la iniciativa individual a las necesidades sociales.

²¹ Vazquez del Mercado, Oscar, Contratos Mercantiles, Décima Primera Edición, Editorial Porrúa, México 2001.

Las corporaciones fueron restablecidas y continúan operando hasta 1791 cuando, como consecuencia de las ideas proclamadas en la Revolución francesa, se prohíbe toda asociación contraria al libre comercio y a la libre industria.

Después de la Revolución francesa de 1789, ya en el siglo siguiente y bajo la idea revolucionaria de que debería ser la ley escrita la que rigiera las relaciones de los ciudadanos, al crearse la comisión para redactar el Código Civil, se decidió también que otra comisión preparara el Código de Comercio. Este proyecto no se convirtió en la ley, sino hasta después, cuando una nueva comisión designada por Napoleón pone a consideración del consejo de Estado, el proyecto, quien a su vez lo somete al Cuerpo Legislativo y éste lo acepta sin discusión. El Código de Comercio francés, dicho también de Napoleón, de 1808, siguió y en partes reproduce, las celebres ordenanzas de Colbert.

El código francés no se apoya ya en los gremios o corporaciones de los comerciantes para reglamentar su actividad como tales, sino que hace una enunciación de los actos de comercio independientemente de quien los ejecute, motivo por el cual la legislación comercial, deja de ser de clase, y es que antes se legislaba para los gremios privilegiados de comerciantes, únicos que podían ejecutar actos de comercio, dando paso a que se legislara para reglamentar los actos que la ley reputa mercantiles, aunque en forma accidental los realice quien no es comerciante.

En cuanto a México, a fines del siglo XVI, en atención al gran incremento que había alcanzado el comercio en la Nueva España, a los numerosos e importantes litigios que se suscitaban con motivo de asuntos mercantiles, y a los muchos perjuicios, dilaciones y gastos que aquellos ocasionaban, en virtud de tener que decidirse por el derecho común y por los tribunales ordinarios, “era ya indispensable establecer en la ciudad un consulado, como los de Burgos y Sevilla, y suplicaba por lo tanto, que se acordara su creación, así el Rey Felipe II por cédula de 15 de junio de 1592, creó el Consulado de México”.²²

El consulado de México, tenía funciones legislativas, judiciales, administrativas, financieras y militares. En cuanto a las funciones legislativas, éstas consistían en la tarea de crear y someter las leyes mercantiles a la aprobación del Monarca. En ejecución de las funciones administrativas, el Consulado procuraba la protección y fomento del comercio y en relación a éste actuaba en su función judicial, resolviendo las controversias que del mismo derivaban. Cuidó de los intereses generales mercantiles para lo cual ejecutó obras de gran importancia como el camino carretero de México a Veracruz.

Transcurrieron dos siglos durante los cuales sólo operó el Consulado de México no fue sino hasta 1795 que por Real Cédula de 17 de enero se creó el Consulado de Veracruz y después el 6 de junio del mismo año, el Consulado de Guadalajara. Más tarde se fundó el Consulado de Puebla, con la sola autorización Virreynal, que no llegó a ser confirmada por el Rey. Antes, el Consulado de México tuvo jurisdicción en Nueva España, Nueva Galicia, Guatemala, Soconusco y Yucatán.

Las disposiciones de carácter mercantil son recogidas en la Recopilación de Indias que promulga Carlos II en 1681. El libro IX, que reglamenta el comercio especialmente entre las colonias de América y España, manda nuevamente aplicar las ordenanzas de Burgos y de Sevilla, con carácter supletorio de todos los puntos omisos de las Leyes de Indias, que así también se conoce a la Recopilación: sin embargo, las Ordenanzas de Bilbao, debido a su perfección y porque eran más completas, se impusieron a las que la Recopilación había mandado observar, al principio la observancia de estas ordenanzas no era oficial y no fue sino

²² Ob-cit, página 124.

hasta 1792, cuando se dictó la orden de su aplicación, las cuales continuaron vigentes prácticamente hasta el año de 1884.

Después de que México consumó su independencia, las Ordenanzas de Bilbao siguieron aplicándose, aunque sufrieron reformas. Cuando se expidió la constitución de 1824, se consideró que deberían suprimirse los consulados por ser tribunales especiales. La supresión tuvo lugar ese mismo año, estableciéndose en el decreto relativo de 16 de octubre, que los pleitos que se susciten en los territorios sobre negocios mercantiles se determinarán por ahora por los alcaldes o jueces de letras en sus respectivos casos, asociándose en dos colegas que escogerán entre cuatro que propongan los contendientes, dos por cada parte y arreglándose a las leyes vigentes en la materia.

En el año de 1841, se restablecieron los antiguos consulados pero con el nombre de tribunales mercantiles. La ley que los estableció declaró que continuaban vigentes las ordenanzas de Bilbao.

Después de la aparición del Código Español de 1829, en México se hizo un intento para preparar un Código, que más que otra cosa fue la copia del español y del francés de 1808, con algunas modificaciones, el proyecto no pasó de tal, en 1854 es cuando aparece el primer código de comercio mexicano, obra ésta de Teodosio Lares, ministro de Santa Ana, de ahí que se le conozca como el Código de Lares. Escaso año duró su vigencia, ya que, por razones políticas, triunfó la Revolución de Ayutla y desplazamiento de Santa Ana, fue derogado a fines del año de 1855, por lo cual las ordenanzas de Bilbao vuelven a aplicarse.

Cuando se restauró la República en 1867, “se pensó en la creación de un Código de Comercio que pudiera aplicarse en todo el territorio y para ello hubo necesidad de reformar la Constitución de 1857, en su artículo 72, de manera que el Congreso quedara facultado para expedir códigos obligatorios en toda la República, de minería y de comercio”.²³

La reforma se hizo hasta 1883, al año siguiente se promulgó el Código de Comercio. Este código de 1884 derogó todas las disposiciones mercantiles incluyendo las ordenanzas de Bilbao.

Como tercero y actual Código de Comercio que nos rige, nos encontramos con el de 1889, aunque vigente a partir del primero de enero de 1890. Su antecesor de 1884, como el primero de 1854, en su preparación, influyeron tanto el Código Español de 1885, como el italiano de 1882, ambos influenciados también por el Código Francés de 1808.

Es indudable que el Código de Comercio de 1889 ha logrado perdurar hasta nuestros tiempos, pero también es indudable que es necesario sobre todo en materia de contratos mercantiles, que se de una legislación moderna, de acuerdo a las necesidades imperantes de nuestra época, la cual debe de ser mas socialista, para que las transacciones comerciales, las cuales necesitan rapidez no dejen desprotegida a la parte débil de este tipo de contratos, los cuales día con día se dan en nuestro país, debido al gran crecimiento del consumismo.

2.1 ANTECEDENTES DE LOS CONTRATOS DE ADHESION.

En los subcapítulos anteriores y principalmente en el subcapítulo 2.2 referente a los antecedentes del contrato, vimos la evolución jurídica del contrato pasando desde el Derecho

²³ Castrillón y Luna, Victor M., Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa, México 2002.

romano hasta la llamada socialización del derecho, como reacción al liberalismo, nos percatamos que dicha figura jurídica fue evolucionando de acuerdo a las necesidades imperantes de cada época en particular.

Nos percatamos de que se empezó a dar gran fuerza principalmente en el liberalismo al principio de la autonomía de la voluntad, posteriormente y debido principalmente a la evolución económica y social de los últimos tiempos, merced a la dinámica interna del capitalismo económico, se ha debilitado tal principio de la autonomía de la voluntad, en cambio con las nuevas modalidades económicas y políticas de nuestro tiempo, se ha conducido al fenómeno de la gran empresa, y al mismo tiempo y casi por la misma razón a una ampliación en el mundo de los consumidores, es decir, a una ampliación de personas que aspiran a adquirir o disfrutar los bienes o servicios que para el consumo proporcionan las empresas.

El contrato de adhesión encuentra gran expansión en el siglo XX, en que prolifera la contratación en masa, en distintas órbitas, como por ejemplo: seguros, transporte terrestre, marítimo o aéreo, bancos, compraventas en masa, suministros de luz, agua, telecomunicaciones, hospedaje y turismo, depósitos en almacenes generales, publicidad, espectáculos públicos, entre otras actividades.

La empresa sustituye al artesano, pues el objeto de ciertos contratos no concibe el sello personal, individual, de la producción de bienes o servicios, que pasa a formar parte del tiempo de la estandarización. “El tráfico económico adopta la categoría de tráfico en masa, acelerado y estimulado por una sociedad que toma como punto de referencia las necesidades crecientes del consumidor”.²⁴

Al arribar al área de la circulación de los bienes y servicios producidos en serie, queda clausurada una instancia que corresponde al molde contractual superado, el de las negociaciones preparatorias del acuerdo, oportunidad en que las partes pesan, discuten y establecen en el momento del trato las cláusulas y las condiciones y a esta tarea cooperan ambos igual y libremente.

Los contratos típicos discrecionales, y que por tales consentían la libre discusión de su contenido, empiezan a ceder espacio a favor de esquemas uniformes, rígidos y preformulados por una de las partes de la relación, sin que a la otra le quepa más alternativa que aceptarlo tal como ha sido predispuesto o abdicar de la posibilidad de contratar.

La racionalización empresaria que apunta genéricamente a su organización y en un plazo específico a la producción de bienes y servicios, halla su fundamento en un mercado de consumidores iguales, a los cuales se ofertan productos idénticos. Esto último explica la homogeneidad de los esquemas contractuales. Pero la producción en gran escala requiere dar salida a todo su caudal, como objetivo final de este orden económico, en razón del espíritu de lucro consustancial con la iniciativa privada. Ello determina un claro desequilibrio de fuerzas en los dos polos del contrato, con motivo de que sólo uno de ellos ejerce la facultad de crear reglas de conducta. Y por añadidura, predispuestas, uniformes y rígidas, abstractamente dirigidas al mercado.

Argumentándose que la arbitrariedad contractual basada en el egoísmo atentaba contra intereses esenciales de la colectividad, y que los contratos, se estaban celebrando a impulso de necesidades imperiosas, en ocasiones legales, y que la libertad era incompleta pues la igualdad

²⁴ Ruben S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, Contratos por Adhesión, Ediciones Depalma, Argentina 2000, página 48.

era teórica a partir de la inferioridad económica de una de las partes de la relación obligacional. “Se aludió entonces a una nueva concepción de la realidad, se afirmó que el sistema individualista ha sido un producto históricamente contingente y como tal sirvió como respuesta a una etapa o necesidad social del individuo en la sociedad mediante actos que sólo así serán garantizados y protegidos”.²⁵

Mecanismos de presión ejecutados por la empresa para asumir un papel preponderante en la relación, y que devienen legitimados por la vigencia dominante del principio de la autonomía de la voluntad, valiéndose de ellos, la parte más poderosa está en condiciones de imponer abusivamente su querer, sujetando a los sectores más vastos del público a tolerar semejante situación, en virtud de su estado de necesidad en la demanda de bienes y servicios imprescindibles para la vida cotidiana. Ahora bien, teniendo en cuenta que los actos de consumo pasan, casi siempre por un contrato de adhesión.

Al tiempo las corporaciones comenzaron a desplazar al individuo como parte de la relación jurídica sustancial

Como reacción contra este nuevo modo de contratación, se empieza a fomentar la creación de entidades que agrupan a los consumidores y se les reconoce representatividad e incluso legitimación procesal facilitando su acceso a la justicia en categorías diversas.

Con tales circunstancias nos damos cuenta de que el contrato ya no es solamente un asunto particular de los intervinientes en él, sino que debido a nuestra vida económica y social, ha pasado a ser una institución social, que no afecta solamente a los intereses de los contratantes, sino a los intereses de la colectividad.

Empiezan a surgir los contratos redactados unilateralmente por una de las partes, contratos que no admiten discusión alguna sobre su clausurado, son los llamados contratos de adhesión o por adhesión, los cuales como vimos surgen debido a la llamada contratación masiva, la cual es estimulada por la generalización del dinero como patrón de intercambio, el crecimiento demográfico de las ciudades, y la diversificación y sofisticación de los bienes.

El primer jurista que empieza a hablar de los llamados contratos de adhesión fue Saleilles en 1901, el cual manifiesta en pleno auge de la revolución industrial y contratación en masa, "Indudablemente hay contratos y contratos. Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún está por hacer...; se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes, actuante como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo, sino a una colectividad indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, concluye afirmando que los pretendidos contratos por adhesión, en el fondo son manifestaciones unilaterales de la voluntad paralelas, es decir no los reconoce como contratos.

La denominación contratos de adhesión adoptada circunstancialmente por Saleilles fue propagada en países como Francia e Inglaterra, en tanto que en Alemania, Italia y España ha proliferado la de condiciones generales de los contratos o condiciones negociales generales.

Debido a la finalidad de acelerar las transacciones comerciales, fue necesario que se concediera una facultad al redactor de ofrecer e imponer sus términos, dejando al adherente en posición de aceptarlos pura y simplemente, lo anterior es justificable para algunos toda vez que

²⁵ Ob-cit, página 25.

las funciones económicas del contrato por adhesión se consigue por la ausencia de negociación y por la confianza del adherente en la distribución de los derechos y obligaciones a cargo del redactor.

Un argumento más a favor de la creación de este tipo de contratos fue que el tráfico se vería paralizado si se admitiese en cada caso particular la reconsideración aunque sea de una cláusula impresa o simplemente de un párrafo de ella.

Algunas de las causas para que se diera una cultura de consumismo y por lógica la frecuente utilización del contrato de adhesión, fueron la gigantesca fabricación en serie y a gran escala, a menudo carente de los recaudos de calidad y seguridad adecuados para la protección de la salud y el patrimonio del cliente y la creación artificial de necesidades masivas, popularizadas mediante formulas publicitarias de inmensa potencialidad para condicionar psicológicamente al consumidor hacia el acrecentamiento de su propensión a la adquisición

“Las desventajas que trae aparejada la predisposición de las cláusulas inequitativas cuando precisamente de ellas derive perjuicio al cliente, hace necesario que se examine la noción de cláusula abusiva, la determinación de ellas y las posibilidades de hallar un sistema adecuado de control preventivo o, en su defecto judicial”.²⁶

La conformación de un marco falseado de confianza en la empresa, que obstaculiza la percepción de la situación real de conflicto estructural de intereses, mediante sistemas persuasivos, de venta o técnicas crediticias de fácil acceso, pero generadoras de un insalvable endeudamiento sin salida.

La empresa, económicamente más potente, empieza a determinar unilateralmente, en su propio beneficio, el contenido y las circunstancias del negocio y con ello, perseguir en modo legítimo sus intereses y desviar hacia el público el mayor número posible de riesgos, pero siempre dentro de los límites compatibles con las leyes del mercado. La empresa podía desarrollar cualquier tipo de actividad sin preocuparse de los perjuicios que pudiera ocasionar a terceros.

Motivo por el cual ha sido necesaria la intervención legislativa en este tipo de contratos, enunciados muy especialmente a partir de la Carta Europea de protección de los consumidores del Consejo de Europa en mayo 1973, y del Programa Preliminar para una política de protección e información a los consumidores, de la comunidad económica europea abril 1975, se han reconocido los derechos a la protección de la salud y a la seguridad, al resarcimiento de los daños, a la tutela de los intereses económicos, a la educación, información y organización, a la expresión, al asesoramiento y asistencia, y a la representación.

La primera intervención legislativa que se realizó sobre tales contratos fue a través del Código Civil italiano de 1942, que tímidamente contempló algunas reglas formales, en sus artículos 1341 y 1342 busca proteger a la parte débil en el contrato, al disponer que las condiciones generales son válidas si al momento de la conclusión del contrato eran conocidas o podían serlo con diligencia ordinaria, exigiéndose la expresa aprobación de diversas cláusulas, como "las que establecen a favor de quien las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o bien sancionan a cargo del otro contratante plazos de caducidad o de suspender el ejercicio del contrato, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga tácita

²⁶ Carrer, Mario, Cesión de posición contractual, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2000.

o renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad judicial".²⁷

Con este sistema, se impone la obligación de ilustrar al profano para ponerlo en condiciones de igualdad.

Posteriormente por medio de la ley alemana de condiciones generales del contrato, de fecha 9 de diciembre de 1976, ha constituido la fuente material de todas las leyes comparadas posteriores, en la medida que ha definido criterios adecuados para el control del contenido del contrato por adhesión.

En Alemania las condiciones negociales generales se encuentran previstas en la ley AG13-Gesetz de 1976/1977. Dicho cuerpo legal da carta de naturaleza a la clasificación entre contratos individuales negociados y de adhesión o condiciones negociales generales.

La ley alemana enumera en ocho incisos del artículo décimo las cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración, es decir, aquellas cuya inclusión podría ser admitida, o meramente ser objeto de modificación, de existir justificativos de su razonabilidad. Por su parte, el artículo décimo primero enumera dieciséis cláusulas prohibidas sin posibilidad de valoración, que son ineficaces sin excepción. Por último, la ley contiene también una norma abierta, de aplicación subsidiaria, que admite la revisión de las cláusulas contrarias al requisito de la buena fe en los contratos, plasmada en su artículo noveno.

Las enumeraciones de los artículos décimo y décimo primero significan, en verdad, referencias prácticas de aplicación de la cláusula general; son de naturaleza ejemplificativa, inspiradas en la casuística, según los casos más frecuentes. La cláusula general del artículo noveno se comporta como un precepto de amortiguación, subsidiario, dado que la regulación casuística es lagunosa.

La ley alemana busca no solo informar, sino imponer la ineficacia de cláusulas lesivas aunque hubieran sido firmadas conscientemente. De modo que el texto contractual deberá resultar también socialmente aceptable. Pero lo más importante es que el sistema preserva el objetivo final del adherente: gozar el bien o servicio. Lo contrario da pie a que empresarios inescrupulosos diseñen el contrato de modo tal que, o se lo cumple con la cláusula abusiva, o, si se lo cuestiona, se obtendrá la declaración de ineficacia.

Se ha dicho que el sistema alemán constituye uno de listas negras y listas grises: las primeras, inválidas; las segundas susceptibles de invalidación, a criterio del magistrado. Por lo demás, se contempla una fórmula amplia: la de desnaturalización del contrato conforme a la buena fe, standard de gran amplitud, que permite abarcar un extenso universo de situaciones, y que concierne al mantenimiento de la equivalencia en la relación comercial de cambio conforme a las circunstancias del caso.

“En Francia, surgió la Ley 78-23, de fecha 10 de enero de 1978, sobre protección e información de consumidores de productos y servicios, así mismo en España se dio la ley 26/84 de España de fecha 19 de julio de 1984, general para la protección de consumidores y usuarios”.²⁸

²⁷ Tapia Rodríguez Mauricio, Contrato por Adhesión, Ley No. 19.496, página 11.

²⁸ Ob-cit, página 12.

Con posterioridad, los Estados europeos han adoptado sus legislaciones internas a las normas de la Directiva 93/13 del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de fecha 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyas disposiciones se fundan en la experiencia alemana, la modificación de los derechos internos, con el fin de hacerlos coincidentes con tal Directiva, se ha materializado por la ley del primero de febrero de 1995 en Francia, por la ley Número 52 de febrero de 1996 de Italia, y por la ley Número 7 de fecha 13 de abril de 1998 de España.

Día con día surgen nuevas normas que buscan proteger al consumidor, quien se supone es la parte débil de este tipo de contratos, pero en realidad, nos damos cuenta que no ha sido suficiente, puesto que las grandes empresas que generalmente son la parte redactora siguen aprovechando su posición para sacar ventaja de este tipo de contratos, lo cual deja en evidente estado de inferioridad a los consumidores, es por eso que se debe de buscar dar una mejor protección a dicha parte adherente.

2.5 ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE SUMINISTRO.

El contrato de suministro se ha practicado desde tiempo atrás, tanto en actividades reguladas por el Derecho Público como por el Derecho Privado, era corriente que una persona, generalmente un comerciante o industrial, se obligara a suministrar en forma permanente o indefinida o por tiempo determinado ciertas cosas al Fisco, al ejército o a otro particular, por el pago de una retribución determinada generalmente por un precio por unidad.

Desde finales del siglo pasado se fue acentuando la necesidad de contar con alguna forma contractual para regular las relaciones entre las partes derivadas de nuevos bienes que entraban en el mundo de las transacciones comerciales, y es que la necesidad se originó en razón de que adelantos económicos, científicos y técnicos posibilitaron el empleo masivo de fuentes de energía, tales como la electricidad, y nuevas formas de comunicación como teléfono, fax, entre otros.

También es causa de tal tendencia la incorporación creciente de la población al goce de las ventajas materiales en aspectos tales como los sanitarios, entre ellos los servicios de alcantarillado y agua potable, que ha importado la civilización moderna; que también requieren de otras formas de contratación.

Las diferentes legislaciones tipifican al suministro como un acto de comercio; así, el Código de Comercio Italiano de 1882 a través de su artículo tercero, el francés por medio de su artículo 632, el belga en su artículo segundo, el búlgaro por medio de su artículo 279, el austriaco en su artículo 275, el chileno en su artículo tercero inciso séptimo, el japonés en su artículo 236, el portugués por medio de su artículo 230, entre otros. Estos códigos no se referían al suministro como un contrato existente por sí, sino, en la mayoría de los casos, en conexión con la compraventa.

Antes de su reconocimiento como contrato autónomo, la vida jurídica del suministro se desarrolló dentro de la órbita de la compraventa, de la cual ha tomado inspiración y orientación, en el sistema germánico remitía al contrato de suministro a las normas de la compraventa.

No fue sino hasta que la legislación civil rusa de 1923, individualizó al suministro como un contrato autónomo, en razón de la función económica que cumple, posteriormente, “el Código

Civil Italiano de 1942, el Código de Comercio Colombiano de 1971 y el Código Civil peruano de 1984”.²⁹

El Código Civil italiano de 1942 distingue entre el contrato de suministro de cosas y el contrato de suministro de servicios, tipifica al contrato de suministro de cosas en el capítulo V, artículos. 1559 a 1570, del Libro IV; en cambio el suministro de servicios está considerado dentro del llamado contrato de appalto, traducido al castellano como "contrata", al cual está dedicado el capítulo VII, por medio de sus artículos 1655 al 1677, del Libro IV.

En la legislación italiana, el suministro es definido como "el contrato por el cual una parte se obliga, mediante compensación de un precio, a ejecutar, a favor de la otra, prestaciones periódicas o continuadas de cosas", plasmado en su artículo 1559.

En tanto que el appalto es definido como "el contrato por el cual una parte asume, con organización de los medios necesarios y, con gestión a propio riesgo, la realización de una obra o de un servicio mediante una compensación en dinero", establecido en su artículo 1655. De esto se deduce que el contrato de suministro se distingue del appalto porque éste tiene por objeto la realización de una obra de un servicio, mientras que el suministro tiene por objeto prestaciones de cosas.

El artículo 1677, que es el último del citado capítulo VII, relativo al appalto, se refiere al suministro de servicios, pues expresamente dice: El appalto tiene por objeto prestaciones continuadas o periódicas de servicios, por lo que se observan, en cuanto sean compatibles, las normas de este capítulo y las relativas al contrato de suministro”.

Debido a lo anterior nos damos cuenta de que para el Derecho Civil Italiano el suministro es un contrato de prestaciones continuadas o periódicas de cosas, no entrando en el mismo el suministro de servicios.

Tal suministro de servicios entra en el contrato denominado appalto, el cual es un contrato de prestación de obra y servicios, el cual puede tener como contenido una sola prestación singular o una prestación continuada.

En el caso de prestación continuada de servicios, el contrato es sin duda de appalto y no de suministro, solamente que por analogía le son de aplicación las normas del contrato de suministro relativas a la continuidad o periodicidad de la prestación.

En el caso de prestación continuada de obra, el contrato será considerado de appalto o de suministro, según que prevalezca la consideración de las cosas a entregarse o la actividad a cumplirse.

La legislación civil italiana establece una clara distinción entre el contrato de suministro, el contrato de appalto y el contrato de obra, tal legislación a través del artículo 2222 ubicado en el título III, capítulo I, del libro Quinto sobre derechos de trabajo, el cual establece lo siguiente “Contrato de obra. Cuando una persona se obliga a realizar mediante una compensación una obra o un servicio, con trabajo predominantemente propio y sin vínculo de subordinación respecto del comitente, se aplican las normas de este capítulo, salvo que la relación tenga una regulación particular en el Libro IV, el cual como sabemos es relativo a los contratos de suministro de cosas.

²⁹ Puclma Accers, Alvaro, Contratación Comercial, Moderna, página 87.

Anteriormente en el Código civil italiano de 1865, el appalto era solamente una especie del contrato de obra, en el Código civil italiano de 1942 adquiere una individualidad autónoma, “la diferencia entre contrato de obra y contrato de appalto no está dada por el resultado que en ambas figuras jurídicas es una obra o un servicio, sino por el hecho de que en el appalto existe una organización empresarial que pone en segundo plano la prestación de trabajo personal del empresario”.³⁰

En el contrato de obra, el resultado contractual se alcanza a través del trabajo propio del contratista, en cambio en el de appalto ese resultado se alcanza a través de la organización económica a riesgo propio del contratista, esto es a través del ejercicio de una empresa, contrariamente a este tipo de figuras jurídicas, el contrato de suministro tiene como objeto la prestación periódica o continuada de cosas.

El contrato de suministro está previsto en el Proyecto de Código Civil unificado para la Argentina, de igual forma estaba contemplado en proyectos anteriores como lo fueron en el de 1987 y en los dos de 1993, en el proyecto de unificación del Código Civil argentino se han tenido especialmente en cuenta el código Civil de Italia, tal proyecto nos muestra un contrato de suministro caracterizado por la autonomía, es decir, regulando al contrato de suministro como un contrato autónomo, apartándose así de los antecedentes del Código Italiano y algunos antecedentes argentinos, que los consideraban al tratar la compraventa, dicho proyecto admite que sea objeto de suministro no solo las cosas como en el Código italiano mencionado anteriormente, sino a demás que se contemple dentro de dichos contratos el suministro de servicios, la inclusión de servicios no dependientes es pertinente, en tanto éstos representan a un sector cada vez más importante de la economía global, no siendo ajenos a la técnica y función económica del contrato de suministro.

“Se establecen plazos máximos para el contrato por medio de su artículo 1111 y reglas típicas exigidas por su peculiaridad, como las referidas a las cantidades a entregar, los avisos sobre las necesidades futuras, el plazo en cada prestación singular, que se presume en beneficio de ambas partes, precisando así para el caso la proyectada regla del artículo 1347”.³¹

También la particularidad del contrato lleva a normas específicas respecto de la determinación del precio de cada prestación.

La resolución del contrato ha motivado las previsiones de tres artículos, por un lado se contempla el contrato celebrado sin tiempo determinado y, por otro, se establece una fórmula especial en caso de incumplimiento, el que sólo provoca la resolución cuando la falta es de notable importancia, dando lugar a la suspensión del suministro en los otros casos.

Se da un tratamiento específico al pacto de preferencia o exclusividad siguiendo los antecedentes de la legislación comparada y sus proyectos anteriores, se prevé la aplicación supletoria de cada prestación singular.

En México los contratos de suministro no son regulados ni a través de la Ley Federal de Protección al consumidor, ni por el actual Código de Comercio, o algún otro ordenamiento legal, especificando que nos referimos al contrato de suministro entre sujetos de carácter privado, lo cual nos hace pensar que es necesario contemplar a dicha figura jurídica dentro de

³⁰ Ob-cit, página 88.

³¹ Ob-cit, página 90.

tal cuerpo legal, debido a la gran importancia que adquirido en la actualidad, y es que este tipo de contratos han sido productores de arbitrariedades en contra de los consumistas o suministrados, por parte de las grandes empresas o suministrantes, es necesario dar una mejor protección a la parte débil de este tipo de contratos.

Comentarios finales: A través del estudio de la historia del contrato, de las obligaciones, de los contratos mercantiles, de los contratos por adhesión y del contrato de suministro, pudimos darnos cuenta de que dichas figuras jurídicas, sobre todo el contrato en general y las obligaciones históricamente han ido evolucionando adecuándose a las necesidades imperantes de cada época, lo cual nos hace ver que es necesario adecuar dichas figuras jurídicas a las necesidades actuales, buscando equilibrar la posición jurídica de las partes en los contratos de adhesión.

En el siguiente capítulo denominado Teoría analizaremos las diversas teorías que hay y se aplican en la actualidad, con la finalidad de conocer más a fondo las figuras jurídicas del contrato, obligación, contrato de suministro, contrato mercantil y contrato de adhesión, y de esa manera proponer más eficazmente los posibles cambios o actualizaciones que necesitan dichas figuras.

CAPITULO TERCERO.

Lo que se pretende probar de la hipótesis al principio planteada con la inclusión del presente capítulo es primeramente analizar jurídicamente las figuras jurídicas como lo son el contrato, las obligaciones, el contrato mercantil, el contrato de adhesión y el contrato de suministro, analizar la regulación jurídica que nuestra legislación positiva da a dichas figuras, y de esa manera darnos cuenta de la necesidad de actualizar dichas figuras jurídicas tomando en cuenta las necesidades imperantes de nuestra época, es decir, adecuar la norma jurídica a las formas de contratación actuales, como lo es la celebrada por medio del contrato de adhesión.

TEORIA.

3.1 TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.

En el Capítulo Primero, inciso 1.1 del presente trabajo se abordó el tema sobre los diversos conceptos que la doctrina ha establecido sobre las obligaciones, motivo por el cual considero que no es necesario volver a abundar sobre dicho tema, pero con la finalidad de tener presente el conocimiento sobre lo que son las obligaciones, mencionare algunos conceptos sobre lo que se debe de entender por obligaciones.

“Obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor”.¹

El anterior concepto no señala que el deudor tiene la posibilidad de cumplir voluntariamente con su obligación, ni establece que el acreedor le puede exigir el cumplimiento de dicha obligación en el momento en que aquél no la cumple de manera voluntaria.

“Necesidad jurídica que tiene una persona denominada obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, denominada acreedor, que le puede exigir, una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral)”.²

En el concepto antes mencionado si se establece que puede cumplir de una manera voluntaria con su prestación debida, pero de igual forma no señala que en caso de incumplimiento de éste, es el momento en que el acreedor puede exigirle el cumplimiento de la obligación.

Considerado desde el punto de vista pasivo; “es un vínculo jurídico por el que una persona está sujeta, respecto de otra, a una prestación, un hecho o una abstención”.³

Aunque la anterior definición pretende definir a la obligación desde su punto de vista pasivo, aún así es deficiente, pues no establece que el cumplimiento deberá de ser voluntario por parte del deudor-obligado.

¹ Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 71.

² Gutierrez y Gonzalez, Ernesto, Derecho de las obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 54.

³ Gaudemet Eugene, Traductor, Macedo Pablo, Teoría General de las obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 25.

Las anteriores definiciones no establecen cuantas personas se necesitan para que se pueda dar la existencia de una obligación, no señalan si tales sujetos pueden ser determinables o indeterminables, en que pueden consistir las obligaciones, entre otros tantos aspectos.

Consideró que un concepto de lo que debemos de entender por obligación, no solamente debe de definirlo en su aspecto pasivo, sino además en su aspecto activo, con la finalidad de establecer las diversas posibilidades o actos jurídicos que pueden llegar a darse con el surgimiento de una obligación, así pues propongo el concepto siguiente: “Vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas o determinables al momento del cumplimiento, por medio del cual alguna o algunas de ellas tienen la posibilidad de cumplir voluntariamente una determinada prestación, pudiendo consistir en dar, hacer o no hacer determinada cosa, a favor de otra u otras personas igualmente determinadas o determinables al momento de su cumplimiento, o la posibilidad de incumplir con su prestación debida, adquiriendo en ese momento el carácter de deudor o deudores, con lo cual los titulares de la prestación debida adquieren el carácter de acreedores, encontrándose en ese momento de incumplimiento facultado o facultados para constreñir a aquélla o aquéllas personas ya sea extrajudicialmente o judicialmente para que cumplan con la prestación debida, y en su caso al pago de los daños o perjuicios ocasionados por el incumplimiento del deber jurídico”.

Después de establecer lo que se debe de entender por obligaciones, nos damos cuenta de cuáles son los elementos que no deben de faltar para que jurídicamente exista una obligación así pues tales elementos son los sujetos, la relación jurídica y el objeto.

Los sujetos componen el elemento subjetivo, a los cuales se les denominan acreedor y deudor, estos elementos de la obligación son esenciales para el mismo y no pueden faltar, es decir, no puede haber obligación sin sujetos porque toda obligación implica un deber que necesariamente es a cargo de una persona, física o moral.

Debemos recordar que desde el punto de vista pasivo de la obligación se les denomina sujeto activo y sujeto pasivo.

