



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**PROPUESTA PARA HACER EFECTIVA LA
VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS
CONTRATOS DE ADHESIÓN**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

ALFREDO CISNEROS HERNÁNDEZ

ASESOR DE TESIS: LIC. JESÚS VILCHIS CASTILLO



CIUDAD UNIVERSITARIA

2007



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.

A JESÚS CRISTO

Por que, en su infinita misericordia, me ha dado la oportunidad de recobrar la dignidad de ser hijo de DIOS.

A CAROLINA

Por ser la otra parte de mi, fiel compañera, y sobre todo, mí esposa.

A MIS HIJAS

Sara, Noemí y Sofía; porque ustedes son el motor que me impulsa para ser mejor cada día; porque gracias a ustedes, he descubierto el verdadero significado del Amor.

A MIS PADRES

Telésforo Cisneros de la Torre y María Hernández de Cisneros; por darme el regalo más hermoso, la vida; y, por enseñarme el camino para vivirla.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Por haberme cobijado entre sus brazos
y darme la oportunidad de ser parte de esta gran
comunidad.

A LA FACULTAD DE DERECHO

Porque, fue en sus aulas donde me forjé
como abogado, teniendo ahí la mejor enseñanza
y los mejores maestros

AL LIC. JESÚS VILCHIS CASTILLO

Porque usted hizo posible la realización de lo que
en un momento fue mi más grande sueño, hoy,
hecho realidad.

**PROPUESTA PARA HACER EFECTIVA LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN
LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN**

INTRODUCCIÓN.....I

**CAPÍTULO PRIMERO
DEL CONTRATO EN GENERAL**

1.1. La idea genérica del contrato. 1
1.2. El contrato civil. 6
1.3. Efectos del contrato..... 10
1.4. La obligatoriedad del contrato. 12
1.5. La imprevisión de los contratos. 20

**CAPÍTULO SEGUNDO
PRINCIPIOS Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES EN LA CELEBRACIÓN DE
LOS CONTRATOS**

2.1. Principio de posibilidad..... 24
2.2. Principio de licitud. 24
2.3. Principio de capacidad. 26
2.4. Principio de veracidad. 29
2.5. Principio de libertad. 44
2.6. Elementos del contrato..... 48
2.7. Definición del consentimiento como elemento esencial del contrato..... 51
2.8. Ausencia del consentimiento..... 60
2.9. Manifestación del consentimiento. 63
2.10. El objeto del contrato y sus requisitos. 64
2.11. La cosa debe existir en la naturaleza. 69
2.12. La cosa debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie... 70
2.13. Debe estar en el comercio..... 73
2.14. La capacidad como elemento de validez del contrato..... 74

**CAPÍTULO TERCERO
DEL CONTRATO DE ADHESIÓN**

3.1.	Antecedentes de este contrato.....	78
3.2.	Marco Jurídico.....	81
3.3.	Concepto.....	87
3.4.	Naturaleza Jurídica del contrato de adhesión.....	90
3.5.	Criterios de la PROFECO sobre estos contratos de adhesión.....	97
3.6.	Características de este contrato.....	100

**CAPÍTULO CUARTO
PROPUESTA PARA HACER EFECTIVA LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN
LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN**

4.1.	Los contratos de adhesión en el extranjero.....	103
4.2.	Situación actual de los contratos de adhesión en el Derecho Mexicano.....	107
4.3.	Por qué debe buscarse una igualdad de las partes en los contratos de adhesión.....	114
4.4.	Criterios jurisprudenciales al respecto.....	117
4.5.	Propuestas de solución.....	120
CONCLUSIONES		127
BIBLIOGRAFÍA		130

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha discutido en doctrina si éste es o no contrato, porque precisamente el consentimiento, como acuerdo de voluntades, propiamente no existe. Una de las partes es una sociedad o empresa poderosa económicamente; o bien, una empresa estatal, que impone a la otra parte, la débil, las cláusulas y condiciones del contrato, sin permitir la menor discusión o modificación. Se le plantea el presente dilema: o acepta el contrato tal como está redactado, generalmente se trata de suministro de algo de primera necesidad, como el agua, gas, transporte, luz, energía, etc., al particular no le queda sino aceptar en ocasiones con cláusulas leoninas.

Teóricamente esta situación plantea problemas graves; en los contratos que celebran los particulares las partes están más o menos en igualdad de posibilidades económicas; discuten el clausulado y hasta que existe acuerdo se celebra el contrato.

En el de adhesión, no pasa así, sino que la parte fuerte, presenta a la débil el documento ya redactado, en todos sus detalles, y a ésta, como es la que necesita el servicio, a veces indispensablemente, no le queda más que adherirse ya que no podría dejar de contratar. Se argumenta que si no hay acuerdo de voluntades, no habrá contrato, puesto que no existe el consentimiento y el acto sería inexistente.

Debido a lo anterior, propongo, que no se supriman los contratos de adhesión, sino que éstos en atención al acuerdo de voluntades y al Estado de Derecho en que se vive sean imparciales y no unilaterales como hasta el momento se hace. Estamos ya en pleno siglo XXI y en muchas cosas, seguimos rigiéndonos por disposiciones de 1870 y hasta de 1928 por lo que, urge darle solución a ésta problemática y muchos contratos de adhesión como el teléfono, luz y seguros tienen disposiciones leoninas por no buscar la solución adecuada a su problemática.

Para lograr lo anterior, divido el trabajo en cuatro capítulos, donde a grandes rasgos preciso lo siguiente.

Lo relacionado al contrato, generalidades, efectos, obligatoriedad e imprevisión de dicho contrato, es objeto de estudio en el capítulo primero.

En el capítulo segundo, como su nombre lo indica, se habla de los principios y elementos fundamentales en la celebración de los contratos, es decir, todo lo que deben tomar en cuenta las partes, legislador y juzgador en la celebración contractual.

En el tercer capítulo, se analizan los antecedentes, marco jurídico, concepto, naturaleza jurídica y características del contrato de adhesión.

Finalmente, la propuesta para que la voluntad de las partes en los contratos de adhesión no se determina por la sola voluntad del oferente o proveedor, es tarea del cuarto capítulo, donde a través de los razonamientos realizados en la tesis; planteo la solución a la problemática existente.

CAPÍTULO PRIMERO DEL CONTRATO EN GENERAL

1.1. La idea genérica del contrato.

En Roma surge el contrato, pero originalmente no es una fuente genérica de obligaciones, ya que sólo algunas figuras típicas del acuerdo de voluntades producían acción y era sancionado su incumplimiento. En el sistema contractual romano en una larga evolución histórica que va del formalismo al consensualismo van aparecer las siguientes figuras, según el autor Ventura Sabino:

“1) Contratos *Verbis*, que se perfeccionaban o adquirían por obligatoriedad sólo mediante el uso de determinadas frases verbales, por ejemplo de *sttipulatio*. 2) Contratos *Litteris*, que se perfeccionaban mediante la inscripción de un registro de una deuda. 3) Contratos que se perfeccionaban mediante el consentimiento de las partes aunadas a la entrega de una cosa (res), era el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda; generalmente creaban obligaciones sólo para la parte que recibía la cosa (exigibles por un *actio* directa) pero eventualmente podía surgir para la otra parte (exigiéndose por un *actio* contraria) por ejemplo, cuando un depositario hacía gastos extraordinarios para la conservación de la cosa, el depositante debía reembolsarlos. 4) Contratos consensuales que se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes y eran compraventa o *emptio venditio*, la sociedad y el mandato. 5) Contratos innominados eran aquellos que no encuadraban dentro de una figura típica y que resultaban obligatorios cuando concurrían el consentimiento y la prestación de una de las partes. 6) Pactos que eran los acuerdos que no producían ningún efecto jurídico (*nuda pacta*), posteriormente para algunos de ellos se concedió acción para exigir su cumplimiento (*pacta vestita*).”¹

¹ VENTURA SILVA, Sabino. **Derecho Romano**. 10ª edición, Ed. Oxford, México, D.F., 2003. p. 76.

La concepción romana del contrato subsiste prácticamente inalterada hasta la aparición del liberalismo a fines del siglo XVIII. Es en esta época que se otorga a esta figura jurídica fundamental, pues incluso la existencia de la sociedad se quiere hacer depender de un pacto. Se estatuye el principio de la autonomía de la voluntad y el de una casi absoluta libertad de contratación. Actualmente con el auge de las ideas colectivistas el ámbito del contrato se reduce paulatinamente.

Ahora bien, al ser el contrato una de las fuentes más importantes generadora de las obligaciones, consideramos necesario el realizar un estudio minucioso del mismo y asimilar principios generales propios a todos los contratos y principios que deben de ser aplicados únicamente a ciertos contratos o a cada contrato en especial.

Al respecto el autor Ramón Sánchez Medal, manifiesta:

“Para el estudio de los contratos en particular, tiene una gran utilidad práctica la exposición de los principios comunes a todos los contratos, así como de las reglas propias de cada determinado grupo de contratos (como por ejemplo, de los contratos onerosos, de los contratos de ejecución continuada, de los contratos con prestaciones recíprocas), ya que al estudiar cualquier contrato en particular deben siempre tenerse presentes esos principios y reglas, aunque se den por presupuestos”.²

Del comentario realizado anteriormente, se puede advertir la importancia que tiene el estudio en la doctrina general del contrato para llegar al estudio particular del contrato, los elementos de existencia y requisitos de validez que lo constituyen, su clasificación, así como sus formas de extinción del mismo.

Ahora bien, para continuar con el tema de estudio, paso a definir lo que es el contrato, y para ello me apoyaré en las definiciones de varios autores, en primer

² SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. **De los Contratos Civiles**. 9ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2003. p. 160.

lugar del autor Rojina Villegas Rafael, así como en la definición que del mismo nos proporciona el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1793.

Rafael Rojina Villegas, define al contrato como:

“Un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, es una especie dentro del género de los convenios”.³

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

Para Ramón Sánchez Meda, los contratos son:

“Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos”.⁴

Y para Ernesto Gutiérrez y González:

“Contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear o transferir derecho y obligaciones”.⁵

Del contenido de las anteriores definiciones podemos concluir que todos los autores concuerdan en que el contrato es un acuerdo de voluntades para crear o transferir derecho y obligaciones, sin embargo, y en virtud de que como nos percatamos, en dichas definiciones se hace referencia al convenio, por lo que consideramos necesario dejar establecido el significado del término convenio, y para ello primeramente nos referimos a los antecedentes del mismo en Roma.

En el Derecho Romano los convenios eran considerados como una fuente de obligaciones de inferior categoría de los contratos en virtud de que por sí solos

³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho Civil. Contratos**. T.I. 10ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2001. p. 247.

⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 243.

⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **Derecho de las Obligaciones**. 8ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2000. p. 128.

no generaban obligaciones, para ello, era necesario que: a) estuvieran unidas a un contrato principal, b) los ampara el derecho pretorio, o c) los ampara el derecho imperial. Para que surtieran efectos iban acompañados de palabras solemnes o menciones escritas y su cumplimiento se garantizaba a través de estipulaciones penales, de la entrega de arras, de la constitución de una hipoteca o permuta, o del aval de una tercera persona.

Ahora bien, después de esta breve referencia histórica del convenio, paso a la definición que nos da el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1792:

“Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”

Esta definición del convenio, a que se refiere el Código Civil vigente, está en sentido amplio. El convenio así entendido, se divide en convenio en sentido estricto y contrato.

El convenio en sentido estricto, es el acuerdo de voluntades encaminado a modificar o extinguir derechos y obligaciones, a su vez contrato, es el acuerdo de voluntades realizado ante dos o más personas para crear y transmitir derechos y obligaciones.

Después de haber dado los conceptos de contrato y convenio, considero necesario establecer las diferencias que existen entre cada uno de ellos y empezare por mencionar lo que cita el autor Leopoldo Aguilar Carvajal respecto a dichas diferencias:

“Es fundamental para nuestro estudio empezar por la distinción entre convenio y contrato. El Código Civil nuestro nos da base para plantear esta distinción, que ha sido motivo de grandes discusiones. En efecto, el artículo 1793 claramente estatuye, que toma el nombre de contrato los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, y el 1792 define al

convenio, como el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”.⁶

La Doctrina, después de muchas discusiones, llega a la conclusión de que el convenio define el fenómeno psicológico como acuerdo de dos o más voluntades para producir efectos de derecho y este acuerdo, cuando se le reviste con la forma que previene la ley, es el contrato; pero no excluye la categoría de los consensuales.

Hago notar que el Derecho Mexicano, habiéndose apartado de la terminología usual, da a estas palabras contenido distinto, pero hay que reconocer que pone fin a las discusiones existentes.

En otras palabras, el convenio es el acuerdo de dos o más voluntades, para transferir, modificar o extinguir obligaciones; en cambio, cuando ese acuerdo tiene como finalidad producir o transferir derechos u obligaciones, se llama contrato.

De lo anterior se desprende, que el convenio es el género y el contrato es la especie o bien puedo afirmar que el convenio es lo general y el contrato lo particular, pero tanto en el convenio como el contrato está presente la convención de las partes y la diferencia fundamental estriba que en el contrato le corresponda la función positiva de crear o transmitir, y al convenio la función negativa, modificar o extinguir.

Para concluir, considero, que el concepto particular de contrato, es el punto en que coinciden dos intereses opuestos, se coordinan, compaginan o se corresponde, en el tiempo y en el espacio, con fines u objetivos diferentes de las partes, llámenseles comprador y vendedor, patrón y trabajador, arrendador y arrendatario, etc., el cual se perfecciona con la exteriorización de la voluntad para la producción o transmisión de derechos y obligaciones con efectos legales.

⁶ AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. **Contratos Civiles**. 4ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002. p. 151.

1.2. El Contrato Civil.

El contrato es una institución jurídica que excede los límites de la esfera de lo civil. El contrato civil no es, desde luego, la manifestación única de lo contractual, ni siquiera la más importante. Existen, además de los contratos civiles, los mercantiles, los del trabajo, los administrativos. Por consiguiente, antes de entrar en el estudio de los contratos civiles, debemos procurar formular un concepto de contrato que nos permita abarcar esta institución en un sentido unitario.

En su significación semántica, contrato es, para Sánchez Medal Ramón:

“El pacto o convenio entre partes sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.”⁷

Esta idea del contrato comprende, desde luego, no sólo a los civiles, sino también a todos aquellos a los que hice alusión anteriormente, sin olvidar tampoco la variedad extraordinaria de tratados y convenios internacionales cuya naturaleza contractual es considerada por todos como evidente. Una concepción moderna del contrato lo considera, no sólo como acto jurídico, sino también como norma jurídica individualizada.

Rojina Villegas opina lo siguiente:

“Censura a este respecto que la doctrina civilista se haya preocupado del estudio del contrato como acto jurídico y haya descuidado totalmente el análisis del mismo como norma jurídica individualizada.”⁸

En realidad, lo sucedido no ha sido que los civilistas se hayan desentendido de esa concepción del contrato, sino que, después de considerarla la han rechazado.

⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 17.

⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 201.

El autor De Pina Rafael, precisa que:

“La jerarquía de las normas jurídicas establecida por Kelsen y la Escuela de Viena, de la que él es el líder, coloca en la última escala de su clasificación a las normas individualizadas (contratos, resoluciones judiciales, etc.); pero, por mucha que sea la admiración que merezcan tanto el ilustre filósofo citado como sus discípulos, no es posible admitir que la sentencia o el contrato, por ejemplo, tengan la verdadera naturaleza de normas jurídicas ni siquiera con el aditamento de individualizadas.”⁹

El contrato como norma, con la caracterización y el alcance que le da Kelsen, no puede ser admitido por ningún civilista que piense en el contenido que corresponde al contrato y a la significación que puede atribuirse razonable a este acto jurídico.

El contrato no es, a mi entender, una norma jurídica, en el mismo sentido en que lo son la ley y la costumbre, por ejemplo, sino un acto jurídico celebrado de acuerdo con determinadas normas jurídicas.

El mismo autor De Pina Rafael considera que:

“La concepción del contrato civil, en la doctrina y en la legislación, se bifurca en dos direcciones; una, calificada de amplia, que identifica los términos convenio y contrato, y otra restringida, que los separa, al distinguir entre convenio y contrato.”¹⁰

Por otra parte, el Código Civil para el Distrito Federal, se encuentra dentro de esta última dirección, que define el convenio como “el acuerdo de dos o más personas para crear, transformar, modificar o extinguir obligaciones”. Añade que

⁹ DE PINA, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. T.III. 10ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2003. p. 265.

¹⁰ Ibidem. p. 266.

los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Consecuentemente, la definición del contrato civil desde el punto de vista legal, se debe formular al decir que es el convenio que produce o transfiere las obligaciones y derechos.

La identificación del convenio con el contrato la encuentro, por ejemplo, en el Código Civil italiano vigente, que define el contrato como “el acuerdo de dos o más personas para conseguir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial”, con una fórmula semejante a la del Código Civil anterior.

La denominación de acuerdo al Código Civil italiano, constituye una expresión “no feliz”, según Messineo por lo siguiente:

“Porque en el artículo 1321 del mismo cuerpo legal el acuerdo se identifica con el concepto mismo de contrato, al ser preferible hablar al respecto de consenso, que tiene a su favor la tradición y que denota mejor el elemento en cuestión.”¹¹

Colín y Capitant entienden que:

“Aunque el Código Civil de Napoleón (artículo 1101) parece distinguir entre contrato y convenio, al hacer de éste el género y de aquél la especie, esta distinción sólo tiene carácter terminológico, ya que las mismas reglas generales se aplican a ambos y hasta en algunos casos dicho Código emplea indiferentemente una y otra palabra. Por eso, al definir el contrato escriben que contrato o convenio es un acuerdo de dos o más voluntades con el fin de producir efectos jurídicos.”¹²

¹¹ MESSINEO, Francisco. **Derecho Civil Italiano**. Trad. de Leonel Pérez Nieto. 9ª edición, Ed. Oxford-Italia, México, D.F., 2000. p. 149.

¹² COLÍN Y CAPITANT, Henry. **Derecho Civil Francés**. Trad. de Enrique Figueroa Alfonso. 8ª edición, Ed. Depalma, La Habana Cuba, 1990. p. 138.

Del artículo 1254 del Código Civil español se puede deducir una definición del contrato como el acto jurídico en virtud del cual “una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

A mi entender, la afirmación de que la distinción entre convenio y contrato no tiene más que un interés terminológico, fundada en que las mismas reglas se aplican a los unos y a los otros, no autoriza, ciertamente, para negar el interés práctico de la distinción, por lo menos mientras subsista legalmente, pues los fundamentos que ha tenido para formularla el legislador y el criterio correspondiente para su interpretación, han de ser, en los casos concretos, los que permitan establecer si nos encontramos frente a un convenio o frente a un contrato.

En oposición a la tesis de Colín y Capitant, sostiene Josserand lo siguiente:

“La distinción entre convenio y contrato, al decir que el contrato es una de las variedades, uno de los tipos de la convención, una remisión de deuda, por ejemplo, escribe: Es una convención, porque se resuelve en un acuerdo de voluntades; pero no es precisamente un contrato, es precisamente lo contrario, porque tiende, no a crear, sino a extinguir obligaciones.”¹³

Clemente de Diego, después de decir que convención es término más extenso que contrato, añade:

“Las convenciones jurídicas tiene un alcance mayor que el del contrato. Por la convención se originan, modifican y extinguen las obligaciones y derechos reales; por la convención se concluye y celebra el matrimonio, se cumplen modificaciones importantes en el derecho de familia (adopción); por la convención se regula la sucesión *mortis causa* en algunas

¹³ Cit. Por Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XI. 10ª edición, Ed. Dris-Kill, Buenos Aires, República de Argentina, 2000. p. 911.

legislaciones, como la germánica. La convención, en una palabra, representa el imperio de la voluntad humana, y en la medida que las relaciones de Derecho dependen de ella, las convenciones sirven para moldearlas, extinguirlas u originarlas. En esto se funda una tendencia moderna que, al confundir la convención con el contrato, quiere extender la esfera de éste por todo el campo del Derecho Privado, y así, el matrimonio, el testamento, la adopción, etc., son puros contratos. Todo el Derecho Privado, para ellos, sería derecho de contratación. Empero, al considerar el contrato como fuente de obligaciones, únicamente merecerá ese nombre el acuerdo de dos o más personas para producir u originar entre ellas una relación obligatoria. Y con ello llegamos al significado técnico y preciso en que aquí es tomado el contrato, como convención jurídicamente eficaz para crear una obligación civil (Giorgi).”¹⁴

1.3. Efectos del Contrato.

El contrato, como una de las fuentes de las obligaciones civiles, produce el efecto primordial del nacimiento de las mismas, de carácter contractual.

Ahora bien, al tratar de los efectos de los contratos, hay que distinguir entre los generales, o sea, aquellos que normalmente producen todos ellos, y los particulares de cada uno.

El estudio de estos últimos tiene su lugar adecuado al desarrollar los temas referentes a los contratos en particular.

Los efectos generales de los contratos se producen normalmente entre los contratantes y, eventualmente, entre una de las partes y los herederos de la otra.

Estos efectos consisten, principalmente, en la vinculación que establecen entre los contratantes en los casos corrientes; en la imperiosidad consiguiente del

¹⁴ DE DIEGO, Clemente. **Derecho Civil Español**. 8ª edición, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1996. p. 200.

cumplimiento de lo pactado, de acuerdo con el principio de la buena fe y con sujeción no sólo a lo expresamente convenido, sino también a las consecuencias que se deriven de la ley, de los usos y de la equidad, y en la posibilidad de la ejecución forzosa como remedio del incumplimiento.

No obstante lo dicho, acerca de los efectos normales del contrato, la realidad nos muestra casos, en que éste, no produce efectos para los herederos y casos en que los produce para terceros.

Los efectos para los herederos no se producen cuando existe pacto en contrario entre los que contrataron, cuando los derechos y obligaciones de que se trate sean intransmisibles y cuando haya una prohibición legal expresa.

Castán recuerda a este propósito que el contrato produce efectos contra los terceros en los casos siguientes:

1. **“Cuando se transmiten por los contratantes a otras personas los derechos adquiridos en virtud del contrato.**
2. **Cuando el contrato contiene alguna estipulación en favor de tercero.**
3. **Cuando se ejercita por los terceros la acción subrogatoria o la pauliana.”¹⁵**

Aunque la vinculación contractual, normalmente, sólo se produce entre los contratantes, aparte de la posibilidad de la sustitución del sujeto activo o la del pasivo en los contratos unilaterales, existe en los bilaterales la de transferir dichos efectos a quienes no lo son mediante la cesión de contrato.

El Código Civil para el Distrito Federal, no se ocupa de esta institución. La realidad nos muestra casos de cesión contrato con bastante frecuencia. La cesión

¹⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho Civil Español, Común y Foral**. 7ª edición, Ed. Oxford, México, D.F., 2000. p. 309.

de contrato se regula en este Código, en la cesión de derechos se presenta como fenómeno jurídico normal actualmente entre nosotros.

El Código Civil Italiano (1942), por el contrario, no ha incurrido en esta omisión, pues dedica a la cesión de contrato los artículos 1406 a 1410 (correspondientes al Libro Cuarto, Tít. II, Capítulo VIII del mismo).

El artículo 1406 de dicho Código citado por la Enciclopedia Jurídica Omeba se lee textualmente:

“Artículo 1406. Cada una de las partes podrá sustituir a sí misma a un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si éstas no hubieren sido todavía ejecutadas, con tal que la otra consienta en ello.”¹⁶

Los artículos 1408 y 1410 del Código Civil Italiano establecen las relaciones entre el contratante cedido y el cedente, entre el contratante cedido y el cesionario y entre el cedente y el cesionario.

La cesión de contrato, tal y como es admitida en el Código Civil Italiano, representa la transferencia a persona distinta de las que lo crearon, del complejo de derecho y obligaciones derivadas de un contrato de carácter correlativo.

Al respecto que sólo se puede hablar de cesión de contrato con referencia a los bilaterales, porque en los unilaterales se cede separadamente la posición legal de acreedor o la de deudor.

1.4. La obligatoriedad del contrato.

La obligatoriedad del contrato ha sido explicada, desde diversos puntos de vista, por los filósofos y por los juristas.

¹⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit. p. 793.

La cuestión relativa a la fuerza obligatoria del contrato escribe Clemente de Diego lo siguiente:

“Es una cuestión que pertenece a la Filosofía. En todos los pueblos dice y en todas las épocas, ha merecido la sanción de los legisladores; los contratos, como dice nuestro Código (el español), tienen fuerza de ley entre los contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos. Podrá cambiar el modo de encarnarlo en la realidad, pero el principio es el mismo: la santidad de lo pactado libremente entre las partes, como reconocimiento de la autonomía de la persona y de las exigencias de la convivencia social. Se trata en él de servir a la cooperación humana por los medios que cada cual libremente y en su esfera puede prestar o cree necesitar. Cada uno, en la esfera de que puede disponer, es el único o el más autorizado intérprete de sus aspiraciones y necesidades, de sus medios y recursos, y en tal respecto, la ley sanciona sus creaciones como consecuencia y prolongación del reconocimiento de su personalidad; pero como no es ella sola la que ha de tenerse en cuenta, sino las de los demás también interesados en el éxito de sus propias acciones, de aquí la necesidad de aplicar los principios de la justicia natural; evitar el mal en las relaciones de unos hombres con otros; dar a cada uno lo suyo; y esos principios traen aparejada la consecuencia del respeto más absoluto por parte de los internados y del cuerpo social.”¹⁷

Los filósofos fundan esta obligatoriedad más allá de los sistemas jurídicos positivos. Aun dándole plena efectividad a la costumbre y al sentimiento, la vinculación contractual, según la Enciclopedia Jurídica Omeba:

“Surge como una realidad jurídica hincada en la naturaleza del hombre, y el principio *pacta sunt servanda* ha mantenido tal prestancia, que llegase a ver en él la razón suprema de aquellos sistemas positivos, y aun de las instituciones fundamentales e incluso del propio Estado.”¹⁸

¹⁷ DE DIEGO, Clemente. Op. cit. p. 202.

¹⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit. p. 795.

Dentro del campo de la filosofía la obligatoriedad contractual se ha fundado, por bastantes autores, en que constituye una necesidad ineludible de la vida social. Esta necesidad es realmente reconocida desde cualquier punto de vista que se adopte.

De acuerdo al autor De Pina Rafael:

“La escuela fenomenológica se ha preocupado particularmente de este problema. Entre sus representantes, Schupe ha afirmado la tesis según la cual la fuerza obligatoria del contrato no procede de una fórmula más o menos solemne a la que se pueda atribuir una eficacia mágica, sino de un principio jurídico que prohíbe la violación de la propiedad y el daño y perjuicio ajeno. Para otro de los miembros de dicha escuela, Schapp (Guillermo), la fuerza obligatoria del contrato se funda en el deber de veracidad, al ser un postulado esencial de la Justicia, que ordena dar a cada cual lo suyo.”¹⁹

En otras palabras, se puede decir que son varios los criterios que se siguen para atribuir al contrato fuerza obligatoria; a) El criterio voluntarista; b) El principio ético; c) El fundamento normativo.

- a) El voluntarismo jurídico. De acuerdo con este principio, no sólo el contrato sino todo el derecho y aun la organización política de la sociedad encuentra su fundamento en el contrato (teoría del Contrato Social).

Como ha quedado asentado en dicha obra de la literatura universal, todos los hombres son por naturaleza libres e iguales, adquieren obligaciones por un acto de soberanía de su propia voluntad. Las obligaciones que contrae la persona derivan de una libre decisión de “auto obligarse”, decisión por medio de la cual, la

¹⁹ Cit. Por DE PINA, Rafael. Op. cit. p. 267.

persona de manera voluntaria enajena y limita su propia libertad. De esta suerte, la organización social y aún en derecho objetivo, es consecuencia de consensus que se halla en el origen de todo grupo social organizado. (Teoría del Contrato Social).

Por ello, para el Código Civil Francés, declara que el contrato es “La Ley de las partes” (Artículo 1134) y con ello atribuye a la voluntad de los particulares una categoría suprema en el derecho de las obligaciones y a la vez, coloca en una situación de alta preeminencia a la autonomía de los contratantes, para estipular lo que consideran conveniente a sus intereses.

El autor García López Agustín señala lo siguiente:

“b).- Conforme al punto de vista ético, la fuerza vinculatoria del contrato, descansa en la confianza (buena fe) que cada uno de los contratantes ha despertado en el otro, al prometer quedar obligado a dar, hacer o no hacer. En realidad, en el contrato no es decisiva la voluntad sino lo que cada uno espera de la promesa de la otra, sobre la base de lo que han prometido cada una.”²⁰

La fuerza obligatoria del contrato, descansa en la buena fe, en la confianza de que el obligado cumplirá las prestaciones contractuales, conforme a la palabra dada (el deber de respeto a lo prometido).

c).- El fundamento normativo de la obligatoriedad del contrato, descansa en lo que significa la fuerza coactiva de sus cláusulas: se encuentra no en la voluntad de las partes, ni en la confianza esperada en el otro contratante, sino en última instancia en la fuerza de obligar de la ley que lo rige entonces el contrato obliga simplemente porque así lo dispone el ordenamiento jurídico.

²⁰ GARCÍA LÓPEZ, Agustín. **Apuntes de Contratos Civiles en particular**. 8ª edición, Ed. Trillas, México, D.F., 2003. p. 291.

Así, el fundamento de la obligatoriedad del contrato sería la decisión del legislador de facultar a los sujetos de derecho para reglamentar ellos mismos sus intereses económicos. De esta cuestión surge la combinación legal que rige las relaciones contractuales.

Conforme a este punto de vista, el contrato crea una situación jurídica cuyas consecuencias el legislador determina soberanamente.

El acto de voluntad consiste (que en él, interviene el principio de Autonomía) en el que los otorgantes al celebrar un contrato, declaran querer someterse a la disciplina legal que lo rige. Las partes quieren el contrato y además las consecuencias previstas en la ley aplicables al acto que han concertado entre si; de allí que propiamente la autonomía privada por sí sola es insuficiente para explicar la fuerza obligatoria del contrato. El contrato es una institución, es decir, es un fenómeno social regido por el derecho. Considerar el contrato sólo como efecto de la autonomía privada o sólo desde el punto de vista de la normativa del derecho constituye una perspectiva parcial de esta institución jurídica.

Debe tenerse en cuenta que todo acto jurídico cualquiera que sea su naturaleza influye en la esfera del derecho de quienes lo otorgan, por la voluntad de los otorgantes y por las disposiciones legales aplicables a la especie de contrato que las partes han celebrado.

El contrato no es sólo de voluntades, es además y en manera importante, un querer de las partes que se han manifestado (elementos de existencia y requisitos de validez) y que adquiere coercibilidad precisamente en la medida en que se cumplen en él las disposiciones de la ley que lo rige.

Parece claro que el fundamento de la obligatoriedad del contrato, en cuanto norma jurídica particularizada, se encuentra en el derecho objetivo que atribuye fuerza obligatoria a ese acto. También debe aceptarse que es la iniciativa de los particulares a través del consentimiento cuando éste se ha formado y se han

manifestado conforme a los requisitos de validez y constituye el punto de partida para que el contrato adquiera fuerza obligatoria, conforme a lo dispuesto por ellas para constituir entre los contratantes (normas jurídicas individualizadas).

De lo anteriormente expuesto, puedo concluir que en el contrato se observa: a) El acuerdo de voluntades; b) La creación de situaciones jurídicas como presupuesto para la aplicación de las normas legales aplicables al contrato así celebrado; c) La creación de normas jurídicas individualizadas y d) El nacimiento de relaciones jurídicas contractuales que surgen entre las partes.

Las normas jurídicas particularizadas o individualizadas, se distinguen de las normas jurídicas generales y abstractas porque se refieren a hacer posible la satisfacción del interés de las partes. La observancia del contrato se impone a las partes en que cada contratante tiene que efectuar su prestación so pena de ser constreñido a ello por la fuerza pública y si la ejecución directa no es posible, será condenado a indemnizar al otro contratante por los daños y perjuicios. De ahí que el Código Civil de 1884 en su artículo 1421 disponía que: Si el obligado en un contrato dejara de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido y el pago de daños y perjuicios.

La anterior idea, se encuentra contenida en los artículos 1796 y 1797 del Código Civil vigente, según los cuales los contratos legalmente celebrados, obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado, o en otros términos, los contratos desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes al cumplimiento de lo expresamente pactado.

Así como también de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

El artículo 1796 de nuestro Código Civil establece:

“Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde

que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.”

Así considero que en la intención del legislador, la regla general para el perfeccionamiento de los contratos, se hace consistir en la expresión del consentimiento de una manera simple.

La segunda parte del precepto en comentario, agrega que al perfeccionar el contrato, obliga en los términos expresamente convenidos, pero más allá de ellos, también a las consecuencias que van de acuerdo con la naturaleza del contrato conforme a la buena fe, que es un principio fundamental en el contrato, el uso y la ley.