El sujeto activo también llamado acreedor, es el beneficiado con la prestación; tiene dos facultades a su favor que son la facultad de recibir y la facultad de exigir.

La facultad de recibir consiste en el derecho de retener en su patrimonio lo que recibió a título de pago.

La facultad de exigir es el derecho de reclamar al deudor, sea en forma judicial o extrajudicial, el cumplimiento de la prestación que se tiene derecho de recibir.

El sujeto activo, en el momento en que resiente el incumplimiento voluntario de la obligación por parte del sujeto pasivo, en ese momento adquiere el carácter de acreedor, adquiriendo la facultad de exigir al ahora llamado deudor que cumpla con su deber jurídico u obligación.

El sujeto pasivo llamado también deudor, es el que debe ejecutar la prestación que es objeto de la obligación, y son dos las prestaciones a su cargo, el deber jurídico y la responsabilidad patrimonial para el caso de incumplimiento.

Deber jurídico, deuda o débito, consiste en estar constreñido el deudor a ejecutar voluntariamente a favor del acreedor la prestación que es objeto de la obligación, en este momento el deudor no puede ser constreñido por parte del sujeto activo a que cumpla con su

deber jurídico, pues se considera que debe cumplirlo voluntariamente, aquí se considera que se encuentra constreñido por el propio vínculo jurídico al cual quedo sujeto desde un principio.

“La responsabilidad patrimonial por incumplimiento es la prestación a cargo del deudor, de pagar los daños y perjuicios que causó por su incumplimiento, los que consisten en una suma de dinero”.⁴

A mi parecer el sujeto pasivo o deudor tiene la libertad jurídica de escoger entre cumplir voluntariamente con la prestación, o incumplir con tal situación, aunque cabe señalar que dicho cumplimiento ahora será de manera coercible, teniendo la posibilidad de que pueda surgir con ello además de la deuda principal el pago por daños y perjuicios que pueda causar con motivo de su incumplimiento.

En la mayoría de las situaciones los sujetos son determinados, pero de igual forma la ley admite que puedan ser indeterminados en el momento de nacer la obligación, con tal de que se individualicen en el momento de ser exigible su cumplimiento, como sucede en las obligaciones que tienen su fuente en la declaración unilateral de la voluntad; de igual forma cabe señalar que pueden existir ya sea pluralidad de sujetos activos o pluralidad de sujetos pasivos.

Y es que sería imposible o absurdo el pretender exigir a alguien que no sabemos quién es que cumpla con un deber jurídico u obligación o viceversa, es por tal motivo la importancia de que los sujetos de la obligación deben de ser determinados o determinables al momento del cumplimiento de la obligación.

El segundo elemento a señalar es el vínculo jurídico o relación jurídica el cual implica la pluralidad de personas, ésta consiste en la situación de unión en que se encuentran los sujetos acreedor y deudor, y por el cual el deudor se haya en la necesidad de ejecutar una prestación a favor del acreedor, quien a su vez, está facultado para recibir y exigir esa prestación, por lo que se dice que es una relación de subordinación.

El anterior elemento es el que le otorga el carácter jurídico, por motivo de éste se puede constreñir en caso de incumplimiento voluntario por parte del sujeto pasivo para que éste cumpla con la prestación debida que se estableció por medio del vínculo jurídico.

El elemento relación se encuentra en la etimología de la palabra obligación, que quiere decir atadura, esta palabra se compone de dos partes que son el prefijo ob que significa alrededor y, la terminación ligación, o sea en conjunto las partes que componen la palabra obligación vienen a significar atar por alrededor y el hecho de estar atado implica el elemento relación que se da entre el que ata y el atado.

Por ser jurídica la relación tiene las características inherentes a la norma jurídica, entre ellas la coercibilidad, entendiéndose por ésta el atributo de la norma jurídica en virtud del cual es posible obtener el cumplimiento de la obligación aun por la fuerza y en contra de la voluntad del deudor, cabe mencionar que si tal relación o vínculo no fuera jurídico carecería de cualquier protección otorgada por el Derecho positivo para que se respete el mismo.

La relación vincula al deudor y acreedor, estando uno constreñido y otro facultado jurídicamente a ejecutar y a exigir la prestación, es decir la relación es de naturaleza jurídica porque el deudor está sometido a cumplir la prestación de tal modo que su cumplimiento no depende de la voluntad del deudor, en atención a que el acreedor está facultado jurídicamente

⁴ Martínez Alfaro Joaquín, Teoría de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 5.

para exigir el cumplimiento, estableciendo que sólo lo puede exigir al momento de su incumplimiento por parte del primero de la obligación a su favor teniendo como consecuencia que pueda obtener, de un modo forzado, la ejecución de la prestación a su favor y aun en contra de la voluntad del deudor quien a su vez está constreñido jurídicamente a ejecutar la prestación a su cargo, pues el cumplimiento es independiente de su voluntad, porque en el caso de que se niegue a cumplir, “el acreedor podrá alcanzar, de un modo coercible, la satisfacción de la prestación a su favor, por medio de una imposición inexorable”.⁵

La relación jurídica en su especie de derecho de crédito o derecho personal convencional ha sido claramente expuesta por los autores alemanes, en especial por Ennecerus, la tesis alemana de lo que es la relación jurídica, reduce a ésta a la facultad que tiene el acreedor de poder exigir a su deudor de deber cumplir con la prestación de su acreedor. En otras palabras, la relación jurídica se reduce a un poder exigir y a un deber cumplir, situación ésta que se engloba bajo e vocablo schuld.

No estoy de acuerdo con lo antes transcrito, pues considero que el momento en que en que el acreedor puede ejercer la facultad de exigir al deudor que cumpla con su la prestación debida, es cuando éste incumplió con la misma, pues en el primer momento denominado schuld por la Doctrina alemana el deudor puede cumplir voluntariamente con su obligación sin que sea necesario que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación.

Si no cumple entonces surge el segundo momento, que ya no es el schuld, este segundo momento se origina con el hecho ilícito, no es ya la relación jurídica, sino una consecuencia de haberla incumplido y a esta secuencia en la tesis a estudio se le designa con el nombre de haftung.

Considero que aún y cuando se incumplió con la obligación jurídica por parte del deudor, el vínculo jurídico no desaparece, pues es la razón de ser de que el acreedor pueda exigir que se cumpla la obligación ya sea extrajudicial o judicialmente.

“Haftung viene a ser la coacción del poder público para que se haga efectiva la obligación cuando el deudor no la cumple voluntariamente, pero esto no es ya integrante de la relación jurídica ni por lo mismo, parte de la obligación jurídica”.⁶

El tercer elemento por indicar es el objeto, este elemento tiene en esta materia dos acepciones, si bien la primera a su vez, admite tres aspectos diferentes o subespecies y son una conducta en que el obligado debe dar, una conducta en que el obligado debe hacer y una conducta en donde el obligado debe no hacer o abstenerse.

La segunda acepción es la cosa misma de la obligación, es decir lo que debe de dar el deudor, lo que debe de hacer o cuando debe abstenerse o no hacer algo, en los derechos personales el objeto o prestación es la conducta que el deudor debe ejecutar a favor del acreedor, o de otro modo, es la conducta del deudor que el acreedor está facultado a recibir y a exigir. En cambio, en los derechos reales el objeto es la cosa sobre la cual el titular ejercita su derecho real.

El objeto o prestación de la obligación a veces se relaciona con las cosas pero en algunos casos falta esa relación, respecto a las obligaciones de dar, éstas siempre se relacionan

⁵ Ob- Cit, página 3.

⁶ Gutierrez y Gonzalez Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 117.

con las cosas, pero por lo que se refiere a las obligaciones de hacer, “en algunos casos se relacionan con las cosas y en otros no, por otro lado las obligaciones de no hacer no tienen relación con las cosas, constituyen únicamente una abstención”.⁷

Existe una tesis denominada Tesis Patrimonialista de la Prestación, esta tesis se refiere a una corriente doctrinal que considera que el objeto de la obligación debe ser valorizable en dinero, dicha corriente la sostuvieron los comentaristas del Código de Napoleón, entre ellos Aubry Rau y Baudry Lacantinerie.

El Código Civil mexicano de 1884, siguió a esta corriente al disponer en su artículo 1306, fracción II que la prestación debía ser valorizable en dinero, o sea, en las obligaciones jurídicas era esencial que su objeto fuera valorizable en dinero.

Después de la promulgación del Código francés se promulgó el Código Civil alemán; uno de sus comentaristas, Rodolfo Von Ihering, cuyo pensamiento es opuesto al de los autores franceses referidos, sostuvo que no era de la esencia de la prestación el ser valorizable en dinero, que sólo sucede en las obligaciones de dar, ya que las de hacer y de no hacer pueden tener un contenido de carácter moral o espiritual, pues basta que estas obligaciones impliquen una satisfacción al acreedor para que éste tenga interés en exigir su cumplimiento y si tiene un interés legítimo será digno de protección jurídica; por lo tanto, un interés jurídicamente protegido o sea un derecho subjetivo, pues recuérdese que Ihering define al derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido y este derecho es correlativo de un deber jurídico, cuyo objeto será una prestación moral o espiritual y por tanto no valorizable en dinero.

Lo sostenido por Ihering se derrumba con el siguiente argumento, para que una obligación sea jurídica, es preciso que esté protegida por la norma jurídica ante el posible incumplimiento del obligado y la protección jurídica consistirá en pagar daños y perjuicios por el incumplimiento, por tanto y a pesar de lo sustentado por Ihering, no se puede desconocer que el único medio que hay para proteger jurídicamente a los intereses no pecuniarios, como lo son los intereses morales, consiste en valorizarlos en dinero.

Me parece que sería más acertado hablar de obligaciones valorizables en dinero, y obligaciones que no tengan el carácter estrictamente patrimonial, pero que pueden llegar a tener tal característica en caso de incumplimiento, es decir no todas las obligaciones que son cumplidas voluntariamente hasta antes del incumplimiento deben de ser de carácter patrimonial para que se les proteja por el derecho, se debe señalar que tal carácter solamente lo pueden adquirir en caso de incumplimiento de la obligación cuando ésta no es valorizable en dinero.

Después de ver los elementos de las obligaciones, encontramos que éstas a su vez, se dividen en diferentes tipos, entre ellas encontramos a las obligaciones complejas que son aquellas en las cuales existe pluralidad de sujetos o bien pluralidad de objetos.

En cuanto a las primeras, debemos decir que “la obligación puede existir en provecho de varios acreedores o bien, a cargo de varios deudores e inclusive, al mismo tiempo existir varios acreedores frente a varios deudores, con relación a la pluralidad de objetos”.⁸

⁷ Martínez Alfaro Joaquín, Teoría de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 8

⁸ Quintanilla García, Miguel Ángel, Derecho de las Obligaciones, Editorial Cardenas Editor Distribuidor, México, 2000, página 495.

Tales tipos de obligaciones reciben el nombre de mancomunidad o solidaridad, la mancomunidad es una modalidad de obligación que se refiere a los sujetos y consiste en que hay pluralidad de acreedores o de deudores en una misma obligación.

La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso “el crédito o la deuda se considerarán divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros”.⁹

Ahora bien, encontramos que la mancomunidad se subdivide en tres especies, las cuales a saber son activa, pasiva y mixta.

Mancomunidad activa es aquella en la que hay varios acreedores en una misma obligación y cada uno sólo puede recibir y exigir el cumplimiento de una parte de la prestación, pero no la totalidad.

Es decir en la mancomunidad activa aún y cuando existen más de un acreedor, la obligación se divide entre tantos acreedores existan, y es por tal división de la obligación que solamente tienen derecho a exigir el cumplimiento de la parte de la obligación que les corresponde, y no así, el cumplimiento total de toda la obligación, pues ese derecho le corresponde a la totalidad de los acreedores existentes.

Mancomunidad pasiva consiste en que hay varios deudores en una sola obligación, pero cada uno sólo debe ejecutar una parte de la prestación.

Este tipo de mancomunidad solamente se puede dar para el caso de los deudores, la obligación se divide entre todos los deudores que existan, es decir, debe haber más de un deudor para que se dé la mancomunidad pasiva, y al ser divisible la obligación, entre los deudores existentes, es por tal motivo que cada deudor solamente se obliga al cumplimiento de una parte proporcional de la obligación, la única forma de que se cumpla totalmente la obligación y en un instante será cuando todos los deudores existentes con relación a esa obligación, cumplan al mismo tiempo con la misma.

Mancomunidad mixta, es en la que hay pluralidad de acreedores y de deudores simultáneamente, pero tanto “los acreedores como los deudores, sólo están facultados y obligados, a exigir y a ejecutar la prestación en forma proporcional, es decir, en la parte que les corresponda”.¹⁰

En este tipo de mancomunidad se da al mismo tiempo la existencia de más de un deudor y más de un acreedor para con la misma obligación, establecida por el mismo vínculo jurídico, al ser divisible la obligación entre tantos deudores o acreedores existan, solamente cada uno de ellos puede exigir para el caso de los acreedores o cumplir con su obligación, para el caso de los deudores la parte proporcional que les corresponde de la obligación, por ser ésta divisible.

Siguiendo con las obligaciones complejas, de igual forma se da en las mismas la solidaridad, la cual “es la modalidad que supone dos o varios sujetos activos o pasivos de una misma obligación, y en virtud de la cual, no obstante la divisibilidad de esta obligación, cada

⁹ Martínez Alfaro, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 382.

¹⁰ Ob- Cit, página 383.

acreedor puede exigir y cada deudor está obligado a efectuar el pago total, con la particularidad de que este pago extingue la obligación respecto de todos los acreedores o de todos los deudores”.¹¹

Lo que distingue a la solidaridad de la mancomunidad, teniendo en cuenta que en ambas situaciones puede existir una pluralidad tanto de deudores como de acreedores, es el hecho de que en la solidaridad cada uno de los acreedores tiene la facultad de exigir el cumplimiento de toda la obligación, o para el caso de los deudores cada uno de ellos tiene el deber jurídico de cumplir con la totalidad de la obligación, señalando que éste posteriormente al cumplimiento de la obligación adquiere el derecho de repetir en contra de los demás deudores solidarios; a diferencia de en la mancomunidad en la cual aunque de igual forma existen ya sea pluralidad de deudores, de acreedores o la existencia de ambos en una misma obligación, solamente se puede exigir y cumplir la parte proporcional de la obligación que les corresponde, y no el total de la misma como sucede en la solidaridad.

La solidaridad al igual que la mancomunidad se subdivide en solidaridad activa, solidaridad pasiva y solidaridad mixta.

La solidaridad activa, tiene lugar cuando hay varios acreedores en una obligación y cualquiera de ellos tiene derecho de recibir y exigir el cumplimiento total de la obligación.

La solidaridad pasiva se presenta cuando hay varios deudores en una obligación y cualquiera de ellos tiene el deber de ejecutar el pago total de la prestación, es decir, se es deudor de toda la obligación.

“Solidaridad mixta, es aquella en la que hay pluralidad de acreedores y de deudores simultáneamente y, tanto los acreedores, como los deudores, están facultados y obligados, a exigir y a ejecutar la prestación en forma total”.¹²

Algo que caracteriza a la obligación solidaria y que es muy importante indicar, es lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal a través de su Artículo 1988, el cual establece lo siguiente: “La solidaridad no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes”.

Es decir la única manera en que se puede dar la existencia de la solidaridad en una obligación, es por medio de la voluntad de las partes o cuando la ley lo establece.

La solidaridad pasiva podrá extinguirse por renuncia del acreedor. Esta renuncia puede ser absoluta, es decir, a favor de todos los deudores o bien relativa es decir, respecto de alguno o algunos de los deudores.

Cuando la renuncia es absoluta, la obligación se convierte en mancomunada y la deuda se divide entre todos los deudores solidarios, con lo cual se pierde la característica propia de la solidaridad.

“Cuando la renuncia es relativa, podrá reclamarse el total a los demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores libertados de la solidaridad, lo anterior con fundamento en lo establecido por el Artículo 1989 del Código Civil para el Distrito Federal”.¹³

¹¹ Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México, 2000, página 663.

¹² Martínez Alfaro, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, Página 383.

Considero que el artículo antes señalado es muy acertado o justo, pues puede darse el caso de que con la condonación del acreedor a uno de los deudores solidarios, se preste a fraudes, previamente planeados entre éstos para con los demás deudores solidarios, por lo cual es mas que acertado que al condonar a uno de los deudores solidarios se deduzca para los demás deudores solidarios la parte de la obligación que le correspondía a aquél, desde un principio.

Las obligaciones no solamente son complejas en relación con los sujetos que intervienen en la misma, sino además en cuanto al objeto, clasificándose a su vez en conjuntividad, la alternatividad, la facultatividad y la indivisibilidad.

La obligación conjuntiva comprende diversas prestaciones debidas acumulativamente, de tal suerte que la obligación no está enteramente ejecutada si una de estas prestaciones no está cumplida. En la obligación conjuntiva todas las cosas prometidas están in obligatione, todas estas cosas deben ser pagadas. De aquí se sigue, por una parte, “que el acreedor tiene derecho a demandar al mismo tiempo el cumplimiento de todas las prestaciones y, por otra parte, que los ofrecimientos hechos por el deudor no son válidos si no recaen sobre todas las cosas prometidas”.¹⁴

El deudor no se libera entregando una sola cosa o prestando un único servicio, sino que debe prestar varias prestaciones a la vez, es decir, varias cosas, hechos o abstenciones.

La obligación es conjuntiva cuando el deudor debe cumplir para su liberación, varias prestaciones. En ocasiones la obligación conjuntiva es una obligación única que tiene varios objetos.

El fundamento jurídico de las obligaciones conjuntivas lo encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal a través de su Artículo 1961, el cual establece, “El que se ha obligado a diversas cosas o hechos conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos”.

Como hemos podido percatarnos, en este tipo de obligaciones hay pluralidad de objetos, es así que la obligación conjuntiva no es debidamente cumplida hasta que no fueron debidamente satisfechos cada una de las prestaciones debidas sea ejecutada o cumplida.

La segunda clasificación comprende a las obligaciones alternativas que son las que “tienen por objeto dos o más prestaciones debidas, pero el deudor se libera cumpliendo sólo una de ellas, es decir, el deudor está obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa”.¹⁵

Si el obligado debe entregar sólo una de las prestaciones, es obvio que alguien deberá elegir cuál de ellas será, siendo el deudor quien efectúe la elección de la prestación liberatoria, en principio, pero puede convenirse que la haga el acreedor.

¹³ Quintanilla García, Miguel Angel, Derecho de las Obligaciones, Editorial Cardenas Editor Distribuidor, México 2000, página 505.

¹⁴ Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 693.

¹⁵ Martínez Alfaro, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 387.

En este tipo de obligaciones existen pluralidad de prestaciones debidas al igual que en la obligación, conjuntiva, pero con la diferencia de que en la obligación alternativa bastará con que el deudor cumpla con una de esas prestaciones para que quede cumplida la obligación.

En las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor si no se ha pactado otra cosa, dicha elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada, además “el deudor perderá el derecho de elección cuando, de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado, sólo una fuere realizable, con lo cual desaparece la pluralidad de objetos con aptitud para serlo de la obligación, perdiendo ésta su carácter de alternativa, haciéndose imposible la elección”.¹⁶

Una división más de las obligaciones por lo que respecta a la pluralidad de objetos o prestaciones debidas, se da a través de las obligaciones facultativas que son aquellas en las cuales el deudor no debe sino una sola prestación, pero posee la facultad de liberarse cumpliendo otra prestación determinada. No existe aquí más que una sola prestación.

Las obligaciones facultativas son las que tienen por objeto una sola prestación que es la única que debe el deudor, pero éste tiene la facultad de liberarse cumpliendo con otra diferente en lugar de la única prestación debida.

En este tipo de obligaciones a diferencia de las anteriores, no existe una pluralidad de objetos o de prestaciones debidas, aquí solamente existe una, previamente establecida, la cual engloba la posibilidad de ser satisfecha a través de otra prestación.

Comparando las obligaciones facultativas con las obligaciones alternativas, encontramos que en la obligación alternativa hay dos cosas igualmente debidas, bajo una alternativa, mientras que en la obligación facultativa, al contrario una sola cosa es debida, pero la otra puede ser pagada en su lugar, la cual no es debida.

Si una de las dos cosas comprendidas en una obligación alternativa no es susceptible de constituir el objeto de una obligación, la otra será siempre debida, mientras que una obligación facultativa es nula, si la cosa está in obligatione no es susceptible de constituir el objeto de una obligación, aunque la otra lo fuere.

El acreedor de una obligación facultativa no debe comprender en la demanda que intente contra el deudor sino la cosa que está in obligatione, porque sólo ésta le es debida, salvo al deudor usar de la facultad que le pertenece de liberarse pagando la otra.

Al contrario, el acreedor de las dos cosas debidas bajo una alternativa a elección del deudor, debe comprender las dos cosas en su demanda; debe demandar una u otra; de otra manera ejercitaría la elección que no pertenece sino al deudor.

De lo anterior se señala que para que una obligación sea considerada alternativa, es necesario que exista pluralidad de objetos, quedando liberado el deudor al momento de cumplir con una sola de las prestaciones debidas, es decir, tiene la facultad de escoger el objeto con el cual quedará cumplida la obligación, mientras que en la obligación facultativa, solamente existe un objeto debido, pero el Derecho concede al deudor el privilegio de cumplir con ese objeto, con alguna otras prestación, pero que primeramente no era debida al acreedor.

¹⁶ Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 695.

La otra clasificación de obligaciones en cuanto a su objeto es a través de las obligaciones divisibles, las cuales son aquellas que tienen por objeto prestaciones que son susceptibles de cumplirse parcialmente.

Es decir el cumplimiento de la obligación puede irse dando de manera parcial o en partes, debido a que el objeto, materia de la obligación se puede fraccionar por su propia naturaleza, haciendo posible que se vaya cumpliendo en partes con el objeto debido, materia de la obligación.

La divisibilidad es una modalidad del elemento objetivo de la obligación y no del subjetivo, al permitir que la prestación por su naturaleza pueda ejecutarse en forma parcial.

Cuando hay divisibilidad con un solo deudor y un solo acreedor no hay problema, pero cuando la divisibilidad va acompañada de una pluralidad de acreedores o de deudores entonces la obligación se rige por las reglas comunes de las obligaciones, es decir, se sujeta a las reglas de la simple mancomunidad y el crédito o la deuda se dividen en tantas partes como acreedores o deudores haya y cada parte constituye un crédito distinto. “Los herederos de un deudor de cosa divisible serán considerados como un solo deudor con relación a los demás deudores, pero cada heredero estará obligado a pagar en proporción a su haber hereditario”.¹⁷

En el problema anteriormente señalado se da en una obligación divisible por su propia naturaleza una pluralidad de deudores, a lo cual se da como solución la mancomunidad, la cual implica que el objeto de la obligación sea dividido entre tantos deudores existan, constituyendo cada parte en que se dividió el objeto, un crédito u obligación distinta e independiente de las demás, evitando por medio de dicha solución que el objeto dividido por la mancomunidad no pueda ser cumplido parcialmente.

Otra complejidad en el objeto se da con las llamadas obligaciones indivisibles, Dumoulin, autor de la tesis clásica distingue tres especies de indivisibilidad: la indivisibilidad absoluta, la relativa y la indivisibilidad de pago.

La indivisibilidad absoluta es la que resulta de la naturaleza misma de la obligación, por ejemplo la obligación de entregar un determinado animal, la voluntad de las partes no se encuentra aquí para nada. La obligación es de tal naturaleza que el espíritu no concebiría de una división en el cumplimiento de la prestación que tiene por objeto.

La indivisibilidad absoluta se da en base a la propia naturaleza del objeto, pues habrá objetos que son imposibles de dividirse, pues si se dividiesen quedarían inservibles, con lo cual no se satisfaría al acreedor.

La indivisibilidad relativa, se da obviamente cuando la cosa es indivisible, pero se puede ejecutar por parcialidades.

“La indivisibilidad de pago no afecta sino a la ejecución de la obligación y de ninguna manera a la obligación misma”.¹⁸

Dumoulin llamaba a esta última especie de indivisibilidad, el objeto de la obligación es divisible, la obligación misma queda divisible; solamente resulta sea de la naturaleza de la

¹⁷ Martínez Alfaro, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 392.

¹⁸ Quintanilla García, Miguel Ángel, Derecho de las Obligaciones, Editorial Cardenas Editor Distribuidor, México 2000, página 508.

obligación, sea de la cosa que forma el objeto de ella, sea del fin que uno se ha propuesto en el contrato, que la intención de los contratantes ha sido que la deuda no pudiera pagarse parcialmente.

La indivisibilidad de pago, no se refiere al objeto mismo de la obligación, es decir, no habla de que una cosa no pueda ser dividida debido a su propia naturaleza, sino que aquí la indivisibilidad se establece a voluntad de las partes, con lo cual aunque la prestación debida sea susceptible de dividirse para cumplirse voluntariamente, tal divisibilidad no se puede dar debido a la voluntad de las partes.

Modalidades de las obligaciones.

La obligación puede ser pura y simple o sujeta a modalidad. Es pura y simple cuando existe y es exigible desde el momento en que se realizó el hecho que es su fuente y se constituye entre un deudor y un acreedor determinados individualmente, con un objeto también determinado.

Es decir, es una obligación común y corriente, más sin embargo pueden existir obligaciones que para que sean legalmente exigibles o consideradas existentes dependen de un hecho ajeno a la obligación, tal es el caso de las llamadas modalidades de las obligaciones.

La obligación sujeta a modalidad no tiene las características antes mencionadas, porque la modalidad es un hecho que afecta a la obligación en su existencia, en su exigibilidad, en los sujetos o en el objeto.

Si se afecta la existencia, se trata de la modalidad condición o del término resolutorio, si se afecta la exigibilidad entonces la modalidad será el término suspensivo, pero “cuando se afecta a los sujetos la modalidad consistirá en la mancomunidad; finalmente a la modalidad relativa al objeto corresponden las obligaciones alternativas, facultativas, conjuntivas, divisibles e indivisibles”.¹⁹

La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto. Efectivamente la condición es un acontecimiento, evento o hecho futuro y de realización incierta, es decir, que todavía no se ha verificado y que además, se ignora si se verificará alguna vez.

Hasta que no llegue ese acontecimiento futuro el cual no se sabe si se puede llegar a dar, no podrá decirse que existe la obligación, es por eso que la obligación sujeta a la modalidad condicional determina la existencia o no de una obligación.

Puede ser suspensiva o resolutoria, la condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la exigencia de la obligación, la condición suspende no el nacimiento de la obligación, sino única y exclusivamente su eficacia, así pues la condición suspensiva será el acontecimiento futuro e incierto, que de verificarse, hará eficaz y exigible a la obligación misma.

“La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido. Será un acontecimiento futuro e incierto que de verificarse cesará la eficacia de la obligación”.²⁰

¹⁹ Martínez Alfaro, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 373.

²⁰ Quintanilla García, Miguel Ángel, Derecho de las Obligaciones, Editorial Cardenas Editor Distribuidor, México 2000, página 264.

Ambas modalidades, ya sea suspensiva o resolutoria dependen de un acontecimiento futuro e incierto, pero lo que las hace diferentes es que al cumplirse la modalidad suspensiva hará exigible el cumplimiento de la misma, mientras que en la modalidad resolutoria la obligación subsiste hasta que se de el acontecimiento futuro e incierto.

Una modalidad que de igual forma se puede dar en las obligaciones es el plazo o término, el cual es el acontecimiento futuro de realización cierta, durante el cual no se puede exigirse el cumplimiento de la obligación (plazo suspensivo), o transcurrido el cual cesa de existir la propia obligación (plazo resolutorio).

El término puede ser suspensivo o resolutorio, además, la doctrina menciona otras especies de término como son el cierto y el incierto.

El término suspensivo es el acontecimiento futuro de realización cierta que suspende la exigibilidad del cumplimiento de la obligación.

Término resolutorio es el acontecimiento futuro de realización cierta que extingue la obligación al vencerse.

El término cierto es el que se sabe exactamente cuando llegará, y el término incierto es el que forzosamente llegará pero sin saber cuando.

La diferencia entre las modalidades antes transcritas, es decir entre la condición ya sea ésta suspensiva o resolutoria y el termino sea suspensivo o resolutorio, radica en que aunque ambas modalidades dependen de un acontecimiento futuro, en la condición no sabemos si se puede llegar a dar ese acontecimiento, en el término sabemos que ese acontecimiento futuro si se dará ya sea cierto, sabemos en que momento sucederá, o incierto no sabemos que día llegará pero tenemos la certeza de que va a suceder.

Modo o carga. El modo es una carga impuesta al que recibe una liberalidad. No suspende ni resuelve el vínculo contractual, pero constriñe y obliga al aceptante a efectuar las cargas que le imponen. No modifica en rigor el contrato, sino que constituye en él una prestación accesoria, la cual, si no hace absolutamente conmutativo un contrato que de otra manera será a título gratuito, disminuye por otra parte el beneficio del gratificado, y hace al contrato, al menos imperfectamente sinalagmático. De aquí se desprende que “no se concibe el modo más que en las donaciones, o al menos en aquellos contratos que a pesar de su nombre de conmutativos, contienen mezcla de liberalidad”²¹.

Fuentes de las obligaciones. Por fuente de las obligaciones se entiende el hecho generador de las mismas, o sea el hecho que al realizarse da vida a una obligación.

Planiol y Bonnecase, reducen el número de fuentes, al señalar que todas las obligaciones derivan de dos fuentes: el contrato y la ley. En el contrato la voluntad forma la obligación y las obligaciones no convencionales tienen su fuente en la ley, son obligaciones legales. A falta de un contrato, el nacimiento de una obligación no puede tener otra causa sino la ley.

De este modo, la ley es la fuente general de todas las obligaciones, pero como en su hipótesis normativa menciona dos tipos de acontecimientos, que son el acto y el hecho jurídico, acontecimientos que, por realizar la hipótesis normativa produciendo consecuencias jurídicas,

²¹ Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 408.

vienen a ser las fuentes de las obligaciones en las que se comprenden las diferentes fuentes que mencionan algunos otros autores.

Por tanto la ley crea obligaciones por medio del acto y del hecho jurídico en el que se prescinde de la voluntad; en cambio las genera en forma indirecta cuando interviene la voluntad en virtud de que las obligaciones provienen de un acto jurídico; en consecuencia, todas las fuentes se reducen a dos: el acto y el hecho jurídico.

Por acto jurídico se entiende la manifestación de la voluntad, reconocida por la norma jurídica, que tiene por objeto producir consecuencias de derecho consistentes en la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones.

El hecho jurídico es el acontecimiento que menciona la norma jurídica y que al realizarse produce consecuencias de derecho consistentes en la creación, transmisión, modificación o extinción de las obligaciones, sin requerir para la producción de esas consecuencias de la intención de crearlas.

El legislador mexicano ha considerado especialmente algunos tipos de hechos jurídicos y los reglamenta por separado, así pues tenemos como fuentes de las obligaciones al contrato regulado en el Código civil para el Distrito Federal a través de los artículos 1792 al 1859; la declaración unilateral de la voluntad, artículos 1860 al 1881 de dicho ordenamiento; el enriquecimiento ilegítimo fundamentado o regulado a través de los artículos 1882 al 1895 de dicho código; la gestión de negocios, artículos 1896 al 1909; los hechos ilícitos artículos 1910 al 1932 y 2104 al 2118 del mismo código; y el riesgo creado regulado por el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1913.

“Sin embargo, tal enumeración no es exhaustiva, pues además de las anteriores existen otras fuentes de obligaciones, como el testamento, la sentencia, entre otras”.²²

A mi parecer yo diría que la fuente única de las obligaciones es simplemente la ley, y todas las demás son sólo especies o subfuentes, y es que todas y cada una de las fuentes antes señaladas se encuentran reguladas por la ley, es decir, si no se encontraran establecidas en la ley, simplemente no adquirirían el carácter de obligaciones.

Como primer fuente de las obligaciones tenemos al contrato, el cual es una especie de convenio, es decir el convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, mientras que los contratos son los convenios que producen o transfieren las obligaciones.

El contrato como todo convenio es un acto jurídico, una manifestación exterior de la voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley. Al consistir en una doble manifestación voluntad, la de ambos contratantes que se ponen de acuerdo, es un acto jurídico bilateral o plurilateral; su integración y existencia depende forzosamente de la concertación de dos o más voluntades jurídicas, lo que en derecho se conoce como el conocimiento.

Existe una gran diversidad de tipos de contratos, pero dicho tema se estudiara o señalara en los siguientes subcapítulos, al igual que los elementos de los contratos y todo lo relativo a los mismos.

²² Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press, México 2000, página 26.

La segunda fuente de las obligaciones que estudiaremos es la llamada declaración unilateral de las obligaciones, la cual consagra la fuerza obligatoria de la manifestación de voluntad de una sola persona rompiendo con la tradición de proclamar que la voluntad del hombre sólo era apta para engendrar obligaciones mediante el convenio, el acuerdo entre aquel que se comprometía y el que adquiriría el derecho.