La buena fe contractual, significa, según el autor García López Agustín lo siguiente:

“Lealtad a lo prometido en las cláusulas del contrato, de manera expresa o tácita, que realiza la conducta esperada conforme a las normas del contrato, de la ley y de los usos que suelen seguirse en la interpretación del cumplimiento de lo convenido. Con ello, se pretende indicar que la buena fe consiste en el rechazo de todo aquello que sea contrario a la intención común de las partes que se revela o manifiesta en la naturaleza del contrato, (del conjunto de las cláusulas).”²¹

La buena fe contractual, comprende la recíproca lealtad que debe observarse al celebrar el contrato que se exige a las partes durante la vigencia del mismo y lo que atañe al cumplimiento de las obligaciones contraídas, es decir, en el comportamiento debido y esperado que precisamente sirve para modelar el vínculo que hace surgir la obligación.

²¹ GARCÍA LÓPEZ, Agustín. Op. cit. p. 193.

El artículo 1797 del Código Civil, preceptúa que:

“Artículo 1797. La validez y el cumplimiento de los contratos, no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”

El contrato por definición, es un acuerdo entre dos o más partes, es por lo tanto, fruto de un ajuste de intereses recíprocos, por lo consiguiente, su validez y cumplimiento no puede abandonarse luego al arbitrio de una sola de ellas sin amenazar seriamente el principio de paridad que constituye su esencia. La fuerza obligatoria del contrato, requiere esencialmente de esa conjunción de voluntades sobre un objeto lícito y posible. Este precepto forma parte de un conjunto de disposiciones legales que fijan justos límites a la autonomía de los particulares para estipular en los contratos lo que a sus intereses convenga.

A manera de resumen se puede decir que el contrato debe ser obligatorio, porque un contrato, fuente de obligaciones, que careciese de este carácter sería verdaderamente un contrato absurdo, no un contrato.

Desde el punto de vista exclusivamente positivo, es desde luego exacta la fundamentación de la obligatoriedad del contrato que se deriva de aquella disposición inserta en la generalidad de los Códigos, según la cual éste obliga, desde el momento en que se perfecciona, al cumplimiento de lo pactado y, además, a las consecuencias que de acuerdo con su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

El hombre de la calle, el ciudadano normal, sabe que el contrato debe ser cumplido, sin que le preocupe gran cosa el por qué, y está dispuesto a satisfacer oportunamente la prestación obligada.

La disposición contraria, en todo caso, es una actitud negativa de los sentimientos elementales en todo hombre honrado, de la buena fe, de la rectitud y de la lealtad hacia el prójimo.

1.5. La imprevisión de los contratos.

La obligatoriedad del contrato, sin embargo, aun al ser reconocida, no es absoluta, es decir, no opera de manera tajante en cualquier circunstancia, sin excepción.

La imprevisión constituye, en este sentido, un límite a la obligatoriedad del contrato.

Hay que advertir que no es lo mismo imprevisión que teoría de la imprevisión, al respecto los autores Zamora y Valencia Miguel Ángel establecen lo siguiente:

“La imprevisión es la circunstancia o conjunto de circunstancias que en un caso o momento dados libera en forma total o parcial del cumplimiento de un contrato, y la teoría de la imprevisión el conjunto sistemático de especulaciones científicas que tiene como finalidad justificar, en las circunstancias aludidas, el dejar incumplido lo que normalmente debía cumplirse en la forma convenida.”²²

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

En la actualidad, se admite sin dificultad que un cambio trascendental de las circunstancias en que se produjo un contrato, es causa bastante para hacer cesar la obligatoriedad del mismo por excesiva onerosidad.

²² ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. **Contratos Civiles**. 10ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004. p. 126.

El maestro Borja Soriano considera que:

“El problema llamado de la imprevisión puede considerarse desde dos ángulos, que no siempre coinciden: desde el punto de vista del Derecho ideal y desde el punto de vista del Derecho Positivo.

Según el Derecho ideal, dice, la fuerza obligatoria del contrato debe templarse por la consideración de lo justo, pero no se llega a esta conclusión si se da al Juez el poder de revisar los contratos, puesto que éste debe quedar reservado al legislador, para que lo ejerza en circunstancias excepcionales.”²³

Opina, el mismo autor Borja Soriano que:

“En cuanto al Derecho Positivo Mexicano hay que recordar que el Código Civil de 1884, en su artículo 1419, previno que los contratos legalmente celebrados fuesen puntualmente cumplidos y que la idea que preside dicho artículo se encuentra también en el 1796 del vigente Código Civil de 1928.”²⁴

Como los artículos del Código Civil de Napoleón citados por Demogue y Bonnetcase (para fundar su tesis de una aceptación de la teoría de la imprevisión) no se encuentran en el Derecho Mexicano, concluye Borja Soriano que:

“Salvo lo relativo al término de gracia acogido por el artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no cabe sostener la existencia en el mismo de un principio general del derecho favorable a la revisión del contrato por el Juez en caso de imprevisión.”²⁵

²³ BORJA SORIANO, Manuel. **Teoría General de las Obligaciones**. 8ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002. p. 187.

²⁴ Ibidem. p. 188.

²⁵ Idem.

Rojina Villegas entiende, por el contrario, que:

“También en nuestro derecho hay todo ese conjunto de datos (a los que se refiere Bonnecase) para fundar la facultad del Juez a efecto de que pueda modificar en términos de equidad un contrato cuyo cumplimiento exacto traería consigo la ruina del deudor. Añade este autor: Problema distinto es que en México se hayan querido resolver estas cuestiones de la imprevisión, al no facultar a los jueces para los casos concretos, sino otorgar leyes de emergencia especiales, como, por ejemplo, las leyes de moratoria para suspender el cumplimiento de las obligaciones como consecuencia de la crisis económica que vino después de la Revolución; o las leyes monetarias que han evitado a través de un principio general, que los deudores tengan que pagar en la especie convenida, motivadas también por los trastornos políticos y económicos de México. Si los deudores tuviesen que pagar en las monedas convenidas, tendrían en ocasiones de crisis un gran perjuicio, y a base de una ley general, desde 1905, se dispuso que el pago, se hará siempre en la moneda circulante. Las leyes de emergencia demuestran también el mismo hecho en la actualidad.”²⁶

Se ha alcanzado este otro aspecto de la teoría de la imprevisión sin necesidad de que los jueces tengan que resolver de acuerdo con el criterio de equidad. Pero, en aquellos casos no previstos, por ejemplo, complicaciones por el tipo del dólar para los deudores que se obligan a pagar, se calcula el tipo de 9.50 y que en la actualidad tengan que pagar al tipo de 11.00, permitirán al Juez resolver con equidad, siempre y cuando el deudor no haya incurrido en mora. Con estas restricciones, podemos aceptar en México la teoría de la imprevisión.

La posición de Rojina Villegas frente al problema de que trataremos es, como se ve, un tanto conservadora. Consiguientemente, nada conforme con el sentido progresivo de nuestro Derecho.

²⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 129.

Para mí, la teoría de la imprevisión es aplicable, en los casos para los que está elaborada, en el sistema jurídico civil mexicano por una razón fundamental y clara. Esta razón la encontramos en la declaración constitucional expresa de los principios generales del Derecho Civil como fuente formal del Derecho Positivo Civil Mexicano.

Esta posición sólo se podrá objetar si se desconoce esta realidad legal.

Ahora bien, si los principios generales del Derecho son fuente legal de nuestro Derecho Civil, ¿cómo podría un Juez frente a un caso de imprevisión negar al interesado los beneficios de la aplicación de una teoría tan plena de elementos espirituales y de fundamentación tan justiciera?

En este respecto, nuestro sistema jurídico civil se asemeja notablemente al italiano, dentro del cual el sobrevenir de hechos o de situaciones graves e inopinadas es susceptible de influir en las relaciones jurídicas ya firmes, al constituir esto un principio general del ordenamiento de referencia.

La necesidad de aceptar la teoría de la imprevisión, con sus consecuencias prácticas, puede fundarse, además, en las exigencias éticas, indeclinables, que siempre deben inspirar a las normas del Derecho Positivo.

Por otra parte, toda proposición jurídica que lleve a conclusiones inicuas, como la que resultaría de no aplicar el principio de la imprevisión en aquellos casos en que un cambio radical ajeno a la voluntad de las partes acusara a circunstancias totalmente diferentes de las existentes en el momento de la perfección del contrato, debe ser rechazada resueltamente.

Finalmente, hay que recordar, que el texto del Código Civil para el Distrito Federal, no es la fuente única del Derecho Civil, sino que también se encuentran admitidos en tal sentido los principios generales del derecho, entre los cuales se haya evidentemente el de la equidad contractual.

CAPÍTULO SEGUNDO

PRINCIPIOS Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES EN LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS

2.1. Principio de Posibilidad.

El primer principio, se refiere a la posibilidad física y jurídica en el objeto de los contratos. Es decir, todo contrato para que pueda válidamente celebrarse, debe tener un objeto físico y jurídicamente posible.

La posibilidad física de las cosas simplemente significa que existan en la naturaleza o que puedan existir. Por lo tanto, no se prohíbe el contrato sobre cosas futuras, dado que éstas pueden existir, pero no podrá recaer sobre cosas que jamás existirán.

Se dice que el hecho es posible físicamente cuando no va en contra de una ley de la naturaleza que constituye un obstáculo insuperable para su realización y es posible jurídicamente cuando no va en contra de una norma jurídica, que constituya a su vez, un obstáculo insuperable para su realización.

A **contrario sensu**, si el contrato tiene un objeto imposible bien en sentido físico o jurídico, se considerará inexistente para nuestro derecho. Expresamente el artículo 2224 del Código Civil, declara que:

“Artículo 2224. El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.”

2.2. Principio de licitud.

Ya he expresado que, conforme al Código vigente, debe existir licitud en el objeto, motivo y fin del contrato, y que la licitud en alguno de estos aspectos,

origina la nulidad absoluta o relativa, según lo previene la ley. Por consiguiente, la licitud en el contrato se refiere propiamente a la validez del mismo.

Así los actos jurídicos existentes, pueden tener una existencia perfecta y entonces se denominan actos válidos.

La validez por consiguiente se define según Treviño García Ricardo como:

“La existencia perfecta del acto por reunir éste sus elementos esenciales y no tener ningún vicio interno o externo. Puede existir el acto jurídico pero padecer alguno de los vicios a que se ha hecho referencia, o sea, ser ilícito, no observa la forma legal, otorgarse por persona incapaz, o bien, existir error, dolo o violencia en la manifestación de voluntad. En estos casos, el acto tiene una existencia imperfecta que denominamos nulidad. La nulidad por consiguiente se define como la existencia imperfecta de los actos jurídicos por padecer estos de algún vicio en su formación.”²⁷

A ***contrario sensu***, se ha definido la ilicitud en el acto al decir que es ilícito cuando el acto va en contra de las leyes del orden público o de las buenas costumbres.

El artículo 1830 del Código Civil así define la ilicitud en los actos jurídicos. Dice este precepto textualmente:

“Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”

En consecuencia, los actos necesitan ser lícitos en todas sus manifestaciones para que el derecho los ampare y les dé consecuencias jurídicas. En tal virtud, la condición del acto debe ser lícita, es decir, no se pueden elegir

²⁷ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. **Los Contratos Civiles y sus Generalidades**. 6ª edición, Ed. Mc. Graw-Hill, México, D.F., 2004. p. XXVII.

como condiciones, acontecimientos que vayan en contra de las leyes de orden público o de las buenas costumbres.

En cambio, en el acto jurídico, la ilicitud se presenta cuando se procede con dolo o culpa, que en el derecho significa proceder con negligencia, descuido, falta de previsión o de cuidado.

En el hecho ilícito doloso, la intención de dañar es la que caracteriza la ilicitud.

2.3. Principio de capacidad.

La capacidad es un elemento de validez en los contratos, es decir, es un elemento que se requiere para que el contrato sea válido. Por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad del contrato o del acto jurídico en general.

No obstante esto, si la capacidad no afecta a la existencia del contrato, si es un requisito que se refiere a un elemento esencial del mismo, de naturaleza psicológica llamado consentimiento. Como lo señale anteriormente, el consentimiento se forma por el acuerdo de voluntades; para que se constituya de manera perfecta, esas voluntades deben ser de personas capaces y no estar afectadas de un vicio en cuanto a la libertad o certeza de la propia manifestación de voluntad.

Arce Gargollo José considera que:

“Es el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el derecho constituido invariablemente por su capacidad jurídica o capacidad de derechos, que es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos en general.”²⁸

²⁸ ARCE GARGOLLO, José. **Contratos Atípicos**. 5ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2003. p. 159.

De manera que no se conciben seres humanos que no estén dotados de la capacidad jurídica. La capacidad jurídica es el atributo inseparable de la persona humana; se le adquiere por el hecho mismo de la existencia, esto es, por nacimiento y desde el momento del nacimiento y acompaña al sujeto hasta la muerte.

La regla general es que todos los individuos son capaces desde su nacimiento.

El Código Civil establece en su artículo 22 lo siguiente:

“Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.”

Los concebidos y no nacidos como embriones, fetos, son reconocidos por nuestras leyes como seres con vida dependiente de su madre pero existencia propia, pues ya se encuentran con su sexo y su código genético definido. Se puede reconocer la paternidad de estos seres, pueden heredar, si se atenta contra su vida, después de diez semanas de su existencia se comete el delito de aborto (conforme nuevas reformas del Código Penal).

La capacidad se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

Julián Bonnecase señala:

“La capacidad de goce es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante que figura en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación.”²⁹

²⁹ BONNECASE, Julián. **Elementos de Derecho Civil**. Trad. de Leonel Pérez Nieto. T.I. 6ª edición, Ed. Cajica, Puebla, Pue. México, 2000. p. 378.

La capacidad, concebida con este alcance general es, en suma, la expresión de la actividad jurídica íntegra de una persona. En realidad, la noción de capacidad se descompone en dos nociones totalmente distintas. Al entender la capacidad de goce, como la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho. Y por capacidad de ejercicio, la aptitud de una persona de participar por sí misma en la vida jurídica, o en una relación de derecho para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por sí misma.

La noción de capacidad de goce se identifica pues en el fondo, con la noción de la personalidad. Al respecto considera el mismo Bonnecase que:

“Estos términos son equivalentes; no se concibe la noción de persona sin la capacidad de goce. Desde el momento en que se reconoce la personalidad jurídica, tanto a la persona física, al ser concebida y entrar bajo la protección de la ley, antes del nacimiento, como a la persona moral, necesariamente se le otorga capacidad de goce. De manera que todo sujeto, por el hecho de serlo, tiene capacidad de goce necesariamente. En cambio, no tiene necesariamente capacidad de ejercicio; puede ser titular de derechos y obligaciones y estar imposibilitado jurídicamente para ejercitar en forma directa estos derechos; tal es el caso del menor de edad que tiene capacidad de goce, pero no de ejercicio y del sujeto a interdicción que por enajenación mental o por alguna otra causa análoga, no puede ejercitar sus derechos.”³⁰

En cuanto a la capacidad de goce, sólo se admite que exista una incapacidad parcial, nunca total y si se admitiese la incapacidad total de goce, se negaría el atributo esencial de la personalidad y por lo tanto, el sujeto quedaría convertido en cosa.

Por esto, en el derecho moderno se consagra el principio: Todo hombre es persona.

³⁰ BONNECASE, Julián. Op. cit. p. 379.

Para el maestro Rafael Rojina Villegas se traducen estos dos conceptos en:

“La capacidad o aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce) y en la posibilidad jurídica de hacer valer directamente sus derechos de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los Tribunales (capacidad de ejercicio).”³¹

Definiéndola brevemente como la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente.

Esta es la aptitud para adquirir y para ejercitar con la propia voluntad, o sea por sí solo, derechos, o de asumir obligaciones jurídicas, es decir, de realizar los actos de naturaleza personal.

La capacidad de ejercicio para contratar es la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar por sí misma, un contrato y para estipular en el mismo, sin necesidad de sustitución o de asistencia de otras personas.

Habrá incapacidad para obrar o de ejercicio, a propósito de los contratos, cuando una persona no pueda celebrar por sí misma un contrato, pero esté en aptitud de hacerlo a través de un representante.

2.4. Principio de veracidad.

Según éste principio de veracidad, conocido también como teoría del error, en los contratos no debe haber error determinante de la voluntad de las partes. Esta por consiguiente, debe manifestarse en forma cierta.

La voluntad como elemento esencial del acto jurídico, debe formarse de manera consiente y libre.

³¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 295.

Cuando la voluntad del sujeto, se ha formado sin que éste tenga conciencia y libertad, se dice que la voluntad está viciada y a las circunstancias que desvían esta voluntad formada en manera no consiente o no libre, se les denominan vicios de la voluntad. La voluntad así formada, ha nacido ciertamente pero de un modo diferente a como hubiera nacido exenta de vicios.