En nuestro derecho se contemplan tres figuras de la declaración unilateral de la voluntad, entre las cuales encontramos a la oferta pública, la cual es semejante a una póliza, pero con dos características distintivas, está dirigida al público en general y a través de ella se ofrecen bienes o servicios en forma masiva, de manera que no se agota por la aceptación de uno y, en consecuencia, todo aquel que la acepte tienen derecho a exigir su cumplimiento, con las salvedades y limitaciones que se establezcan expresamente en la oferta.

Para que la oferta pública obligue al oferente, se requiere que en la misma se precisen todos los elementos del negocio por celebrar.

A mi parecer una característica esencial de la oferta pública, es que es una figura jurídica que por su propia naturaleza siempre va dirigida a personas inciertas, las cuales no deben de cumplir con ningún requisito más que el de tener la voluntad de adherirse a esa oferta pública.

La segunda figura es la promesa de recompensa, en este caso se trata también de una oferta pública, comunicada por cualquier medio, pero en ella se ofrece una prestación determinada, generalmente una cantidad de dinero a quien preste un servicio al oferente, por ejemplo la localización de una persona, un animal u objeto, o cualquier otro servicio. Esta promesa obliga civilmente al promitente a su cumplimiento a favor de la persona que realice el servicio, si éste fuere ejecutado por más de una persona, tendrá derecho a la recompensa el primero en hacerlo.

En tal figura jurídica, al igual que la anterior va dirigida a personas inciertas, es sólo que es diferente a la anterior, debido a que para que pueda hacerse exigible por las personas a quien va dirigida, primero deben de cumplir con una prestación determinada, la cual generalmente o casi siempre solamente puede ser cumplida por una persona.

La tercer figura es el concurso, en derecho, este término se emplea en diversas circunstancias, puesto que gramaticalmente significa concurrencia de personas y así tiene, una aplicación muy importante cuando se refiere al concurso de acreedores. Ahora bien, como uno de los casos de declaración unilateral de la voluntad, consiste en la promesa de otorgar un premio o de encomendar una obra o prestación de servicio a quien, puesto en competencia con otras personas, reúna más méritos u ofrezca mayores ventajas, tales figuras no son todas las consideradas como declaración unilateral de la voluntad, pero si considero que son las que más se dan dentro de nuestra sociedad.

Quien convoca a un concurso debe establecer las bases para su realización, los requisitos que deben satisfacer para participar en él y para obtener el triunfo, la persona o personas que decidirán sobre el resultado y las condiciones de circunstancia, tiempo y lugar de su celebración. “El que realiza la convocatoria se obliga civilmente a las consecuencias prometidas”.²³

²³ De la Peza Muñoz Cano, Jose Luis, De las obligaciones, Editorial McGraw-Hill, México 2000, página 40.

La tercera figura que tenemos como fuente de las obligaciones es el enriquecimiento ilegítimo o sin causa, en cuanto al término a primera vista parecerá que todo enriquecimiento ilegítimo encierra un hecho ilícito, porque justamente su ilegitimidad evoca la idea de lo ilícito. Sin embargo, el término ilegítimo, “sólo significa que es sin causa, por lo que es más correcto emplear esta segunda denominación”.²⁴

En todo enriquecimiento sin causa hay un cambio patrimonial que se traduce en beneficio para uno y en perjuicio para otro, ahora bien el Código Civil para el Distrito Federal a través de su Artículo 1882, establece lo que se debe entender por enriquecimiento ilegítimo, estableciendo tal norma lo siguiente: “El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido.”

Los requisitos necesarios para que se dé el enriquecimiento sin causa son primeramente que el hecho debe producir el enriquecimiento de una persona; el empobrecimiento de otra; debe haber una relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, y que no exista una causa que justifique ni el enriquecimiento ni el empobrecimiento.

Los efectos de tal figura son que el favorecido deberá restituir su enriquecimiento hasta el monto del empobrecimiento experimentado por la otra parte, no deberá pagar más que su incremento patrimonial, aunque la pérdida ajena fuera muy superior. Se trata de una acción estabilizadora del equilibrio económico perturbado por el tránsito injustificado de bienes, y no de una medida reparadora de todo el daño o pérdida resentidos.

Una fuente más de las obligaciones considerada por los legisladores mexicanos es la llamada gestión de negocios, tal figura se encuentra regulada en el Código Civil para el Distrito Federal a través de su Artículo 1896, el cual establece: “El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio.”

Consiste en la intromisión intencional de una persona que carece de mandato y de obligación legal, en los asuntos de otra, con el propósito altruista de evitarle daños o de producir beneficios. Es una interferencia deliberada en la esfera jurídica ajena que la ley no prohíbe ni condena, porque se funda en un sentimiento de solidaridad social, en un propósito benefactor que debe ser alentado.

“El gestor de negocios, que actúa gratuitamente, se ocupa de asuntos ajenos cuando su dueño está imposibilitado de hacerlo, para obrar conforme a los intereses de éste ya sea con el fin de producirle un beneficio o de evitarle un daño”.²⁵

Para que haya gestión, la intromisión debe ser intencional, el gestor sabe que está inmiscuyéndose en los asuntos de otro. El que gestiona un asunto ajeno creyéndolo propio no realiza una gestión de negocios. La intromisión es espontánea, pues ni procede de un mandato de la ley, ni de solicitud del dueño del negocio, debe estar presidida por el propósito de obrar conforme a los intereses del dueño del negocio.

Una fuente más de las obligaciones son los llamados hechos ilícitos, regulados en el libro cuarto, primera parte, título primero, capítulo V del Código Civil para el Distrito Federal, el cual comprende y regula los efectos de diversos hechos jurídicos que no corresponden a un

²⁴ Rojina Villegas Adriana, Compendio de Derecho Civil III, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2000, página 261.

²⁵ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press, México, 2000, página 164.

común denominador, sin importar que el comportamiento de una persona esté o no tipificada como delito por la ley penal, todo aquel que, obrando en contra de una ley o de las buenas costumbres, causa un daño a otro, contrae la obligación de repararlo. “Esta separación entre el concepto jurídico de delito y el de ilícito civil, es de especial importancia para determinar los requisitos y consecuencias de su regulación”.²⁶

El ilícito civil es el comportamiento voluntario de una persona, por acción o por omisión, con dolo o culpa, porque a nadie puede imputarse que obra injustamente cuando los hechos ocurren por accidente, dicho comportamiento se realiza en contra de una norma de conducta imperativa o prohibitiva, establecida por la ley o por la costumbre, por este comportamiento se causa un daño a otra persona. Es importante precisar que debe existir una relación de causalidad entre la conducta del autor ilícito y el daño que sufre la víctima, de tal manera que éste sea una consecuencia directa de aquélla.

Una fuente más, es la creación de un riesgo, tal situación se da a través de la actividad normal de las personas y empleo de personas o de los instrumentos de los cuales han de valerse para la realización de sus tareas, tienen como consecuencia natural la creación de riesgos, entendiendo por esto la contingencia u ocasión próxima de daño. Cuando el riesgo se actualiza, se produce el siniestro, que es como suele llamarse al daño que es consecuencia directa del riesgo creado.

Es importante destacar que en este hecho jurídico no se produce la transgresión a una norma, sino que el agente de la conducta, creadora del riesgo obra lícitamente, y es que consideró que nadie en su sano juicio que al utilizar los instrumentos habituales para sus tareas, lo haga con la finalidad de causar un siniestro con intención.

Hay consecuencias comunes a toda obligación, el pago o cumplimiento y sus efectos extintivos de la deuda.

“La consecuencia general de todas las obligaciones es el pago o cumplimiento, éste puede ocurrir si es realizado voluntariamente por el deudor y recibido voluntariamente por el acreedor, con lo cual existe propiamente un pago”.²⁷

Tal momento para la Doctrina alemana se da a través del schuld, pues considero que no fue necesario que el acreedor ejerciera la facultad que le otorga el vínculo jurídico, pues el cumplimiento de la obligación se realizó voluntariamente.

Si es efectuado contra la voluntad del acreedor se presenta la consignación en pago y si se lleva a cabo contra la voluntad del deudor, entonces nos encontramos frente a la ejecución forzada, lo anterior se realiza por el deudor para el caso de que el acreedor se niegue injustificadamente a permitir al deudor cumplir voluntariamente con su obligación.

El pago es el cumplimiento de la obligación, cualquiera que sea el objeto de ésta. Se paga dando una cosa, prestando un servicio u observando la abstención objeto de una obligación, trátase de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

El pago es el efecto normal de toda obligación y, además, la forma natural de extinguirla: la relación jurídica fenece y se agota con su cumplimiento.

²⁶ De la Peza Muñoz Cano, José Luis, De las Obligaciones, Editorial McGraw-Hill, México 2000, página 54.

²⁷ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press, México 2000, página 241.

Consideró que el pago es utilizado como sinónimo de cumplimiento de la prestación debida u obligación en el derecho positivo.

Cualquier persona puede pagar, salvo en el caso de las obligaciones concertadas en consideración a la persona del deudor o a sus habilidades particulares, en las cuales el cumplimiento debe realizarse precisamente por el obligado.

Lo anterior se establece debido a que en ocasiones requerimos la prestación de un servicio, es decir, sólo se puede dar en obligaciones de hacer, a una persona, la cual debido a sus habilidades, solamente él puede cumplir con la prestación debida, o que simplemente si realizamos una relación jurídica con esa persona, aunque muchas otras personas más puedan realizarla, queremos que esa persona en específico cumpla con la obligación, pues fue su persona quien nos impulso a establecer tal acto jurídico, en tal supuesto no cabe la posibilidad de actuar con personas indeterminadas, pues siempre será determinada.

El pago deberá de efectuarse al acreedor o a aquel señalado por la ley para recibir el pago en su nombre o en su lugar; lo que debe de pagarse es simplemente la cosa, hecho o abstención que es objeto de la obligación, principio llamado de la identidad en la sustancia del pago.

El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado, y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de la ley. Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda.

El momento en el cual se debe pagar dependerá de que se haya pactado o no el momento del pago, si se estableció cuándo, será exigible en la oportunidad convenida, ya sea en el acto o al vencimiento del plazo suspensivo, o bien al vencimiento de la condición suspensiva.

Si por el contrario no se estipulo el momento en que debe efectuarse el pago, caben varias posibilidades, distinguiendo si la obligación era de dar o de hacer, así pues si la obligación fue de dar, será exigible treinta días después de la interpelación que se haga al deudor, más sin embargo si la obligación era de hacer será exigible cuando el acreedor lo pida, siempre y cuando hubiera transcurrido el tiempo necesario para su cumplimiento.

El lugar en donde debe efectuarse el pago generalmente es en donde se haya convenido, pero cabe la posibilidad de que existieran varios domicilios señalados, a lo cual el acreedor tiene la posibilidad de elegir uno de ellos.

Ahora que si simplemente no se convino el lugar del pago, éste será en el domicilio del deudor; por otro lado, si se trata de pago relativo a un inmueble, el pago deberá hacerse en éste.

Pero puede darse la posibilidad de que no se cumpla con la obligación recayendo en el incumplimiento de la misma, es cierto hay obligaciones que se vuelven de imposible cumplimiento, en tanto que hay otras que siempre son factibles.

La imposibilidad de cumplir con la obligación puede ser, o no, imputable al deudor, en tanto que el incumplimiento de una obligación de las que son siempre factibles es indiscutiblemente la responsabilidad del deudor. Cuando la obligación se vuelve imposible por causas imputables al deudor, obviamente no hay lugar a la ejecución forzada y el incumplimiento se traduce en el pago de daños y perjuicios. “Tratándose de obligaciones

siempre factibles de cumplirse, su incumplimiento puede dar lugar a la ejecución forzada y eventualmente al pago de daños y perjuicios”.²⁸

En cuanto a la imposibilidad para el cumplimiento de la obligación, es necesario analizar sus causas para determinar cuáles son las consecuencias de su incumplimiento.

Así encontramos a el caso fortuito o de fuerza mayor que son aquellos eventos de la naturaleza o hechos del hombre ajenos a la voluntad del deudor, imprevisibles o inevitables, que tienen como efecto directo el hacer imposible el cumplimiento de la obligación.

El caso fortuito es el suceso que ocurre inesperadamente mientras que la fuerza mayor, es un poder físico o jurídico exterior irresistible.

La regla general en derecho es que, cuando la obligación se vuelve de imposible cumplimiento por caso fortuito o de fuerza mayor, ésta se extingue sin responsabilidad para el deudor, conforme al principio de que nadie está obligado a lo imposible, o también que lo imposible no puede constituir una obligación.

De igual forma encontramos a la culpa que es aquella conducta de una persona que actúa imprudente o negligentemente, aunque sin la voluntad de dañar o de impedir el cumplimiento de la obligación.

El incumplimiento por causas imputables al deudor genera una responsabilidad, que es el schuld, y que para efectos prácticos se traduce en el pago de una suma de dinero a título de daños y perjuicios; el daño es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio del acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación, y el lucro cesante, que consiste en la privación de cualquier ganancia lícita que el acreedor hubiera conseguido por el cumplimiento oportuno de la misma.

El retraso en el cumplimiento de la obligación también produce efectos jurídicos que pueden llegar a ser muy importantes, pero obviamente hay una distinción fundamental entre el incumplimiento definitivo o total y el simple retraso.

Frecuentemente la distinción está vinculada con la posibilidad o la imposibilidad del cumplimiento, ya que, mientras sea posible la realización de la prestación debida, se puede esperar el cumplimiento, aunque sea retrasado.

La mora o retraso en el cumplimiento de la obligación puede ser atribuido tanto al deudor como al acreedor, la mora del deudor, se da en base a tres requisitos, la exigibilidad, el requerimiento jurídicamente denominado interpelación, ya sea éste judicial o extrajudicial y la culpabilidad, que en este caso es el retraso por alguna causa imputable al deudor.

Los efectos de la mora del deudor son que desde que se encuentra en mora no puede invocar el caso fortuito o la fuerza mayor para excusar el incumplimiento de la obligación; debido a la mora el deudor se hace reo de persecución judicial, debiendo señalar que el sólo hecho de que el deudor dé origen al juicio, lo hace responsable de los gastos judiciales; sin dejar de mencionar que el acreedor que logra la ejecución forzada de la obligación a través del juicio, puede exigir además el pago de los daños y perjuicios que la mora le haya ocasionado.

²⁸ De la Peza Muñoz Cano, José Luis, De las Obligaciones, Editorial McGraw-Hill, México 2000, página 112.

Cuando se trata de “obligaciones en dinero, el retraso se traduce en el pago de un interés moratorio que, de no estar convenido previamente, se debe estimar conforme al interés legal”.²⁹

De igual forma el retraso en el cumplimiento del pago puede darse por causas imputables al acreedor, tal situación generalmente se da porque éste rehúsa el pago, produciendo así una situación intolerable para el deudor, que tiene muy justificado interés en desvincularse de la obligación y recuperar la libertad que en cierto grado le resulta disminuida por la necesidad de realizar una conducta a favor del acreedor. El acreedor se encuentra en mora cuando la obligación es exigible, se haya dado un ofrecimiento formal del pago y que el mismo se niegue a recibir el pago sin causa justificada.

El deudor puede obtener su liberación de la prestación debida a través del ofrecimiento del pago y consignación, se da una transferencia de riesgos corriendo los mismos a cuenta del acreedor, de igual forma el acreedor tiene que asumir todos los gastos de conservación de la cosa.

“El derecho concede al acreedor una serie de acciones con la finalidad de darle mayor protección a la hora de exigir el cumplimiento de las prestaciones debidas, entre tales acciones encontramos a la acción paulina, la acción declarativa de simulación, la acción oblicua y el derecho de retención”.³⁰

Acción paulina, el deudor que tiene el propósito de eludir el cumplimiento de sus obligaciones, se produce un estado de insolvencia, o bien la aparenta, sustituyendo bienes de fácil embargo por otros que sean ocultables a la persecución de los acreedores, mediante actos reales de enajenación o de gravamen, o de renuncia de derechos. Para hacer inoponibles tales maniobras del deudor y conservar su garantía de pago, el acreedor dispone de la acción paulina.

La doctrina establece tres requisitos como indispensables, si el acto atacable es gratuito, que dicho acto produzca la insolvencia del deudor o la acreciente además de que tal acto debe ser posterior al crédito del acreedor demandante.

Si el acto que se va a combatir es oneroso, se necesita además de lo antes citado, que exista mala fe por parte del deudor y del tercero que contrató con él.

Acción declarativa de simulación, se da en los casos en que en vez de celebrar un acto real, el deudor puede aparentar que efectúa ciertos actos jurídicos que disminuyen su activo patrimonial o aumentan su pasivo, con la finalidad de aparentar una insolvencia que le permita rehuir el cumplimiento de sus obligaciones.

Hay simulación cuando se declara una cosa distinta de lo que se quiere, en forma consiente y con el acuerdo de la persona a quien está dirigida esa declaración.

En toda simulación hay dos actos de voluntad, uno de ellos tiene por objeto concertarse para fingir un acto posterior y declarar que éste carece de existencia real alguna o tiene diversa naturaleza de la aparente, por lo que no habrá de producir los efectos jurídicos correspondientes y que, en su caso, será destruido a petición de cualquiera de las partes; el segundo es el acto público y aparente, que ha sido simulado por los actores de tal representación y que no contiene realidad alguna o tiene una naturaleza diversa de la que ostenta.

²⁹ Ob- Cit página 117.

³⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press, México 2000, página 271.

La simulación puede ser absoluta o relativa, es absoluta cuando, detrás del acto ficticio, no existe ningún acto jurídico en realidad y es relativa cuando el acto simulado encubre a otro acto jurídico que las partes quisieron ocultar bajo aquél.

Una acción más concedida al acreedor, es la acción oblicua, con la cual le permite forzar o apremiar al deudor indolente para que atienda sus propios negocios jurídicos, ejerza sus acciones y haga valer sus derechos, con la finalidad de que mejore su solvencia y adquiera nuevos bienes que acrecienten su patrimonio, que es la garantía del acreedor.

Se da en los casos en que el deudor asume una actitud pasiva y se abstiene de ejercitar sus derechos, dejándolos caducar o prescribir, sea por descuido o por haber perdido interés en preservar su patrimonio ante el acoso de los acreedores, con dicha acción los acreedores pueden sustituirlo y hacer valer por él esas facultades jurídicas.

Por último como otra manera de defensa del acreedor tenemos al derecho de retención el cual consiste en la facultad que tiene de resistirse a devolver una cosa propiedad de su deudor, mientras éste no le pague lo que le debe en relación con esa misma cosa.

Las obligaciones de igual forma se pueden extinguir por causa distinta de su cumplimiento, los cuales se clasifican en modos de extinción ipso jure de los cuales se desprenden la novación, confusión de derechos, compensación, remisión de la deuda y el caso fortuito o de fuerza mayor; “la segunda clasificación son los modos de extinción ope exceptionis entre los cuales encontramos a la prescripción y la excepción non adimpleti contractus”.³¹

Dentro de los modos de extinción ipso jure tenemos a la novación, la cual consiste en la extinción convencional de una obligación preexistente por la creación de una nueva obligación que la sustituye. Como requisitos para que se de la novación tenemos que debe darse la preexistencia de una obligación, es decir que aún subsista está, de igual forma tal obligación no debe estar afectada de nulidad absoluta, otro requisito más, es que se de la introducción de un elemento nuevo que distinga la primer obligación de la segunda, pudiendo consistir éste en el cambio de acreedor o de deudor, de objeto, supresión o adición de una modalidad, entre otras tantas, el tercer requisito es que la novación se lleve a cabo mediante la celebración de un contrato, por lo cual deberá de cumplir con todos los requisitos para que éste sea valido, por último debe de existir la voluntad expresa de novar.

Otro modo de extinción de las obligaciones ipso jure es a través de la confusión de derechos, la cual se da cuando se reúnen en una misma persona las calidades de deudor y acreedor, la obligación se extingue ipso jure puesto que resulta jurídicamente imposible que una persona sea acreedora o deudora de sí misma, sería absurdo demandarse uno mismo.

El tercer modo de extinguir las obligaciones ipso jure es por medio de la compensación, la cual tiene lugar cuando dos personas reúnen al mismo tiempo la calidad de deudores y acreedores y por su propio derecho.

Los requisitos para que se de la compensación es que las obligaciones por compensar tengan distinta causa, de igual manera es necesaria la fungibilidad entre los dos créditos, es decir que los objetos sean intercambiables, se requiere que las obligaciones por compensar sean líquidas y exigibles, es decir que este determinable en cuanto a especie y calidad y que el acreedor pueda reclamar su pago en ese momento.

³¹ De la Peza Muñoz Cano, José Luis, De las Obligaciones Civiles, Editorial Mcgraw-Hill, México 2000, Página 123.

Remisión de la deuda, la cual se da cuando disponiendo que cualquiera pueda renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos que la ley lo prohíbe.

La última forma de extinción de las obligaciones ipso jure es por medio de caso fortuito o de fuerza mayor, toda vez que dichos eventos pueden hacer imposible el cumplimiento de una obligación cuando el objeto de ésta consiste en dar una cosa cierta o realizar un hecho que sólo puede efectuar el deudor, y no así cuando se trata de dar géneros o realizar hechos que puede prestar cualquier persona, lo anterior en razón de que nadie puede estar obligado a lo imposible.

En la segunda clasificación de extinguir por causa distinta a su cumplimiento encontramos a los modos de extinción ope exceptionis, así encontramos dentro de tales “modos de extinguir a la obligación a la prescripción, más específicamente la prescripción extintiva, la cual es utilizada como una excepción oponible eficazmente a la acción de pago, por el solo transcurso del tiempo y la inactividad del acreedor”.³²

Su efecto solamente consiste en hacer ineficaz la acción que respalda a la obligación y la transformación de la obligación de civil a natural, siendo la ratio legis de la prescripción extintiva el principio de seguridad jurídica.

Ahora bien cuando la fuente de las obligaciones es un contrato sinalagmático, es comúnmente aceptado por la doctrina que la causa de la obligación de cada uno de los contratantes es la obligación del otro.

Este principio constituye la razón del pacto comisorio implícito a que se refiere el artículo 1949, que establece la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, por lo que el perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación.

El efecto de la excepción será paralizar indefinidamente la acción del demandante, lo que en la práctica puede frustrar el contrato, a menos que uno de los contratantes cumpla primero, y luego exija el cumplimiento al otro.

3.1 PRINCIPIOS RECTORES DE LOS CONTRATOS.

En el presente subcapítulo hablaremos sobre las generalidades del contrato, con excepción de los elementos del mismo puesto que será materia de estudio del próximo subcapítulo.

Así encontramos que dentro de nuestro Derecho positivo se define al contrato como una especie del convenio, el Artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal define al convenio como: “Acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”. El Artículo 1793 del mismo ordenamiento nos otorga el concepto de contrato al establecer lo siguiente: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.³³

El contrato es un acto jurídico y como tal, es un acto de voluntad de las partes que en él intervienen. Es el acto jurídico típico del derecho privado y se caracteriza porque las declaraciones de voluntad de las partes que lo celebran son concurrentes, convienen en crear

³² Ob- Cit, Página 130.

³³ Díaz Bravo Arturo, Contratos Mercantiles, Editorial Oxford University Press, México 2002, página 10.

entre sí, relaciones jurídicas, forman un consentimiento, lo que constituye propiamente, el elemento esencial del contrato.

El contrato es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando las partes pueden tener por fin, ya sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones.

“El contrato al crear o modificar relaciones jurídicas tiene como principal efecto, crear situaciones jurídicas de las cuales no pueden nacer sino en virtud de un contrato. La esfera jurídica de una persona se sustenta en la voluntad de ésta”.³⁴

El contrato presenta los siguientes caracteres: la intervención de dos o más personas, que exista un acuerdo de voluntades entre las partes y que dicho acuerdo tenga por objeto reglamentar los derechos y las obligaciones de los contratantes, en otras palabras que el objeto del contrato sea el de crear o transmitir relaciones obligatorias entre los contratantes.

Dentro de los contratos opera la llamada autonomía privada, la función que desempeña se relaciona íntimamente con el concepto jurídico filosófico de persona en el cual se unifican la norma jurídica y la idea de justicia.

La autonomía de los particulares en el ámbito del derecho privado se manifiesta como la libertad de la persona para ordenar sus propios intereses, mediante la celebración de actos y contratos. El poder reconocido por el derecho objetivo a los particulares, para crear relaciones jurídicas interpersonales válidas y por lo tanto jurídicamente coercibles.

Hay un elemento que es esencial en el acto jurídico y cuya importancia se ha exagerado al llevarlo al campo más amplio, pero distinto de la autonomía privada. Ese elemento es la voluntad, por manera que en un principio se concibió a la voluntad del individuo no sólo como elemento del acto, sino como elemento determinante de la autonomía privada, con lo cual se ha incurrido en una grave confusión.

Esta posición atribuye a la sola voluntad del autor o autores del acto, la fuerza obligatoria del negocio jurídico, particularmente del contrato y del testamento. Parece ocioso insistir hoy en día, en que no es la voluntad de las partes lo que el Derecho garantiza por medio de la autonomía privada, sino que lo que el Derecho sanciona o reconoce, es el fin que esa voluntad persigue cuando da lugar a relaciones obligatorias. Pero esa libertad de decisión exige limitaciones, no es absoluta. Sólo dentro de los límites fijados por la ley, la voluntad puede generar normas contractuales o negociables jurídicamente válidas. “La autonomía privada hace referencia al interés de los particulares, el orden público, se refiere al interés general”.³⁵

La formalidad en los contratos no es obligatoria, salvo aquellos contratos que requieran de cierta formalidad que la ley señala, el Código Civil para el Distrito Federal a través de su Artículo 1832, establece lo siguiente: En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”.

Como hemos visto los contratos generan obligaciones pudiendo ser estas obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

³⁴ Galindo Garfías, Ignacio, Teoría General de los Contratos, Editorial Porrúa, México 2000, página 68.

³⁵ Ob-cit página 4.

En los contratos se deben de establecer cláusulas las cuales pueden ser cláusulas esenciales que son aquellas que identifican a las partes y dan nombre al contrato; cláusulas naturales las cuales derivan de la propia naturaleza del contrato, considerándose además de orden público e irrenunciables, inclusive que aunque no se pongan se dan por puestas y se conviene en contravención a ellas, y las llamadas cláusulas accidentales las cuales son aquellas que sólo a voluntad de las partes podrán establecerse.

La interpretación de los contrato, para saber cómo se deben interpretar, primeramente debemos saber que interpretar significa desentrañar el sentido de una expresión de voluntad. “Los contratos necesitan ser interpretados para establecer el alcance preciso de la voluntad contenida en sus cánones”.³⁶

Interpretar un contrato es declarar cual sea la virtualidad de las palabras en que se ha expresado la voluntad de las partes. Toda declaración de voluntad expresada mediante palabras precisa interpretación que, en unos casos, se limitará a señalar la coincidencia entre el sentido aparente y el real; en otros descubrirá un sentido real distinto del aparente y en algunos, completará la expresión insuficientemente desarrollada en su tenor literal o lo hará valer frente a situaciones nuevas o no previstas en él. En cualquier supuesto hay actividad hermenéutica, la cual no consiste en reformular el contrato, sino en discernir y explicar de modo ordenado y exhaustivo los efectos jurídicos que produce la declaración según la voluntad de las partes y los otros factores por tener en cuenta.

Cuando las fórmulas utilizadas por las partes contratantes son claras y congruentes, no hay en realidad problema de interpretación, éste surge cuando la expresión de voluntad es ambigua, incierta o contradictoria.

El Código Civil para el Distrito Federal a través de su Artículo 1851, establece la forma de su interpretación, de la siguiente manera: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Si no existe contradicción alguna entre las palabras empleadas en el contrato, o entre éstas y las circunstancias objetivas del acto de que han sido partícipes los contratantes, la interpretación se reduce a atribuir el sentido usual de los vocablos y a reconocer su significado común con la norma del acto.

Si, por el contrario, “los términos empleados por las partes parecen opuestos al propósito que las impulsa, y no traducen la voluntad común, que aflora por evidencia de otras circunstancias del contrato, entonces la norma del acto es la contenida en esa intención inequívoca y no en el sentido literal de la expresión”.³⁷

El Artículo 1852 del Código civil para el Distrito Federal dispone lo siguiente: “Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él, cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar”.

³⁶ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Editorial Oxford University Press, México 2000, página 114.

³⁷ Ob-cit, página 116.

La generalidad de una disposición contractual es inoperante si no fue querida por los contrayentes, cuyo compromiso sólo alcanza a los supuestos y objetos previstos por ellos y no a otros que no concibieron en el contrato. En este caso el intérprete deberá analizar las declaraciones de voluntad de los protagonistas del acto para establecer con certeza las limitaciones al alcance general del enunciado contenido en la cláusula.

El artículo 1853 del citado ordenamiento jurídico, manifiesta lo siguiente: “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”.

El citado precepto se refiere a la cláusula ambigua y equívoca que admite interpretaciones diversas, alguna de las cuales es válida y eficaz por la licitud de su contenido o su adecuación y conformidad al propósito del contrato, y no lo es otra que torna inexplicable, inaplicable o ilegítima la disposición contractual; debe atribuirse el primer sentido al canon, que alcanza así su razón lógica de ser, por cuanto el propósito de las partes ha sido que produzca sus efectos de derecho.

Siguiendo con lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal con respecto a la interpretación de los contratos llegamos al Artículo 1854, el cual señala lo siguiente: Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.”

Las cláusulas de un contrato son partes de un todo, cuya realidad sólo podrá ser descubierta por la relación, el cotejo y la revelación del sentido del conjunto.

El Artículo 1855 del multicitado ordenamiento jurídico establece lo siguiente: “Las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y el objeto del contrato”.

De lo anterior se deduce que debido a la naturaleza y objeto del contrato que se trate, éste podrá arrojar luz para desentrañar el sentido de las cláusulas oscuras. Su naturaleza es determinante para la dilucidación de alguna disposición confusa e incierta, cuyo sentido aparecerá claro y transparente al armonizarlo con el propósito natural y lógico de la especie de contrato celebrado.

El Artículo 1856 de dicho ordenamiento referente aún a la interpretación de los contratos señala lo siguiente: “El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos.”

Lo antes transcrito quiere decir que el interprete debe de tomar en cuenta las circunstancias económicas y sociales, los modismos y regionalismos de lenguaje, las prácticas locales de negocios, imperantes al momento de celebrar el contrato, con la finalidad de lograr una adecuada interpretación del contrato.

Por último el Artículo 1857 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente: “Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán a favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere onerosos, se resolverá la duda a favor de la mayor reciprocidad de interés.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.”

La norma supone un contrato confuso cuya ambigüedad no desaparece ni con la aplicación de los principios de interpretación antes citados. Si las dudas fundadas recayeran sobre el objeto principal del contrato, éste no podría sobrevivir ni producir efectos jurídicos. Habría faltado el consentimiento y el acto sería inexistente por ausencia del acuerdo de voluntades sobre la materia esencial del mismo. Si las dudas irreductibles recayesen sólo sobre circunstancias accidentales del pacto, éste podría subsistir, pero será interpretado su alcance conforme a la equidad y según su naturaleza, si fuere un contrato gratuito, se resolverá la duda determinado un menor sacrificio a cargo del benefactor, si fuere oneroso, se decidirá en función de alcanzar la mayor reciprocidad entre las partes, el equilibrio justo de sus prestaciones.

Al haber hablado de la interpretación de los contratos es importante mencionar dos principios derivados de la teoría de la imprevisión, el primero denominado *Rebus Sic Stantibus*, que establece que lo no previsto por las partes en el contrato no puede demandarse su cumplimiento, es decir, las partes solamente están obligadas a lo que quisieron obligarse; el segundo principio es el “*Res Inter Alios Acta*, el cual significa que los efectos del contrato sólo afectarán a las partes, es decir, no se puede exigir algo a alguien si este no aparece como obligado en el contrato”.³⁸

Dentro del ámbito jurídico se clasifican a los contratos en base a las características que pueden encontrarse en los mismos, así pues tenemos que pueden ser preparatorios o definitivos, bilaterales o unilaterales, onerosos o gratuitos, aleatorios o conmutativos, consensuales, reales, formales y solemnes, principales o accesorios, instantáneos o de tracto sucesivo y nominados o innominados.

El contrato preparatorio, llamado también contrato preliminar o precontrato, es aquel que tiene por objeto la celebración de un contrato futuro, las partes que lo conciertan se comprometen en él a celebrar otro contrato, que será el definitivo, dentro de cierto plazo. “Su contenido consiste en obligaciones de hacer, pues por efecto del mismo no se genera otra obligación que no sea la formalización del acto definitivo, cuyas estipulaciones son esbozadas en las cláusulas del precontrato”.³⁹

Los contratos bilaterales o sinalagmáticos son aquellos que generan recíprocamente obligaciones para ambos contratantes, todos quedan obligados a conceder alguna prestación.

Los unilaterales solamente generan obligación a cargo de una de las partes y la otra no asume compromiso alguno. Entre las prestaciones que crea el contrato bilateral a cargo de ambas partes existe un enlace interior llamado reciprocidad por algunos, interdependencia o causa por otros que justifica una prestación por la existencia de la otra, relación que explica con claridad los efectos peculiares que produce esta especie de actos jurídicos.

De igual forma se habla de los contratos sinalagmáticos imperfectos, los cuales surgen cuando un contrato unilateral adquiere la característica de bilateral posteriormente por actos posteriores, aunque dicha categoría no es reconocida por el Código Civil para el Distrito Federal.

Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, y será gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes. En el oneroso hay un sacrificio recíproco y equivalente, en el gratuito el sacrificio sólo es de una de las partes y la

³⁸ Galindo Garfías, Ignacio, *Teoría General de los Contratos*, Editorial Porrúa, México 2000, página 213.

³⁹ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Editorial Oxford University Press, México 2000, página 30.

otra no tiene gravamen alguno, sino sólo beneficios. Ello no implica necesariamente que carezca de obligación, pues puede tenerla, pero ella no representa un sacrificio o gravamen.

El contrato es aleatorio cuando las prestaciones que las partes se conceden, o la prestación de una de ellas, dependen, en cuanto a su existencia o monto, del azar o de sucesos imprevisibles, de tal manera que es imposible determinar el resultado económico del acto en el momento de celebrarse. Las partes no conocen de antemano si les producirá ganancia o pérdida.

El contrato conmutativo se da cuando su resultado económico normal se conoce desde el momento en que el acto se celebra y las partes pueden apreciar de inmediato si habrá de producirles un beneficio o una pérdida.

Los contratos consensuales son aquellos a los cuales la Ley no exige ninguna forma especial, son perfectos con tal que se exteriorice de cualquier manera la voluntad de celebrarlos, basta la voluntad, el consentimiento.

Los contratos reales son aquellos que se constituyen no sólo con la declaración de la voluntad si no que además debe forzosamente de acompañarse la entrega de una cosa.

Los contratos formales son aquellos a los que el legislador asigna una forma necesaria para su validez. En ellos, la voluntad debe ser exteriorizada precisamente de la manera exigida por la ley, pues de lo contrario el acto puede ser anulado, no impidiendo su existencia, pero si afectándolos en su eficacia.

Serán solemnes aquellos actos que para existir necesitan de ciertos ritos establecidos por la ley; la manera en que se exterioriza la voluntad es requisito constitutivo del acto, el ropaje con que son cubiertos es parte esencial, y su falta motiva la inexistencia del mismo como negocio jurídico.

“El contrato principal tiene su razón de ser y su explicación en sí mismo, surge en forma independiente y no es apéndice de otro contrato, pues cumple autónomamente su función jurídico-económica, es decir no requiere o depende de la existencia de otro contrato para subsistir”⁴⁰.

Caso contrario en los contratos accesorios, los cuales no tienen existencia independiente, se da en base a otro contrato del cual es apéndice, sólo se justifica como parte complementaria de otro acto. Además la extinción del contrato principal acarrea el mismo efecto del accesorio, pues debemos recordar que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Los contratos instantáneos se forman y deben cumplirse inmediatamente, se agota en un solo acto, su creación y extinción son una sola cosa.

Los contratos de tracto sucesivo son aquellos que se cumplen escalonadamente a través del tiempo, la vida del contrato se prolonga porque las prestaciones que generan son entregas periódicas dentro de cierto lapso.

Entre una última clasificación tenemos a los contratos nominados que son aquellos que están instituidos en las leyes. Son contratos reglamentados en el Código Civil u otros ordenamientos legales y sus consecuencias están prefijadas en tales normas generales.

⁴⁰ Ob-cit, página 38.

Los contratos innominados, son aquellos no instituidos en la ley, son los que las partes diseñan originalmente para satisfacer sus intereses y necesidades particulares. Los contratos innominados tienen la misma fuerza legal y se rigen por las normas del contrato nominado con el que tengan mayor semejanza, así como por las reglas generales de los contratos.

Después de saber cuales son las clases de contratos que se pueden llegar a dar, pasaremos al estudio del cumplimiento del contrato.

“El cumplimiento del contrato consiste en la ejecución de las obligaciones contraídas por el consentimiento del acto contractual; ejecución de las obligaciones convenidas para la realización del fin económico del contrato”.⁴¹

En sentido estricto y técnico será cumplimiento solamente la realización y obtención del fin perseguido a través de la actividad del deudor.

El contrato tiene un carácter instrumental y una finalidad económica que explica y justifica su función y estructura, como la vía de Derecho que rige en una sociedad organizada el intercambio económico de bienes y servicios, entre los integrantes del grupo social, a través de la ejecución de las obligaciones contraídas tiene lugar el cumplimiento del contrato.

“Por el acto de cumplimiento quedan extinguidas las obligaciones a cargo del deudor y las facultades y derechos del acreedor, a la vez se satisface el interés de éste”.⁴² El cumplimiento realiza la finalidad del contrato, en tanto el incumplimiento expresa la frustración de esa finalidad.

El cumplimiento del contrato alude a la realización puntual de la conducta del deudor durante la vida del contrato para ejecutar el pago de las obligaciones contraídas.

Como sucede en la mayoría de los contratos suele darse el incumplimiento de lo convenido en el negocio jurídico, la inexecución del contrato imputable al deudor y al acreedor en algún caso, produce la frustración de la realización del objeto previsto y querido por las partes al momento de celebrar un contrato.

Las reglas generales que se aplican al pago de las obligaciones son aplicables al incumplimiento del contrato, así pues tenemos que el pago ha de ser oportuno, es decir en la fecha y lugar convenidos, debe reunir las cualidades convenidas por las partes y debe realizarse precisamente en la manera estipulada por las partes al momento de celebrar el contrato.

Cuando surge el incumplimiento del contrato, se da a la vez la responsabilidad contractual, a cargo de las partes que no ha cumplido oportunamente con sus deberes, aunque hay que tener en cuenta que si la causa del incumplimiento no es imputable a ninguna de las partes ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad física, la frustración del contrato no compromete responsabilidad a las partes.

Pero cuando tal incumplimiento es imputable a cualquiera de las partes da lugar a la responsabilidad civil contractual que por ser un hecho ilícito, obliga al deudor incumpliente a reparar el daño y a resarcir los perjuicios causados al otro contratante.

El incumplimiento del contrato produce la acción judicial a favor del acreedor para exigir el cumplimiento del contrato, ejecución que se lleva a cabo según la naturaleza de la

⁴¹ Galindo Garfías Ignacio, Teoría General de los Contratos, Editorial Porrúa, México 2000, página 234.

⁴² Ob-cit, Página 237.

obligación incumplida, ya se trate de obligaciones de dar, obligaciones de hacer o de no hacer, o bien para demandar la resolución del contrato y en ambos casos la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios.

El acreedor perjudicado por el incumplimiento del deudor, no puede por sí y ante sí, de propia autoridad, forzar al deudor a realizar la conducta debida, el acreedor ha de acudir necesariamente ante el juez competente, con objeto de obtener una sentencia condenatoria contra su deudor.

La ejecución del contrato, mediante el cumplimiento de las obligaciones contraídas en él que constituyen su contenido, cumple una finalidad económica, que consiste en la satisfacción del interés jurídico del acreedor.

“El cumplimiento del contrato es un acto jurídico, o una serie congruente y sucesiva de actos jurídicos que tienen como causa el acuerdo de voluntades de las partes que constituyen su contenido”.⁴³

Con la finalidad de saber más sobre el cumplimiento de lo estipulado en los contratos, debemos saber lo que es prestación, ejecución de la obligación y cumplimiento del contrato; así pues prestación es la conducta, son los actos que el deudor está obligado a ejecutar para llevar a cabo el cumplimiento de la obligación contraída; por otro lado la ejecución de las obligaciones requiere la ejecución de una conducta del deudor dirigida a obtener el resultado propuesto en el caso del contrato por convenio de las partes, en cuanto a la realización de los fines del contrato, el interés del acreedor y del deudor es coincidente en su cumplimiento, pues ambos deben colaborar para obtenerlo.

De igual forma se puede dar la ejecución tardía de las obligaciones, la cual puede tener origen en dos supuestos, el primero se suele dar cuando el deudor no ejecuta en los términos convenidos las obligaciones a su cargo, llamada mora debitoris, y el segundo supuesto se da cuando es el acreedor quien se niega a recibir la prestación que ofrece su deudor, llamado tal supuesto mora accipiendi.

De lo anterior debe manifestarse que tanto la falta de oportunidad en el pago imputable al deudor, como la negativa del acreedor para recibirlo compromete la responsabilidad civil de uno u otro, y obligan a reparar el daño y a indemnizar por los perjuicios causados por el retardo en la ejecución de las obligaciones respectivas.

De igual forma una de las maneras de dar cumplimiento a un contrato es por medio de un tercero, esta posibilidad la establece el Código Civil para el Distrito Federal por medio de su Artículo 2065, el cual indica lo siguiente: “El pago puede ser hecho por el mismo deudor, por sus representantes o por cualquier otra persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación”.

Continuando con el pago realizado por cualquier tercero, el Artículo 2066 del mencionado ordenamiento jurídico establece lo siguiente: “Puede también hacerse por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor”.

Artículo 2067 del Código Civil para el distrito federal, señala que: “Puede hacerse igualmente por un tercero ignorándolo el deudor”.

⁴³ Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press, México 2000, Página 132.

Es cierto que con el pago realizado por el tercero a favor del acreedor, satisface el interés de éste y el contrato halla cumplimiento, de igual forma es cierto que las obligaciones del deudor no se extinguen, sino que subsisten frente al tercero que ha hecho el pago.

El tercero que paga tiene acción por su propio derecho en contra del deudor obligado por aplicación del principio general de que nadie puede enriquecerse sin título alguno a costa del patrimonio ajeno, puesto que el deudor obligado, carece de causa o de título legítimo para aprovechar en su favor el pago de las obligaciones contractuales que ha efectuado el tercero que paga.

3.3 ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS.

En el presente subcapítulo hablaremos de los elementos de los contratos, más específicamente, los elementos esenciales o de existencia del mismo.

Entre los elementos esenciales de los contratos encontramos al consentimiento o voluntad, un objeto posible hacia el cual se dirige esa voluntad y ocasionalmente una manera solemne para exteriorizar la voluntad.

El primer elemento en cuestión es la declaración de voluntad para celebrar el acto, esto es, “que se pongan de acuerdo (concierto de voluntades), lo cual en derecho se llama consentimiento”.⁴⁴ Tal elemento es esencial puesto que si faltara no existiría contrato alguno.

Bajo las ideas de la doctrina del liberalismo se consagró el principio de la libertad contractual, denominado teoría de la autonomía de la voluntad, que afirma el culto al individuo y a su voluntad, principio que hasta la fecha subsiste aunque cada vez más limitado, porque la libertad de acción del individuo debe quedar restringida por el respeto a los intereses comunes, por el carácter prioritario de los intereses de la sociedad, el cual se ve cada vez más neutralizado por las normas básicas que aseguran la convivencia social.

Estas limitaciones que la ley impone a la voluntad particular en aras del beneficio colectivo son cada día más numerosas, por la necesidad de preservar el bien general ante el desarrollo de los intereses privados del individuo, y al revelarse con plena evidencia la inexactitud de los postulados del individualismo liberal.

Buscando una mejor protección para la parte débil al momento de celebrar un contrato, puesto que como sabemos, siempre una de las partes tiene mayor necesidad que la otra, en el derecho moderno se ha dado una creciente intervención del Estado para limitar el alcance de la libertad de contratar, así como para intervenir en auxilio de los desvalidos mediante la imposición de reglas prohibitivas e imperativas de observancia forzosa.

De esta forma se empieza a buscar que la autonomía de la voluntad quede reducida a la libertad de obligarse mediante la celebración de actos jurídicos cuyo contenido no sea contrario a las leyes de interés público, las buenas costumbres y los derechos de tercero. Opuestamente al principio de la libertad de acción, es decir, lo que no está prohibido está permitido, encontramos al principio de legalidad el cual es aplicable al Estado y sus autoridades, puesto que sólo pueden hacer lo que la ley les permite, se podría decir que es su capacidad jurídica.

⁴⁴ Ob-cit, Página 42.

La regulación jurídica que se le da a la autonomía de la voluntad y sus limitaciones las encontramos establecidas en el Código Civil para el Distrito Federal, a través de sus artículos 1832, sexto y octavo, los cuales a saber indican lo siguiente.

Artículo 1832. “En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.”

Artículo 6. “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.”

Artículo 8.- “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.”

Así pues se manifiesta que la voluntad de celebrar un determinado acto jurídico adquiere el nombre de consentimiento, formado por la integración de dos voluntades que se conciertan, dos sujetos distintos que reúnen sus voluntades con la finalidad de constituir una voluntad común.

El acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente. “A partir del momento en que se logra el acuerdo nace el contrato y empieza a producir sus efectos legales, pues antes de que se pongan de acuerdo no hay aún contrato, ni mucho menos obligaciones”.⁴⁵

El consentimiento que se necesita para celebrar un acto jurídico o contrato se exterioriza de manera expresa o tácita, es expresa cuando se manifiesta por la palabra, por la escritura o por signos inequívocos, la tácita se exterioriza debido a una conducta que autorice a inferir de ella la voluntad de contratar.

Tales maneras de exteriorizar el consentimiento se fundamentan en el Artículo 1803 del Código civil para el Distrito Federal el cual prescribe lo siguiente: “El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por la ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.”

De lo anteriormente transcrito se puede deducir que para que se diga que ha existido voluntad para celebrar un contrato, no debe de mediar silencio, pues este no se considera como manifestación de la voluntad.

No obstante, “hay situaciones en que el acto parece integrarse por efectos del silencio, pero en ellas no es el silencio, sino los hechos que lo acompañan, los que demuestran la voluntad de negociar”.⁴⁶

El consentimiento de igual forma contiene elementos como lo son la oferta y sus requisitos, la oferta es una declaración de voluntad unilateral, se dirige a otra persona ya sea está determinada o indeterminada, es decir dirigida a alguien en particular o a cualquiera que desee aceptarla y reúna los requisitos fijados, se encuentre ésta presente o no presente.

⁴⁵ Perez Fernandez del Castillo, Bernardo, Contratos Civiles, Editorial Porrúa, México 2000, Página 58.

⁴⁶ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press 2000, Página 48.

La oferta debe contener los elementos característicos del contrato que se pretende celebrar.

La aceptación es también una declaración unilateral de la voluntad en plena concordancia con los términos de la oferta, la conformidad condicionada o sujeta a modificaciones será, a lo más, una contraoferta y no una aceptación propiamente dicha. “El consentimiento se puede formar de un modo instantáneo o de un modo progresivo, será instantáneo cuando la aceptación de la oferta es lisa, llana e inmediata, y será progresivo cuando el aceptante discute la oferta imponiendo condiciones o pidiendo que se modifiquen los términos de la oferta, es decir, se discute el clausurado del contrato”.⁴⁷

De lo anterior se entiende que el consentimiento se forma cuando la aceptación se reúne con la oferta que aún está vigente, pero se debe mencionar que la oferta tiene un periodo de vigencia, pues su eficacia no es perpetua.

Las ofertas pueden tener plazo o estar sujetas a término alguno, si es una oferta con plazo, su vigencia se prolonga por todo el plazo previsto, pero más sin embargo si se trata de una oferta sin plazo debe hacerse una subdistinción, pues cuando se trata de una oferta entre presentes, su duración es muy pequeña, pues en ese momento en que se da la oferta, si no acepta en ese mismo instante el autor de la oferta quedará desligado en ese instante.

Pero si la propuesta es entre no presentes, su eficacia se prolonga todo el tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público más tres días o del que juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.

Una de las formas de extinguir la oferta es a través de la muerte del proponente, claro que tal hecho jurídico debe darse antes de ser aceptada tal oferta, a menos que en el momento de la aceptación el aceptante ignore el hecho, quedando los herederos de aquél obligados a sostener el contrato.

La propuesta hecha por sí sola produce una obligación a cargo del oferente ya sea está, oferta con plazo y oferta entre no presentes, la obligación que produce es la de mantener la oferta durante los plazos legales antes indicados.

La formación del consentimiento entre los no presentes maneja varios supuestos, los cuales a saber son los siguientes:

Sistema de la declaración, por medio de la cual se establece que en el momento en que el destinatario recibe la oferta y está conforme con ella, es decir la acepta lisa y llanamente, es en ese momento cuando se forma el consentimiento.

Sistema de la expedición, por medio de la cual se maneja que no es suficiente con que el destinatario se encuentre conforme con la oferta, sino que además es necesario que el destinatario haga saber su conformidad a la oferta por medio de una carta o telegrama y que lo deposite en la oficina correspondiente.

Sistema de la recepción, éste es el sistema adoptado por el Código Civil para el Distrito Civil, el cual manifiesta a través de su artículo 1807, el cual establece lo siguiente “el contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su

⁴⁷ Ob-cit, Página 50.

oferta...”, lo cual nos manifiesta que “para que se dé el contrato, no es suficiente con que el oferente haga saber su oferta al destinatario y éste la acepte, ni es suficiente con que el destinatario envíe su aceptación, sino que además es necesario para que se de el contrato que el oferente se entere de la aceptación enviada por el destinatario a su domicilio”.⁴⁸

Sistema de la información, según este sistema el consentimiento se forma en el momento en que el oferente se entera del contenido de la aceptación, es decir para este sistema no es suficiente que la aceptación enviada por el destinatario haya llegado a su domicilio, sino además que el oferente se entere de dicha aceptación.

Pero qué pasa cuando la oferta realizada se hace a una persona no presente, primeramente se debe distinguir entre oferta sin plazo y oferta con plazo, la solución para la oferta sin plazo realizada a una persona no presente no la da el Código Civil para el Distrito civil a través de su artículo 1806, el cual establece que el autor de la oferta quedará ligado durante el término de tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, de igual forma establece que en caso de no existir correo público, se estará a lo dispuesto según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.

Ahora bien, para el caso de que la oferta sea realizada con plazo a una persona no referente, éste deberá respetar el plazo concedido, es decir queda ligado hasta la expiración de ese plazo, lo anterior con fundamento en el Artículo 1804 del Código Civil para el Distrito Federal.

Después de saber los supuestos que se pueden dar sobre el primer elemento esencial de los contratos, es factible pasar al estudio de su segundo elemento, es decir al estudio del objeto.

Los juristas indican tres acepciones para la palabra objeto, la primera de ellas lo establece como el objeto directo del contrato, que es el crear o transferir derechos y obligaciones, tal y como lo establece el Artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, la segunda acepción lo percibe como el objeto indirecto del contrato, que es el objeto de las obligaciones engendradas por el mismo, el cual como sabemos puede consistir en dar, hacer o no hacer, y por último, la tercera acepción lo señala como la cosa misma que se da, en realidad la segunda acepción es la más correcta, pues de acuerdo a la primera todos los contratos tendrían el mismo objeto mientras que la tercera solamente se limita a una especie del objeto, es decir al dar. De lo anteriormente se dice que el contrato tendrá tantos objetos como obligaciones haya engendrado, y es que cada obligación tiene su propio objeto, el cual consistirá en la conducta que debe prestar el deudor, es decir a lo que se encuentra obligado el deudor, ya sea a dar, hacer o no hacer.

Muchos autores hablan del tolerar, pero en realidad considero que no es necesario, pues tal deber jurídico encaja perfectamente en la obligación de no hacer.

El Código Civil para el Distrito Federal a través de su Artículo 1824, establece, con relación al objeto, lo siguiente: “Son objeto de los contratos. I. La cosa que el obligado debe dar; II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer; como nos podemos dar cuenta, tal precepto jurídico no habla de tolerar, pues de igual forma considera que ya va dentro del deber jurídico de no hacer.

⁴⁸ Treviño García Ricardo, Epítome de los Contratos, Editorial McGraw-Hill, México 1999, Página 12.

Uno de los requisitos para que se pueda establecer un objeto como obligación de un contrato, es que “éste debe ser posible, pues de lo contrario dicho acto no llega a existir, es decir nadie esta obligado a lo imposible”.⁴⁹

Debemos de saber lo que se entiende por objeto imposible, así pues, tenemos que será objeto imposible aquella cosa, hecho o abstención que no tenga facticidad real, ya sea porque lo impida una ley natural o una ley jurídica, existiendo dos clases de imposibilidades, la imposibilidad natural o la imposibilidad jurídica, estamos de acuerdo en que es imposible proponer como objeto que un hombre salte veinte pisos sin ayuda alguna ni utilizando instrumento alguno (imposibilidad natural), o que alguien se obligue por medio de un contrato a cometer un delito (imposibilidad jurídica).

La cosa es físicamente imposible cuando no existe ni puede llegar a existir, y por otro lado la cosa es jurídicamente imposible cuando no es realizable, por oponerse a ello una norma jurídica que debe regirla necesariamente.

Por otro lado debemos de saber que aún cuando una cosa no existe, pero si puede llegar a existir (cosa posible), si constituye un objeto posible, pues tienen factibilidad de ser creadas más adelante, dicho argumento se sustenta fundamentado por el Código Civil para el Distrito Federal a través de su Artículo 1826, el cual indica: “las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato.”

Un requisito más, que se debe de tener en cuenta para que se dé el objeto, es que éste debe ser determinado o determinable en cuanto a su especie, sin dejar de mencionar que además debe de encontrarse dentro del comercio.

Tomando en cuenta lo anterior nos podemos dar cuenta de que un vínculo jurídico establecido respecto de una cosa indeterminada e indeterminable no es posible, porque, al no proporcionar las bases para su individualización, el acreedor no sabría que cosa exigir, ni el deudor sabría que debe entregar.

Y es que la indeterminación de la cosa impide que se dé el consentimiento, pues las partes aún no se han puesto de acuerdo sobre el objeto del pacto; además el derecho considera que sólo es objeto posible el que ha sido individualizado por su especie y cantidad, pues solamente así puede contraerse un consentimiento a su respecto.

Con respecto al requisito sobre que la cosa se debe de encontrar dentro del comercio, éste quiere decir, que los bienes objeto de la obligación deben de ser objeto de apropiación para los particulares, lo cual nos indica que no deben de ser bienes del dominio público del Estado, ni los expresamente prohibidos por la ley.

De igual forma se debe de tomar en cuenta que aunque hay cosas que si pueden ser objeto de apropiación individual, no son susceptibles de transmisión por parte de su beneficiario, quien las puede aprovechar, pero no enajenar, nos referimos a los bienes inalienables, como lo son por ejemplo los derechos a percibir alimentos, tal inalienabilidad sólo puede encontrarse establecida por la ley.

El tercer elemento esencial de los contratos es la solemnidad, “dicho elemento no siempre se da, solamente se establece en función de la importancia social o económica de ciertos

⁴⁹ Bejarano Sánchez, Manuel, Editorial Oxford University Press, México 2000, Página 59.

actos, y es que la manera de realizar el acto es un elemento constitutivo del mismo, sin dejar de mencionar que si esa forma ritual de celebración falta, el acto no llega a existir”.⁵⁰

Pero no es suficiente con que se den dichos elementos para la validez de un contrato, sino que además, deben de encontrarse sin vicios, así que de igual forma hablaremos de tales vicios, que son conocidos como los vicios del consentimiento.

Los vicios del consentimiento son el error, el dolo, la mala fe, la violencia y la lesión.

El error es un falso concepto de la realidad, de igual forma se le puede concebir como el conocimiento equivocado de una cosa, de un hecho o de una norma jurídica, es decir, es el falso conocimiento que se tiene de una cosa, el error sufrido por el autor de un acto jurídico vicia a su voluntad y provoca la nulidad del acto, pero no todo error produce tal consecuencia jurídica, lo anterior puesto que puede darse el caso de que el error recayera sobre circunstancias accidentales que no trascienden en la celebración del acto.

El error puede ser de hecho o error de derecho, el error de hecho se refiere a circunstancias fácticas, es decir, de hecho, y el error de derecho se da sobre la existencia, alcance o interpretación de las normas jurídicas.

El error sufrido por el autor de un acto jurídico vicia su voluntad y provoca la nulidad del acto, pero se debe manifestar que hay errores que no tienen repercusión alguna sobre la vida del contrato, así pues podemos observar que los errores se clasifican en error indiferente, error nulidad y error obstáculo.

“El error indiferente, es aquel que no ejerce influencia alguna sobre el acto, pues recae sobre circunstancias accidentales, tales errores no perjudican la existencia del acto, el cual subsiste como válido, es decir no obstante que las partes están en un error, éste es completamente irrelevante respecto al acto celebrado, ya que no tiene ninguna relación con el mismo”.⁵¹

El error nulidad, es aquel que vicia la voluntad, produciendo la nulidad relativa del acto jurídico, dicho error recae sobre el motivo determinante de la voluntad del agente, dicho tipo de error tiene una gravedad media, puesto que si bien no impiden la formación del acto dan lugar a la sanción de la nulidad relativa, la cual deberá ser promovida por la parte cuya voluntad se encuentra viciada debido a este tipo de error.

A este error se refiere el Código civil para el Distrito Federal a través de su Artículo 1813, el cual señala lo siguiente: “El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra cosa.”

Dichos errores son aquellos que versan sobre la persona con la que se celebra el acto, o sobre la cualidad sustancial de la cosa. “El acto viciado resulta anulable y estamos frente a una nulidad relativa”.⁵²

⁵⁰ Ob-cit, Página 65.

⁵¹ Treviño García, Ricardo, Epítome de los Contratos, Editorial McGraw-Hill, México 1999, Página 38.

⁵² Garrido Roque Fortunato y Zago Jorge Alberto, Contratos Civiles y Comerciales, Tomo I, Parte General, Editorial Universidad, Argentina 1999, Página 204.

Así mismo, dicho ordenamiento jurídico, nos señala la existencia del error de cálculo, a través de su Artículo 1814, el cual solo puede dar lugar a que se rectifique, es decir, sólo es una nulidad relativa.

Por último el error obstáculo “impide la reunión de las voluntades, produce la inexistencia del contrato porque recae sobre un aspecto tan importante y trascendente que impide la formación del acuerdo de voluntades de los contratantes y obstaculiza la integración del consentimiento”.⁵³

En este tipo de error se da la ausencia del consentimiento, generalmente se presenta en los casos de equivocación sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad del objeto, produciendo la inexistencia del contrato, pues se considera que carece de un elemento esencial para que se dé el mismo, es decir, carece de consentimiento.

Dicho tipo de error no vicia la voluntad como sucede en el error esencial o error nulidad, sino que la destruye enteramente, puesto que no permite la formación del acto.

Las consecuencias que da como resultado el error nulidad como vicio del consentimiento, es el acto jurídico se encontrará afectado de nulidad relativa, la cual no impide que el acto surta provisionalmente sus efectos, los cuales desaparecerán retroactivamente, cuando el juez pronuncie la sentencia de nulidad.

El Código Civil para el distrito Federal establece las consecuencias del error como vicio de la voluntad, a través de sus a Artículos 2239, 2240 y 2241, los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 2239.- La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado. El presente artículo lo que señala es que al pronunciarse la nulidad del acto por la autoridad competente, el mismo dejará de surtir efectos volviendo retroactivamente los hechos al estado en que se encontraban antes de la celebración del acto jurídico viciado.

Artículo 2240.- Si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consisten ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos, no se hará la restitución respectiva de intereses o de frutos sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí.

Artículo 2241.- Mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello en virtud de la declaración de nulidad del contrato está obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla su parte. Debe de existir una correlación entre las partes para que el hecho jurídico vuelva al estado en que se encontraba hasta antes de la celebración del acto jurídico.

Respecto a los terceros se aplica el Artículo 2242, el cual establece que “Todos los derechos reales o personales transmitidos a tercero sobre un inmueble por una persona que ha llegado a propietario de él en virtud del acto anulado, queda sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual mientras que no se cumpla la prescripción, observándose lo dispuesto para los terceros adquirentes de buena fe.”

⁵³ Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press, México 2000, Página 75.

“La única persona facultada para invocar la nulidad, es precisamente el sujeto que ha sufrido un error de hecho o de derecho, lo anterior con fundamento en el Artículo 2230 del Código Civil para el Distrito Federal”.⁵⁴

La manera en que puede confirmarse la nulidad es a través del Artículo 2233 del Código Civil para el Distrito Federal el cual nos indica que es confirmado cuando desaparezca el vicio o motivo de la nulidad, siempre y cuando no se dé con otra causa que invalide la confirmación. La confirmación de un acto afectado de nulidad relativa se presenta cuando hay cumplimiento voluntario extinguiendo la acción de nulidad, es decir la persona al cumplir con su prestación esta reconociendo la obligación que tiene aún y cuando se encuentre viciado su consentimiento.

La acción de nulidad por causa de error prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende, si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos según sea el caso, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido.

El segundo vicio del consentimiento a tratar es el dolo, el cual “se da cuando existe cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes”.⁵⁵

El dolo produce la nulidad relativa del acto jurídico, se le sanciona no sólo porque agravan un error que vicia la voluntad, sino porque constituye una conducta malévola que debe ser reprimida por el derecho. El dolo es activo pues se requiere de la sugestión de un sujeto hacia otro a través de artificios usados para hacer caer en error a la otra parte.

Las personas que pueden provocar el dolo pueden ser el co-contratante, o un tercero siempre y cuando el co-contratante conociera tales maleficios, puesto que en caso de desconocerlos no se estará en presencia del dolo, por lo cual no se podrá invocar la acción de nulidad relativa.

El dolo puede ser principal o incidental, es principal cuando es determinante para la realización y ejecución del acto, el cual da entrada a la acción de nulidad, y es incidental cuando dicho dolo no fue determinante para que se de el acto jurídico, dicho dolo no produce nulidad alguna. Tal situación se establece en nuestro Derecho positivo por medio del Código Civil para el Distrito Federal en su Artículo 1816, el cual manifiesta lo siguiente: “El dolo mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.”, es decir un requisito esencial para que se considere viciado el consentimiento de una persona y por lo tanto afectado de nulidad relativa, es que dicho dolo sea el determinante para que se ejecute el acto jurídico, que sea el causante sin el cual no se hubiera llevado a cabo tal acto jurídico.

El dolo de igual forma puede ser recíproco entre ambas partes, situación que tiene como efecto que ninguna de las partes pueda alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones, se entiende tal situación en virtud de que ambas partes actuaron malévolamente tratándose de beneficiar a través del error en que hicieron incurrir en la otra, motivo por el cual ambas partes se consideran como sujetos no merecedores de la protección de la ley.

De igual forma puede existir un tipo de dolo que aunque es determinante para que se realice la ejecución del acto jurídico, no se considera como motivo para que el consentimiento

⁵⁴ Treviño García Ricardo, Epítome de los Contratos, Editorial McGraw-Hill, México 1999, Página 37.

⁵⁵ Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press, México 2000, Página 78.

se encuentre viciado afectando de nulidad al acto jurídico, nos referimos al dolo bueno, el cual “se presenta cuando las partes contratantes hacen algunas consideraciones sobre los provechos o perjuicios que pueden resultar de la celebración o no del acto jurídico”⁵⁶, tal dolo lo encontramos regulado en nuestro Derecho positivo por medio del Código Civil para el Distrito Federal en su Artículo 1821, el cual versa lo siguiente: “Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia.”

Las reglas aplicables para la acción de nulidad cuando se dé el dolo como vicio del consentimiento de un acto jurídico, serán de igual forma las anteriormente señaladas para el error, solamente podría manifestarse que una regla nueva o aplicable para este tipo de vicio de la voluntad es que no se puede renunciar por adelantado a la nulidad que resulte del dolo, pues la parte afectada quedaría sin ninguna posibilidad de remediar las consecuencias del acto en el que hubo dolo de su contraparte o de un tercero con consentimiento de aquélla.

El tercer vicio que se puede dar en el consentimiento es la mala fe la cual es la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido, es decir la mala fe es pasiva, es sólo abstenerse de alertar al que padece el error, disimulando el error en que éste se encuentra, la mala fe solamente puede provenir de una de las partes contratantes, no así de un tercero como sucede en el dolo.

La mala fe supone que uno de los contratantes ya está en el error y que el otro contratante, conociéndolo siendo éste el requisito esencial para que se dé este tipo de vicio del consentimiento, no se lo advierte a aquél, sino al contrario, lo disimula aprovechándose del error de su contraparte.

La mala fe produce la nulidad relativa del acto, produce sus efectos provisionalmente hasta entonces no se declare la nulidad relativa por la autoridad competente, es confirmable es prescriptible y sólo puede invocarse por el perjudicado.