Propiamente la voluntad viciada, no es la verdadera voluntad del sujeto. Por lo tanto, existe una voluntad que se ha formado, aunque desviada frente a otra que no ha podido formarse, en virtud de esas circunstancias que la vician.

La voluntad no es consciente cuando el sujeto padece error, no es libre cuando se emite bajo coacción. El error puede ser involuntario o provocado. En el primer caso se habla simplemente de error, en el segundo caso se alude al dolo. Cuando la voluntad del sujeto es arrancada por medio de amenazas o intimidaciones, no puede hablarse de una voluntad libremente formada; en ese caso al vicio de la voluntad se le llama violencia o intimidación.

Además del error, dolo y la violencia, el Código Civil vigente, considera que la lesión vicia la voluntad, cuando se produce un menoscabo considerable en el patrimonio de una de las partes y en beneficio de la otra.

Así expreso, que en los contratos se requiere que las personas como sujetos de derecho, manifiesten un consentimiento exento de vicios, ya que tales circunstancias, pueden invalidar y de hecho, invalidan el contrato, lo que origina su nulidad y la calificación de esa nulidad, será la relativa (artículo 1795, fracción II y 2228 del Código Civil para el Distrito Federal).

“Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

II. Por vicios del consentimiento.”

“Artículo 2228. La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.”

Galindo Garfias, al referirse al error señala:

“El error es el falso conocimiento de una cosa (error propiamente dicho), o total desconocimiento (ignorancia) de ella, que determina al sujeto en la formación de la voluntad en un sentido distinto a aquel que se hubiera formado, sin la existencia de esa circunstancia.”³²

También puede decirse que el error es el conocimiento inexacto de la realidad consistente en creer cierto lo que es falso o falso lo que es cierto. Así como también en la discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada.

El maestro Sánchez Medal Ramón, lo define de la siguiente forma:

“Como vicio del negocio consistente en la creencia inexacta, respecto de algún dato que se valora como motivo principal del negocio, conforme a la conducta negocial de las partes, en las concretas circunstancias del negocio.”³³

Para que el error pueda considerarse como vicio del consentimiento y por lo tanto originar la nulidad del contrato, debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan. El artículo 1813 del Código Civil para el Distrito Federal lo conceptúa así.

“Artículo 1813. El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.”

³² GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Teoría General de los Contratos**. 11ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2001. p. 32.

³³ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 52.

A este tipo de error se le conoce como error-nulidad o error-vicio. Para que se tenga en cuenta este tipo de error como vicio del consentimiento, basta que afecte a “cualquiera de los que contratan” (artículo 1813), pues es irrelevante que el error sea unilateral o bilateral.

Tampoco se requiere que el error-nulidad sea irreconocible o imprevisible, ya que en nuestro derecho, simplemente se exige: primero, que el error recaiga “sobre el motivo determinante de la voluntad”, o sea, sin importar que el error sea o no previsible y segundo, que el referido motivo haya sido declarado expresamente o se pruebe que por las circunstancias del mismo contrato se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa, es decir, que a través de declaración expresa o de las pruebas indicadas, pueda reconocerse su existencia.

El error nulidad puede consistir actualmente en un error de hecho o un error de derecho. Respecto al primero, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado la siguiente tesis:

“El error de hecho puede recaer indistintamente sobre la nulidad del negocio, la identidad del objeto, la esencia de la cosa o de sus propiedades, o de la individualidad de las personas, en cuanto a sus cualidades singulares, elementos todos estos que vienen a ser determinantes de la voluntad.”³⁴

(Tomo LXXVI página 6045 del Seminario Judicial de la Federación), este error recaerá sobre las condiciones materiales del negocio.

En el error de derecho, la equivocación versa sobre la existencia, la teología o finalidad o la interpretación de las normas jurídicas, es decir, que signifique un total o parcial desconocimiento de una norma jurídica.

³⁴ Seminario Judicial de la Federación. 8ª Época, 2ª Sala. Vol III. Marzo-Abril, México, D.F., 1990. p. 398.

Por ejemplo, un error de derecho es en que incurren muchas personas al creer que los padres están obligados a testar a favor de sus hijos e ignoran que en nuestro sistema jurídico civil, prevalece el principio de libre testamentación. Otro ejemplo, podría ser que una persona adquiriera un terreno en una zona residencial con la declarada finalidad de construir en él un edificio de departamentos, al ignorarse que en dicha zona, está prohibido este tipo de construcción. Existe error de derecho que el comprador pueda hacer valer frente al vendedor para reclamarle la nulidad de la compra-venta, pero ese error no autorizará al comprador a construir el edificio de departamentos en dicha zona.

La nulidad del contrato por error, sólo puede invocarla la parte que sufrió el error (artículo 2230 del Código Civil para el Distrito Federal) y la acción para que se declare tal nulidad, prescribe en diez años si la víctima del error no llegó antes a descubrir dicho vicio (artículo 638, 1159 y 2236 del Código Civil para el Distrito Federal), ya que si esto último ocurre, la prescripción extintiva se consume en el plazo de 60 días a partir del día en que el error fue conocido (artículo 2236) y es también a partir de ese conocimiento cuando puede la víctima, si así lo desea, confirmar el contrato expresamente (artículo 2233), o ratificarlo tácitamente mediante el cumplimiento voluntario a través del pago o de cualquier otro modo (artículo 2234).

Por lo expuesto anteriormente, veo que todo acto de voluntad, resulta de varios motivos, unos de mayor peso que otros, de tal modo que unos son determinantes y los otros son secundarios o accesorios. El motivo principal, el que sobre todos los demás, es la causa decisoria del contrato es el determinante. El error que recaiga sobre éste, es el que anula el contrato, los motivos secundarios son indiferentes. Pero, además, ese motivo determinante, debe ser exteriorizado de tal modo que haya evidencia objetiva del error. Juan Pérez le vende a José una vajilla y éste, al comprarla, declara que lo hace en el entendimiento de que es una vajilla de porcelana china. Este contrato no será válido. Será anulable. Pero si el comprador no hace esa declaración expresa y solamente manifiesta que compra una vajilla compuesta de tantas piezas, no declara el motivo determinante de su

voluntad y si además no puede probar por las circunstancias del contrato, el error en que incurrió, éste no dará causa a la invalidez.

Hay otro tipo de error denominado error-obstáculo o error impediante, cuando recae sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad de la cosa, conocido como error *incorpore*, que hace inexistente el consentimiento y por lo tanto, el contrato, considerándose como causa de nulidad, el negocio mismo, al impedir la concertación de las voluntades (artículo 1794, fracción I y 2224 del Código Civil para el Distrito Federal).

El autor Pérez Fernández Bernardo menciona lo siguiente:

“El error incorpore, opera como vicio de la voluntad cuando el sujeto quiere una determinada cosa y declara quererla, pero su voluntad y la declaración relativa, se ha formado exclusivamente porque el sujeto ha confundido la cosa de que se trata con otra cosa por él conocida o imaginada, a la que, sin el error de su voluntad y declaración relativa, se habrían dirigido. Un ejemplo de este tipo de error: “A” cree contratar con una compañía del fraccionamiento “X”, pero la compañía cree venderle el lote 68. Este error sobre la cosa, impide la formación del consentimiento. También puede ser el error sobre la naturaleza del contrato conocido como error *in-negotio*. Por ejemplo, “A” desea dar en arrendamiento a “B” una casa de la que aquél es dueño, pero “B” cree que la ofrece para que la habite con su propia familia gratuitamente, no haya concertación de voluntades, es decir, que no haya consentimiento.”³⁵

Así encontré que si la falta de concordancia entre la realidad y el motivo determinante de la voluntad del sujeto, recae sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad misma de la cosa como objeto del contrato, técnicamente no puede ser considerada como un vicio, sino como una falta de consentimiento, ya

³⁵ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Contratos Civiles**. 10ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2003. p. 261.

que las voluntades no serían coincidentes en los términos previstos por la norma jurídica, para formar un consentimiento y al fallar éste, por ser uno de sus elementos, no existiría el contrato.

Sánchez Medal Ramón señala que otro tipo de error lo constituye:

“El error de cálculo, que aún cuando no anula el contrato, no es completamente indiferente, también se le conoce como error rectificable, puesto que da lugar a la rectificación (artículo 1814 del Código Civil para el Distrito Federal). Ejemplo, se compra un terreno con superficie aproximada de 4,000 metros cuadrados a razón de \$100.00 el m² y posteriormente resulta una diferencia de superficie en más o menos que debe pagarse o descontarse, según el caso, del precio que se cubrió. Otro ejemplo del mismo, sería que Juan González vende a Pedro un terreno rectangular de 150 m² de largo por 45 de ancho y en el contrato, en lugar de indicar la superficie de 6,750 m², se consigna de 675 m², el error de cálculo, también llamado error matemático, es intrascendente en vigor y sólo da margen a la rectificación pertinente.”³⁶

Dolo.- El concepto de dolo lo proporciona en derecho mexicano el artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal, al señalar que es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él o alguno de los contratantes.

Zamora y Valencia Miguel Ángel consideran que en términos generales, puede decirse también que el dolo es:

“El empleo de cualquier medio ilegal para inducir o provocar el error y así obtener la voluntad de una persona en la formación de un contrato.”³⁷

³⁶ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 52.

³⁷ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. cit. p. 42.

De la anterior descripción, encuentro que el elemento constitutivo y esencial del dolo, es pues la maniobra, es decir, el conjunto de artificios por medio de los cuales se llega a inducir a otro error, que crea o mantiene un falso o imperfecto conocimiento.

Para el maestro Ignacio Galindo Garfias:

“El dolo está constituido por los artificios, engaños o maquinaciones fraudulentas, por medio de las cuales una persona es inducida por otra a otorgar un acto jurídico, que de otro modo no habría consentido o lo habría celebrado de otra manera, bajo diferente estipulación.”³⁸

Cuando hay dolo bilateral, porque las dos partes procedieron con dolo, ninguna de ellas puede reclamar indemnización a la otra, (artículo 1817 del Código Civil para el Distrito Federal).

Ejemplo, el comprador para obtener un precio bajo por una determinada finca, dolosamente hace creer al vendedor que dicho inmueble está a punto de ser explorado, por su parte, el vendedor, con el fin de recibir un precio elevado, recaba dolosamente un avalúo exagerado o bien presenta contratos de arrendamiento del mismo bien con rentas ficticiamente altas.

La parte que invoque el dolo, debe probar el nexo de causalidad entre la maniobra encaminada a producir error y el error mismo. Debe ofrecer la comprobación de que fue inducido a celebrar el acto por medio de las maniobras dolosas.

Garza Luis Rodolfo opina que:

“La obra del dolo, es el engaño *fallatia*, que puede producirse lo mismo con palabras o actos positivos que por medio de deliberadas omisiones. Debido

³⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. p. 35.

a ello, la reticencia se ha equiparado al dolo negativo. El silencio o la reticencia pueden ser constitutivos del dolo en todos aquellos casos en que la buena fe se imponga como generalmente debe entenderse que impone el deber de informar plenamente al otro contratante, sobre los hechos o circunstancias importantes cuyo conocimiento pueda determinarle a desistir de la celebración del contrato. Así por ejemplo, si en una venta el vendedor calla al comprador la existencia de un litigio pendiente sobre la cosa vendida en que se encuentra implicado aquél, ésta reticencia dará derecho al comprador a impugnar de nula la venta a causa del dolo y mala fe.³⁹

Por consecuencia las afirmaciones mentirosas, los artificios o maniobras fraudulentas, consistentes en disfrazar la realidad de las cosas bajo falta de apariencia, o en colocar a la otra parte en condiciones de no dar fe, no tener conciencia plena de lo que hace, suscribe o acepta, o en hacer desaparecer u ocultar documentos o personas que pudiesen ilustrar o aconsejar al contratante, es lo que constituye el dolo malo.

Violencia.- Se le llama violencia o intimidación a toda coacción ejercida sobre la voluntad de una persona, sea por la fuerza material o por medio de amenazas, para determinarla a consentir en un acto jurídico.

La violencia consiste en las amenazas que ejercidas contra el autor del acto, producen en él un terror bajo cuya acción celebra el negocio jurídico.

Propiamente, el vicio de la voluntad, consiste en el temor que se hace sentir a la víctima, por medio de las amenazas, que son actos exteriores y el medio del que se vale el autor de la violencia para intimidar al sujeto.

El artículo 1819 del Código Civil para el Distrito Federal, la define así:

³⁹ GARZA RUIZ, Rodolfo. **Apuntes sobre Contratos**. 6ª edición, Ed. Trillas, México, D.F., 2004. p. 206.

“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.”

El autor Mateos Alarcón dice que la violencia puede ser física o moral:

“En la violencia física, el vicio existe cuando por el dolo o la fuerza, se coacciona la voluntad a fin de que se celebre un acto jurídico. También existirá cuando por la fuerza se priva a otro de su libertad o de sus bienes o se le hace daño para lograr el mismo objeto; o bien, cuando merced a la misma fuerza, se pone en peligro la vida, la honra, la libertad o una parte considerable de los bienes de la víctima, ésta es la reacción que exige dicho artículo para que exista la violencia física.

La violencia moral existe cuando por medio de amenazas o intimidaciones se pone en peligro la vida, la honra, la libertad, la salud, o el patrimonio del autor del acto jurídico, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales hasta el segundo grado.”⁴⁰

De lo anterior, se colige que la amenaza es un mal importante e injusto, efectuado para obligar a la otra parte o a un tercero a la realización del negocio jurídico. A diferencia de la violencia física, ésta se ejercita sobre el ánimo. La amenaza del mal, opera como un motivo en la formación de la voluntad.

Aquí, opera psicológicamente sobre el declarante la intimidación, la cual, deja un margen de libertad, en cuanto a que puede escoger entre tres cosas: Primera, emitir la declaración que se le exige; Segunda, soportar el mal con que se le amenaza; Tercera, reaccionar contra quien lo intimida, para procurar evitar,

⁴⁰ MATEOS ALARCÓN, Manuel. **Tratado de Obligaciones y Contratos**. 10ª edición, Ed. Trillas, México, D.F., 2003. p. 321.

tanto el emitir la declaración, como sufrir el mal, pero no ejerce la libertad completa que el derecho requiere para que el acto sea válido. No se le deja en cuanto que se le obliga injustamente a elegir entre un mal que jurídicamente no está obligado a soportar una declaración, que jurídicamente tampoco se haya constreñido a realizar, bajo la amenaza de aquel mal presente o futuro para él o para personas que allegadas al mismo y un riesgo (si reacciona contra quien lo intimida), que no tiene porque sufrir.

Se debe tener en consideración la edad, el sexo y la condición de la persona sobre la cual la violencia se ejercita para apreciar si el mal con que se amenaza es o no notable.

Un carácter que se debe subrayar en la violencia y que es indispensable para que la misma adquiera relevancia jurídica y legitime el uso de la defensa dispuesta por la ley, es la injusticia, es decir, ilícito en acto. Debe implicar un hecho contrario a las leyes o a las buenas costumbres, significa que la amenaza por sí, puede también no ser injusta y cuando no lo sea, no es tomada en consideración por la ley: Una amenaza justa es legítima, la violencia es tal, solamente si está dirigida a hacer conseguir injustas (esto es, exorbitantes) ventajas en el negocio, o una prestación no debida (chantaje).

Otro vicio del consentimiento es la lesión; el autor Sánchez Medal Ramón, la define diciendo:

“La lesión en un sentido amplio es el perjuicio que en un contrato conmutativo, experimenta una parte que recibe una prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona a la otra parte.”⁴¹

El artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal la describe de la siguiente forma:

⁴¹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 60.

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

El derecho concedido en este artículo dura un año”.

La lesión en los contratos, plantea un serio problema en el derecho, porque para su solución entran en conflicto aparente, dos de los valores fundamentales que debe realizar todo ordenamiento jurídico: La justicia y la seguridad.

En efecto, el principio de justicia conmutativa exige que las prestaciones en los contratos bilaterales-onerosos, guarden cierta equivalencia. Todo desequilibrio notable entre el valor de esas prestaciones, va en contra del valor justicia.

Mateos Alarcón Manuel comenta que:

“Aristóteles en su clásica disertación sobre la justicia, estimó que una de las clases de la misma, es decir, la justicia conmutativa, exige que reine la equivalencia en el comercio jurídico de la contratación, por lo que se refiere al intercambio de los valores, cosas o servicios que motive el contrato humano, cuando existan prestaciones recíprocas.”⁴²

Ligado con el principio de justicia, a la materia contractual, está el de la buena fe, que a su vez requiere que no se explote la ignorancia, la inexperiencia o la miseria, como dice el artículo 17 del Código Civil vigente.