Un vicio más que se puede dar sobre el consentimiento es la violencia la cual “es la coerción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona para determinarla, contra su voluntad, a la realización de un acto jurídico”.⁵⁷

Es la fuerza física o amenazas sobre una persona, para debilitar su ánimo y arrancarle una declaración de voluntad que no desea.

Nuestro derecho positivo vigente nos señala lo que debemos entender por violencia en materia civil por medio del Código Civil para el Distrito Federal a través de su Artículo 1819, “Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.”

La violencia puede ser física o puede ser moral, ambas tienen como efecto que producen el temor, elemento psicológico que realmente vicia la voluntad al suprimir la libertad de decisión.

⁵⁶ Treviño García Ricardo, Epítome de los Contratos, Editorial McGraw-Hill, México 1999, Página 40.

⁵⁷ Garrido Roque Fortunato y Zago Jorge Alberto, Contratos Civiles y Comerciales, Tomo I, Parte General, Editorial Universidad, Argentina 1999, Página 214.

La violencia puede ser ejercitada por alguno de los contratantes o por algún tercero aún y cuando no tenga interés en el acto y aún sin conocimiento del co-contratante, tal característica la diferencia del dolo, pues en él, la participación de un tercero, tenía que ser con conocimiento del co-contratante.

La violencia como vicio de la voluntad para ser considerada como tal debe ser determinante, es decir, que haya sido la causa que indujo a aceptar la celebración del contrato, además de que debe ser injusta.

Cuando un acto celebrado con motivo de la violencia ejercitada, éste estará afectado de nulidad relativa, la cual no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los que serán anulados cuando se pronuncie la sentencia decretando la nulidad, es confirmable, es prescriptible y sólo puede invocarse por la parte que sufrió el vicio.

El Código Civil para el Distrito Federal establece los casos en que no hay intimidación ni violencia, por lo cual el consentimiento no se encuentra viciado, si no que simplemente se da un temor reverencial, el cual es el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, tal temor, no vicia el consentimiento, el artículo a través del cual dicho ordenamiento, regula el hecho jurídico señalado, es el 1820.

Es ilícito renunciar para el futuro de la nulidad que resulte de la violencia.

El artículo 2237 señala el plazo en que prescribe la acción por causa de violencia “otorgando un plazo de seis meses los cuales deberán contarse desde que cese ese vicio del consentimiento, siendo muy acertado que legislador estableciera que el momento a partir del cual deberá comenzar a contarse el plazo de la prescripción, sea desde que cesa tal violencia, puesto que si se comenzara a contar dicho plazo desde la celebración del contrato, la parte que hubiere ejercido violencia prolongaría ésta hasta que transcurriera el plazo”.⁵⁸

El último de los vicios que se pueden dar en el consentimiento para la ejecución de un acto jurídico es la lesión, la cual se concibe como la “desproporción exagerada de las prestaciones que las partes se deban recíprocamente por el acto jurídico”.⁵⁹

Es un vicio del contrato que engendra prestaciones recíprocas que no dependen del azar.

El Código Civil para el Distrito Federal establece lo que se debe entender por lesión a través de su Artículo 17, el cual indica lo siguiente “Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, mas el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año.”

Dicho artículo maneja un elemento objetivo y uno subjetivo, el primero consistente en el lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado entre una prestación y otra, el segundo se refiere al aprovechamiento de la ignorancia, la inexperiencia o extrema miseria de la parte afectada. A mi parecer solamente se puede dar en contratos conmutativos o bilaterales, tiene como efectos el que se pueda pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, sin dejar de mencionar el pago de los daños y perjuicios correspondientes.

⁵⁸ Treviño García Ricardo, Epítome de los Contratos, Editorial McGraw-Hill, México 1999, Página 44.

⁵⁹ Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press, México 2000, Página 89.

La persona que es competente para pedir la nulidad por lesión es la parte perjudicada por dicho vicio, dicho artículo concede un plazo de un año no estableciendo a partir de cuando se empieza a computar el mismo, aunque algunos autores consideran que el mismo se empieza a contar desde el momento en que se celebra el acto jurídico, “no se puede renunciar al derecho de hacer valer la nulidad en caso de lesión”.⁶⁰

Se considera que el motivo fundamental para la existencia de tal Artículo y por ende de la regulación de la lesión es proteger a los débiles de las asechanzas y los abusos de los mejor capacitados, en lugares donde existe una gran desigualdad social y cultural entre las distintas clases sociales.

Se debe tomar en cuenta que la lesión solamente existe cuando el desequilibrio de las prestaciones coexiste en el mismo momento en que se celebra el contrato.

La ley de egoísmo que rige habitualmente las relaciones humanas, presupone que en un contrato conmutativo ambos contrayentes se obligan en consideración al beneficio que pretenden recibir del otro, que esperan que será proporcional a su propia entrega. Si, por el contrario, uno de los contratantes concede al otro beneficios o prestaciones que son sumamente superiores al valor de las prestaciones que recibe y hay una notoria inequivalencia entre lo que da y lo que obtiene, existe lesión.

3.4 ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS DE ADHESION.

El contrato de adhesión es el acto jurídico bilateral destinado a reglar los derechos de las partes en el ámbito patrimonial, la redacción del contrato, o sea, las cláusulas de la convención, queda librada a una sola de las partes, mientras que la otra puede sólo concretarse a aceptarla o no.

Se considera como una frecuente modalidad de contratación, que se caracteriza por el hecho de que es una de las partes es la que fija las cláusulas o condiciones, iguales para todos, del contrato, cuya celebración se propone, sin que quienes quieran participar en él tengan otra alternativa que aceptarlo o rechazarlo en su totalidad.

De igual forma se le considera como aquel acto jurídico en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación, por uno sólo de los contratantes al que se deberá adherir el cocontratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria.

En su origen la terminología utilizada para este tipo de contratos era la de contratos de adhesión, dicha terminología día con día empieza a ser sustituida por la de contratos por adhesión, “dicho cambio de preposición significa una variedad fundamental en el concepto mismo de la figura, ya que descarta la posibilidad de equiparar a estas convenciones con los contratos especiales y señala que sólo se encuentra en juego, y asume características especiales, uno de los elementos esenciales del contrato, el consentimiento”.⁶¹

El primer elemento esencial del contrato por adhesión es el consentimiento, dicho elemento también es el que distingue a este tipo de contratos.

⁶⁰ Treviño García Ricardo, Epítome de los Contratos, Editorial McGraw-Hill, México 1999, Página 48.

⁶¹ Fortunato Garrido Roque, Contratos Civiles y Comerciales, Tomo I, Parte General, Editorial Universidad, Argentina 1999 Página 542.

En dichos actos jurídicos el consentimiento se manifiesta a través de la voluntad libremente expresada en cuanto a querer o no concretar el acuerdo, la parte tiene la posibilidad de celebrar o no celebrar el contrato, aunque si decide a hacerlo, debe someterse a las condiciones preestablecidas por la otra parte.

Las características de este tipo de contratos son que el aceptante o adherente no pueda diferir o modificar la propuesta ya preredactada a la que simplemente debe adherirse, existe desigualdad entre las partes, pues una de ellas tiene la ventaja de redactar el clausurado de este tipo de contratos; más que una característica es una necesidad que debe de adquirir fuerza, me refiero a la intervención que debe de tener el Estado a través de sus órganos para evitar el abuso que se da generalmente en contra de la parte débil de estos actos jurídicos, es decir del adherente.

Algunos autores manifiestan que para que quede configurado el contrato por adhesión son necesarios dos momentos jurídicos que consisten en su preelaboración por una de las partes y en su perfeccionamiento o formación.

El primer momento jurídico es la elaboración previa por una de las partes del clausurado del contrato, la cual representa una sola opción para el aceptante o adherente que es la aceptación lisa y llana de dichas condiciones generales elaboradas, generalmente dicho contrato está dirigida al público en general, haciéndosela conocer, en la mayoría de los casos, mediante la publicidad. El modelo o contrato por adhesión no se entrega al aceptante para su discusión sino para que el mismo manifieste a través de su consentimiento si se adhiere al clausurado previamente establecido, en el momento en que se aceptan dichas cláusulas o condiciones al expresar su voluntad de adherirse a aquéllas, se da el segundo momento jurídico con lo cual se da la formación del contrato.

Como se puede notar sólo hay una alteración en el acuerdo de voluntades que aparece preestablecido por una de las partes el clausurado del contrato haciendo que la otra sólo tenga la libertad de tomarlo o no, debe notarse que aún y con estos supuestos quedaría siempre para el aceptante la posibilidad de no querer celebrar el contrato, con lo cual se manifiesta que si hay consentimiento en este tipo de contratos, pues en caso de no querer adherirse a dichos actos jurídicos, simplemente no habría contrato por faltar el consentimiento de dicho sujeto.

De igual forma es importante señalar que aún y cuando se hayan establecido por una de las partes todo el clausurado del contrato limitando a la otra a que acepte o no adherirse a las cláusulas redactadas por aquél hay dos voluntades diferentes las cuales atañen la existencia de dos partes con intereses contrapuestos.

En los contratos de adhesión no se ve en crisis al contrato porque supuestamente falta uno de sus elementos esenciales como lo es el consentimiento, sino que si se da dicho elemento esencial, es sólo que reviste características diferentes, como lo es por ejemplo el tener la libertad de adherirse o no a contratos redactados unilateralmente por una de las partes, lo que hay que cuidar o evitar, es que se den las llamadas cláusulas abusivas dentro de este tipo de contratos, lo cual debe de buscarse para beneficio de la sociedad.

Se trata de una modalidad específica que continúa siendo un acuerdo contractual, con las mismas connotaciones, pero con una manera diferente de prestar el consentimiento.

Este tipo de contratos no se encuentra prevista en nuestro Código Civil o en nuestro Código de Comercio, más sin embargo, la Ley Federal de Protección al Consumidor la regula en algunas de sus disposiciones, así pues define al contrato por adhesión por medio de su

Artículo 85 de la siguiente manera “Se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos 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.”⁶²

El consentimiento que se necesita para celebrar un contrato por adhesión, se exterioriza de manera expresa o tácita, será expresa cuando se manifieste por la palabra, por la escritura o por signos inequívocos, la tácita se exterioriza debido a una conducta que autorice a inferir de ella la voluntad de contratar, así pues el consentimiento puede ser de manera expresa o tácita, aunque en los contratos por adhesión el consentimiento se da a través de la adhesión por parte de la parte que no elaboro el clausurado del contrato.

Los elementos del consentimiento en los contratos por adhesión son la oferta y sus requisitos, así que debemos entender por oferta la declaración unilateral de voluntad en éste caso hecha por la persona que redacta unilateralmente el clausurado del contrato, dirigido a una persona ya sea determinada o indeterminada, la cual será determinable al momento de adherirse al clausurado del contrato, se encuentre ésta presente o no presente.

La aceptación es también una declaración unilateral de la voluntad en plena concordancia con los términos de la oferta, la cual no acepta contraoferta. El consentimiento en los contratos por adhesión sólo se puede formar de un modo instantáneo pues sólo se da cuando la aceptación de la oferta es lisa, llana e inmediata sin discusión alguna del clausurado.

En los contratos por adhesión el consentimiento no puede ser de un modo progresivo, pues en éste, el aceptante discute la oferta imponiendo condiciones o pidiendo que se modifiquen los términos de la oferta.

Las ofertas pueden tener plazo o estar sujetas a término alguno, si es una oferta con plazo, su vigencia se prolonga por todo el plazo previsto, pero si es una oferta sin plazo y se da entre presentes, su duración es en ese momento en que se da la oferta, si no se acepta en ese mismo instante el autor de la oferta quedará desligado de en ese instante.

Si la oferta sin plazo es entre no presentes, su eficacia se prolonga todo el tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público más tres días.

La formación del consentimiento entre no presentes maneja varios supuestos, los cuales a saber son los siguientes:

Sistema de la declaración, por medio de la cual se establece que en el momento en que el destinatario recibe la oferta y está conforme con ella, es decir la acepta lisa y llanamente, es en ese momento cuando se forma el consentimiento.

Sistema de la expedición, por medio de la cual se maneja que no es suficiente con que el destinatario se encuentre conforme con la oferta, sino que además es necesario que el destinatario haga saber su conformidad a la oferta por medio de una carta o telegrama y que lo deposite en la oficina correspondiente.

Sistema de la recepción, éste es el sistema adoptado por el Código Civil para el Distrito Civil, el cual manifiesta a través de su artículo 1807, el cual establece lo siguiente “el contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su

⁶² Arce Gargollo Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa, México 2004, Página 58.

oferta...”, lo cual nos manifiesta que para que se de el contrato, no es suficiente con que el oferente haga saber su oferta al destinatario y éste la acepte, ni es suficiente con que el destinatario envíe su aceptación, sino que además es necesario para que se de el contrato que el oferente se entere de la aceptación enviada por el destinatario a su domicilio.

Sistema de la información, según este sistema el consentimiento se forma en el momento en que el oferente se entera del contenido de la aceptación, es decir para este sistema no es suficiente que la aceptación enviada por el destinatario haya llegado a su domicilio, sino además que el oferente se entere de dicha aceptación.

Si la oferta se realiza con plazo a una persona no referente, se deberá respetar el plazo concedido.

De la propia definición que nos establece la Ley Federal de Protección al Consumidor se deduce que el objeto materia de los contratos de adhesión puede ser el dar o el hacer algo, como lo es la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, de igual manera se deduce que toda vez que el consentimiento es el único elemento esencial del contrato que adquiere una manera diferente de expresarse en comparación con los demás contratos, se puede establecer que en cuanto al otro elemento esencial que deben de tener los contratos, es decir, el objeto, le son aplicables todas las reglas referentes al objeto del contrato común y corriente.

El objeto para que sea válido, de igual forma debe de cumplir con varios requisitos, el primero de ellos, es que “debe ser posible, pues nadie esta obligado a lo imposible”.⁶³

Las cosas que aún no existen, pero que sabemos que puede llegar a existir, si constituyen un objeto posible.

Dos requisitos más que debe de contener el objeto, es que se encuentre dentro del comercio y que además sea determinado o determinable en cuanto a su especie.

Se debe de individualizar el objeto debido a que sin tal individualización, el acreedor no sabría que cosa exigir, ni el deudor sabría que debe entregar.

En nuestro país la regulación de los contratos por adhesión se da a través de la Ley Federal de Protección al Consumidor por medio de sus Artículos 85 al 90, teniendo características particulares, aunque considero que no son muy acertadas algunas de ellas, como por ejemplo la que nos habla del registro de este tipo de contratos ante la Procuraduría Federal del Consumidor, el cual es optativo.

En dicha legislación encontramos la prohibición de ciertas cláusulas, las cuales se tendrán por no puestas o inválidas sin necesidad de que esto se haga mediante declaración judicial.

Se estableció un registro ante la Procuraduría Federal del Consumidor con lo cual puede juzgar y dictaminar ciertos modelos de contratos y dictaminar si los mismos contienen o no prestaciones desproporcionadas para el consumidor o cláusulas abusivas.

“Las cláusulas abusivas que se pueden dar en un contrato por adhesión, nos la señala la Ley Federal de Protección al Consumidor por medio de su Artículo 90”⁶⁴, las cuales son las siguientes:

⁶³ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press, México 2000, Página 59.

a) Las que permiten al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o substraerse unilateralmente de sus obligaciones. Con este principio se busca dar una mejor protección al consumidor, pues no se puede dejar una ventaja más al proveedor como lo es el dejar a su arbitrio la validez y cumplimiento de este tipo de contratos, y es que bastante ventaja tiene con relación al consumidor con el hecho de que él redacta unilateralmente el clausurado de este tipo de contratos.

b) Las que liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato, al igual que en el párrafo anterior se busca dar una mayor protección al consumidor frente al proveedor, puesto que no puede renunciar libremente al cumplimiento de las prestaciones a las cuales se obligó él sin incurrir en responsabilidad civil, al elaborar unilateralmente el contrato, salvo obviamente que el consumidor incumpla a las prestaciones a las cuales se obligo al adherirse a dicho contrato.

c) Las que trasladen al consumidor o aun tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del contrato. Con esta cláusula lo que se busca es proteger el principio jurídico basado en que las obligaciones derivadas de los contratos sólo pueden surtir efectos entre las que intervinieron en la celebración del mismo.

d) Las que prevengan términos de prescripción inferiores a las legales. Con dicha cláusula se sigue buscando otorgar una protección al consumidor, al buscar prever que no se vaya en contra de la ley, como sucede en este caso al establecer como plazos de tiempo para la prescripción los establecidos por las leyes.

e) Las que prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor. Lo que se busco aquí, es evitar que se den cláusulas abusivas que busquen dejar en estado de indefensión al consumidor, al evitar que se elaboren éstas con la finalidad de buscar la manera de que el consumidor pueda ejercer las acciones que el derecho objetivo le otorga.

f) Las que obligan al consumidor a renunciar a la protección de la Ley Federal de Protección al Consumidor o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros. No es claro que esta disposición comprenda la cláusula de arbitraje, aunque parece que no cabe otra cláusula de arbitraje que no sea el regulado por dicha Ley. De igual manera lo que se busca es no dejar en estado no tanto de indefensión, si no más bien, privarlo de la protección que le otorga la señalada Ley, pues está busca combatir la desigualdad que se da con la celebración de este tipo de contratos.

Es muy buena la protección que busca brindar la Ley Federal de Protección al Consumidor tomando en cuenta la posición de gran desigualdad en que se encuentra frente al proveedor al regular este tipo de contratos, pero tal protección sería mucho mejor si se estableciera como obligatorio el registro de todos los contratos por adhesión ante la Procuraduría Federal del Consumidor, la cual para la desgracia de los consumidores es optativa.

Si tal requisito fuera obligatorio para todos los contratos por adhesión, consideraría que tal requisito sería la solemnidad que necesitaría tales contratos para su validez jurídica, puesto que si esa forma de control falta, el acto no llegaría a existir, aclarando que sólo se daría para el caso de que tal registro fuera obligatorio para todos los contratos por adhesión.

⁶⁴ Arce Gargollo Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa, México 2004, Página 61.

“El sistema de registro ante la Procuraduría Federal de Protección al consumidor es de aplicación administrativa, que la Secretaría de Comercio por medio de normas oficiales determina cuales deben inscribirse”.⁶⁵

La Secretaría de Comercio puede sujetar contratos por adhesión a registro previo, cuando considere que pueden implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento.

La importancia de dicho registro radica en que un contrato por adhesión aprobado y registrado no puede ser alegado, puesto que carece de cláusulas abusivas al haber sido inscrito, pues ya fue revisado.

Aun y cuando se den los elementos esenciales del contrato por adhesión puede darse el caso de que dichos elementos se encuentren viciados por error, dolo, mala fe, violencia o la lesión.

El error es un falso concepto de la realidad o el conocimiento equivocado de una cosa, de un hecho o de una norma jurídica, provocando la nulidad del acto.

El error puede ser de hecho o error de derecho, el de hecho se refiere a circunstancias fácticas y el error de derecho se da sobre la existencia, alcance o interpretación de las normas jurídicas.

Los errores se clasifican en error indiferente, error nulidad y error absoluto, el error indiferente no ejerce influencia alguna sobre el acto recayendo sobre circunstancias accidentales no perjudicando la existencia del acto, por otro lado el error nulidad si vicia la voluntad produciendo la nulidad relativa del acto jurídico, este error recae sobre el motivo determinante de la voluntad del agente, que en este caso es el adherente, dicho error da lugar a la nulidad relativa, la cual debe ser promovida por la parte cuya voluntad se encuentra viciada.

El error obstáculo es aquel que impide la reunión de las voluntades produciendo la inexistencia misma del acto jurídico, en tal error se da la ausencia de consentimiento, recayendo generalmente la equivocación sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad del objeto.

La acción de nulidad por causa de error prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende, si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos según sea el caso, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido.

Un vicio que de igual forma se da en el consentimiento de los contratos por adhesión es el dolo, el cual “se da cuando existe cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él al adherente”.⁶⁶

El dolo se da a través de una conducta, se requiere de una sugestión de un sujeto hacia el otro por medio de artificios usados para hacer caer en error a la otra parte. El dolo puede ser principal o incidental, es principal cuando fue el motivo determinante para la realización del acto o en éste caso la adhesión, dando entrada a la acción de nulidad, y será incidental cuando dicho dolo no fue determinante para que se dé el acto jurídico, no produciendo por ende la

⁶⁵ Garrido Roque Fortunato y Zago Jorge Alberto, Contratos Civiles y Comerciales, Tomo I, Parte General, Editorial Universidad, Argentina 1999, Página 493.

⁶⁶ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press, México 2000, Página 78.

nulidad del acto. El dolo puede venir de una de las partes o de un tercero cuando aquella que es beneficiada sabe de su existencia.

De igual forma existe el dolo bueno por medio del cual se considera que el consentimiento no está viciado, el dolo bueno consiste o se da cuando las partes contratantes hacen algunas consideraciones sobre los provechos o perjuicios que pueden resultar de la celebración o no del acto jurídico, siempre y cuando no importen engaño.

Las reglas aplicables para la acción de nulidad cuando se dé el dolo como vicio del consentimiento de un acto jurídico, serán de igual forma las anteriormente establecidas para el error, solamente cambia en cuanto a que no se puede renunciar por adelantado a la nulidad que resulte del dolo.

Un tercer vicio que suele darse en el consentimiento en los contratos por adhesión es la mala fe, consistente en la disimulación del error en que se encuentra la parte afectada por el mismo, siempre y cuando aquélla lo conozca, por lo tanto la mala fe es pasiva, el sujeto se abstiene de sacar a la otra persona del error en que se encuentra, la mala fe no puede provenir de un tercero, como sucede en el dolo.

La mala fe al igual que los vicios anteriores produce la nulidad relativa del acto jurídico, produciendo sus efectos provisionalmente hasta entonces no se declare la nulidad relativa por la autoridad competente, dicha acción de nulidad sólo puede ser invocada por el perjudicado, es confirmable y prescriptible.

Un vicio más que se puede dar en el consentimiento es la violencia, la cual es la coerción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona determinada, contra su voluntad, a la realización de un acto jurídico. Es la fuerza física o amenazas ejercidas sobre la otra parte para arrancarle una declaración de voluntad que no desea, como en este caso es el adherirse o no a las cláusulas redactadas unilateralmente por la otra parte.

La violencia puede ser física o puede ser moral, ambas tienen como efecto que producen el temor, elemento psicológico que realmente vicia la voluntad al suprimir la libertad de decisión del adherente.

La violencia puede ser ejercido por la persona que redacta unilateralmente el clausurado o por algún tercero, aún y cuando no tenga interés en el acto y aún sin consentimiento de aquélla.

Al existir violencia ya sea física o moral en el consentimiento del adherente de igual forma existe la nulidad relativa, la cual no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los que serán anulados cuando se pronuncie la sentencia decretando la nulidad, es confirmable, prescriptible y sólo puede invocarse por la parte afectada.

Un vicio más que se da en los contratos por adhesión es la lesión, consistente en “la desproporción exagerada de las prestaciones que las partes se deban recíprocamente por el acto jurídico”.⁶⁷

Se maneja un elemento objetivo consistente en el lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado entre una prestación y otra, y un elemento subjetivo el cual se refiere al aprovechamiento de la ignorancia, la inexperiencia o extrema miseria de la parte afectada.

⁶⁷ Ob Cit, Página 89.

La parte perjudicada que en este es el adherente, es la parte competente para pedir la nulidad por lesión, se concede un plazo de un año, no se puede renunciar por adelantado al derecho de hacer valer la nulidad en caso de lesión.

Debo de aclarar que considero que los vicios del consentimiento en los contratos por adhesión, solamente pueden recaer en la parte débil del contrato, es decir en el adherente, pues la otra parte goza de la ventaja de redactar unilateralmente el contrato por adhesión, teniendo una mejor posición con respecto a la otra parte, la cual en tantas ocasiones aprovecha esa posición.

3.5 ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO.

El contrato de suministro es aquél por medio del cual una parte se obliga a cambio de un precio, a realizar a favor de otra, prestaciones periódicas o continuadas de ciertas cosas.

Es importante delimitar la materia que abarcaremos, pues solamente nos referiremos al contrato de suministro como negocio de Derecho privado, el cual es un contrato atípico porque no está regulado en nuestro Derecho positivo, se hace tal mención en virtud de que hay contratos de suministro en los cuales interviene el Estado como suministrador o como suministrado, y es que tal contrato de suministro cuando el suministrado es el Estado si se encuentra regulado en nuestra legislación a través de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, motivo por el cual solamente nos limitaremos al estudio de los contratos de suministro como negocio de Derecho privado.

Tal contrato implica una actividad que se dirige a satisfacer necesidades colectivas con el fin de crear en los mercados abundancia de ciertas mercancías destinadas al consumo, tiene por objeto proporcionar a las personas en épocas generalmente periódicas, determinadas cosas o servicios, mediante el precio y en las cantidades y demás condiciones de antemano convenidas.

El cumplimiento de sus prestaciones se prolonga en el tiempo, existen varias prestaciones autónomas ligadas entre sí en un contrato único, habiendo por lo tanto pluralidad de prestaciones que corresponden a una pluralidad de obligaciones.

Este tipo de contratos se celebran por escrito y generalmente es a través de los contratos por adhesión, por lo cual para sus elementos esenciales se aplicarán las mismas reglas previstas en el subcapítulo anterior, para el caso del consentimiento, es decir, si hay consentimiento, es sólo que se trata de una modalidad específica consistente en tener la voluntad de contratar o no, expresando de esa forma el consentimiento.

Entre los elementos personales de este tipo de contratos encontramos que a las partes que intervienen en la celebración de dichos contratos se les denomina suministrador y suministrado, también se les denomina suministrante, proveedor o vendedor y suministrado, consumidor o comprador, considero más acertado llamarlos suministrador y suministrado pues se identifica con la denominación contrato de suministro otorgada a este tipo de contratos, sin dejar de mencionar que al llamar a las partes de esa manera identificamos rápidamente al contrato de suministro, evitando confundirlo con otros contratos afines como lo es la compraventa, o la distribución.

El acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta vigente es aceptada de manera lisa y llanamente por el suministrado, es a partir de ese momento que nace el contrato de suministro empezando a producir sus efectos legales”.⁶⁸

El consentimiento que se necesita para celebrar un contrato de suministro es de manera expresa, pues se debe manifestar por la palabra, por la escritura o por signos inequívocos.

Los elementos que se dan en el consentimiento que se requiere para la celebración de un contrato de suministro son la oferta y sus requisitos, la oferta es una declaración de voluntad unilateral manifestada por el suministrador, dirigido a otra, la cual en caso de aceptar adquiere el carácter de suministrado, en el momento de manifestar la declaración unilateral de la voluntad, va dirigida a personas indeterminadas, las cuales se determinarán al momento de aceptar la oferta.

La aceptación es también una declaración unilateral de la voluntad en plena concordancia con los términos de la oferta, no existiendo una contraoferta, pues generalmente los contratos de suministro son celebrados por medio de la utilización de los contratos por adhesión, situación por la cual el consentimiento es instantáneo.

Las ofertas pueden tener plazo o estar sujetas a término alguno, si es una oferta con plazo, su vigencia se prolonga por todo el tiempo previsto.

Si es una oferta sin plazo primeramente se debe de distinguir entre oferta sin plazo entre presentes y oferta sin plazo entre no presentes.

Cuando estamos en presencia de una oferta sin plazo entre presentes, su duración es mínima, pues en ese momento en que se da la oferta, si no acepta la persona a la cual va dirigida la oferta, en ese mismo instante el autor de la oferta quedará desligado.

Pero si la propuesta es entre no presentes, su eficacia se prolonga todo el tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público más tres días, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.

La propuesta hecha por sí sola produce una obligación a cargo del oferente, en este caso suministrador, ya sea está oferta con plazo y oferta entre no presentes, la obligación que produce es la de mantener la oferta durante los plazos legales.

La formación del consentimiento entre los no presentes maneja varios supuestos, los cuales son por medio del sistema de la declaración, sistema de la expedición, sistema de la recepción y el sistema de la información.

Sistema de la declaración, por medio de la cual se establece que en el momento en que el destinatario recibe la oferta y está conforme con ella, es decir la acepta lisa y llanamente, es en ese momento cuando se forma el consentimiento.

Sistema de la expedición, por medio de la cual se maneja que no es suficiente con que el destinatario se encuentre conforme con la oferta, sino que además es necesario que el destinatario haga saber su conformidad a la oferta por medio de una carta o telegrama y que lo deposite en la oficina correspondiente.

⁶⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Contratos Civiles, Editorial Porrúa, México 2000, Página 58.

Sistema de la recepción, éste es el sistema adoptado por el Código Civil para el Distrito Civil, el cual manifiesta a través de su artículo 1807, el cual establece lo siguiente “el contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta...”, lo cual nos manifiesta que para que se de el contrato, no es suficiente con que el oferente haga saber su oferta al destinatario y éste la acepte, ni es suficiente con que el destinatario envíe su aceptación, sino que además es necesario para que se de el contrato que el oferente se entere de la aceptación enviada por el destinatario a su domicilio.

Sistema de la información, según este sistema el consentimiento se forma en el momento en que el oferente se entera del contenido de la aceptación, es decir para este sistema no es suficiente que la aceptación enviada por el destinatario haya llegado a su domicilio, sino además que el oferente se entere de dicha aceptación.

Para el caso de la que la oferta sea realizada con plazo a una persona no referente, éste deberá respetar el plazo concedido, quedando ligado hasta la expiración del plazo concedido.

El segundo elemento de los contratos de suministro es el objeto, la cual es la obligación de dar o de hacer algo, debe ser un bien mueble y generalmente es un bien genérico. En materia mercantil se les llama mercancías o mercaderías y normalmente, en el contrato, se suele indicar la calidad de las cosas. El término cosas como “se utiliza para este contrato corresponde a la de bienes tangibles o corpóreos, como especie del género bien. Las cosas futuras pueden ser objeto de este contrato y, en la mayoría de los casos, este será el supuesto en el suministro”.⁶⁹

Las cosas que pueden llegar a suministrar el suministrante por medio de este tipo de contratos son bienes como el servicio de teléfono, energía eléctrica, televisión por cable, información por computadora, servicios de comunicación por satélite y otras más que son cosas o bienes tangibles. En los bienes antes señalados por su propia naturaleza, las entregas deberán ser continuadas.

En base a la enumeración anteriormente indicada sobre los servicios que se pueden prestar a través del contrato de suministro, la cual es enunciativa más no limitativa, nos damos cuenta de que es ya una necesidad jurídica, el que se regulen dichos tipos de contratos, pues son servicios que ya son básicos para la mayoría de las personas, como lo es por ejemplo, los servicios de teléfono celular.

La especie y calidad de los bienes objeto del contrato, deberán de ser conforme a lo que previamente se haya estipulado en el contrato, y a falta de pacto sobre la calidad de los bienes materia del contrato, no podrá exigirse al suministrador otra cosa que la entrega de bienes o cosas de especie y calidad medias.

Las cantidades materia del objeto del suministro pueden fijarse de varios modos, ya sea de acuerdo a las necesidades del suministrado, por la capacidad de producción del suministrador o a través de un mínimo y un máximo de cosas a suministrar, señalando la obligación mínima de compra del suministrado y el máximo de venta por parte del suministrante.

Un elemento que se da dentro del objeto del suministro es el plazo, pues es en beneficio de las partes que intervienen en este tipo de contratos, es decir en beneficio del suministrado y del suministrante, se puede pactar en beneficio sólo de una de las partes, pero tal situación para que tenga validez se debe establecer expresamente.

⁶⁹ Arce Gargollo Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa, México 2004, Página 141.

Respecto al plazo las prestaciones pueden ser periódicas o continuadas, las prestaciones periódicas son aquellas que se repiten en el tiempo con individualidad propia y cada una puede identificarse en forma independiente.

Mientras que en las prestaciones continuadas no existen períodos que interrumpen el cumplimiento del contrato, es decir, se deberá cumplir constantemente la prestación debida durante su vigencia, señalando períodos de corte que generalmente son mensuales para determinar las cantidades suministradas, sin dejar de señalar que de igual forma es para efectos de facturación.

El precio materia de los contratos de suministro, es un elemento fundamental para que se den este tipo de contratos, pues en la mayoría de las veces en base a él, el posible suministrado se adhiere o no a este tipo de contratos.

En los casos de suministro con carácter periódico, el precio se fija para cada prestación aislada o autónoma o puede señalarse un precio para todas las prestaciones. “El precio puede ser determinable, con lo que resulta aplicable la disposición del contrato de compraventa que permite que el precio sea el que corre en el día o lugar determinados o el que fije un tercero”.⁷⁰

Para el caso de que las partes no fijen el precio se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate, tal regulación se establece en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, aplicable a casos de suministro.

Mientras que los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado universalmente conocido como UNIDROIT publicados en 1994, señalan a través de su Artículo 5.7, “que a falta de precio estipulado por las partes, se entenderá que las mismas se remitieron al precio generalmente cobrado por tales prestaciones al momento de celebrarse el contrato, en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial. Cuando la determinación del precio quede a cargo de una de las partes y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario. Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no pueda o no quiera fijarlo, el precio será uno razonable. Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen, que han dejado de existir o que no son asequibles, se acudirá como sustituto al factor equivalente más cercano”.

Al no existir una regulación sobre los contratos de suministro en nuestro Derecho positivo, obviamente no se regula sobre la situación de que el precio debe ser necesariamente en dinero, lo cual hace suponer que de igual forma puede pagarse no sólo en dinero sino que además puede pagarse en especie, como sucede en tantas ocasiones en nuestra sociedad.

El contrato de suministro al ser un contrato de duración, se le suele establecer un precio variable, el cual podrá ir cambiando debido a diferentes circunstancias, las cuales por supuesto deben de constar expresamente en dichos contratos. En la práctica suele emplearse la expresión cláusula de escalación de precios para determinar y variar el precio.

⁷⁰ Garrido Roque Fortunato y Zago Jorge Alberto, Contratos Civiles y Comerciales, Tomo I, Parte General, Editorial Universidad, Argentina 1999, Página 545.

Otro modo usual de acordar dichos cambios en el precio se lleva a través de la utilización de una fórmula que incluya factores variables en la economía de un lugar y que puedan conocerse y cuantificarse fácilmente.

El objeto debe de cumplir con varios requisitos para que se pueda establecer como una obligación del contrato de suministro, el cual “debe de ser posible, siendo un objeto imposible aquella cosa, hecho o abstención que no tenga facticidad real, ya sea porque lo impida una ley natural o una ley jurídica, existiendo dos clases de imposibilidades, las cuales son la imposibilidad jurídica o la imposibilidad natural”.⁷¹

La cosa es físicamente imposible cuando no existe ni puede llegar a existir, es jurídicamente imposible cuando no es realizable por encontrarse en contra de lo establecido por el Derecho positivo.

Cuando una cosa no existe, pero si puede llegar a existir, tal bien si constituye un objeto posible, pues puede ser creado más adelante.

Un requisito más con el que debe de cumplir el objeto es que sea determinado o determinable en cuanto a su especie, puesto que una cosa indeterminada e indeterminable no es posible, y es que al no proporcionar las bases para su individualización, el acreedor no sabría que cosa exigir, ni el deudor sabría que debe entregar.

El objeto se debe de encontrar dentro del comercio, es decir deben ser objeto de apropiación para los particulares, no siendo bienes del dominio público, ni estar expresamente prohibidos por la ley para su comercio.

En cuanto a la formalidad al no encontrarse regulado por la ley el contrato de suministro carece de la misma, simplemente es consensual, pues se perfecciona por consentimiento de las partes, es importante señalar que para otorgar una mayor protección a la parte débil de este contrato, es decir al suministrado, puesto que generalmente el clausurado de este tipo de contratos es redactado unilateralmente por el suministrador al cual el posible suministrado sólo tiene la libertad de adherirse o no a dicho clausurado, debe de legislarse o establecer legalmente que todos los contratos de suministro para que sean considerados como legales y así surtir efectos jurídicos deben de registrarse ante la Procuraduría Federal del Consumidor, como sucede con algunos contratos por adhesión.

En cuanto a su clasificación encontramos que cuando constituye un acto de comercio prestado por empresas, de acuerdo con lo establecido por el Código de Comercio vigente a través de su Artículo 75, fracción V, el contrato de suministro será mercantil; es consensual, en tanto se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, como vimos anteriormente, dicho contrato no requiere de forma alguna por la ley para su validez, aunque en la gran mayoría de las veces se celebra por escrito a través de un contrato por adhesión; dicho contrato produce obligaciones de dar; es un contrato bilateral, pues produce derechos y obligaciones para las dos partes.

El contrato de suministro es oneroso, y es que los provechos y gravámenes son recíprocos; en la mayoría de las ocasiones es un contrato conmutativo, siendo la excepción que pueda ser aleatorio cuando el precio o la cantidad a suministrar presentan variaciones que dependen de circunstancias posteriores a la celebración del contrato; es un contrato de tracto sucesivo, de duración o de ejecución periódica o continuada, pues su cumplimiento se prolonga

⁷¹ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press, México 2003, Página 59.

en el tiempo; es principal ya que su existencia no depende de otro contrato, tiene existencia por sí mismo.

En algunos casos puede ser un contrato administrativo sujeto a leyes especiales y por último para nuestro Derecho positivo “como negocio de Derecho privado, es un contrato atípico por que no se encuentra regulado por nuestra legislación”.⁷²

Además de los elementos anteriormente indicados para la validez de un contrato de suministro, éstos deben encontrarse sin vicios, como lo son el error, el dolo, la mala fe, la violencia y la lesión.

El error es un falso concepto de la realidad o el conocimiento equivocado que se tiene sobre una cosa, un hecho o una norma jurídica, el error sufrido por el autor del acto jurídico en cuestión vicia su voluntad y provoca la nulidad del acto, siempre y cuando dicho error recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad del sujeto.

El error puede ser de hecho o de derecho, es de hecho cuando se refiere a circunstancias fácticas y será de derecho cuando se da sobre la existencia, alcance o interpretación de las normas jurídicas.

De igual forma los errores se subclasifican en error indiferente, error nulidad y error obstáculo.

El error indiferente recae sobre circunstancias accidentales, no perjudicando la existencia del acto, subsistiendo como válido.

El error nulidad, por el contrario al anterior si vicia el consentimiento, produciendo la nulidad del acto jurídico, pues recae sobre el motivo determinante de la voluntad del sujeto, dicho error tiene una gravedad media, dicha nulidad deberá ser ejercitada por la parte que sufrió tal vicio.

El error obstáculo impide la reunión de voluntades produciendo la inexistencia total del acto jurídico recayendo sobre un aspecto tan importante y trascendente que impide la formación del acuerdo de voluntades obstaculizando la integración del consentimiento.

Las consecuencias que da como resultado el error nulidad como vicio del consentimiento, es que el acto jurídico se encuentre afectado de nulidad relativa, la cual no impide que el acto jurídico surta provisionalmente sus efectos, los cuales desaparecerán retroactivamente, cuando el juez pronuncie la sentencia de nulidad.

La acción de nulidad por causa de error prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende, si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos según sea el caso, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido.

Un vicio que de igual forma se da o se puede dar en el consentimiento de los contratos de suministro es el dolo, el cual “se da cuando existe cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él al adherente”.⁷³

⁷² Arce Gargollo Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa, México 2004, Página 139.

⁷³ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University Press, México 2000, Página 78.

El dolo se da a través de una conducta, se requiere de una sugestión de un sujeto hacia el otro por medio de artificios usados para hacer caer en error a la otra parte. El dolo puede ser principal o incidental, es principal cuando fue el motivo determinante para la realización del acto, dando entrada a la acción de nulidad, y será incidental cuando dicho dolo no fue determinante para que se dé el acto jurídico, no produciendo por ende la nulidad del acto. El dolo puede venir de una de las partes o de un tercero cuando aquella que es beneficiada sabe de su existencia.

De igual forma existe el dolo bueno por medio del cual se considera que el consentimiento no está viciado, el dolo bueno consiste o se da cuando las partes contratantes hacen algunas consideraciones sobre los provechos o perjuicios que pueden resultar de la celebración o no del acto jurídico, siempre y cuando no importen engaño.

Las reglas aplicables para la acción de nulidad cuando se dé el dolo como vicio del consentimiento de un acto jurídico, serán de igual forma las anteriormente establecidas para el error, solamente cambia en cuanto a que no se puede renunciar por adelantado a la nulidad que resulte del dolo.

Un tercer vicio que suele darse en el consentimiento es la mala fe, consistente en la disimulación del error en que se encuentra la parte afectada por el mismo, siempre y cuando aquélla lo conozca, por lo tanto la mala fe es pasiva, el sujeto se abstiene de sacar a la otra persona del error en que se encuentra, la mala fe no puede provenir de un tercero, como sucede en el dolo.

La mala fe al igual que los vicios anteriores produce la nulidad relativa del acto jurídico, produciendo sus efectos provisionalmente hasta entonces no se declare la nulidad relativa por la autoridad competente, dicha acción de nulidad sólo puede ser invocada por el perjudicado, es confirmable y prescriptible.

Un vicio más que se puede dar en el consentimiento es la violencia, la cual es la coerción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona determinada, contra su voluntad, a la realización de un acto jurídico. Es la fuerza física o amenazas ejercidas sobre la otra parte para arrancarle una declaración de voluntad que no desea.

La violencia puede ser física o puede ser moral, ambas tienen como efecto que producen el temor, elemento psicológico que realmente vicia la voluntad al suprimir la libertad de decisión de una de las partes.

La violencia puede ser ejercido por una de las partes o por algún tercero, aún y cuando no tenga interés en el acto y aún sin consentimiento de aquélla.

Al existir violencia ya sea física o moral en el consentimiento de alguna de las partes de igual forma existe la nulidad relativa, la cual no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los que serán anulados cuando se pronuncie la sentencia decretando la nulidad, es confirmable, prescriptible y sólo puede invocarse por la parte afectada.

Un vicio más que se da en los contratos de suministro es la lesión, “consistente en la desproporción exagerada de las prestaciones que las partes se deban recíprocamente por el acto jurídico”.⁷⁴

⁷⁴ Ob Cit, Página 89.

Se maneja un elemento objetivo consistente en el lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado entre una prestación y otra, y un elemento subjetivo el cual se refiere al aprovechamiento de la ignorancia, la inexperiencia o extrema miseria de la parte afectada.

La parte perjudicada es la competente para pedir la nulidad por lesión, se concede un plazo de un año, no se puede renunciar por adelantado al derecho de hacer valer la nulidad en caso de lesión.

Comentarios finales: Después de haber estudiado las figuras jurídicas de las obligaciones y de los contratos en general, de los contratos de adhesión y de los contratos de suministro, nos damos cuenta que si es posible plantear o proponer diversas modificaciones a nuestros ordenamientos jurídicos positivos, con lo cual se logrará o pretenderá buscar lograr una mayor protección a la parte débil de los contratos de suministro cuando son celebrados por medio de los contratos de adhesión, buscando así además equilibrar la posición jurídica de ambas partes.

En el siguiente capítulo denominado contrato de suministro o considerado de adhesión, veremos a la figura jurídica ya de una manera más específica, analizaremos más a fondo al contrato de suministro cuando es celebrado por medio del contrato de adhesión, con la finalidad de proponer una reforma, modificación y derogación de leyes.

CAPITULO CUARTO.

Lo que se pretende probar por medio de la inclusión del presente capítulo, analizando ya de una manera más específica al contrato de suministro cuando es celebrado por medio de los contratos de adhesión, a través de la regulación que se le da en México, por medio de la Ley Federal de Protección al Consumidor, es que tal regulación ya no es suficiente o adecuada y que es necesario adecuar dicha legislación a nuestra realidad actual, buscando de esa manera dar una mayor protección a la parte débil de este tipo de contratos.

CONTRATO DE SUMINISTRO O CONSIDERADO DE ADHESION.

4.1 CAUSAS DEL CONTRATO DE SUMINISTRO O CONSIDERADO DE ADHESION.

El presente subcapítulo tiene como finalidad señalar las causas por las cuales surgieron los contratos por adhesión, pero antes de entrar al estudio de dicho tema, considero que es primordial para el presente subcapítulo señalar la forma de contratación que predominó en el siglo diecinueve, es decir en la época en que predominó el liberalismo.

“El pensamiento jurídico del siglo diecinueve concibió al contrato como expresión de la voluntad individual plasmada en el acuerdo de voluntades”.¹

Dicho pensamiento jurídico se debió entre otros factores sociológicos, políticos y económicos al triunfo de la Revolución Francesa, la cual afirma el imperio de una ideología económica y social basada en la igualdad y la libertad, con lo cual predominó los esquemas exagerados del individualismo liberal, afianzándose el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, es cierto que tal principio fue importante para su época, pero también es cierto que el Derecho es, por esencia, el resultado de las condiciones político-económicas de la sociedad, el cual debe de buscar establecer las normas adecuadas de acuerdo a las necesidades imperantes para la época en que se encuentra.

Aquellos postulados basados primordialmente en la igualdad, establecían que todos eran igualmente libres en su actividad económica, en la conclusión de los contratos y en general en los distintos ámbitos del obrar interprivado.

El principio de la libertad contractual fundado en la igualdad formal de los individuos, reconocía a todos idéntico poder jurídico, entrando dentro de ese “todos” la empresa, la cual adquiriría día con día mayor fuerza, siendo lógicamente económicamente superior a las personas físicas, la cual determinaba unilateralmente, en su propio beneficio, el contenido y las circunstancias del negocio a celebrar en la mayoría de los casos.

Las ideas individualistas plasmadas en el Código de Napoleón influenciado por la Revolución Francesa del 14 de julio de 1789, de alguna manera exageraron el reconocimiento de la libertad personal, asignando un valor absoluto a la voluntad de las partes, elevando al contrato al rango de ley entre las partes, sin limitación más que el orden público y las buenas costumbres.

¹ Farina, Juan M. Contratos Comerciales Modernos, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Argentina 1999, Página 176.

El Código de Napoleón declara que el contrato tiene rango de ley entre las partes y solamente la limita cuando entra en conflicto con el orden público y con las buenas costumbres.

La igualdad en el contrato era una apariencia que se desenvolvía en el plano de la pura teoría, jurídica o civilmente las partes ostentaban igualdad, pero las fuerzas eran desiguales, pues predominaba la potencia de quien contaba con el poder de negociación, al imponer su ley, siendo en la mayoría de las ocasiones, la empresa.

En el siglo diecinueve con el predominio de las ideas liberales, se le otorgaba gran fuerza al individualismo y a la igualdad, pues se consideraba que las personas son iguales ante la sociedad, por lo cual al celebrar cualquier contrato u acto jurídico se pensaba que se encontraban en igualdad de circunstancias para acordar alguna prestación, motivo por el cual no podía existir una mayor necesidad o desigualdad al momento de la celebración del contrato, de alguna de las partes que intervenían en la contratación y por ende no podía existir un aprovechamiento por parte de uno de los contratantes basándose en la necesidad que la otra parte tenía para contratar.

Se empezó aludir a una nueva concepción de la realidad, “se afirmó que el sistema individualista ha sido un producto históricamente contingente y como tal sirvió como respuesta a una etapa o necesidad social ya agotada”.²

Debe quedar claro que la evolución del contrato no ha quedado solidificada y que no puede ser susceptible de continuar evolucionando, tal evolución se debe ir dando según las cambiantes necesidades de una realidad socioeconómica en permanente transformación, transformación que de igual manera debe de sufrir el Derecho en algunas de sus normas.

Debido a las injusticias que proporcionaban las ideas liberales, pues la igualdad entre las personas que celebraban un acto jurídico en la mayoría de los casos era pura ficción, empezaron a surgir nuevos ideales o corrientes, por mencionar alguna surgió el socialismo, el cual a su vez dio paso al comunismo, “dicha doctrina tiene su piedra angular en la propiedad común o colectiva de los medios de producción, negando, por consecuencia el derecho de la propiedad privada de los mismos, junto a la lucha de clases”.³

Se empezó a limitar a las personas en cuanto a la autonomía de la voluntad se refiere, pues ya no sólo se limitaba a través del orden público y las buenas costumbres, empezaron a surgir nuevas ideas, una de ellas es la circunstancia de que el contrato no puede servir a la explotación del hombre por el hombre, ni a consagrar el enriquecimiento injusto, o la lesión, ni infringir las reglas imperativas, o desatender la recomposición del estado de desigualdad económica, o la protección del débil.

La arbitrariedad contractual basada en el egoísmo atentaba contra intereses esenciales de la colectividad, y los contratos, predominantemente, se estaban celebrando a impulso de necesidades imperiosas, o en ocasiones, legales, y que la libertad era incompleta pues la igualdad era teórica a partir de la inferioridad económica de una de las partes de la relación obligacional.

Se empezaron a dar cuenta de que la supuesta igualdad que debía darse entre las personas que pretendían dar vida a un contrato y con ello producir y transferir derechos y

² Stiglitz, Rúben S., Contratos Por Adhesión, Editorial Depalma, Argentina 1999, Página 26.

³ Vallespinos Carlos Gustavo, El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales, Editorial Universidad, Argentina, 1999, Página 152.

obligaciones, en la mayoría de las situaciones no se daba, debido a la gran desigualdad económica que existía entre las partes.

Después de recordar como se concebía al contrato en el siglo diecinueve pasaremos al estudio de las causas que dieron motivo a que surgiera la nueva modalidad de contratación denominada contrato por adhesión.

Entre las causas que originaron la modalidad de contratación por medio del contrato por adhesión, señalando que en realidad es una modalidad de contratación pues solamente cambia la forma de manifestar uno de sus elementos esenciales, me refiero al consentimiento, el cual se manifiesta con la libertad que tiene la persona que no redacta unilateralmente de adherirse o no a dicho acto jurídico; encontramos al desarrollo industrial, el cual a principios del siglo veinte adquirió proporciones no esperadas o previsibles por el Derecho, lo que fue creando un sistema económico donde, por un lado, las empresas adquirirían cada vez mayor poder frente a la masa proletaria y, por el otro, hizo su aparición la masa inerte de los consumidores, pero estableciendo que nos referimos a los consumidores finales.

Los contratos celebrados sobre la base de condiciones generales, es decir, a través de los contratos por adhesión, representan una manifestación de la vida económica y social del siglo veinte, pues de la producción artesanal y del contrato individual, característico del siglo diecinueve, se paso a la producción en masa y a la contratación en serie.

Las nuevas condiciones económicas, industriales, comerciales, tecnológicas y sociales hicieron que la abstracta libertad contractual y el acuerdo de voluntades como base de los contratos resultaran ilusorios y deterioraron el desarrollo de los individuos, que en la mayoría de los casos se hallaban sometidos a la voluntad de las grandes empresas que imponen sus condiciones a la masa de adquirentes, los cuales si aceptaban el clausurado redactado unilateralmente adquirirían el carácter de adherentes.

Una de las causas que adquiere gran importancia para que se de la necesidad de contratar a través del contrato por adhesión, es el gran desarrollo que adquirió la empresa, a la cual el Derecho de la segunda mitad del siglo veinte identificó como un sujeto de imputación, que se disuelve en una multiplicidad de acuerdos contractuales. “Aparece un sujeto, fabricante o no, que actúa como coordinador de una multiplicidad de fabricantes de partes del producto y prestadores de servicios, celebrando contratos que son la instrumentación jurídica de un cúmulo de actividades económicas descentralizadas que se disponen en pos la obtención del producto final para el mercado”.⁴

La aparición de la organización industrial, característica de la empresa moderna, que ha masificado la producción, tuvo como consecuencia que las personas empiecen a tener un mayor acceso, en forma creciente al mercado de bienes y servicios, siendo tal organización industrial una más de las causas para que se dé la utilización del contrato por adhesión.

De tal manera que se fue acentuando cada vez más el desequilibrio entre los individuos, se produjo un cambio radical en la producción y el consumo de bienes y servicios, acompañado de la dinámica de la historia y la celeridad de las negociaciones.

Al fortalecerse el poder político de ciertos grupos de particulares, junto al poderío económico que los mismos alcanzaron, la libertad de contratación quedó disminuida,

⁴ Lorenzetti, Ricardo L., Contratos Parte Especial, Tomo I, editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina 2003, Página 30.

acentuando una desigualdad, pero una desigualdad jurídica, pues en realidad la desigualdad económica, siempre ha existido.

La concentración de las riquezas en manos de unos pocos particulares los cuales empezaron a hacer sentir sus fuerzas, al igual que el surgimiento de grandes capitales dedicados a la producción de bienes y servicios pero organizados ahora alrededor de importantísimas empresas que cubren no sólo el ámbito nacional, sino ahora, con las llamadas empresas transnacionales cubren el ámbito internacional, fueron factores importantes para que se produjera la contratación por adhesión.

Las empresas empezaron a elevar al máximo su productividad procurando el menor gasto posible, incluyendo en tal ahorro, la comercialización. Se uniformaron cada vez más las relaciones jurídicas que mantienen las empresas con sus clientes a través de la utilización de formularios en los que quedan establecidas las condiciones bajo las cuales la empresa está en condiciones de ofrecer, es decir, se empezó a utilizar con más frecuencia la contratación por adhesión.

Comenzando con el fulgor de los grandes adelantos tecnológicos, trajeron como consecuencia para el ámbito contractual que la oferta y la demanda se automaticen a través de distintos mecanismos técnicos que llevaron al establecimiento previo de las condiciones de la contratación, debido al factor dinámico y acelerado de la sociedad actual.

Es así que “la clásica teoría del consentimiento en materia contractual comenzó a ceder terreno a consecuencia de las nuevas modalidades de contratación, impuestas por la constante movilidad de las transacciones mercantiles”.⁵

La gigantesca fabricación en serie y en gran escala, a menudo carente de los recaudos de calidad y seguridad adecuados para la protección de la salud y el patrimonio del cliente, la creación artificial de necesidades masivas, popularizadas mediante fórmulas publicitarias de inmensa potencialidad para condicionar psicológicamente al consumidor hacia el acrecentamiento de su propensión a la adquisición, la conformación de un marco falseado de confianza en la empresa, que obstaculiza la percepción de la situación real de conflicto estructural de intereses, mediante sistemas persuasivos de venta o técnicas crediticias de fácil acceso pero generadoras de un insalvable endeudamiento sin salida, como tales ejemplos podemos encontrar la utilización de la publicidad empleada por las grandes empresas como Gigante o Comercial Mexicana por ejemplo, por medio del cual te ofrecen la compra de productos a plazos, son una causa fundamental para que se dé la contratación en masa y el consumismo a través de la contratación en la modalidad por adhesión.

“La utilización de la contratación a través de los contratos por adhesión aumenta la seguridad y la rapidez de la contratación evitando largas negociaciones que traería consigo la contratación individual precedida de discusiones en torno a todas y cada una de las estipulaciones contenidas en el contrato”.⁶

La ampliación de los mercados de consumidores y de un desarrollo tecnológico que facilitó el proceso productivo, acelerándolo, sin dejar de señalar la utilización de anuncios

⁵ Farina, Juan M. Contratos Comerciales Modernos, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Argentina 1999, Página 169.

⁶ Carrer, Mario, Cesión de posición contractual, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, XIX, Argentina 2000, Página 24.

publicitarios agresivos, anunciando bienes y servicios, en ocasiones con anticipación a la demanda, fueron factores determinantes para la utilización de los contratos por adhesión.

Lo que se produce en serie no es factible de ser comercializado mediante la celebración de contratos en los cuales se discutan su clausurado, hace necesario que los planes de la racionalización empresarial se extiendan a la actual etapa de contratación, caracterizada por la modalidad en cuanto al consentimiento por adhesión a cláusulas predispuestas o elaboradas con anticipación por el suministrador, los cuales debido a su rigidez, no pueden ser discutidos, sino simplemente aceptados lisa y llanamente.

La publicidad es un factor determinante desde un perfil económico-social y político, “es uno de los instrumentos que utiliza la empresa para influir sobre la acción humana, predominantemente mediante la manipulación de las representaciones, con el objeto de presentar o dar a conocer el bien o servicio que será objeto de oferta, para atraer clientes con ánimo de lucro, buscando multiplicar artificialmente el consumo, o cuando propone nuevos modelos, aptos para generar nuevas demandas para cubrir necesidades, ya plenamente satisfechas”⁷, tal es el caso de los celulares, pues bastaría con contar con un celular por medio del cual podamos localizar a personas y ser localizados donde quiera que nos encontremos, pero actualmente ha surgido la necesidad de que tales bienes muebles tengan accesorios como lo son el envío de mensajes escritos, cámara fotográfica, radio, reproductor de mp3, entre otros.

Se dio origen al consumismo, en base a la demanda multiplicada, condicionada, desbordada e irracional de bienes y servicios, con los consiguientes efectos emplazados en el marco de las técnicas de contratación, aptas para la comercialización masiva, desde la fase preparatoria del negocio.

El consumidor es la persona individual o jurídica ubicada al concluir el circuito económico, puesto que pone fin a la vida económica del bien o servicio, es decir, es el destinatario final del bien o servicio ofrecido, quedando excluidos el consumidor industrial o revendedor, pues éste no es el destinatario final.

Se señala lo que se debe de entender por consumidor, pues es a él, a quien debe de buscar protegerse frente a la empresa o suministrador.

La modalidad de los contratos por adhesión surge principalmente por que la evolución económica y social de los últimos tiempos, merced a la dinámica interna del capitalismo económico, produciendo el fenómeno de la gran empresa ya sea nacional o transnacional, y al mismo tiempo, y casi por la misma razón, la ampliación de consumidores, es decir, la ampliación de personas que aspiran a adquirir o disfrutar los bienes o servicios que para el consumo proporcionan las empresas, convirtiendo el tráfico económico en tráfico de masa, el cual se ve estimulado por la ampliación del número de consumidores.

Las desventajas que produce la modalidad de la contratación por adhesión es que en ocasiones permite la aparición de cláusulas abusivas, que generalmente este tipo de contratos se utilizan como un instrumento de dominación signado por la desigualdad, pues se da a una de las partes, es decir a la que redacta unilateralmente el clausurado, todo el poder de negociación económica concentrado en su favor.

4.2 REGULACION POR PARTE DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.

⁷ Stiglitz, Rúben S., Contratos Por Adhesión, Edutorial Depalma, Argentina 1999, Página 31.

La Ley Federal de Protección al consumidor al igual que el Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Comercio vigentes en nuestro territorio hacen caso omiso sobre los contratos de suministro, dando como resultado que dicho contrato adquiera la naturaleza de un contrato atípico.

Cabe mencionar que el contrato de suministro materia de estudio del presente trabajo, es el contrato de suministro celebrado entre particulares, más no los contratos de suministro en los cuales interviene el Estado, ya sea como suministrado o suministrador, pues el contrato de suministro en que interviene el Estado, si tiene regulación jurídica en nuestro territorio nacional a través de algunas leyes, como por ejemplo la Ley de Competencia Económica, entre otras.

Se podría decir que no se ha reglamentado al contrato de suministro en nuestro Derecho positivo como lo han hecho en Italia u Honduras a través de su Código Civil y Código de Comercio respectivamente, por citar algunos ejemplos, debido a que nuestra doctrina lo estudia como una variante de la compraventa, aunque tiene particularidades propias que lo conforman como una figura distinta, como veremos a continuación.

El contrato de suministro se distingue de la compraventa ya sea de ejecución inmediata o con entrega única porque en éste la obligación se cumple en un solo acto, mientras que en el suministro tal cumplimiento se prolonga en el tiempo.

Se distingue de la compraventa con entregas parciales repartidas a lo largo del tiempo, por que en ésta hay una prestación única, aunque la fracción se fraccione, mientras que en el suministro existen varias prestaciones autónomas ligadas entre sí en un contrato único, es decir, “en la compraventa hay una sola prestación y una sola obligación mientras que en el suministro hay pluralidad de prestaciones que se corresponden con una pluralidad de obligaciones”.⁸

Se diferencia de la compraventa con entregas periódicas porque en ésta, la obligación es divisible, mientras que en el suministro, la obligación no puede ser divisible, pues cada prestación, una vez cumplida no afecta a las anteriores ya cumplidas o a las posteriores.

Cabe mencionar que en Italia y en Honduras, que son algunos de los países en los cuales se regula al contrato de suministro, no se le regula como una modalidad de la compraventa, sino como un contrato autónomo, distinto de la compraventa.

Es necesario debido a la utilización de este tipo de contratos que se le dé una regulación dentro de nuestro Derecho positivo, puesto que como hemos visto reviste características especiales que lo diferencian de la compraventa, motivo por el cual no toda la regulación que existe para éste, puede ser factible que se dé para el contrato de suministro, considero que sería ideal que se regule por medio de la Ley Federal de Protección al Consumidor, utilizando supletoriamente al Código de Comercio y al Código Civil respectivamente, se debe regular a través de la Ley Federal de Protección para el Consumidor principalmente puesto que generalmente este tipo de contratos se elaboran a través de la contratación por adhesión y siendo que a quien se busca proteger con el presente trabajo es al suministrado final, es decir, al destinatario final del suministro de que se trate.

Es importante establecer la regulación que nuestro Derecho positivo otorga al contrato por adhesión, puesto que la gran mayoría de los contratos de suministro se llevan a cabo por medio de dicha modalidad de contratación.

⁸ Arce Argollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa, México 2004, Página 156.

Los contratos por adhesión son regulados por nuestro Derecho positivo a través de la Ley Federal de Protección al Consumidor en algunas de sus disposiciones, “dicho ordenamiento jurídico regula al contrato por adhesión por medio de su Capítulo diez romano, denominado De los contratos de adhesión en sus artículos 85 al 90 Bis”.⁹

Como antecedente histórico se debe de hacer mención que el 22 de diciembre de 1975 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la primera Ley Federal de Protección al Consumidor, misma que entró en vigor el 5 de febrero de 1976, tal Ley fue sometida el 26 de septiembre de 1975 por el entonces Presidente de la República, el Licenciado Luis Echeverría Álvarez a la consideración del Congreso de la Unión la iniciativa de la mencionada Ley, tomando en cuenta los arduos trabajos del Comité Nacional Mixto de Protección al Salario y de la Secretaría de Industria y Comercio, cuyo titular era el Licenciado José Campillo Sáinz.

Con la entrada en vigor del mencionado ordenamiento jurídico, lo que se buscaba fue darse fin a todo tipo de prácticas mercantiles abusivas, que van en detrimento de los intereses de la Patria.

La actual Ley Federal de Protección al Consumidor es la publicada el 24 de diciembre de 1992, la cual busco establecer, entre otras modificaciones sustantivas, las tendientes a mejorar la eficacia de los mecanismos de atención y defensa de los consumidores.

Después de saber un poco sobre la Ley Federal de Protección al Consumidor, entraremos a la regulación que la misma otorga a los contratos por adhesión situando tal normatividad dentro de nuestro Derecho positivo.

La Ley Federal de Protección al Consumidor nos indica lo que se debe de entender por contrato de adhesión, dándonos una definición del mismo a través de su Artículo 85, el cual indica lo siguiente:

Artículo. 85- 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 términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun 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. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley.

El Artículo antes transcrito, no sólo nos indica lo que debemos de entender por contrato de adhesión, sino que además, nos señala algunos de los requisitos que debe de contener para su validez, como por ejemplo el encontrarse ausente de cláusulas abusivas dentro de su contenido.

“El concepto de contrato de adhesión de la Ley Federal de Protección al Consumidor es muy amplio e incluye también lo que se conoce como condiciones generales del contrato”.¹⁰

La Ley Federal de Protección al Consumidor, busca proteger a la parte débil de este tipo de contratos llevando un registro de los contratos de adhesión, el cual se fundamenta en virtud del Artículo 86 del referido ordenamiento, el cual establece lo siguiente:

⁹ Ley Federal de Protección al Consumidor, Editorial Porrúa, 2005, Vigésimo Sexta Edición.

¹⁰ Arce Gargollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa, México 2004, Página 78

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.

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

Los contratos de adhesión sujetos a registro deberán contener una cláusula en la que se determine que la Procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia. Asimismo, deberán señalar el número de registro otorgado por la Procuraduría.

El artículo antes referido, al principio señala que la Secretaría será la encargada de establecer que contratos de adhesión deberán ser materia de inscripción ante la Procuraduría; según el Artículo segundo fracción III, al hablar de la Secretaría, se refiere a al Secretaría de Economía, y al hablar de Procuraduría, según el citado artículo fracción IV, se refiere a la Procuraduría Federal del Consumidor.

Considero que es bueno este tipo de control que pretende otorgar la citada Ley, pero considero que sería mucho más eficaz si se establece que todos los contratos celebrados por adhesión deberán inscribirse en la Procuraduría antes señalada con la finalidad de proteger de una manera más eficiente al adherente, así se evitaría y trataría de exterminar o desaparecer a las cláusulas abusivas, pero tal situación será materia de estudio en subcapítulos mas adelante.

De igual forma se establece que los contratos por adhesión inscritos en el aludido Registro, deberán de someterse ante la competencia de la Procuraduría Federal del Consumidor para el caso de que surja alguna controversia.

A través de su Artículo 86 Bis se busca señalar los requisitos que deberán de contener los contratos por adhesión cuando se trate de prestación de servicios, así pues dicho artículo indica lo siguiente:

Artículo 86 Bis.- En los contratos de adhesión de prestación de servicios deben incluirse por escrito o por vía electrónica los servicios adicionales, especiales, o conexos, que pueda solicitar el consumidor en forma opcional por conducto y medio del servicio básico.