Además, la seguridad jurídica no exige incondicionalmente que los contratos sean siempre cumplidos, pues también debe subordinar su

⁴² Cit. Por MATEOS ALARCÓN, Manuel. Op. cit. p. 206.

obligatoriedad a su legal celebración. Es decir, al principio *pacta sunt servanda*, al estatuir que los contratos legalmente celebrados, deben ser cumplidos, parte de la hipótesis de que la obligatoriedad dependerá de la legal celebración del contrato, que a su vez supone la observancia de todas sus condiciones de validez. Ahora bien, ya hemos explicado qué es una condición de validez; aquella que requiere que el contrato tenga objeto lícito, desde todos los aspectos que permiten considerar el acto jurídico en su totalidad. Por lo tanto, debe haber licitud no solo en el objeto en sentido estricto, sino también en el motivo, fin y condición del acto.

Por otra parte, el autor Rojina Villegas Rafael en su obra Teoría General de las Obligaciones expone que:

“La lesión debe invalidar el contrato, sin atentar contra la seguridad jurídica y la obligatoriedad de los pactos, cuando haya ilicitud debido a la explotación de un contratante con el otro, que se aprovecha de la inferioridad espiritual (ligereza, ignorancia, inexperiencia), o económica (penuria, miseria o estado de necesidad) del perjudicado”.⁴³

Por tal motivo, puedo decir, que por no estar el contrato legalmente celebrado, dada su ilicitud, no debe ser puntualmente cumplido, sin atentar así contra la norma *pacta sunt servanda*. A su vez, la ilicitud supone el desequilibrio en las prestaciones, para que pueda haber explotación y de esta suerte se conjuguen o armonicen los valores fundamentales del derecho, la justicia, la seguridad y licitud en el trato humano.

El legislador mexicano, según la exposición de motivos del Código Civil de 1928, por una parte, se pronunció contra la teoría de igualdad de las partes, en todos los contratos y contra la irrestricta autonomía de la voluntad, para dar cabida a la equidad y procurar la equivalencia de las prestaciones recíprocas y por otra

⁴³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Teoría General de las Obligaciones**. 12ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004. p. 112.

parte, a fin de mantener la estabilidad y la seguridad de las transacciones, limitó al corto término de un año la vida de la acción derivada de la lesión.

De esta manera, concilió nuestro Derecho Civil, dos exigencias necesarias: La justicia de los contratos y la seguridad de las transacciones.

Por la definición que nos da el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 17, podemos considerar a la lesión como un vicio del consentimiento que se integra con un elemento objetivo (obtener un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que por su parte se obliga al perjudicado, pero sin señalar el monto a la cuantía de tal desproporción) y otro elemento subjetivo (que sería explotar la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro), al facultar al perjudicado para obtener una reducción de la prestación a su cargo.

Al respecto, me permitiré exponer el siguiente criterio jurisprudencial sustentado por nuestro máximo tribunal.

“LESIÓN CONTRACTUAL.- Requiere los elementos subjetivos y objetivos para su actualización. Como la legislación civil jalisciense no establece los elementos necesarios para que opere la lesión, indiscutiblemente que, ante tal omisión, debe ocurrirse a la doctrina y a los principios generales del derecho en acatamiento a lo estipulado en el último párrafo del artículo 14 constitucional. Así las cosas, se advierte que la doctrina enseña que la lesión, como perjuicio que experimenta una de las partes en un contrato con motivo por recibir una prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona, no invalida el contrato porque, frecuentemente, en todos los contratos haya una parte que se aprovecha en cierto sentido de la otra y además es casi imposible que las prestaciones sean siempre iguales (lesión de hecho); por el contrario, la lesión que invalida total o parcialmente el contrato es aquella en que la citada desproporción, es consecuencia directa e inmediata de la situación de debilidad, miseria e ignorancia, con la que contrata una de las partes (lesión jurídica). Esto obedece al hecho de que, ante tal situación, se considera que se afecta así a la irrestricta autonomía de la voluntad, es decir, que ésta no se expresó libremente, sino impulsada por cualquiera de las circunstancias subjetivas citadas. Por tanto, no obstante que la lesión no está reglamentada en la legislación de Jalisco expresamente como vicio objetivo-subjetivo, debe considerarse así supuesto que la desproporción entre las prestaciones siempre tendrán repercusión en la voluntad, ya sea que dicha desproporción obedezca a un acuerdo voluntario

y libremente aceptado, lo cual no puede considerarse lesivo, o bien, que obedezca a un hecho que impida la expresión libre de la voluntad, lo cual lógica y jurídicamente, debe ser sancionado civilmente con la anulación el contrato originador de las obligaciones desequivalente.”

Amparo directo 413/78, José Armenta y Coags, 30 de Noviembre de 1978. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe López Contreras.

Así, mencione en principio, que la acción por causa de lesión, es una acción de nulidad relativa, que tiende a invalidar el contrato, tal y como lo preceptúa el artículo 2228 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra se lee:

“Artículo 2228. La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.”

Pero al mismo tiempo, cabe hacer notar que dicha acción de nulidad relativa, posee sus características propias, que a continuación se destaca. Dicha acción, como ya se ha mencionado, tiene una breve duración de sólo un año, (artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal), en tanto que la acción de nulidad relativa, está sujeta a la regla general de la prescripción decenal, como lo menciona el artículo 1159 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra establece:

“Artículo 1159. Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contados desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento.”

La acción de referencia, no siempre produce la supresión total de los efectos del contrato afectado de lesión, sino que en ocasiones sólo origina la reducción equitativa de la obligación a cargo del perjudicado cuando fuere imposible la devolución, o bien, cuando el perjudicado ha optado por esa reducción equitativa en lugar de la nulidad.

Por consiguiente, mediante la acción de nulidad, por causa de lesión, puede obtenerse la devolución recíproca de las respectivas prestaciones, que es el efecto propio y norma de la nulidad.

El artículo 2239 del Código Civil para el Distrito Federal preceptúa:

“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.”

Pero en lugar de dicha acción de nulidad, puede optar el perjudicado por ejercitar a su elección otra acción para reducir equitativamente la prestación a su cargo y obtener además el pago de daños y perjuicio, artículo 17 del Código Civil. Es este el caso concreto en el mutuo con un interés más alto que el tipo legal, cuyo rédito puede el Juez, a petición del deudor, reducirlo equitativamente hasta el tipo legal, siempre que se haya abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o la ignorancia del mismo deudor, tal como lo establece el artículo 2395 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 2395. El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.”

2.5. Principio de libertad.

El principio de libertad, significa que los contratantes deben ser libres, tanto en la formación del contrato, cuanto en la exteriorización de la voluntad.

Para determinar el alcance de la libertad en la formación del contrato, aprecio que queda involucrado el concepto de la autonomía privada en dicha formación. La palabra autonomía en su sentido coloquial significa libertad para decidir nuestra propia actuación, con independencia de cualquier factor externo, ajeno a nosotros mismos.

Cuando aludí a la autonomía, en su sentido jurídico, no gramatical, pretendí implícitamente deslindar en el ámbito de la libertad para decidir, ajenos a toda voluntad externa, las reglas de nuestra conducta; se pretende con lo dicho, hacer hincapié en que si bien es característica del derecho objetivo la imposición coactiva de la norma (heteronomía), la autonomía del sujeto en cuanto determinación para crear libremente las reglas a que sujetaremos nuestra propia conducta, es expresión de la libertad de la persona, para determinar la oportunidad y el sentido de su propia conducta en la toma de decisiones.

Debo advertir sin embargo, que para que esa libertad y el ejercicio de ella, sea eficaz, ha de ser legítima, es decir, deberá ser ejercida de acuerdo con las normas establecidas por el derecho. Como consecuencia, en ella ocurren la voluntad de participar y el interés legítimo, es decir, el interés protegido por el ordenamiento jurídico. Esto halla su expresión en el principio, “está permitido lo que jurídicamente no está prohibido.”

En suma, cuando se habla de la autonomía privada, me refiero a esa libertad personal para decidir y para actuar del individuo como persona, cuya libertad debe ser ejercida dentro de las normas de derecho de cuya observancia depende la coexistencia en sociedad.

La libertad contractual, de la misma manera que la autonomía privada, no es irrestricta o limitada, se encuentra también sometida en su ejercicio a la normativa jurídica y por lo tanto, la libertad contractual sólo se concibe válidamente si se ejercita dentro de la normativa impuesta por el ordenamiento

jurídico. Sin contravenir a la moral, al orden público o a las buenas costumbres (artículo 6 y 1830 del Código Civil para el Distrito Federal).

La libertad para contratar o libertad contractual, presenta dos aspectos: uno de ellos se refiere a la libre decisión para celebrar determinado contrato o para no celebrarlo, el otro aspecto se refiere a la libertad para determinar con quién se pretende celebrarlo. Desde otro punto de vista, la libertad contractual se entiende como la libertad, para establecer la regulación de la conducta de las partes que lo celebran, para establecer las reglas de conducta particulares que han de regir lo que podríamos llamar el comportamiento contractual de los que han celebrado el contrato dirigido a la producción de sus efectos.

En síntesis, presento la secuencia concomitante y sucesiva, comprendida dentro del principio de la libertad contractual:

- a) Los actos preparatorios del contrato (oferta y aceptación).
- b) La normativa del propio contrato (cláusulas estructurales y funcionales); establece las reglas de conducta a las que se someten las partes contratantes que integran la normativa contractual.
- c) La realización de los fines que se proponen alcanzar a través del contrato.

Sobre el particular, Rosalío Bailón Valdovinos, ha mencionado que:

“El principio supremo en materia de contratos, lo es el principio de la autonomía de la voluntad, que consiste en que cada uno se obliga de la manera y términos que aparezca que quiso obligarse”.⁴⁴

Es decir, que en base a la libertad contractual a la que me he referido, las partes van a determinar los alcances legales, a los que quisieron comprometerse y obligarse.

⁴⁴ BAILÓN VALDOVINOS, Rosalío. **Contratos a través de preguntas y respuestas**. 2ª edición, Ed. Mundo Jurídico, México, D.F., 2005. p. 72.

Los artículos 1796 y 1839 del Código Civil para el Distrito Federal confirman lo anterior al establecer lo siguiente:

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

“Artículo 1839. Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.”

Sólo entonces, el consentimiento de las partes del contrato, puede adquirir fuerza para obligar y en este dato reside la llamada fuerza obligatoria del contrato, que surge como fuente de normas jurídicas cuya fuerza de obligar en el contrato, se limita y se impone a las partes en virtud de la potestad, reconocida por el derecho de la persona para crear normas jurídicas particularizadas.

El principio rector, en lo que atañe a la fuerza obligatoria del contrato y del acuerdo de voluntades, es la buena fe de las partes desde el momento de la redacción, hasta el cumplimiento del contrato de cada una de sus cláusulas. Esta breve consideración, tiende a poner en relieve el acuerdo de voluntades como elemento esencial y como punto de partida imprescindible para la formación del contrato.

Así el acuerdo de voluntades, comprende dos aspectos distintos en relación con el contrato, no sólo como acto, sino también como instrumento jurídico. Por una parte, el sujeto debe gozar de libertad y plena conciencia en el momento de la celebración del contrato.

En un segundo aspecto: la libertad del sujeto se presenta propiamente como expresiva de la autonomía de la voluntad para estipular en el contrato lo que cada una de las partes que se obliga en manera específica a dar, hacer o a no hacer y correlativamente a exigir de la otra. Este concepto de libertad contractual en sus dos aspectos constituye lo que tradicionalmente suele llamarse la Ley del contrato, es decir, el poder de las partes para crear las normas reguladoras de la conducta que deben observar cada una de ellas durante la vigencia del contrato, conjunto de reglas de conducta particularizadas que se designan como la normativa del contrato.

A través de esas cláusulas, el contrato presenta un aspecto instrumental tendiente a producir la finalidad económica extracontractual, que consiste en el intercambio de bienes y servicios. Para la realización de este orden económico, da respuesta a través del contrato, ofrece un aspecto particularmente instrumental.

Esta función instrumental del contrato y la libertad para establecer los derechos y las obligaciones de las partes, recibe impulso por los intereses particulares y del deudor, (interés privado) para realizar la finalidad que respectivamente ha impulsado a cada uno para celebrar el contrato.

La otra manifestación del principio de libertad jurídica, se refiere a que el consentimiento se exprese sin violencia, tanto física como moral.

En este aspecto, simplemente me remito a lo que sobre el particular mencione al tratar la violencia como vicio del consentimiento.

2.6. Elementos del contrato.

Ya definido el contrato como el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, como acto jurídico que es, tiene una serie de elementos de existencia o estructurales y precisa, además de ciertos requisitos para que una vez nacido, esté en aptitud de surtir la plenitud de sus efectos jurídicos.

Del concepto de contrato expuesto, se desprende que para que exista y nazca un contrato, se precisa de éstos:

1. El acuerdo de voluntades o consentimiento.
2. El objeto.

Y aunque no se incluye en el concepto de la ley, se tiene:

Excepcionalmente la solemnidad.

A más de estos elementos y como ya expusimos anteriormente, hay determinados requisitos que la ley exige para que una vez nacido el contrato, tenga validez jurídica y ellos son los que regula el Código Civil en su artículo 1795; norma que interpretada a **contrario sensu**, exige:

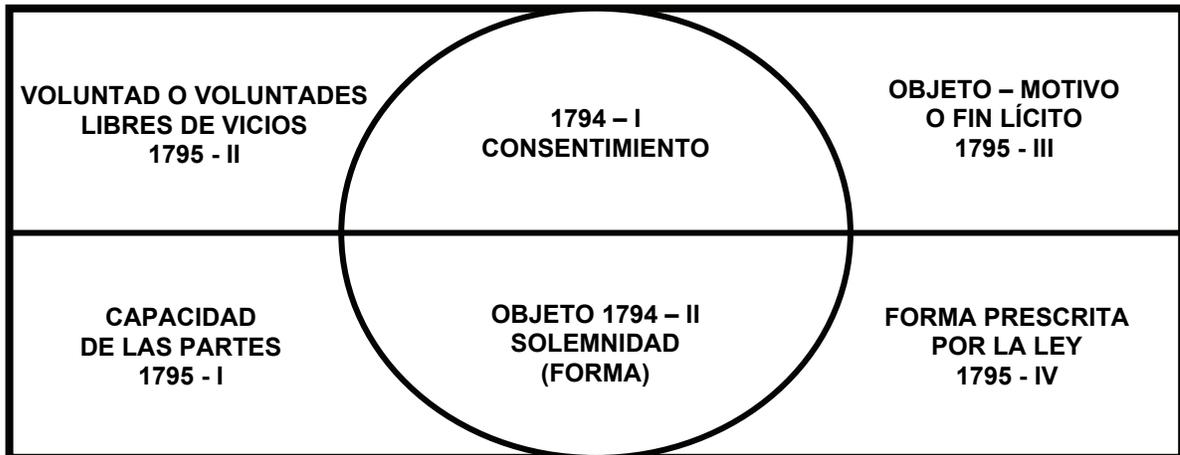
1. La capacidad de las partes que interviene en el acto.
2. Voluntad de esas personas, libre o exenta de vicios.
3. Licitud en el objeto, motivo o fin del acto que se celebra.
4. Observancia por las partes de la forma que exija la ley para externar la voluntad.

Y digo a **contrario sensu**, ya que a la letra esa norma dice:

“Artículo 1795 del Código Civil. El contrato puede ser invalidado:

- I. **Por incapacidad legal de las partes o una de ellas;**
- II. **Por vicios del consentimiento;**
- III. **Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;**
- IV. **Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece”.**

Estos cuatro requisitos se pueden considerar que son como el protoplasma que rodea al núcleo en una célula y al seguir ésta comparación orgánica, presento el siguiente esquema.



Cuando en un acto jurídico, falta uno de esos elementos de existencia, decimos que éste, es inexistente para el derecho, es la nada jurídica. Si no hay manifestación de la voluntad, no puede existir el acto jurídico. Si hay una manifestación de voluntad, pero no se propone ningún objeto jurídico, tampoco existe acto jurídico.

Finalmente, si hay manifestación de voluntad con el fin de producir consecuencias de derecho, pero la ley no toma en cuenta ese deseo, por no encajar en la hipótesis normativa, tampoco habrá acto jurídico.

Es inexistente también, el acto jurídico por falta de objeto, el cual puede ser imposible desde el punto de vista físico o jurídico y esta imposibilidad del objeto equivale a la no existencia del mismo.

Se dice, que hay imposibilidad física, cuando el objeto jamás se podrá realizar en virtud de que una ley de la naturaleza constituye un obstáculo insuperable para su realización.

Por ejemplo: El contrato de transporte al sol. No sería posible su realización por los medios que actualmente conoce la ciencia.