El proveedor sólo podrá prestar un servicio adicional o conexo no previsto en el contrato original si cuenta con el consentimiento expreso del consumidor, ya sea por escrito o por vía electrónica.

El aludido artículo para mi parecer es contradictorio entre su primer párrafo y el segundo, pues si bien es cierto que deberá especificarse que tipo de servicios adicionales o conexos puede contratar el adherente, también es cierto que no impone sanción alguna para el caso de que no se cumpla con tal requisito, y no sólo eso, sino que además a través del segundo párrafo deja sin efecto al primero al establecer que en caso de no cumplir con el requisito establecido en el primer párrafo bastará con el consentimiento expreso del consumidor o adherente, siendo esto aberrante, pues deja en estado de indefensión al adherente al darle la posibilidad de obligarse por un servicio adicional o conexo, el cual desconoce, por no contar con el requisito establecido en el primer párrafo del mencionado artículo.

La presente Ley trata de componer un poco lo señalado anteriormente a través de su Artículo 86 Ter, aunque como veremos sigue dejándolo en evidente estado de inferioridad al establecer por medio de dicho artículo fracción III, que solamente podrá dar por terminado la

prestación del servicio adicional, entre otros requisitos si se hubiese vencido el plazo mínimo pactado para este servicio adicional.

Artículo 86 Ter.- En los contratos de adhesión de prestación de servicios, el consumidor gozará de las siguientes prerrogativas:

I. Adquirir o no la prestación de servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico;

II. Contratar la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos con el proveedor que elija;

III. Dar por terminada la prestación de los servicios adicionales, especiales o conexos al servicio básico en el momento que lo manifieste de manera expresa al proveedor, sin que ello implique que proceda la suspensión o la cancelación de la prestación del servicio básico. El consumidor sólo podrá hacer uso de esta prerrogativa si se encontrare al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales y se hubiese vencido el plazo mínimo pactado; y

IV. Las demás prerrogativas que señalen ésta y otras leyes o reglamentos.

El consumidor gozará de las anteriores prerrogativas aun cuando no hubieren sido incluidas de manera expresa en el clausurado del contrato de adhesión de que se trate.

El siguiente artículo de la referida Ley señala que cuando un contrato por adhesión haya sido registrado, se supone que ese contrato es válido y no podrá tener modificación alguna, por haber sido materia de revisión antes de su inscripción con la finalidad evitar la utilización de cláusulas abusivas, por lo cual señala que en caso de existir diferencia con un contrato por adhesión en su texto ya autorizado, se tendrá por no puesto, de igual manera no establece sanción alguna para el caso de que se dé dicho supuesto.

Artículo 86 Quater.- “Cualquier diferencia entre el texto del contrato de adhesión registrado ante la Procuraduría Federal del Consumidor y el utilizado en perjuicio de los consumidores, se tendrá por no puesta”.¹¹

El artículo 87 de la multicitada Ley nos habla sobre el procedimiento que deberá de seguirse para el registro de los contratos por adhesión, así como la sanción a que será acreedor un contrato por adhesión que deba inscribirse y lo cual se omitió, tal sanción es que dicho contrato no producirá efectos contra el consumidor, dicho artículo señala lo siguiente:

Artículo 87.- En caso de que los contratos de adhesión requieran de registro previo ante la Procuraduría, los proveedores deberán presentarlos ante la misma antes de su utilización y 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.

Los contratos que deban registrarse conforme a esta ley, las normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables, y no se registren, así como aquéllos cuyo registro sea negado por la Procuraduría, no producirán efectos contra el consumidor.

¹¹ Ley Federal de Protección al Consumidor, Editorial Porrúa, 2005, Vigésimo Sexta Edición.

El siguiente artículo faculta a la Procuraduría para publicar en el Diario Oficial de la Federación el modelo de los contratos por adhesión que los proveedores podrán utilizar, sin modificarlo ni incluir otras cláusulas o excepciones a su aplicación, cabe señalar que la sanción que se establece para el caso de colocarse en el supuesto de utilizar modelos de contrato por adhesión publicados por la Procuraduría modificándolos para su beneficio, consideró que es insuficiente con la sanción prevista, la cual es que dichas modificaciones se tendrán por no puestas, pues el proveedor actuó con dolo, buscando obtener un beneficio personal.

Artículo 87 Bis.- La Procuraduría podrá publicar en el Diario Oficial de la Federación, el modelo de aquellos contratos que deban ser registrados de conformidad con el artículo 86 de esta ley, a fin de que los proveedores puedan utilizarlos. En tales casos, el proveedor únicamente dará aviso a la Procuraduría sobre la adopción del modelo de contrato para efectos de registro.

Cuando el proveedor haya dado aviso a la Procuraduría para adoptar un contrato conforme al modelo publicado, no podrá modificarlo ni incluir otras cláusulas o excepciones a su aplicación, sin haber cumplido con lo dispuesto en el artículo 87 TER. En caso de no hacerlo, dichas modificaciones, adiciones o excepciones se tendrán por no puestas.

El siguiente artículo, es decir el artículo 87 TER, nos indica que procedimiento deberá seguir el proveedor para el caso de que utilice un contrato por adhesión publicado por la Procuraduría en el Diario Oficial de la Federación y pretenda modificarlo.

Artículo 87 TER.- Cuando el contrato de adhesión de un proveedor contenga variaciones respecto del modelo de contrato publicado por lo que se refiere el artículo anterior, el proveedor deberá solicitar su registro en los términos del procedimiento previsto en el artículo 87.

Como sabemos tal procedimiento previsto en el artículo 87, es el utilizado para el registro de contratos por adhesión ante la Procuraduría.

Artículo 88.- Los interesados podrán inscribir voluntariamente sus modelos de contrato de adhesión aunque no requieran registro previo, siempre y cuando la Procuraduría estime que sus efectos no lesionan el interés de los consumidores y que su texto se apega a lo dispuesto por la ley.

Consideró que el citado artículo esta de más en la presente ley antes indicada, y es que se debe de buscar que todo contrato celebrado por adhesión, debe de inscribirse ante la Procuraduría, pues éste tipo de contratos deja en estado de inferioridad a la parte que solamente tiene la opción de adherirse a dicho contrato, con lo cual se equilibraría la relación entre las partes que intervienen en dichos contratos.

El siguiente artículo faculta a la Procuraduría para requerir información al proveedor de carácter comercial para conocer la naturaleza del acto objeto del contrato, así pues tenemos que dicho artículo establece lo siguiente:

Artículo 89.- La Procuraduría, en la tramitación del registro de modelos de contratos de adhesión, podrá requerir al proveedor la aportación de información de carácter comercial necesaria para conocer la naturaleza del acto objeto del contrato, siempre y cuando no se trate de información confidencial o sea parte de secretos industriales o comerciales.

El artículo noventa de la citada ley indica una lista de las cláusulas abusivas, las cuales no se tendrán por puestas y no serán validas.

El medio que previene la Ley Federal de Protección para el Consumidor para cumplir el objetivo de proteger a los consumidores de posibles injusticias y lograr la equidad, “se basa en que no son válidas y se tienen por no puestas determinadas cláusulas que se consideran abusivas”.¹²

Artículo 90.- No serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando:

I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;

II. Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato;

III. Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor;

IV. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales;

V. Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y

VI. Obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

Finalmente, el artículo 90 Bis de la tan mencionada ley, faculta a la Procuraduría para cancelar el registro ya otorgado para un contrato por adhesión, siempre y cuando se aprecie que contiene cláusulas contrarias a dicha ley o a normas oficiales mexicanas, así pues tenemos que dicho artículo establece lo siguiente:

Artículo 90 Bis.- Cuando con posterioridad a su registro se aprecie que un contrato contiene cláusulas que sean contrarias a esta ley o a las normas oficiales mexicanas, la Procuraduría, de oficio o a petición de cualquier persona interesada, procederá a la cancelación del registro correspondiente.

En tales casos, la Procuraduría procederá conforme al procedimiento establecido en el artículo 123 de esta ley.

Dicho artículo nos establece que la Procuraduría deberá de notificar a los infractores para determinar el incumplimiento de esta ley o en caso de posibles sanciones.

El registro que se maneja en la Ley Federal de Protección para el Consumidor sobre los contratos por adhesión no es público, sino únicamente medio de control y complemento de la actividad dictaminadora de la Procuraduría, “el interés práctico de este registro pudiera ser el que un contrato de adhesión aprobado y registrado no podría ser alegado, en principio, de que contiene cláusulas desproporcionadas o abusivas contra el consumidor”.¹³

De igual forma cabe señalar algunas observaciones sobre la pretendida protección que pretende dar la Ley Federal de Protección para el Consumidor por medio del Registro de los contratos por adhesión, primeramente encontramos que la Procuraduría es una autoridad administrativa, razón por la cual no puede modificar un contrato, en este caso, un contrato de adhesión, dicha autoridad sólo puede no registrarlo y aplicar las sanciones administrativas que procedan.

¹² Arce Gargollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa, México 2004, Página 79.

¹³ Ob-Cit, Página 80.

La Procuraduría no puede anular un contrato, pues esto solo puede hacerlo un Juez, según lo establece el Artículo 2226 del Código Civil, el cual es supletorio de la Ley Federal de Protección para el Consumidor, dicho artículo establece lo siguiente:

Artículo 2226.- La nulidad absoluta, por regla general, no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad.

Y por último se debe señalar que la falta de registro de un contrato no afecta su validez o sus efectos.

4.3 FACULTADES DE LA PROCURADURIA FEDERAL DEL CONSUMIDOR.

Con la creación de la Ley Federal de Protección al Consumidor la cual entro en vigor el 5 de febrero de 1976, de igual manera se crearon la Procuraduría Federal del Consumidor y el Instituto Nacional del Consumidor como organismos descentralizados con personalidad y patrimonio propios.

Al Instituto se le encomendaron las funciones de informar y capacitar al consumidor en el conocimiento y ejercicio de sus derechos, orientar al consumidor para que utilice racionalmente su capacidad de compra, orientarlo en el conocimiento de prácticas comerciales publicitarias, lesivas a sus intereses y para auspiciar hábitos de consumo que protejan el patrimonio familiar y promuevan un sano desarrollo y una más adecuada asignación de los recursos productivos del país.

A la Procuraduría, a su vez, se le otorgaron las atribuciones de representar los intereses de la población consumidora ante toda clase de autoridades administrativas, mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites o gestiones que procedan encaminados a proteger el interés del consumidor; representar colectivamente a los consumidores ante autoridades u organismos públicos o privados y ante los proveedores de bienes o prestadores de servicios; representar a los consumidores ante autoridades jurisdiccionales, previo el mandato correspondiente, cuando a juicio de la Procuraduría la solución que pueda darse al caso planteado, llegara a trascender al tratamiento de intereses colectivos; estudiar y proponer medidas encaminadas a fortalecer la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones de consumo; proporcionar asesoría gratuita a los consumidores; ejercer, con el auxilio y participación, en su caso, de las autoridades locales, las funciones de inspección y vigilancia en materias de precios y tarifas acordados, establecidos o autorizados por la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, así como sancionar su violación y denunciar ante quien corresponda los casos de que tenga conocimiento.

Entre otras facultades la Procuraduría tenía la de denunciar ante las autoridades competentes los casos en que se presuma la existencia de prácticas monopólicas o tendientes a la creación de monopolios, así como las que violen las disposiciones del artículo 28 constitucional, procurar la satisfacción de los derechos a los consumidores conforme a los procedimientos conciliatorio y arbitral; denunciar ante el Ministerio Público los hechos que lleguen a su conocimiento y que puedan ser constitutivos de delito; excitar a las autoridades competentes a que tomen las medidas adecuadas para combatir, detener, modificar o evitar todo género de prácticas que lesionen los intereses de los consumidores o de la economía popular, y entre otras más la de organizar y manejar el Registro Público de Contratos de Adhesión.

Con la publicación en 1992 de la nueva Ley Federal de Protección al Consumidor, en su exposición de motivos se argumentó que .."la necesidad original de contar con dos organismos

para atender las necesidades de los consumidores se ha convertido, a poco más de tres lustros de su creación, en un riesgo de duplicación de instancias administrativas que dificulta al Estado la posibilidad de solucionar requerimientos de la población consumidora. Por ello, la presente iniciativa propone fusionar ambas instituciones en una nueva Procuraduría Federal del Consumidor, que fortalezca su presencia en la sociedad y atienda eficaz y oportunamente a la población”.

Fue así que por medio de tal iniciativa y en ese mismo año desapareció el Instituto Nacional del consumidor y la Procuraduría Federal del Consumidor asumió plenamente la importante encomienda de unificar y mejorar los mecanismos de prevención y sanción.

“La naturaleza jurídica de la Procuraduría Federal del Consumidor la encontramos en el Artículo 20 de la Ley Federal de Protección al Consumidor”.¹⁴

Dicho artículo establece lo siguiente: Artículo 20.- La Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Su funcionamiento se regirá por lo dispuesto en esta ley, los reglamentos de ésta y su instituto.

“Es una entidad de la administración pública paraestatal, pertenece a una forma de administración pública indirecta, es decir, un modo de organización mediante el cual se integran legalmente personas jurídicas o entes de Derecho Público no territoriales, para administrar los negocios de su estricta competencia y realizar fines específicos del Estado, sin desligarse de la orientación gubernamental, ni de la unidad financiera del mismo”.¹⁵

Con la finalidad de entender mejor la naturaleza jurídica de la Procuraduría Federal del Consumidor, es necesario remitirnos a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, más específicamente a su artículo 45, el cual nos señala lo que debemos de entender por un organismo descentralizado, así pues tenemos que dicho artículo indica lo siguiente:

Artículo 45.- Son organismos descentralizados las entidades creadas por la ley o decreto del Congreso de la Unión o por Decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten.

La Procuraduría es un organismo descentralizado, tiene personalidad jurídica propia diversa de la administración pública centralizada, cuenta con un patrimonio propio encontrando su fundamento legal en la Ley Federal de Protección al Consumidor, por medio de su artículo vigésimo tercero, el cual establece lo siguiente:

Artículo 23.- El patrimonio de la Procuraduría estará integrado por:

- I. Los bienes con que cuenta;
- II. Los recursos que directamente le asigne el Presupuesto de Egresos de la Federación;
- III. Los recursos que le aporten las dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal, municipal y del gobierno del Distrito Federal;
- IV. Los ingresos que perciba por los servicios que proporcione en los términos que señale la ley de la materia; y
- V. Los demás bienes que adquiera por cualquier otro título legal.

¹⁴ Ley Federal de Protección al Consumidor, Editorial Porrúa, 2005, Vigésimo Sexta Edición.

¹⁵ Arce Gargollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa México 2004, Página 106.

La Procuraduría tiene funciones de autoridad administrativa, es decir, tiene la facultad de realizar actos de naturaleza jurídica que afecten la esfera de los particulares y de imponer a éstos sus determinaciones.

Es un organismo de servicio social, porque tiene como actividad obligatoria y permanente promover el bienestar social, el desarrollo y organización de la comunidad y mejorar directa e indirectamente el bienestar individual y colectivo a través de prestaciones fundadas siempre en un principio de solidaridad social, la Procuraduría tiene como servicio social el promover y proteger los derechos e intereses de los consumidores y propiciar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones de consumo.

Cabe señalar que la descentralización supone la existencia de un servicio público que tiene prerrogativas propias, ejercidas por autoridades distintas del poder central y que puede oponer a éste su esfera de autonomía.

El fundamento constitucional de la Procuraduría Federal del Consumidor, lo encontramos en el Artículo vigésimo octavo de la Constitución tercer párrafo, el cual establece lo siguiente: "...La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses."

El ordenamiento jurídico que prevé la existencia, atribuciones y principales disposiciones generales cuya aplicación corresponde a la Procuraduría, la Ley Federal de Protección al Consumidor, por otro lado "el Estatuto Orgánico de la Procuraduría Federal del Consumidor se encarga de regular la organización y estructura de este organismo".¹⁶

El fundamento legal sobre las facultades que tiene la Procuraduría lo encontramos en la misma Ley Federal de Protección al Consumidor, por medio de sus artículos vigésimo cuarto y vigésimo sexto, así pues según dichos artículos, las facultades de la Procuraduría son las siguientes:

Artículo 24.- La Procuraduría tiene las siguientes atribuciones:

I. Promover y proteger los derechos del consumidor, así como aplicar las medidas necesarias para propiciar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores;

II. Procurar y representar los intereses de los consumidores, mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites o gestiones que procedan;

III. Representar individualmente o en grupo a los consumidores ante autoridades jurisdiccionales y administrativas, y ante los proveedores;

IV. Recopilar, elaborar, procesar y divulgar información objetiva para facilitar al consumidor un mejor conocimiento de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado;

V. Formular y realizar programas de educación para el consumo, así como de difusión y orientación respecto de las materias a que se refiere esta ley;

VI. Orientar a la industria y al comercio respecto de las necesidades y problemas de los consumidores;

VII. Realizar y apoyar análisis, estudios e investigaciones en materia de protección al consumidor;

VIII. Promover y realizar directamente, en su caso, programas educativos y de capacitación en las materias a que se refiere esta ley y prestar asesoría a consumidores y proveedores;

¹⁶ Díaz Bravo, Arturo, Contratos Mercantiles, Editorial Oxford University Press, México 2002, Página 68.

IX. Promover nuevos o mejores sistemas y mecanismos que faciliten a los consumidores el acceso a bienes y servicios en mejores condiciones de mercado;

IX Bis. Promover en coordinación con la Secretaría la formulación, difusión y uso de códigos de ética, por parte de proveedores, que incorporen los principios previstos por esta Ley respecto de las transacciones que celebren con consumidores a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología;

X. Actuar como perito y consultor en materia de calidad de bienes y servicios y elaborar estudios relativos;

XI. Celebrar convenios con proveedores y consumidores y sus organizaciones para el logro de los objetivos de esta Ley;

XII. Celebrar convenios y acuerdos de colaboración con autoridades federales, estatales, municipales, del gobierno del Distrito Federal y entidades paraestatales en beneficio de los consumidores; así como acuerdos interinstitucionales con otros países, de conformidad con las leyes respectivas;

XIII. Vigilar y verificar el cumplimiento de las disposiciones en materia de precios y tarifas establecidos o registrados por la autoridad competente y coordinarse con otras autoridades legalmente facultadas para inspeccionar precios para lograr la eficaz protección de los intereses del consumidor y, a la vez evitar duplicación de funciones;

XIV. Vigilar y verificar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta ley y, en el ámbito de su competencia, las de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, así como de las normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables, y en su caso determinar los criterios para la verificación de su cumplimiento;

XIV Bis. Verificar que las pesas, medidas y los instrumentos de medición que se utilicen en transacciones comerciales, industriales o de servicios sean adecuados y, en su caso, realizar el ajuste de los instrumentos de medición en términos de lo dispuesto en la Ley Federal de Metrología y Normalización;

XV. Registrar los contratos de adhesión que lo requieran, cuando cumplan con la normatividad aplicable, y organizar y llevar el Registro Público de contratos de adhesión;

XVI. Procurar la solución de las diferencias entre consumidores y proveedores y, en su caso, emitir dictámenes en donde se cuantifiquen las obligaciones contractuales del proveedor, conforme a los procedimientos establecidos en esta ley;

XVII. Denunciar ante el Ministerio Público los hechos que puedan ser constitutivos de delitos y que sean de su conocimiento y, ante las autoridades competentes, los actos que constituyan violaciones administrativas que afecten los intereses de los consumidores;

XVIII. Promover y apoyar la constitución de organizaciones de consumidores, proporcionándoles capacitación y asesoría, así como procurar mecanismos para su autogestión;

XIX. Aplicar las sanciones y demás medidas establecidas en esta ley, en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización y demás ordenamientos aplicables;

XX. Requerir a los proveedores o a las autoridades competentes a que tomen medidas adecuadas para combatir, detener, modificar o evitar todo género de prácticas que lesionen los intereses de los consumidores, y cuando lo considere pertinente publicar dicho requerimiento;

XXI. Ordenar se informe a los consumidores sobre las acciones u omisiones de los proveedores que afecten sus intereses o derechos, así como la forma en que los proveedores los retribuirán o compensarán, y

XXII. “Las demás que le confieran esta ley y otros ordenamientos”.¹⁷

Se podría pensar que en el artículo vigésimo cuarto de la Ley Federal de Protección al Consumidor se encuentran todas las facultades que tiene la Procuraduría Federal del Consumidor para cumplir con sus funciones, pero en realidad no, puesto que en otros artículos de dicho ordenamiento se establecen más facultades de la Procuraduría.

¹⁷ Ley Federal de Protección al Consumidor, Editorial Porrúa, 2005, Vigésimo Sexta Edición Página 12.

El artículo tercero de la mencionada ley señala que corresponde a la Procuraduría vigilar se cumpla con lo dispuesto en la Ley Federal de Protección al Consumidor y sancionar su incumplimiento.

El artículo octavo del ya señalado ordenamiento jurídico faculta a la Procuraduría para que verifique que se respeten los máximos establecidos por la Ley Federal de Competencia Económica, así como los precios y tarifas que sean determinados por otras autoridades.

El artículo octavo Bis otorga más que una facultad, la responsabilidad de educar al consumidor, por medio de la elaboración de material informativo, de orientación y de educación destinado exclusivamente para los mismos, un ejemplo claro de esa labor sería la llamada revista del consumidor.

La Procuraduría cuenta con una facultad muy importante, es decir, puede realizar visitas, requerimientos de información o documentación, monitores o por cualquier medio el cumplimiento de la Ley Federal de Protección al Consumidor, el fundamento legal de tal atribución es establecido por medio del artículo décimo tercero de dicha ley.

El artículo décimo octavo de la ley ya indicada faculta a la Procuraduría para llevar un registro de consumidores que no deseen que su información sea utilizada para fines mercadotécnicos o publicitarios, el cual además es gratuito.

Dicha institución con la finalidad de desempeñar las funciones que le atribuye la Ley Federal de Protección al Consumidor, cuenta con la facultad de aplicar medidas de apremio, las cuales pueden ir desde un apercibimiento hasta el auxilio de la fuerza pública, el artículo de la citada ley que le confiere tal atribución, es el artículo vigésimo quinto, de igual forma el artículo vigésimo quinto Bis la faculta para que pueda aplicar medidas precautorias para cuando se afecte o pueda afectar la vida, la salud, la seguridad o la economía de una colectividad de consumidores, tales medidas precautorias pueden ir desde la inmovilización de bienes muebles hasta la suspensión de información o publicidad.

La Procuraduría cuenta con legitimación procesal activa para ejercer ante los tribunales competentes acciones de grupo en representación de los consumidores, tal facultad se establece por medio del artículo vigésimo sexto del antes aludido ordenamiento jurídico.

La institución jurídica antes señalada de igual forma cuenta con la atribución de imponer más medidas de apremio, diversas de las señaladas en el artículo vigésimo quinto, tales medidas de apremio se dan en razón de la publicidad o de la información que dan los proveedores cuando se consideran que tal publicidad es fraudulenta, por lo cual la Procuraduría podrá desde ordenar que se suspenda esa publicidad o información hasta imponer sanciones, el fundamento jurídico de tales medidas de apremio y sanciones lo encontramos en la Ley Federal de Protección al Consumidor en su Artículo trigésimo quinto.

El Artículo cuadragésimo cuarto de la ley antes citada otorga a la Procuraduría la facultad de hacer referencia a productos, marcas, servicios o empresas de una manera específica en base a las investigaciones que ésta realice, a efecto de orientar y proteger el interés de los consumidores y publicar periódicamente dichos resultados para conocimiento de éstos.

La Ley Federal de Protección al Consumidor otorga la atribución a la Procuraduría través de su Artículo 63 Ter, segundo párrafo de determinar que uno o varios proveedores suspendan de manera temporal la celebración de nuevos contratos con los consumidores cuando aquéllos incurran de manera ya sea grave o reiterada en violaciones a las disposiciones que correspondan.

El artículo 63 Quintus faculta a la Procuraduría junto con la Secretaría de Economía para que puedan supervisar la operación de sistemas de comercialización consistentes en la integración de grupos de consumidores que aportan periódicamente sumas de dinero para ser administradas por un tercero, operando para efectos de adquisición de bienes determinados o determinables, sean muebles nuevos o inmuebles destinados a la habitación o a su uso como locales comerciales.

De igual forma dicho precepto jurídico faculta a la Institución antes referida para que supervisen el proceso de liquidación de grupos, para el caso de que se dé lo estipulado en el Artículo 63 Quater, el cual nos habla de las causas de revocación de la autorización realizada por la Secretaría de Economía a los proveedores que realizan los sistemas de comercialización indicados en el párrafo anterior, tal revocación traerá como consecuencia que la persona moral que presta tales servicios se ponga en liquidación, es así que la Procuraduría supervisará tal liquidación.

El Artículo 76 de la Ley Federal de Protección para el Consumidor enviste a la Procuraduría de una facultad de representación para con los consumidores, cuando vea amenazado el interés jurídico de los mismos, pueda ésta promover ante la autoridad judicial el aseguramiento de bienes inmuebles cuando los proveedores sean fraccionadores, constructores, promotores y demás personas que intervengan en la asesoría y venta al público de viviendas destinadas a casa habitación o cuando otorguen al consumidor el derecho de usar inmuebles mediante el sistema de tiempo compartido, tal facultad solamente la podrá ejercer la Procuraduría en aquellas operaciones que considere de difícil o imposible cumplimiento, mientras subsista la causa de acción.

Por otro lado la Procuraduría se encuentra investida de la facultad de establecer un registro de los llamados contratos por adhesión, “por medio de tal registro la institución antes referida puede juzgar y dictaminar ciertos modelos de contratos y determinar que los mismos no contienen prestaciones desproporcionadas para el consumidor”.¹⁸

El artículo de la Ley Federal de Protección al Consumidor que nos habla de este registro es el Artículo 86, por medio de tal precepto legal, se faculta a la Procuraduría para que en vía administrativa pueda resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los contratos de adhesión registrados ante dicha institución, pues dichos contratos siempre deberán contener como cláusula natural que determine que la institución ya referida sea competente para lo anteriormente señalado.

Siguiendo con la normatividad que la Ley Federal de Protección para el Consumidor establece para los contratos por adhesión, faculta por medio de su Artículo 87 Bis a la Procuraduría para que pueda publicar en el Diario Oficial de la Federación el modelo de aquellos contratos que deban ser registrados a fin de que los proveedores puedan utilizarlos.

La Procuraduría en la tramitación del registro de modelos de contratos por adhesión, podrá requerir al proveedor la información de carácter comercial necesaria para conocer la naturaleza del acto objeto del contrato, dicha facultad se establece en el Artículo 89 de la ley ya citada.

La mayoría de las facultades que se otorgan a la Procuraduría son con la finalidad de proteger a los consumidores, una de esas facultades la encontramos plasmada en el Artículo 92 segundo párrafo, por medio de dicho precepto legal se otorga a la institución antes señalada la atribución de ordenar que se informe a los consumidores sobre las irregularidades detectadas

¹⁸ Arce Gargollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa, México 2004, Página 78.

con motivo de la verificación realizada sobre aparatos, unidades y bienes que por sus características ameriten conocimientos técnicos; tal información se ordenara si la Procuraduría detecta el incumplimiento de alguno de los supuesto establecidos en el Artículo 92 de la ley señalada, el cual establece en su párrafo primero fracciones I, II, III y IV los casos en que el consumidor tendrá derecho a la reposición del producto o a la devolución de la cantidad pagada contra la entrega del producto adquirido, y en todo caso a una bonificación o compensación.

Recordemos que se han venido plasmando las corrientes protectoras de la parte supuestamente débil en el contrato, entendida tal debilidad no sólo en su acepción económica, sino también desde el punto de vista jurídico, esto es, la parte a la que, “frente a un contrato con cláusulas predispuestas, no queda sino adherirse, pues pocas o ninguna posibilidad tiene de discutirlos”.¹⁹

El Artículo 96 de la ley en comento faculta a la Procuraduría para que pueda realizar la vigilancia y verificación necesarias en los lugares donde se administren, almacenen, transporten, distribuyan o expensan productos o mercancías en los que presten servicios, incluyendo aquéllos en tránsito, dicha facultad se ejercerá con la finalidad de aplicar y hacer cumplir las disposiciones de dicha ley, la Procuraduría podrá actuar de oficio, además el Artículo 98 Bis del mismo ordenamiento la faculta para que pueda ordenar se informe a los consumidores individual o colectivamente cuando con motivo de la verificación antes indicada cuando se afecten sus intereses o derechos resultantes de las omisiones o acciones de los proveedores

El Artículo 98 Ter de dicha ley faculta a la Procuraduría para que ésta pueda ordenar el aseguramiento de bienes o productos que se comercialicen fuera del establecimiento comercial cuando no cumplen con las disposiciones aplicables.

La Procuraduría se encuentra facultada por medio del Artículo 99 de la Ley Federal de Protección al Consumidor para recibir quejas o reclamaciones de los consumidores, dicha institución a su vez podrá solicitar a las autoridades federales, estatales, municipales o del Distrito Federal, que le proporcionen los datos necesarios para identificar y localizar al proveedor.

La institución antes señalada podrá rechazar de oficio las reclamaciones notoriamente improcedentes, dicha facultad se encuentra establecida en el artículo 101 de la ley antes indicada, pero considero que dicho artículo es incompleto, pues no establece en que situación se está ante una reclamación notoriamente improcedente.

La Procuraduría deberá notificar al proveedor sobre la queja que existe en su contra, requiriéndole un informe por escrito relacionado con los hechos, materia de la queja.

La Ley Federal de Protección al Consumidor faculta a la Procuraduría por medio de su Artículo 110 para que ésta pueda emitir laudos y convenios aprobados, las cuales tienen fuerza de cosa juzgada y traen aparejada ejecución, lo que podrá promoverse ante los tribunales competentes. Los convenios aprobados y reconocimientos de los proveedores y consumidores de obligaciones a su cargo así como los ofrecimientos para cumplirlos que consten por escrito, podrán hacerse efectivos mediante las medidas de apremio contempladas en la ley citada.

Aún y cuando no medie reclamación, la Procuraduría se encuentra facultada para aprobar convenios propuestos por el consumidor y el proveedor, aunque la ley estudiada no dice nada más sobre estos convenios, considero que es conveniente que antes de que la Procuraduría

¹⁹ Díaz Bravo, Arturo, *Contratos Mercantiles*, Editorial Oxford University Press, México 2002, Página 72.

apruebe estos convenios, es necesario que entre a su estudio con la finalidad de brindar una mejor protección al consumidor.

Además la Procuraduría, contiene facultades para llevar a cabo un procedimiento por medio del cual las partes lleguen a una conciliación, tal atribución, se encuentra establecida en la Sección segunda, denominada Procedimiento conciliatorio, por medio de los artículos 111 al 116, dicha institución presentará una o varias opciones de solución, sin prejuzgar sobre el conflicto planteado, salvaguardando los derechos del consumidor.

En dicho procedimiento se faculta a la Procuraduría para emitir un acuerdo de trámite que constituirá título ejecutivo no negociable a favor del consumidor, siempre y cuando la obligación contractual incumplida que en él se consigne sea cierta, exigible y líquida a juicio de la autoridad judicial.

En caso de no llegar a una conciliación por las partes a través del procedimiento antes señalado, la Procuraduría podrá actuar como árbitro designada previamente por las partes, las facultades referentes al Procedimiento arbitral se estipulan en la Ley Federal de Protección para el Consumidor en la Sección Tercera denominada Procedimiento arbitral, artículos 117 al 122.

El arbitraje lo podrá llevar a cabo la Procuraduría ya sea en estricto derecho o en amigable composición; en la amigable composición se fijarán las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje y la Procuraduría quien en este caso actúa como árbitro tendrá la libertad para resolver en conciencia y a buena fe guardada, sin sujeción a reglas legales, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento. La Procuraduría podrá allegarse todos los elementos que juzgue necesarios para resolver las cuestiones que le hayan planteado, no habiendo términos ni incidentes.

De igual forma el arbitraje puede ser de estricto derecho, en dicho procedimiento las partes formularán compromiso en el que fijarán las reglas del procedimiento, acordes con los principios de legalidad, equidad e igualdad entre las partes, cabe la posibilidad de que en caso de que las partes no las propongan, el árbitro que puede ser la Procuraduría las establecerá, se debe hacer mención de que en todo caso se aplicará supletoriamente el Código de Comercio y a falta de disposición en dicho Código, se aplicará el ordenamiento procesal civil local aplicable.

La Procuraduría se encuentra facultada para imponer sanciones, pero la aplicación de tales penas se hará en base a un procedimiento por infracciones a la ley, regulado por la Ley Federal de Protección al Consumidor por medio de sus artículos 123 al 124 Bis.

El Artículo 125 de la ley antes indicada es el fundamento legal para que la Procuraduría se encuentre investida de aplicar las sanciones derivadas de las infracciones a lo dispuesto por la Ley Federal de Protección al Consumidor.

4.4 OBLIGATORIEDAD DEL REGISTRO DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO ANTE LA PROCURADURIA FEDERAL DEL CONSUMIDOR.

En la actualidad nos damos cuenta de que los consumidores se encuentran cotidianamente con la necesidad de realizar actos jurídicos frente a grandes corporaciones. Muchas veces, dichas corporaciones gozan de un régimen de monopolio en la prestación de un servicio público e imponen casi por la fuerza (la fuerza de la necesidad, se podría decir), sus condiciones a los consumidores.

Dejar el tema de las relaciones entre empresas y consumidores dentro del ámbito del derecho privado, regidas bajo la idea de la autonomía de la voluntad, no puede ser más que una ficción. De hecho la mayoría de contratos que se suscriben, sino es que son todos son elaborados bajo la modalidad de la contratación por adhesión, en donde las cláusulas suelen estar redactadas y previstas de antemano por la parte oferente.

Es preciso recordar la definición que la Doctrina otorga para el contrato de suministro, es así que la Doctrina ha definido al contrato de suministro como: “el contrato por el que una parte (suministrador) se obliga mediante un precio, a ejecutar a favor de otra (suministrado) prestaciones periódicas o continuadas de cosas”.²⁰

Partiendo de los argumentos anteriores y puesto que en nuestro Derecho positivo no se regula al contrato de suministro, por lo cual resulta un contrato atípico, y tomando en cuenta que la mayoría de estos contratos se realizan mediante la modalidad de contratación por adhesión, es preciso establecer que no se va a estudiar propiamente dicho la obligatoriedad de inscripción o registro de los contratos de suministro ante la Procuraduría Federal del Consumidor, sino más bien, la obligatoriedad del registro de los contratos de adhesión ante dicha institución, lo anterior tomando en cuenta que la mayoría, sino es que todos los contratos de suministro se elaboran bajo la modalidad de contratación por adhesión.

Después de establecer lo anterior, entraremos al tema materia de estudio que más específicamente se refiere al registro de los contratos de suministro o considerados de adhesión ante la Procuraduría Federal del Consumidor.

En la Ley Federal de Protección al Consumidor se ha establecido un registro por medio del cual la Procuraduría Federal del Consumidor puede juzgar y dictaminar ciertos modelos de contratos y determinar que los mismos no contienen prestaciones desproporcionadas para el consumidor. La Procuraduría puede sujetar a registro contratos de adhesión cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento.

El fundamento legal del registro de los contratos de adhesión ante la Procuraduría Federal del Consumidor lo encontramos en el Capítulo VI de la Ley Federal de Protección al Consumidor por medio de su Artículo 86, el cual establece lo siguiente:

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.

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

“Los contratos de adhesión sujetos a registro deberán contener una cláusula en la que se determine que la Procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos. Asimismo, deberán señalar el número de registro otorgado por la Procuraduría”.²¹

Del Artículo anteriormente transcrito, se debe indicar primero que dicho artículo al hablar de la Secretaría, se refiere a la Secretaría de Economía, lo anterior con fundamento en lo

²⁰ Arce Gargollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa, México 2004, Página 155.

²¹ Ley Federal de Protección al Consumidor, Editorial Porrúa, 2005, Vigésimo Sexta Edición Página 39.

establecido por el Artículo segundo, inciso IV romano de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

El precepto legal anteriormente transcrito establece que dicha Secretaría podrá sujetar mediante normas oficiales mexicanas, contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría Federal del Consumidor, pero el señalado artículo de igual forma establece que solamente se realizara cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, entre otros factores, es decir, no todos los contratos celebrados por adhesión se encuentran sujetos al registro ya señalado, por lo cual considero que se deja en evidente estado de inferioridad jurídica al adherente de este tipo de contratos por adhesión no registrados, es decir, es importante que se establezca con la finalidad de brindar una mejor protección al adherente o consumidor, que todos los contratos celebrados a través de la modalidad de contratación por adhesión deban ser registrados ante la Procuraduría, estableciendo que sin dicha inscripción carezcan de valor jurídico, no surtiendo efectos para las partes hasta no contar con dicha inscripción.

Y es que para que esperar a que los consumidores se quejen ante la Procuraduría sobre la utilización de cláusulas abusivas en contratos de adhesión que aún no han sido sujetos a revisión por dicha institución, considero que sería más viable que de una vez se establezca que todos los contratos elaborados unilateralmente por una de las partes, antes de que empiecen a circular por nuestro mundo jurídico, sean sometidos a revisión por la Procuraduría, evitando así que se sigan dando las cláusulas abusivas, prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, o altas probabilidades de incumplimiento por parte de aquella que elaboro unilateralmente el clausurado de dichos contratos.

La propia Ley Federal de Protección al Consumidor dentro de su ordenamiento legal estipula algunos artículos que profundizan de manera más específica sobre el registro de contratos celebrados a través de la modalidad de adhesión ante la Procuraduría Federal del Consumidor.

Así tenemos a la regulación que otorga la ley antes señalada por medio del artículo 63 a los sistemas de comercialización consistentes en la integración de grupos de consumidores que aportan periódicamente sumas de dinero para ser administradas por un tercero, los cuales solamente podrán para efectos de adquisición de bienes determinados o determinables, sean muebles nuevos o inmuebles destinados a la habitación o a su uso como locales comerciales.

Tal regulación de igual forma acepta que tales sistemas de comercialización tengan por objeto los servicios de construcción, remodelación y ampliación de inmuebles, cuando se demuestre que las condiciones del mercado así lo ameriten y que se garanticen los derechos e intereses de los consumidores.

Para que puedan operar dichos sistemas de comercialización es necesario que cuenten con la autorización que la Secretaría de Economía debe otorgar para su operación, tal autorización se otorgara cuando se cumplan con algunos requisitos, entre de los cuales es de destacarse para nuestra materia de estudio, que el o los contratos de adhesión que se pretenda utilizar por el solicitante, además de contener disposiciones que salvaguarden los derechos de los consumidores, cumpliendo con los requisitos y después de haber obtenido la autorización correspondiente por la Secretaría antes señalada y antes de comenzar a operar el o los sistemas de comercialización de que se trate, deberá solicitar el registro del o los contratos de adhesión correspondientes ante la Procuraduría Federal del Consumidor.

Es así que es necesario para que operen los sistemas de comercialización anteriormente indicados, y después de obtener la autorización correspondiente por parte de la Secretaría de

Economía que en caso de utilizar contratos de adhesión, éstos se deban registrar ante la Procuraduría Federal del Consumidor.

Es importante señalar que existe una norma oficial mexicana NOM-037-SCFI-1994, que “establece los requisitos para los contratos de adhesión en los sistemas de comercialización consistentes en la integración de grupos de consumidores, publicada en el Diario Oficial de fecha 8 de julio de 1994”.²²

Dicha norma mexicana se limita a establecer los requisitos para los contratos de adhesión en los sistemas de comercialización consistentes en la integración de grupos de consumidores.

Una prestación más de servicio que regula la Ley Federal de Protección al Consumidor y que estipula el registro del o los contratos de adhesión utilizados para su contratación, es la prestación del servicio de tiempo compartido, regulado por medio de los Artículos 64 y 65 del ordenamiento jurídico antes señalado.

La prestación del servicio de tiempo compartido a que se refiere la citada ley, consiste en poner a disposición de una persona o grupo de personas, el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, en unidad variable dentro de una clase determinada, por períodos previamente convenidos, mediante el pago de alguna cantidad, sin que, en el caso de inmuebles, se transmita el dominio de éstos.

El artículo 65 de la ley antes mencionada impone como requisito para que pueda iniciar la venta o preventa de un servicio de tiempo compartido cuando el contrato respectivo esté registrado en la Procuraduría Federal del Consumidor.

Las operaciones con inmuebles cuando los proveedores sean fraccionadores, constructores, promotores y demás personas que intervengan en la asesoría y venta al público de viviendas destinadas a casa habitación o cuando otorguen al consumidor el derecho de usar inmuebles mediante el sistema de tiempo compartido regulado por la ley en cuestión por medio de su artículo 73, es una más de las formas de contratación por medio de la modalidad por adhesión, estipulando la ley multicitada que los contratos relacionados con las actividades antes descritas sean registrados ante la Procuraduría.

Se han expedido normas sobre los contratos de adhesión por medio de las cuales se establece que tipo de contratos que son elaborados por medio de la modalidad de contratación por adhesión deben ser sujetos a inscripción ante la Procuraduría Federal del Consumidor, entre tales normas encontramos a las siguientes:

Norma NOM-029-SCFI-1998, relativa a las Prácticas comerciales, contiene los requisitos informativos para la comercialización del servicio de tiempo compartido, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 1999.

Norma NOM-036-SCFI-2000, relativa a prácticas comerciales, sobre los requisitos de información en la contratación de servicios funerarios, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de mayo de 2000.

Norma NOM-067-SCFI-2002, relativa a los requisitos de información que deben satisfacer los prestadores de servicios de tintorería, lavandería, planchaduría y similares, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de junio de 2002.

²² Arce Gargollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa, México 2004, Página 78.

Norma NOM-068-SCFI-2000, relativa a prácticas comerciales, sobre los requisitos de información para la prestación de servicios de reparación y/o mantenimiento de vehículos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 2001.

Norma NOM-071-SCFI-2001, relativa a prácticas comerciales, sobre elementos normativos para la contratación de servicios de atención médica por cobro directo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de noviembre de 2001.

Norma NOM-085-SCFI-2001, relativa a prácticas comerciales, sobre los requisitos de información para los servicios de reparación y/o mantenimiento de aparatos electrodomésticos o a base de gas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de agosto de 2001.

Norma NOM-110-SCFI-2004, relativa a prácticas comerciales, sobre los requisitos de información en la prestación de servicios para el embellecimiento físico, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de agosto de 2004.

Norma NOM-111-SCFI-2005, relativa a prácticas comerciales- elementos informativos y sobre los requisitos para la contratación de servicios para eventos sociales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de mayo de 2005.

Norma NOM-117-SCFI-1995, relativa a los lineamientos informativos para la venta de muebles de línea y sobre medida, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 1997.

Norma NOM-122-SCFI-2005, relativa a prácticas comerciales- elementos normativos para la comercialización y/o consignación de vehículos usados, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de julio de 2005.

Norma NOM-124-SCFI-1997, relativa a elementos informativos para la contratación del servicio de arrendamiento de vehículos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de mayo de 1998.

Norma NOM-125-SCFI-1998, relativa a prácticas comerciales, sobre los requisitos mínimos de información para la prestación de servicios de autotransporte de carga, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de octubre de 1998.

Norma NOM-126-SCFI-1996, relativa a prácticas comerciales, sobre los requisitos mínimos de información para la prestación de servicios fotográficos, de laboratorio fotográfico y de grabación en video, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de octubre de 1998.

Norma NOM-130-SCFI-1995, relativa a los requisitos de información para los servicios de remozamiento y mantenimiento de inmuebles y muebles que se encuentran en los mismos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de febrero de 1999.

Norma NOM-135-SCFI-1999, relativa a prácticas comerciales, sobre los requisitos de información en la venta de materiales para construcción, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de octubre de 1999.

Norma NOM-136-SCFI-1999, relativa a prácticas comerciales, sobre los requisitos de información para la comercialización de paquetes de graduación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de octubre de 1999.

Norma NOM-137-SCFI-1999, relativa a prácticas comerciales, sobre los requisitos mínimos de información que deben de cumplir los prestadores de servicios de formación para el trabajo y capacitación técnica, sin reconocimiento de validez oficial, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de septiembre de 1999.

Norma NOM-143-SCFI-2000, relativa a prácticas comerciales, sobre los elementos normativos para los sistemas consistentes en la integración de grupos de consumidores para la adquisición de bienes y servicios, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de septiembre de 2000.

Norma NOM-148-SCFI-2001, relativa a prácticas comerciales, sobre los elementos normativos para la comercialización de animales de compañía o de servicio, y para la prestación de servicios para su cuidado y/o adiestramiento, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de noviembre de 2001.

Norma NOM-160-SCFI-2003, relativa a prácticas comerciales, sobre los elementos normativos para la comercialización de vehículos nuevos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de octubre de 2003.

“La Procuraduría Federal del Consumidor por medio de la Dirección General de Contratos de Adhesión, Registros y Autofinanciamiento, será la encargada de recibir, tramitar y resolver sobre las solicitudes de registro o modificación de los modelos de contratos de adhesión que por disposición de la Ley o de las normas oficiales mexicanas deban registrarse ante la Procuraduría, así como aquellos que los proveedores soliciten su registro voluntariamente”.²³

Después de transcribir las normas que establecen los tipos de contratos por adhesión que deben de inscribirse ante la Procuraduría, nos podemos percatar que no todos los contratos celebrados por medio de la modalidad de adhesión se encuentran sujetos a la obligación de inscribirlos ante la institución antes señalada, causando con tales situaciones un evidente estado de desigualdad jurídica entre las partes que intervienen en la celebración de los mismos.

Es importante señalar que aunque los contratos de adhesión sean registrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor, motivo que hace suponer que se encuentran carentes de cláusulas abusivas, éstos pueden ser modificados arbitrariamente por el proveedor buscando un mejor beneficio con dicha modificación sin la utilización del procedimiento respectivo ante la Procuraduría, ante tal situación, la Ley Federal de Protección para el Consumidor prevé a través de su Artículo 86 Quater la solución para tales modificaciones de los contratos de adhesión ya aprobados y registrados ante la Procuraduría, dicho artículo dispone que dicha modificación en la forma en que se señala, hecha al contrato de adhesión se tendrá por no puesta, es así que dicho artículo señala lo siguiente:

Artículo 86 Quater.- Cualquier diferencia entre el texto del contrato de adhesión registrado ante la Procuraduría Federal del Consumidor y el utilizado en perjuicio de los consumidores, se tendrá por no puesta.

El Procedimiento para el registro de los contratos por adhesión ante la Procuraduría Federal del Consumidor lo establece el artículo 87 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, en dicho precepto legal se señala que cuando los contratos de adhesión requieran de registro previo ante la institución ya indicada, los proveedores deberán presentarlos antes de su utilización ante tal institución, la cual verificará que los modelos se ajusten a lo que

²³ Estatuto Orgánico de la Procuraduría Federal del Consumidor.

dispongan las normas correspondientes y a las disposiciones de la ley anteriormente mencionada.

La Procuraduría tendrá un término de 30 días para emitir una resolución, dicho término se empezará a computar al siguiente día de la fecha de la presentación de solicitud de registro, si en dicho plazo no se ha emitido resolución alguna se entenderá que tal solicitud fue aprobada siendo obligación de la Procuraduría registrarlos.

Se seguirá el procedimiento antes indicado de igual forma para la modificación de las obligaciones o condiciones de los contratos, solicitando la modificación del registro ante la Procuraduría.

La sanción que impone la Ley Federal de Protección al Consumidor para el caso de los contratos de adhesión que deban de registrarse conforme a las normas mexicanas oficiales, la ley ya indicada y demás disposiciones aplicables, “y no se inscriban es que dichos contratos no producirán efectos contra el consumidor”.²⁴

El artículo 87 Bis de la ley anteriormente mencionada faculta a la Procuraduría para que publique en el Diario Oficial de la Federación, el modelo de aquellos contratos que deban ser registrados, dando la opción al proveedor de utilizarlos, dando aviso a la Procuraduría sobre la adopción del modelo de contrato para efectos de registro.

Ahora bien, para el caso de que el contrato de adhesión que pretenda utilizar contenga variaciones respecto del modelo de contrato publicado por la Procuraduría, aquél deberá de solicitar su registro en la forma y términos indicados en el párrafo anterior, con fundamento en el artículo 87 Ter de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

La ley indicada trata de dar una solución para el caso de aquellos contratos de adhesión utilizados por proveedores y que no se encuentran condicionados a su inscripción en la Procuraduría, lo anterior con fundamento en el artículo 88 del mismo ordenamiento jurídico, el cual establece que los interesados podrán inscribir de una manera voluntaria sus modelos de contratos de adhesión aunque no requieran registro previo, tal registro se dará siempre y cuando dichos modelos de contratos por adhesión no lesionen los intereses del consumidor al cual va destinado.

La posible solución que anteriormente se señaló considero que es insuficiente, pues es importante que se haga obligatoria la inscripción ante la Procuraduría de todos los contratos por adhesión que pretendan utilizar los proveedores cuando el adherente sea el consumidor final, lo anterior con la intención de buscar restablecer una natural situación de equilibrio entre los derechos y obligaciones de consumidores y proveedores.

Es importante sujetar obligatoriamente el registro de todos los contratos de adhesión utilizados por los proveedores con la finalidad de evitar el uso de cláusulas abusivas, por aquéllos, que son la parte que redactan unilateralmente dicho tipo de contrato.

“La experiencia demuestra que entre las cláusulas abusivas más frecuentes se encuentran las limitativas de responsabilidad del proveedor de los bienes o prestador de los servicios”.²⁵

²⁴ Ley Federal de Protección al Consumidor, Editorial Porrúa, 2005, Vigésimo Sexta Edición Página 40.

²⁵ Díaz Bravo, Arturo, Contratos Mercantiles, Editorial Oxford University Press, México 2002, Página 74.

La Ley Federal de Protección al Consumidor establece una lista de cláusulas abusivas por medio de su artículo 90, las cuales no serán válidas y se tendrán por no puestas, además de que por ese solo hecho no se inscribirán ante la Procuraduría los modelos de contratos de adhesión que las contengan, dicho artículo establece lo siguiente.

Artículo 90.- No serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando:

I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;

II. Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato;

III. Trasladen al consumidor o aun tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor;

IV. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales;

V. Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y

VI. Obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

De igual forma la ley mencionada prevé la situación en que se haya inscrito un modelo de contrato de adhesión el cual contiene cláusulas que sean contrarias a la ley o las normas oficiales mexicanas, ante tal situación la Procuraduría de oficio o a petición de cualquier persona interesada, procederá a la cancelación del registro correspondiente, considero que es importante agregar al artículo 90 Bis de la Ley Federal de Protección al Consumidor, el cual es el artículo que prevé la situación anteriormente citada, que la cancelación de registro efectuada por la misma deberá dar publicidad por cualquier medio de dicha cancelación con la finalidad de informar a los consumidores.

Comentarios finales: Después de haber analizado la legislación positiva que existe en nuestro país sobre los contratos de adhesión puesto que nos dimos cuenta que no se encuentra regulada jurídicamente la figura del contrato de suministro cuando es negocio privado en nuestras leyes positivas, comprobamos una vez más que es necesaria reformar, derogar, modificar y adicionar nuestras leyes positivas, en particular la Ley Federal de Protección al Consumidor, para lograr una mejor protección de la parte débil de los contratos de suministro cuando son celebrados por la modalidad de contratación por adhesión.

Terminamos con los cuatro capítulos planteados al principio con lo cual pasamos a las conclusiones, por medio de las cuales comprobamos nuestra hipótesis al principio planteada.

CONCLUSIONES.

Primera. Debido a los adelantos tecnológicos, a la constante movilidad de las transacciones mercantiles, a la creación artificial de necesidades masivas, popularizadas mediante fórmulas publicitarias de inmensa potencialidad para condicionar psicológicamente al consumidor hacia el acrecentamiento de su propensión a la adquisición, la sociedad actual en la que vivimos se ha visto en la necesidad de establecer una forma rápida y eficaz para adquirir bienes y servicios y así poder satisfacer nuestras necesidades cotidianas, utilizando el contrato por adhesión como solución, dentro de las formas que ha adoptado nuestra sociedad para buscar satisfacer algunas sus necesidades, tenemos al contrato de suministro, el cual en ocasiones es elaborado por medio del contrato por adhesión.

Segunda. Al hablar de contratos por adhesión nos encontramos frente a un verdadero contrato, pues éste contiene los elementos esenciales para la constitución de cualquier contrato como lo son el consentimiento y el objeto, concluyendo que el contrato por adhesión es una modalidad de contratación que solamente difiere de los contratos ordinarios en cuanto a uno de sus elementos esenciales como lo es, el consentimiento, es decir en los contratos por adhesión el consentimiento radica en la libertad o facultad que tiene el adherente de aceptar lisa y llanamente el clausurado previamente elaborado por la contraparte o no aceptarlo, estableciendo o manifestándose así el consentimiento.

Tercera. El contrato por adhesión tiene como desventajas entre otras, que crea una evidente desigualdad jurídica de las partes que intervienen en la formación de los mismos, pues la parte que redacta unilateralmente el clausurado de dichos instrumentos jurídicos, se encuentra en una posición muy superior con respecto a su contraparte, pudiendo aprovechar su posición con respecto a su contraparte para establecer cláusulas abusivas o inequitativas.

Cuarta. Es necesario que se busque igualar la posición de las partes que intervienen en la formación de los contratos por adhesión, considero que es ideal que se pretenda igualar dicha relación jurídica por medio de la intervención del Estado en la regulación y supervisión de esta modalidad de contratación, buscando así proteger a la parte débil del contrato por adhesión que es el adherente, y evitando la aparición de cláusulas abusivas que privilegien aun más la posición de la parte que redacta unilateralmente el clausurado de estos contratos.

Quinta. El Estado ha buscado brindar una protección al adherente cuando es el consumidor final, por medio de la Ley Federal de Protección al Consumidor, pues a través de dicho ordenamiento jurídico regula a los contratos por adhesión por medio de sus artículos 85 al 90 Bis, con lo cual busca controlar o supervisar la elaboración de contratos por adhesión a través de un Registro que la Procuraduría Federal del Consumidor lleva sobre dichos instrumentos, buscando así evitar que se den los contratos por adhesión con cláusulas abusivas o inequitativas.

Sexta. El Estado debe de intervenir de una manera más eficiente en la protección que busca dar a la parte débil de la modalidad de contratación por adhesión, logrando equilibrar la posición que tienen las partes que intervienen en la formación de estos contratos.

Séptima. La Ley Federal de Protección al Consumidor no establece que todos los contratos por adhesión deban ser inscritos en el Registro que lleva sobre los mismos la Procuraduría Federal del Consumidor, considero que es necesario que todos los contratos por adhesión deban ser inscritos ante la Procuraduría antes de ser utilizados, con la finalidad de proteger de una manera más eficiente a la parte débil que es el adherente, por lo cual propongo que se reformen algunos Artículos del ordenamiento jurídico antes citado, como lo son el

artículo 24 fracción XV, 85, 86 y 87, al igual que la derogación del artículo 88, primero transcribiré dichos artículos para enseguida plasmar dichos artículos para que propongo queden de la siguiente manera.

Artículo 24 La Procuraduría tiene las siguientes atribuciones:

XV. Registrar los contratos de adhesión que lo requieran, cuando cumplan la normatividad aplicable, y organizar y llevar el Registro Público de contratos de adhesión.

Propongo quede de la siguiente manera:

Artículo 24.- La Procuraduría tiene las siguientes atribuciones:

XV. Registrar todos los contratos de adhesión que se utilicen cuando el adherente sea el consumidor final, antes de que se utilicen, y organizar y llevar el Registro Público de contratos de adhesión.

Artículo 85.- 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 términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun 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. Además no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley.

Propongo que dicho artículo quede de la siguiente manera:

Artículo 85.- 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 términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá **encontrarse inscrito ante la Procuraduría antes de su utilización**, estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista. Además no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley.

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.**

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

Los contratos de adhesión inscritos ante la Procuraduría deberán contener una cláusula en la que determine que la Procuraduría será competente en la vía administrativa para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos. Asimismo, deberán señalar el número de registro otorgado por la Procuraduría.

Propongo quede de la siguiente manera:

Artículo 86.- Los contratos de adhesión inscritos ante la Procuraduría deberán contener una cláusula en la que determine que la Procuraduría será competente en la vía administrativa

para resolver cualquier controversia que se suscite sobre la interpretación o cumplimiento de los mismos. Asimismo, deberán señalar el número de registro otorgado por la Procuraduría.

Artículo 87.- **En caso de que los contratos de adhesión requieran de registro previo ante la Procuraduría** los proveedores **deberán presentarlos ante la misma antes de su utilización** y está 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.

Los contratos **que deban registrarse conforme a esta ley, las normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables**, y no se registren, así como aquellos cuyo registro sea negado por la Procuraduría, no producirán efectos contra el consumidor.

Propongo que dicho artículo quede así:

Artículo 87.- Los contratos de adhesión deberán ser presentados por los proveedores ante la Procuraduría para su registro antes de su utilización y está 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 será indispensable solicitar la modificación del registro ante la Procuraduría, la cual se tramitará en los términos antes señalados.

Los contratos de adhesión que no se registren, así como aquellos cuyo registro sea negado por la Procuraduría, no producirán efectos contra el consumidor.

Artículo 88.- Los interesados podrán inscribir voluntariamente sus modelos de contrato de adhesión, podrá requerir al proveedor la aportación de información de carácter comercial necesaria para conocer la naturaleza del acto objeto del contrato, siempre y cuando no se trate de información confidencial o sea parte de secretos industriales o comerciales.

Propongo que dicho artículo sea derogado, pues al ser obligatorio el registro de los contratos de adhesión antes de su utilización, ya no tiene razón de existir.

Artículo 88. (Derogado).

Lo que se busca con la propuesta de la reforma y derogación de los artículos antes citados es que los contratos por adhesión sean sujetos a registro obligatorio ante la Procuraduría Federal del Consumidor antes de su utilización, evitando de esa manera la circulación de contratos por adhesión con cláusulas abusivas y que sean inequitativas para las partes que intervienen en la formación de dichos instrumentos jurídicos, otorgando de esta forma una mayor protección por parte del Estado para la parte débil de esta modalidad de contratación, es decir del adherente, pues se debe de pensar que con la revisión que hará al Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, no podrá haber cabida en nuestro mundo jurídico de contratos por

adhesión con cláusulas abusivas e inequitativas, protegiendo así a la parte débil de este tipo de contratos.

Octava. Nuestra sociedad con la finalidad de buscar satisfacer algunas de sus necesidades, ha optado por utilizar el contrato de suministro, aclarando que me refiero al contrato de suministro como negocio de Derecho privado, el cual carece de regulación jurídica por parte de nuestro derecho positivo haciendo del mismo un contrato atípico, a dicho contrato se le han aplicado algunas de las reglas referidas al contrato de compraventa por ser el que más se le asemeja.

Novena. Es necesario que el contrato de suministro como negocio de Derecho privado cuando el suministrado final sea el consumidor, cuente con una regulación propia y autónoma, pues considero que aunque se asemeja con el contrato de compraventa difiere en muchos aspectos de éste.

Décima Sí se probó la hipótesis: Primero. En la variable independiente se probó con los numerales primero, segundo y tercero. Segundo. En la variable dependiente se probó con el numeral cuarto, por lo que:

Propongo que la regulación que se debe de establecer a los contratos de suministro como negocio de Derecho privado cuando el suministrado final sea el consumidor, con lo cual dejará de ser un contrato atípico, se establezca por medio de la Ley Federal de Protección al Consumidor, adicionando un apartado siguiente al Capítulo X de dicha Ley, con las reglas que se deben seguir para dicho contrato, el cual propongo quede de la siguiente manera:

Capítulo X Bis

De los contratos de suministro.

Artículo 90 Bis A) El contrato de suministro es aquel por medio del cual una de las partes denominada suministrador se obliga a cambio de un precio, a realizar a favor de otra denominada suministrado cuando éste es el consumidor final, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

Artículo 90 Bis B) El contrato de suministro deberá de elaborarse en idioma español y por escrito, podrá ser elaborado por medio de la modalidad de contratación por adhesión sujetándose a las reglas previstas en el Capítulo X de la presente Ley.

El contrato se perfecciona cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente por el suministrado de manera expresa.

Artículo 90 Bis C) La especie y calidad de los bienes objeto del contrato, deberán de ser conforme a lo que previamente se haya estipulado en el contrato.

A falta de pacto sobre la calidad de los bienes materia del contrato, no podrá exigirse al suministrador otra cosa que la entrega de bienes o cosas de especie y calidad medias.

A falta de pacto sobre la cantidad a suministrar del suministro, se aplicarán las siguientes reglas:

1) Si las partes han fijado un límite máximo y uno mínimo para el total del suministro o para cada prestación, corresponderá al consumidor determinar, dentro de tales límites, la cantidad a suministrar;

2) Si las partes han fijado solamente un límite máximo corresponderá al consumidor determinar la cantidad, sin exceder dicho máximo;

3) Si las partes se remiten a la capacidad de consumo o a las necesidades ordinarias y señalan un mínimo, el consumidor podrá exigir las cantidades que su capacidad de consumo u ordinarias necesidades le impongan, pero estará obligado a recibir el mínimo fijado. Por su parte el proveedor deberá prestar dichas cantidades o el mínimo, según el caso.

Artículo 90 Bis D) En los casos de suministro con carácter periódico, el precio se fijará para cada prestación aislada o autónoma o puede señalarse un precio para todas las prestaciones. Si las partes no señalan el precio del suministro, en el todo o para cada prestación, o no fijan en el contrato la manera de determinarlo sin acudir a un nuevo acuerdo de voluntades, se presumirá que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales bienes o servicios, suministradas en circunstancias semejantes.

Si las partes señalan precio para una prestación, se presumirá que convienen igual precio para las demás de la misma especie.

Artículo 90 Bis E) Si el suministro es de carácter periódico, el precio correspondiente se deberá por cada prestación y en proporción a su cuantía, y deberá pagarse en el acto, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Si el suministro es de carácter continuo, el precio deberá pagarse de conformidad con la costumbre, si las partes nada acuerdan sobre el particular. El suministro diario se tendrá por continuo.

Artículo 90 Bis F) Si las partes fijan el plazo para cada prestación no podrá ser variado por voluntad de una sola.

Cuando se deje a una de las partes el señalamiento de la fecha en que cada prestación debe efectuarse, estará obligada a dar preaviso a la otra de la fecha en que debe cumplirse la correspondiente prestación.

Artículo 90 Bis G) El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las pretensiones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuándo ese incumplimiento le haya ocasionado daños y perjuicios.

En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor.

Artículo 90 Bis H) Las partes podrán pactar que la parte que percibe el suministro se obliga a preferir al proveedor para concluir un contrato posterior sobre el mismo objeto, en igualdad de condiciones.

Artículo 90 Bis I) Si no se hubiere estipulado la duración del suministro, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, dando a la otra aviso en el término pactado o en el establecido por la costumbre.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Arce Gargollo, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 2004.
- 2.- Ballesteros Garrido, José Antonio, Las condiciones generales de los contratos y el Principio de Autonomía de la voluntad, Primera Edición, Barcelona, España, José María Bosch Editor, 1999.
- 3.- Castrillón y Luna, Victor M., Contratos Mercantiles, Primera edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- 4.- Carrer, Mario, Cesión de posición contractual, Primera Edición, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y ciencias Sociales de Córdoba, XIX, Córdoba, Argentina, 2000.
- 5.- Davalos Mejía, Carlos Felipe, Derecho Bancario y Contratos de Crédito. Tercera Edición, Editorial Harla, México 1999.
- 6.- Diaz Bravo, Arturo, Contratos Mercantiles, Séptima edición, Editorial Oxford University, México, 2002.
- 7.- Ghersi, Carlos Alberto, Barbier, Eduardo, coautor. Contratos Civiles y Comerciales, Partes General y Especial, Empresas, Negocios, Consumidores, Primera Edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, argentina, 2002.
- 8.- Gutierrez y Gonzalez, Ernesto, Derecho de las obligaciones, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, Distrito Federal, 2001.
- 9.- O'Donell, Gaston Alejandro, El Derecho Comercial y su aplicación al Management y al Marketing, Segunda Edición, Editorial Mariachi, Argentina 1999.
- 10.- Perez Fernandez del Castillo, Bernardo, Contratos Civiles, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 2000.
- 11.- Rojina Villegas, Rafael, Contratos, Octava edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- 12.- Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Civiles, vigésima Edición, Editorial Porrúa, México 2004.
- 13.- Treviño García, Ricardo, Los Contratos Civiles y sus Generalidades, Sexta Edición, Editorial McGRAW-HILL, México, 2002.
- 14.- Vazquez del Mercado, Oscar, Contratos Mercantiles, Décimo Primera edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- 15.- Zamora y Valencia, Miguel Angel, Contratos Civiles, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

LEGISLACIÓN.

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Ediciones Fiscales Isef, 2004 Sexta Edición.
- 2.- Código de Comercio, Editorial Ediciones Fiscales Isef, 2004, Décima segunda Edición.
- 3.- Ley Federal de Protección al Consumidor, Editorial Porrúa, 2005, Vigésimo Sexta Edición.