Además el objeto puede también ser imposible en sentido jurídico físicamente puede realizarse, pero una norma jurídica impide su realización de manera absoluta. Por ejemplo: En materia de bienes de uso común, nadie puede convertirse en propietario de una calle por lo tanto, no podría vender o gravar.

El artículo 2224 del Código Civil establece la inexistencia de los actos jurídicos y menciona:

“El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”.

2.7. Definición del consentimiento como elemento esencial del Contrato.

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción a transmisión de obligaciones y derechos y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior, o en una forma más amplia, es el acuerdo de dos o más voluntades tendientes a la producción de efectos de derecho, al ser necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior.

El maestro Olvera de Luna Omar dice que el consentimiento:

“Se da justo cuando la propuesta de una parte y la aceptación de otra coinciden y armonizan entre sí. Es decir, un contrato se perfecciona con el consentimiento manifiesto de las partes en relación.

De este perfeccionamiento son procedentes: La oferta o propuesta de una de las partes, propuesta naturalmente dirigida a alguien y que contenga en

forma clara la declaración de voluntad de lo referente: Dicha propuesta además, deberá mantenerse viva hasta el momento de la aceptación, pues de otra forma ésta podría no estar dirigida a algo real vigente.”⁴⁵

Por su parte el maestro Ramón Sánchez Medal, expone el concepto en dos sentidos:

“Como voluntad del deudor para obligarse y como concurso o acuerdos de voluntades.

En la primera acepción se exige que en el deudor haya:

- a) Una voluntad real, que no existe en el infante, en el ebrio, en el hipnotizado, en el drogadicto y en el demente.**
- b) Una voluntad que sea seria y precisa, ya que una promesa ya sea a manera de juego o de broma, o en escena o con fines didácticos o cuando vagamente se dice por ejemplo que se vende algo a menos del costo no constituye la voluntad de obligarse.**
- c) Que dicha voluntad se exteriorice, sea en forma expresa o tácita. Cito como ejemplo de manifestación tácita la aceptación del mandato y la tácita reconducción por lo que se refiere al arrendatario que continúa sin oposición del arrendador después del término en el uso de la cosa arrendada (artículo 2486 y 2487). Este último, además es el único caso en que el simple silencio implica consentimiento y genera obligaciones, por lo que hace al arrendador cuando éste no exige la desocupación después del término.”⁴⁶**

El consentimiento en su segunda acepción, esto es como acuerdo de voluntades, no existe cuando no hay coincidencia en las dos voluntades, lo que ocurre principalmente en las cosas del llamado ***error in corpore*** o error sobre el objeto, cosa del contrato (el comprador creyó adquirir una finca y el vendedor

⁴⁵ OLVERA DE LUNA, Omar. **Contratos Mercantiles**. 3ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002. p. 3.

⁴⁶ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 30.

pensó que enajenaba otra) y al ***error in negativo*** o error sobre la clase del contrato que se celebra (se recibe una suma de dinero en la creencia de que se le ha hecho una donación, pero el que la entrega creyó que daba en mutuo tal cantidad). El acto jurídico no se forma, no nace y consecuentemente no produce sus efectos esperados.

Debido a lo anterior, la voluntad de celebrar el acto, es el motor principal que genera su nacimiento.

A su vez Bejarano Sánchez Manuel afirma que:

“Es un elemento complejo por la integración de dos voluntades que se conciertan. Es un acuerdo de voluntades, dos quererres que se reúne y constituyen una voluntad común, que requiere de dos emisiones de voluntad sucesiva o dos declaraciones unilaterales: La oferta (o propuesta) y la aceptación. El acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente, ambas se reúnen y se funden.”⁴⁷

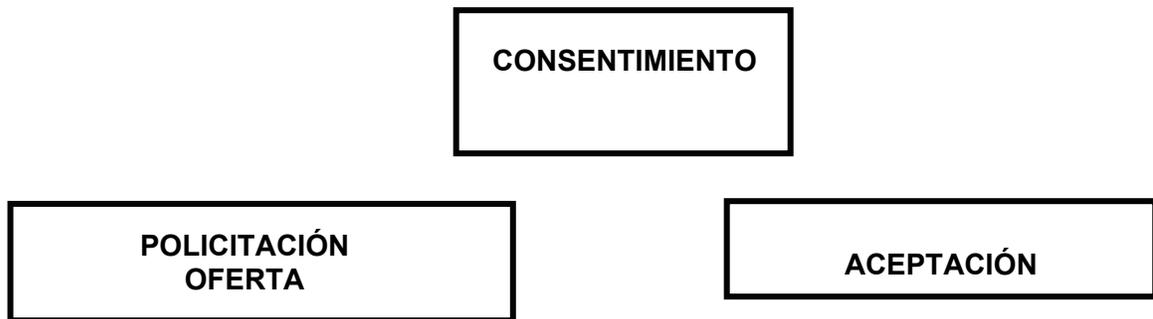
Todo consentimiento por tanto implica la manifestación de dos o más voluntades y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico.

Debo anotar que esas dos voluntades al unirse generan el consentimiento y dada su naturaleza, se forma por una oferta, propuesta o policitud y por la aceptación de la misma. Como es el acuerdo de dos o más voluntades necesariamente una voluntad debe manifestarse primero y es la oferta o policitud, es decir, que una parte propone a la otra respecto a un asunto de interés jurídico. La aceptación implica la conformidad con la oferta. El consentimiento como se aprecia, está compuesto de dos elementos:

⁴⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. **Obligaciones Civiles**. 8ª edición, Ed. Harla, México, D.F., 2000. p. 55.

- A) Propuesta, oferta o policitud y
- B) Aceptación.

De acuerdo con esto, esquemáticamente el consentimiento quedaría ilustrado así:



De este primer elemento hay autores que critican el empleo del vocablo policitud, pues afirman que plicitar significa etimológicamente “múltiples ofertas o múltiples licitaciones” y que para integrar el consentimiento, se requiere sólo una, por lo mismo se debe emplear el término “licitación”.

Al respecto el maestro Gutiérrez y González Ernesto, se inclina por el término plicitación, pues el vocablo licitar, significa en la gramática lo siguiente: **“Ofrecer precio en una subasta y en cambio plicitar era en Roma una promesa unilateral hecho a un municipio o al Estado. Se habla así de *policitatio* y a esa palabra que denota una promesa unilateral, es conveniente darle un sentido moderno y significar con ella una promesa que no ha sido aceptada todavía.”**⁴⁸

Se define a la plicitación según el mismo autor como:

“Una declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, con la

⁴⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit. p. 251.

expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad sería y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad.”⁴⁹

De acuerdo con el autor Bejarano Sánchez Manuel, del anterior concepto que mencionó, se desprenden los siguientes elementos y su significado:

a) “Es una declaración unilateral de voluntad.

La ley sanciona como obligatoria la oferta o policitud que se hace para celebrar un contrato, aunque no se haya aceptado aún, al surtirse el efecto de mantener firme esa voluntad y sancionarla como productora de consecuencias de derecho.

b) Recepticia.

Este término no se usa en la ley, pero es un vocablo jurídico–doctrinario, que de manera plástica y objetiva, denota como la declaración de voluntad, no surtirá sus efectos de integrar el consentimiento hasta que no se recibe y fusiona con la aceptación.

c) La policitud puede ser expresa o tácita.”⁵⁰

Esto significa que la voluntad del peticente o persona que hace una oferta, debe externarse de tal manera que el destinatario de la propuesta sepa de manera verbal o por escrito lo que se le propone, o bien que por signos indubitables, sepa cuáles son las pretensiones del oferente, el artículo 1803 determina:

“Artículo 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.

⁴⁹ Ibidem. p. 252.

⁵⁰ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Op. cit. p. 60.

d) La policitud puede ser hecha a persona presente o no presente.

Puede proponer el solicitante la celebración de un contrato a una persona que se encuentre en su presencia en el mismo sitio, o bien puede hacer la proposición a una persona no presente a través de los medios conocidos para transmitir el pensamiento (por teléfono, carta, etc.).

e) La policitud puede ser hecha a persona determinada o indeterminada

La propuesta para celebrar un contrato, no es esencial que se haga a una persona determinada, bien se puede hacer a toda una colectividad o a cualquiera de sus miembros para aceptar o no dicha propuesta.

f) La policitud debe tener los elementos esenciales del contrato del contrato que quiera celebrarse.

El proponente debe manifestar qué tipo de contrato desea celebrar y determinar en su declaración todos los elementos esenciales del mismo contrato, pues si no estuvieren todos los elementos, no se obligará, sino que se hará una simple invitación para contratar, pero no será una policitud en sentido técnico jurídico, se tratará de simples actos precontractuales, que son las pláticas o conductas previas para ver si se celebra un contrato, pero sin que estos actos precontractuales impliquen una oferta propuesta o policitud.

g) La policitud debe ser hecha en forma seria y con el ánimo de cumplir en su oportunidad.

El oferente debe tener intención de que en su propuesta lo obligue a cumplir en su oportunidad lo que ofrece, debe tener la intención de producir efectos de derecho que él desee respetar.

Pero como anoté anteriormente, el consentimiento no se forma solo con la policitud, sino que precisa, de otro elemento estructural, como es la aceptación. Por ella se entiende:

Una declaración unilateral de voluntad, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, policitud u oferta.

O bien puedo dar con mayor amplitud el concepto y decir que es una declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, hecha a una persona determinada, presente o no presente, sería, lisa y llana mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta y se reduce a un sí.

A continuación procederé a desprender los elementos que integran el anterior concepto y su significado.

a) La aceptación es una declaración unilateral de voluntad.

La aceptación igual que la propuesta se le estima en forma independiente, es en su sentido jurídico, una declaración unilateral de voluntad y produce efectos jurídicos autónomos, aún cuando no conozca el oferente o solicitante de la aceptación que integrará el consentimiento.

b) La aceptación puede ser expresa o tácita.

La aceptación que se haga de la propuesta, puede externarse de manera expresa o tácitamente.

Así se externa en forma expresa cuando a la propuesta hecha se le acepta por medio de palabras, de escritos, o de signos inequívocos y en forma tácita cuando el aceptante realiza una serie de hechos o actos que presupongan o autoricen a presuponer su aceptación.

Hay que tener cuidado de no confundir la aceptación tácita con el silencio.

Se discute si el silencio puede engendrar efectos de derecho de tal forma que se le deba interpretar como aceptación.

Sin embargo considero dar la diferencia de una y otra.

La aceptación tácita resulta como dice el artículo 1803 ya mencionado, de ciertos hechos o actos que la presupongan o autoricen a presuponerla, excepto en los caso en que por ley o por convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente.

En cambio el silencio, es la ausencia de manifestación de voluntad, en oposición a la aceptación tácita que es algo real, fundada en hechos o actos inequívocos que así la acreditan.

No obstante, es usual oír que se dice: “El que calla otorga” y se puede suponer que si una persona propone a otra la celebración de un contrato y el destinatario de la propuesta calla, acepta, pues con su silencio autorizar a presuponer su aceptación.

A este refrán se le puede combatir con otro: “quien nada dice, nada expresa” y por lo mismo refutar el anterior argumento y decir que el que calló, no aceptó porque no dijo nada.

Así como estos refranes se multiplican también las discusiones en lo jurídico, sin dar una solución definitiva al problema, por ello y en obvio de polémica, se puede sentar como principio para los efectos de esta materia el de que el silencio sólo producirá efectos de aceptación y engendrará el consentimiento cuando la ley así lo determine.

Esto lo puedo apreciar con el siguiente ejemplo regulado por la Ley Civil.

Un Licenciado de Derecho recibe de una persona un “mandato” para realizar determinados actos jurídicos que requieren sus conocimientos profesionales. Si el Licenciado en Derecho no rehúsa en forma expresa el

mandato que se le confiere, quedará obligado por su silencio, pues la ley otorga a éste efecto de aceptación.

El artículo 2547 manda:

“El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el sólo hecho de que no lo rehúsen dentro de los 3 días siguientes.

La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato”.

De aquí se concluye que la aceptación se produjo por el mero silencio del profesional, pues a ese silencio, la ley le determina efectos de aceptación.

Otro caso, en donde también, la ley atribuye al silencio consecuencias jurídicas se le contempla en el artículo 107 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, cuando establece que los cuentahabientes de un banco, si no hacen reparo al informe mensual que les rinde la institución de crédito se entiende que con su silencio lo aprueban.

c) La aceptación debe ser hecha a persona determinada.

La aceptación sólo se puede hacer con respeto a la persona que hizo policitud, propuesta u oferta. No puede hacerse una aceptación respecto de persona indeterminada, pues entonces no se sabría con quien va a celebrarse el contrato.

d) La aceptación se hace a persona presente o no presente.

Pero si bien es cierto como antes se dice que la aceptación sólo puede hacerse respecto a una persona determinada, también es cierto que esa persona

a quien se le hace saber la aceptación, no necesita forzosa y necesariamente estar presente.

Pero también se puede aceptar la propuesta por medio de carta, telegrama, etc., en aquellos casos en que la propuesta haya sido hecha por persona no presente.

e) La aceptación debe ser lisa y llana.

Quiere decir que la aceptación debe contener las mismas bases de la propuesta, de lo contrario, si lleva otras de más o de menos, ya no será aceptación, sino una nueva policitud.

f) La aceptación implica la adhesión a la propuesta.

Al ser lisa y llana la aceptación implica que se adhiere a los términos de la propuesta, solo se puede referir a lo que contiene la propuesta, no puede llevar ni más ni menos y debe ser hecha precisamente con relación a la propuesta de que se trata.

g) La aceptación se reduce a un "sí".

Es consecuente con todo lo antes dicho, el que la aceptación, al no poder llevar más ni menos de lo que lleva la propuesta, se puede reducir a una afirmación a un simple "sí".

2.8. Ausencia del Consentimiento.

Cuando el elemento no existe, falta al contrato un elemento esencial y por lo tanto es inexistente. Para empezar a tratar este punto, partiremos de lo que señala al artículo 1794 del Código Civil relacionado con el artículo 2224 de la misma Ley.

“Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento.**
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato”.**

“Artículo 2224. El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia del él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”.

Así, debido que todo acto jurídico, es una manifestación de voluntad que tiene por objeto crear, transferir, modificar o extinguir derechos u obligaciones. De esta definición, se desprenden los elementos esenciales del acto, todo acto implica una manifestación de voluntad. Este elemento psicológico es constitutivo del acto, imprescindible. Sin manifestación de voluntad expresa o tácita, no puede haber acto jurídico, pero no cualquier manifestación de voluntad, sino aquella que se propone un objeto jurídico.

En base a lo anterior, encontré el segundo elemento esencial del acto. El objeto jurídico, consistirá en producir consecuencias de derecho, en resumen, lo anterior no podrá concebirse al acto jurídico si faltare el elemento intencional, subjetivo psicológico, de externar, de exteriorizar una voluntad que tenga como fin, como propósito, como objeto producir consecuencias de derecho.

Al lado de los elementos esenciales del acto jurídico: manifestación de voluntad y objeto, tenemos elementos de validez del acto, que le viene a dar una existencia perfecta y en ausencia de los cuales el acto existe pero de manera imperfecta de los actos jurídicos, así podemos sostener que en tanto que la validez es la existencia perfecta del acto, la nulidad es la existencia imperfecta del mismo, y que todo acto nulo es un acto existente: que habrá por consiguiente, una contradicción, no simplemente de derecho positivo, sino del tipo lógico, en quien afirme que un acto es a la vez inexistente y nulo, porque a quien afirme que el acto es nulo, está refiriéndose en otras palabras que es un acto existente, pero que presentan una existencia imperfecta.

Bejarano Sánchez opina al respecto lo siguiente:

“En cambio, lo que en derecho se llama inexistencia del acto, supone el acto en vías de formación, supone que hubo una posibilidad de que el acto jurídico llegase a nacer. Sólo tiene sentido hablar de la existencia del acto jurídico, no para referirnos a la nada absoluta, pues algo existe, que el derecho califica de acto jurídico inexistente, en tanto que no llegó a cuajar como tal, porque en su proceso de formación, faltó un elemento esencial. Bien sea porque la voluntad no llegó a formarse como lo requiere la ley, o porque el objeto del acto resulte física o jurídicamente imposible; pero en ambos casos, por falta de voluntad o por falta de objeto, estamos en presencia del acto inexistente que es la nada jurídica, pero no la nada absoluta. Es decir, no es que no haya habido nada, esto no tendría sentido en derecho y ocurriría en los siguientes supuestos: a) Cuando las partes sufren un error respecto a la naturaleza del contrato. b) Cuando sufren error en relación a la identidad del objeto. c) En los contratos simulados.”⁵¹

En el primer caso: Cuando las partes sufren error sobre la naturaleza del contrato, propiamente no hay consentimiento, porque una parte cree, por ejemplo, vender, y la otra cree recibir en donación la cosa.

En el segundo caso: Surge cuando haya error sobre la identidad del objeto y ocurre generalmente respecto a casos semejantes.

En el tercer caso: Se da o se presenta en la simulación absoluta de contratos. Existe la simulación absoluta cuando las partes declaran falsamente lo que en realidad no han convenido ni quieren que se lleve a cabo. De manera que hay un acto aparente en el que falsamente declara su voluntad. En el contrato simulado hay entonces sólo un consentimiento aparente, pero demostrado el acto secreto, echará por tierra ese consentimiento que la motiva. En tal virtud no se

⁵¹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Op. cit. p. 257.

formó el consentimiento como ya lo mencione anteriormente con todos los elementos que lo integran y por consecuencia no llegará a constituirse formalmente el acto jurídico o contrato.

2.9. Manifestación del Consentimiento.

El consentimiento en los contratos, debe manifestarse por cualquier medio que revele, cuál es la voluntad de los contratantes. La exteriorización de la voluntad, es indispensable para que se forme el consentimiento en los contratos.

Dicha exteriorización, puede llevarse a cabo válidamente por distintos medios. La forma normal de manifestar el consentimiento, es mediante la palabra o la escritura, pero no únicamente existen dichos medios. El derecho reconoce además, el lenguaje mímico, la ejecución de ciertos gestos, señas o actos que también constituyen una forma válida en ciertos contratos para la exteriorización de la voluntad.

Treviño García Ricardo afirma lo siguiente:

“El consentimiento puede manifestarse, expresa o tácitamente; la ley requiere simplemente que se exteriorice y la exteriorización, del consentimiento en algunos contratos, debe ser expresa mediante la palabra; en otros, mediante la escritura, al redactar un documento público o privado. Además, el recurrir a la palabra, a la escritura o al lenguaje mímico. Basta que se ejecuten ciertos actos que necesariamente supongan la manifestación de una voluntad, aunque no se lleve a cabo gesto o seña, algunos, para que la ley considere en ciertos contratos que se han manifestado válidamente en consentimiento. Por ejemplo, repito el ejemplo ya citado de que en el contrato de arrendamiento existe lo que se llama tácita reconducción, cuando vencido el plazo, continúa el arrendatario en el uso de la casa, sin oposición del arrendador. La no oposición por parte del

arrendador, implica una manifestación tácita de su voluntad para que se prorrogue el contrato de arrendamiento.”⁵²

No se trata de la manifestación del consentimiento por medio del lenguaje mímico, sino de una conducta en el arrendatario que goza de la cosa vencida el plazo y también de una conducta de abstención en el arrendador, que no se opone ni le exige la entrega de la cosa. La ley supone entonces que existe el consentimiento tácito para la prórroga del contrato de arrendamiento.

En el Código Civil vigente para el Distrito Federal en el artículo 1803, se reconocen las dos formas del consentimiento: el expreso y el tácito.

“Artículo 1083. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultara de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.

Una vez que se hace una policitud u oferta y la recibe una aceptación el consentimiento se integra y si ya hay además un objeto, entonces el contrato se perfecciona, surge el consentimiento, nace el contrato y empieza a producir sus efectos legales.

2.10. El objeto del contrato y sus requisitos.

El vocablo objeto tiene tres significados dentro de la categoría de los contratos.

1. El objeto directo del contrato que es el de crear y el de transmitir derecho y obligaciones. A él se refiere el artículo 1793, el cual me

⁵² TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Op. cit. p. 46.

permite transcribir nuevamente. “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos”.

2. El objeto indirecto es la conducta que debe cumplir el deudor, conducta que puede ser de 3 maneras: a) de dar; b) de hacer y c) de no hacer. A esta característica la identificamos como la cosa o el hecho que así mismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato. A este objeto se refiere el artículo 1824 que a la letra dice:

“Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar;
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”.

Al respecto Bernardo Pérez Fernández concluye que:

“En otros términos, el objeto de la obligación es lo que el obligado debe hacer o no hacer. El objeto del contrato es la prestación o abstención que los contratantes han determinado, al emitir una declaración con acuerdo de voluntades, que es el consentimiento, elemento de existencia del contrato. Las prestaciones prometidas en el contrato, forman el contenido de la voluntad de las partes. En suma, a través del contrato por el acuerdo de voluntades, las partes designan a través del consentimiento en manera concreta y específica el contenido que constituye el objeto que ellas mismas determinan por sus respectivas voluntades sobre el cual deben recaer los derechos y las obligaciones contractuales.”⁵³

3. Se considera también objeto del contrato por el Código, la cosa material que la persona debe entregar.

Pondré un ejemplo, que ilustra los anteriores conceptos a los que me referí. Ernesto celebra con Juan un contrato de compra-venta de una casa en cien mil

⁵³ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. cit. p. 302.

pesos. Aquí el objeto directo es crear en Ernesto una obligación frente a Juan y de éste, frente a Ernesto también.

El objeto indirecto es que se realice una conducta de dar en cada sujeto: Ernesto creó la obligación, que tiene por objeto “dar” la casa a Juan y éste creó la obligación que tiene por objeto “dar” una suma de dinero a Ernesto. Este es el objeto indirecto. Finalmente, a la casa misma y al dinero también se le estime “objeto” en su tercera acepción. El único objeto directo tiene que ser necesariamente la conducta humana que se manifiesta en facultades y deberes. Cuando el pretensor pone en ejercicio su facultad jurídica, realiza un acto de conducta que el derecho autoriza y protege. Asimismo, cuando el obligado cumple el deber jurídico, realiza otra forma de conducta y el derecho también protege el acto de cumplimiento, reconociéndole determinadas consecuencias jurídicas.

Los requisitos esenciales del objeto en las obligaciones de dar consistente en la cosa cuyo dominio o uso, se trasmite. Como requisitos esenciales de la cosa, señalaremos los siguientes: a) La cosa debe ser físicamente posible; b) La cosa debe ser jurídicamente posible.

- a) Veremos que la cosa es físicamente posible cuando existe en la naturaleza, por lo tanto hay una imposibilidad física cuando no existe, ni puede existir en ella.

Más sin embargo, veo que el Código Civil permite la existencia y validez del contrato que recaiga sobre las cosas futuras.

El artículo 1826, así lo determina:

“Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo no puede serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento”.

En la práctica es frecuente que un industrial venda mercancías todavía no fabricadas y a veces los agricultores venden por anticipado la producción de sus cosechas.

- b) El segundo requisito esencial de la cosa objeto del contrato, consiste en que sea jurídicamente posible. Se dice que hay posibilidad jurídica cuando está en el comercio y cuando es determinada o susceptible de determinación jurídica; por lo tanto, son cosas imposibles desde el punto de vista jurídico, las que están fuera del comercio y las que no pueden determinarse.

“Artículo 1825. La cosa objeto del contrato debe: 1°. Existir en la naturaleza. 2°. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3°. Estar en el comercio”.

Mencionare ahora los requisitos esenciales de las obligaciones de hacer y encontramos que el objeto en las obligaciones, debe ser posible al igual que en las obligaciones de dar, tanto física como jurídicamente. Se dice que hay una imposibilidad física para ejecutar una obligación de hacer, cuando una ley de la naturaleza impide la realización de hecho, que constituye un obstáculo insuperable, de tal manera que en forma absoluta y para toda persona, no podrá realizarse la prestación convertida.

En este caso, si la persona por sus condiciones no puede ejecutar el hecho, pero éste es físicamente posible, por cuanto que otra persona pueda ejecutarlo, la obligación de hacer, es jurídicamente existente y el problema se resolvería si se condena al deudor a que pague la ejecución que lleve a cabo esa tercera persona. Por lo tanto, la imposibilidad física de las obligaciones de hacer, debo conceptualizarla en términos absolutos cuando el hecho vaya en contra de una ley de la naturaleza que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

Sobre el particular, estatuyen los artículos 1827 y 1828 del Código Civil vigente lo siguiente:

“Artículo 1827. El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

I. Posible.

II. Lícito”.

“Artículo 1828. Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización”.

Además, el objeto debe ser posible desde el punto de vista jurídico. Se dice que hay una imposibilidad jurídica cuando el hecho no puede realizarse, porque una norma de derecho constituye a su vez un obstáculo insuperable para su ejecución. Aplico el mismo concepto de la imposibilidad física en la imposibilidad jurídica, no se trata de violar una norma de derecho, sino que ni siquiera llega a realizarse la prestación por cuanto que la ley impide de plano su posibilidad de ejecución. De tal manera que la norma jurídica no es violada, sino constituye un impedimento que hace incompatible la realización del acto con la norma y desde el punto de vista legal, el acto no tiene ni tuvo existencia alguna.

El segundo requisito necesario en el objeto de las obligaciones de hacer o no hacer, consiste en la licitud de la prestación o de la abstención. En términos generales se dice que es lícita la prestación o abstención, cuando no es contraria a la ley. Por esto si es ilícito todo aquello que se ejecuta en contra de la ley, el objeto del contrato sería ilícito, sólo cuando fuera en contra de una ley de interés público, prohibitiva o imperativa, o en contra de las buenas costumbres.

Los artículos que regulan lo anteriormente expuesto, son respectivamente el 8°, el 1830, 1831 y el 2225 del Código Civil vigente que a la letra dicen: 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.

“Artículo 1831. El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.”

“Artículo 2225. La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.”

En términos generales cabe decir que son nulos todos los actos o negocios jurídicos por virtud de los cuales se violen normas de Derecho Público o de Derecho Privado, siempre que éstas últimas sean de interés general, lo que les da el carácter de irrenunciables.

2.11. La cosa debe existir en la naturaleza.

Anoté que el objeto de la obligación, puede entre otras consistir en dar una cosa y que esa prestación de dar una cosa, reviste cuatro diversas hipótesis, están conformadas por tres cualidades que resultan fundamentales en su integración, al ser la primera que la cosa objeto del contrato debe:

Primero.- Existir en la naturaleza. Segundo.- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. Tercero.- Estar en el comercio.

Primero.- La cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza.

Una cosa, para que pueda ser objeto de contrato, debe existir en la naturaleza o ser susceptible de llegar a existir. Por ello, no pueden ser objeto de un contrato: a) Las cosas que no existen y b) Las que no pueden llegar a existir.

No puede ser materia de una relación jurídica una cosa que no existe, aunque si puede llegar a serlo una cosa que existirá. El artículo 1826 del Código Civil para el Distrito Federal, sustenta la anterior afirmación al establecer que:

“Artículo 1826. Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento.”

Puede ser ahí objeto de contrato cosas futuras, toda vez que no se estiman imposibles físicamente, sino sólo son las que no pueden llegar a existir, no las que son susceptibles de llegar a existir. Por ejemplo, el contrato de compra de esperanza y el contrato de compra de cosa esperada. En el primer contrato a que hago referencia, de una cosa susceptible de llegar a existir y que en su género ya es conocida. Tipo clásico de este contrato, es el que celebran los agricultores con instituciones de crédito en donde especialmente venden sus futuras cosechas de algodón, de ahí que se habla de compra de futuros.

El segundo contrato es una compra-venta sujeta a plazo a favor del vendedor, pues éste se obliga a entregar determinadas cosas que al momento de celebrarse la convención, no existen, pero que necesariamente deben llegar a existir.

2.12. La cosa debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie.

Como mencioné anteriormente, uno de los requisitos esenciales de la cosa objeto del contrato, consiste en que sea jurídicamente posible. Se dice que lo es, cuando está en el comercio y cuando es determinada o susceptible de determinación jurídica, por lo tanto, son cosas imposibles desde el punto de vista jurídico las que están fuera del comercio y las que no pueden determinarse.

Garza Ruiz Rodolfo considera que:

“Cuando la cosa no puede determinarse, existe una imposibilidad jurídica para que sea objeto de contrato y si éste se celebra, será inexistente por falta de un elemento esencial. En el derecho existen tres grados para la

determinación de las cosas: Determinación individual, determinación en especie, determinación en género.

Para que la cosa sea posible jurídicamente debe estar determinada en forma individual o en su especie. La determinación en género que tiene interés para las ciencias naturales, carece de valor en el derecho, porque se considera que cuando la cosa está determinada sólo cuando a su género no es determinable jurídicamente.”⁵⁴

Así encuentro que al momento en que se hace una propuesta, el oferente debe especificar con exactitud, cuál es la cosa que desea forme el objeto del contrato, esto es, debe determinar cuál será el objeto de la convención, por ejemplo, Ernesto al proponer a Francisco la celebración de un contrato de compraventa, le dirá que le vende en cien mil pesos su casa, la número 302 de las calles de Durango en la colonia Roma y de esta manera, se determina el objeto, la Casa, materia de la operación que desea celebrar. Si Francisco acepta la venta de esa cosa y el precio, se perfecciona el contrato y se traslada de inmediato la propiedad.

El lazo obligatorio no se forma cuando el objeto de la obligación no está determinada.

Si la indeterminación recae sobre la naturaleza del objeto, no se sabe qué cosa o qué hecho puede reclamarse al deudor. Quién hubiese prometido un animal, en realidad no ha prometido nada, puesto que podría liberarse al proporcionar a su acreedor un insecto insignificante. Si la indeterminación recae sobre la cantidad, al ser la cosa indeterminada en su especie, el deudor podría liberarse si ofrece al creador una prestación risible, si ha prometido trigo o vino, sin precisar nada, su obligación podría reducirse a una gota de vino o a un grano de trigo y el crédito sería vano.

⁵⁴ GARZA RUIZ, Rodolfo. Op. cit. p. 242.

Se dice que existe la determinación individual, cuando se caracteriza la cosa por sus atributos propios, de tal manera que se le distingue de cualquier otro bien.

La determinación en especie atiende al género, a la cantidad y a la cualidad de la cosa. Basta precisar el género y cantidad, aún cuando no se fije la calidad, porque el derecho considera que entonces se tratará de un objeto de mediana calidad dentro de su categoría. No bastaría la determinación al atenderse al género, si no se señala cantidad, porque sería en tal forma imprecisa la prestación que carecería de interés jurídico para el acreedor. Es decir, las cosas determinadas en su género, sólo tienen interés para el acreedor cuando se dan en una cantidad determinada.

Por ejemplo, se determina por su género un bien tangible (arroz u otro cereal); si no se diese un factor más que es la cantidad, la prestación carecería de valor para el acreedor, en virtud de que el deudor podría cumplir su obligación al entregar cualquier cantidad de arroz. Pero si se dice 100 kilos de arroz, ya tenemos el género (arroz) y la cantidad (cien kilos), que le dan interés jurídico a la prestación. No importa que se omita la calidad, porque entonces el derecho suple la voluntad de las partes y considera que se trata de mediana calidad.

Por último, señalaré que la determinación en cuanto al género, únicamente tienen importancia para las ciencias naturales, principalmente para las biológicas, pero carece de valor en el derecho porque origina una determinación tal, que también carecería de interés jurídico para el acreedor la caracterización de una cosa al atender únicamente a su género. Por ejemplo, opino que por su género una cosa al decir que es un animal, pero para el derecho, contratar sobre un animal, carece de interés jurídico en lo absoluto, porque el deudor podrá entregar cualquier animal sin valor.

En atención a estas tres formas posibles de la determinación: individual, específica y genérica, se dice que la cosa es posible jurídicamente, cuando se

determina o en forma individual o por su especie (cuando ésta permite darle valor económico a la prestación). Se considera que la cosa no es determinada ni susceptible de determinarse, cuando sólo se atiende al género, sin precisar la especie y cantidad. La calidad no es necesaria, pues la ley la determina en caso de silencio.

En estas condiciones, la indeterminación del objeto origina la imposibilidad para celebrar el contrato, pues si éste recae sobre un objeto que no es determinado ni puede determinarse al atenderse las reglas expuestas, el contrato será inexistente.

2.13. Debe estar en el comercio.

La cosa que se quiere sea objeto del contrato, debe estar dentro del comercio y si no lo está, tampoco podrá existir en el contrato. Por ello, determinaré en qué consiste la comercialidad.

El artículo 748 determina:

“Artículo 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.”

Al interpretar esta norma a *contrario sensu*, se puede decir que las cosas están dentro del comercio cuando por su naturaleza o por disposición de la ley, no están fuera de él.

Pero cuando están fuera de él, el artículo 749 establece:

“Artículo 749. Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas para algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.”

Con esto, se puede afirmar que todas las cosas pueden ser objeto de un contrato, excepto.

- a) Las que la ley declara por su naturaleza, no pueden ser poseídas por un individuo exclusivamente como el mar.
- b) Las que la ley declara irreductibles a propiedad particular, tales pueden considerarse los bienes de dominio público de la Federación y a las cuales se refiere el artículo 18 de la Ley General de Bienes Nacionales y entre los que se cuentan los llamados bienes de uso común que comprenden el espacio aéreo nacional y el mar territorial.

La comercialidad resulta ser entonces, la aptitud que tienen las cosas para ser objeto de un contrato por no impedírsele ni su naturaleza ni la ley.

2.14. La capacidad como elemento de validez del contrato.

La capacidad, es un elemento de validez en los contratos, es decir, es un elemento que se requiere para que el contrato sea válido. Por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del contrato o del acto jurídico en general.

No obstante esto, si la capacidad no afecta a la existencia del contrato al no impedir que el acto jurídico exista, que afecta solamente a la validez del mismo, si es un requisito que se refiere a un elemento esencial del mismo, de naturaleza psicológica, llamado consentimiento. El consentimiento se forma por el acuerdo de las voluntades; para que se constituya de manera perfecta, esas voluntades deben ser de personas capaces y no estar afectadas de un vicio en cuanto a la libertad o certeza de la propia manifestación de voluntad. Para que el consentimiento pueda, por consiguiente existir válidamente, debe ser emitido por persona capaz, en forma cierta, es decir, libremente de error o de dolo y en forma libre no afectado por violencia.

La capacidad, es un atributo de la personalidad y por eso se considera que el sujeto la tiene. Se entiende por capacidad la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos. Señalo por lo anterior que el principio, atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el derecho, está constituida por su capacidad jurídica o capacidad de derechos: de manera que no se conciben seres humanos que no estén dotados de la capacidad jurídica. La capacidad jurídica, es el atributo insuperable de la persona humana, se le adquiere por el hecho mismo de la existencia y acompaña al sujeto hasta la muerte. En tal virtud, la regla es la capacidad, pues para ser sujeto, por lo menos se necesita la aptitud para adquirir derechos y obligaciones. Si se suprime completamente la capacidad de goce, se suprime la personalidad; no podría concebirse la persona si se negara toda aptitud al sujeto para adquirir derechos y obligaciones.

Desde el momento en que se reconoce la personalidad jurídica, tanto a la persona física, al ser concebida y entrar bajo la protección de la ley, antes del nacimiento, como a la persona moral, necesariamente se le otorga capacidad de goce. En cambio, no tiene necesariamente capacidad de ejercicio; puede ser titular de derechos y obligaciones y estar imposibilitado jurídicamente para ejercitar en forma directa esos derechos; tal es el caso del menor de edad, que tiene capacidad de goce, pero no de ejercicio y del sujeto a interdicción que por enajenación mental o por alguna otra cosa análoga no puede ejercitar sus derechos.

En cuanto a la incapacidad de goce, sólo se admite que existe una incapacidad parcial, nunca total; si se admitiese la incapacidad total de goce, se negaría el atributo esencial de la personalidad y por tanto, el sujeto quedaría convertido, *ipso facto* en cosa.

En el derecho moderno, todo hombre es persona y por consiguiente, todo hombre tiene por el hecho de serlo, capacidad de goce.

Como señale anteriormente, la capacidad se divide en:

a).- Capacidad de goce, b).- Capacidad de ejercicio.

El maestro Julián Bonnecase, la define de la siguiente forma:

“a).- La capacidad de goce, es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante que figura en una situación jurídica o en una relación de derecho para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación.”⁵⁵

Es una forma más breve, se dirá que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho o para ser sujeto de obligaciones.

La capacidad de ejercicio, supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio, actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los Tribunales. Por lo tanto, la incapacidad de ejercicio impide al sujeto hacer valer sus derechos, celebrar en nombre propio, actos jurídicos, contraer y cumplir sus obligaciones o de ejercitar sus acciones. De aquí la necesidad de que un representante sea quien haga valer esos derechos o acciones o se obligue y cumpla por el incapaz o celebre por él, los actos jurídicos, es así como la representación legal, surge como una institución de la incapacidad de ejercicio.

Por la anterior descripción, se puede definir brevemente la capacidad de ejercicio como la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente.

Diversa de la capacidad jurídica (aptitud para ser sujeto de derechos, que es la cualidad jurídica de la persona), es la capacidad de obrar. Esta es la aptitud

⁵⁵ BONNECASE, Julián. Op. cit. p. 377.

para adquirir y para ejercitar con la propia voluntad, o sea por sí solo, derechos subjetivos o de asumir con la propia voluntad, o sea, por sí solo, obligaciones jurídicas, es decir, de realizar los actos de la vida civil.

La capacidad de obrar se diferencia de la capacidad de derechos, porque toma en consideración la persona, no ya en cuanto la misma, atenta la pertenencia de los derechos subjetivos en general, sino en cuanto sea apta para gobernarse por sí, en las diversas contingencias de la vida práctica, o sea para ejercitar por sí el derecho subjetivo y presupone por consiguiente la capacidad jurídica.

La capacidad de obrar, corresponde a un estado psíquico de idoneidad para entender y querer, o como dice también la ley, a la plenitud de las facultades mentales, que puede llamarse también, capacidad natural.

La capacidad de contratar, es una subespecie de la capacidad de obrar o de la capacidad de ejercicio y consiste en la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí, el contrato sin necesidad de substitución o de asistencia de otras personas. Por el contrario carecen de tal aptitud legal los incapacitados, esto es, todos aquellos que se encuentren dentro de los supuestos que establece el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal en relación a la incapacidad natural y legal que tienen tanto los menores de edad como los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla, ello, en relación con el artículo 1798 del Ordenamiento legal antes mencionado.

CAPÍTULO TERCERO DEL CONTRATO DE ADHESIÓN

Antecedentes de este Contrato.

Los antecedentes del contrato por adhesión son relativamente recientes, pues su aparición se registra en el siglo pasado. Coincide, en realidad, con el nacimiento y desarrollo de las grandes organizaciones industriales y comerciales destinadas a proporcionar al público determinados servicios de esta naturaleza, tales como los de gas, electricidad, transportes, etc.

Es, pues, el llamado contrato por adhesión una institución jurídica característica de estos tiempos, la que, no obstante su modernidad, ha adquirido un desarrollo verdaderamente extraordinario.

En el Diccionario Jurídico Mexicano se expresa lo siguiente:

“Algunos tratadistas atribuyen, sin embargo, al contrato por adhesión más antigüedad de la que le reconocen la mayoría de ellos, al sostener que, en realidad, lo moderno es su desarrollo, que se manifiesta en la mitad del siglo pasado, y no su origen, puesto que dichos contratos, de acuerdo con tal opinión, han sido conocidos desde hace mucho tiempo.”⁵⁶

A mi entender, la antigüedad que se le pretende atribuir a los contratos por adhesión carece de la prueba que sería necesaria para admitirla.

La conclusión a que indudablemente me lleva a cualquier investigación, por adecuada que sea, de los antecedentes del contrato de adhesión, no puede ser, ciertamente, otra que la de presentarlo como un contrato de nuestro tiempo, como

⁵⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. **Diccionario Jurídico Mexicano**. T. A-CH. 10ª edición, Ed. Porrúa-UNAM, México, D.F., 2002. p. 97.

una figura jurídica desde luego interesantísima, de extraordinaria fuerza expansiva, que en verdad carece de historia, pero sí, puedo decir que normalmente, la celebración de los contratos supone una libre discusión entre las dos partes. Sin embargo, a veces una de ellas establece por sí sola la ley del contrato; dicta sus condiciones a la otra, quien se limita a aceptarlas o a rechazarlas, por un sí o por un no. A estos contratos se les ha llamado, contratos de adhesión. Se citan, como principales ejemplos de estos contratos, el transporte, el seguro, el contrato de trabajo, los contratos celebrados por los concesionarios de los servicios públicos. En todos estos contratos una de las partes establece la ley para la otra, de donde se concluye que verdaderamente no hay una obligación contractual, o por lo menos que el Juez puede usar un poder de interpretación muy extenso, y según otros autores, de un poder de revisión.

En realidad, la observación anterior demuestra simplemente que puede haber abusos del poder económico, que se manifiestan en la celebración de los contratos, como por lo demás, también entre otros hechos.

Lo anterior, no debe confundirse con la unilateralidad y bilateralidad de los contratos, ya que, se dice, según el autor De Pina Vara Rafael que:

“El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada; es bilateral, por el contrario, cuando las partes se obligan recíprocamente. Estos últimos contratos se denominan también sinalagmáticos.”⁵⁷

Esta clasificación se considera por los autores como correlativa de la de las obligaciones en unilaterales y bilaterales, pues ambas tienen el mismo sentido y significación.

⁵⁷ DE PINA VARA, Rafael. **Diccionario de Derecho**. 10ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004. p. 112.

La mayoría de los negocios de la vida, escribe Larenz, citado por Pallares Eduardo que:

“Compraventa, permuta, arrendamiento, etc., corresponden a la categoría de los contratos bilaterales, que son, en sentido amplio, contratos de intercambio. El principio fundamental del contrato bilateral es para este autor el antiquísimo *do ut des* del Derecho Romano, conforme al cual cada uno de los contratantes se obliga a su prestación únicamente bajo la condición de que la otra se obligue a la contraprestación.”⁵⁸

Para la existencia de un contrato bilateral, según Larenz, citado por el autor anterior:

“No es necesario que las prestaciones recíprocas sean equivalentes de acuerdo con un criterio objetivo, pues basta con que cada parte vea en la prestación una compensación suficiente de su propia prestación.”⁵⁹

Algunos civilistas admiten la existencia de una categoría intermedia entre los contratos unilaterales y los bilaterales, constituida por aquellos que, al ser originariamente unilaterales, son susceptibles de obligaciones sinalagmáticas *ex post facto* (obligaciones bilaterales imperfectas); pero la doctrina moderna rechaza esta concepción, de origen romano, y establece en su lugar una subdivisión de los contratos unilaterales (y de las obligaciones de esta especie, en general) en rigurosamente unilaterales y no rigurosamente unilaterales, en los primeros, escribe Ennecerus, citado por Martínez Alfaro al respecto que:

“Sólo uno de los contratantes adquiere un crédito y sólo el otro queda obligado; en los segundos, si bien uno de los contratantes el que principalmente tiene derechos, cabe también que venga a su cargo una

⁵⁸ Cit. Por PALLARES, Eduardo. *Diccionario Para Juristas*. 6ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002. p. 129.

⁵⁹ *Ibidem*. p. 130.

obligación que, sin embargo, no representa la contrapartida o retribución de su derecho. Enneccerus entiende que, más exactamente que de contratos bilaterales y unilaterales, debe hablarse de contratos de bilateralidad obligatoria y de unilateralidad obligatoria.”⁶⁰

Las obligaciones recíprocas derivadas de los contratos bilaterales no han de consistir necesariamente en prestaciones en absoluto equivalentes para que éstos entren en la expresada calificación.

Para que un contrato merezca la calificación de bilateral, basta con que exista reciprocidad de prestaciones. No hay que olvidar, sin embargo, que un desequilibrio importante entre ellas, que conduzca a resultados inicuos, dará siempre origen a la lesión y que ésta afectará a la validez del contrato.

Finalmente, aclaro, en cuanto se refiere al verdadero sentido de la bilateralidad, que ésta hace referencia, cuando se habla de la clasificación de los contratos, a las obligaciones que de él se derivan y no a las declaraciones de voluntad, pues en este sentido todo contrato puede ser considerado bilateral, dado que siempre exige el concurso, por lo menos, de dos voluntades.

La clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales (sinalagmáticos) no es caprichosa, sino que, por el contrario, tiene una verdadera importancia, dadas las diferentes consecuencias que se desprenden de cada uno de ellos.

Marco Jurídico.

Desgraciadamente, en el Código Civil para el Distrito Federal no se establece una regulación adecuada sobre el contrato de adhesión, es más, ni siquiera lo menciona como tal, a pesar de que es uno de los contratos que más se utiliza en la actualidad y así se tiene que acudir a otros ordenamientos

⁶⁰ Cit. Por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. **Teoría de las Obligaciones**. 5ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002. p. 237.

secundarios como el Código de Comercio y Ley Federal del Consumidor entre otros para saber la regulación o forma que el Estado tiene para resolver sobre este tipo de contratos.

La palabra adhesión proviene del latín, según el autor Mateos M., Agustín significa:

“Adhesio y adhaesus, derivado del verbo adhaerere, estar pegado estrechamente y se emplea para calificar ciertos contratos que se les denomina contratos de adhesión; término que utilizó por primera vez el jurista francés Saleilles.”⁶¹

En los contratos de adhesión se considera que de antemano ya están establecidas las cláusulas esenciales, sin que la contraparte tenga la oportunidad de discutir su contenido.

La doctrina destaca como elementos de los contratos de adhesión los siguientes: la oferta se hace a una colectividad; el convenio es obra exclusiva de una de las partes; la reglamentación del contrato es compleja; la situación del que se ofrece es preponderante; la oferta no puede ser discutida; el contrato oculto es un servicio privado de utilidad pública.

Existe también en la doctrina una polémica en torno a su naturaleza jurídica; acto unilateral o contrato.

Según el Diccionario Jurídico Mexicano se comenta lo siguiente:

“Respecto de la primera postura se argumenta que proviene de una autoridad privada y cuyos efectos, una vez dada la adhesión por un tercero,

⁶¹ MATEOS M., Agustín. **Etimologías Grecolatinas del Español**. 7ª edición, Ed. Esfinge, México, D.F., 2004. p. 216.

se determina por la sola voluntad del oferente. En los contratos de adhesión hay predominio exclusivo de una sola voluntad que obra como voluntad unilateral; se ofrece al público un contrato ya formado, cuyas cláusulas en la generalidad se encuentran impresas. Por lo que respecta a la segunda postura se afirma que la voluntad es la generadora de la relación jurídica y que en consecuencia es la que debe presidir la interpretación jurídica.”⁶²

Finalmente, en nuestra legislación la Procuraduría Federal del Consumidor en su Ley respectiva regula en forma expresa este contrato al decir que: los contratos de adhesión son aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por algunas autoridad o redactadas unilateralmente por el proveedor, sin que la contraparte para aceptarlo, pueda discutir su contenido.

Sobre el contrato de seguro, que es otra forma de contrato de adhesión, se puede decir que de no existir un riesgo no habría razón de seguro, ya que el seguro es producto del riesgo. Todo riesgo provoca una preocupación, por lo que se busca la seguridad para protegerse por el riesgo, es decir, hay una necesidad de protección que se logra con el seguro.

La necesidad, es la expresión de un deseo, de un bien susceptible de procurar una satisfacción, de ahí que, también la necesidad sea el motor de la actividad económica, por lo que en un sentido puramente económico implica la urgencia de tener los medios a efecto de satisfacer los requerimientos de la persona, los cuales pueden ser actuales o futuros.

Las necesidades futuras pueden distinguirse en ciertas e inciertas, estas últimas surgen de un evento futuro e incierto que al producirse, las hacen surgir. La necesidad, por lo tanto, debe satisfacerse en tanto que el evento es económicamente desfavorable, a éste, se le llama riesgo y contra el cual hay que protegerse, esto es, asegurarse.

⁶² Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Diccionario Jurídico Mexicano**. Op. cit. p. 709.

El temor presente de que la eventualidad se realice, es lo que lleva a contratar un seguro.

Vásquez del Mercado Oscar menciona al respecto que:

“En el seguro se destacan dos presupuestos, de los cuales el primero es el riesgo, o sea, la posibilidad de un evento dañoso, cuya realización extraña a la voluntad del asegurado, implica un daño patrimonial, independientemente del aspecto sentimental en el caso del seguro de personas.”⁶³

El segundo de los presupuestos, tiene efecto en vinculación con propio riesgo, en tanto que se tiene la certeza de que se obtendrá un valor patrimonial equivalente al del daño sufrido, es decir, habrá el resarcimiento que compense el daño. La mayoría de los autores han admitido que el seguro tiene naturaleza indemnizatoria, en tanto que protege y cubre un daño patrimonial.

No existe acuerdo en la doctrina respecto a si el seguro es o no indemnizatorio, en el caso de seguro de personas. En el seguro de carácter patrimonial o seguro de intereses, evidentemente es de indemnización en tanto que compensa. En el seguro de vida no hay unanimidad y no puede sostenerse su carácter indemnizatorio, pues el valor asegurable, que es la vida, no tiene límites cuantitativos.

En los seguros sobre las personas en razón a su existencia el valor asegurable, que es la vida, no tiene límites cuantitativos.

El mismo Vásquez del Mercado considera que:

“En los seguros sobre las personas en razón a su existencia el valor asegurable se determina en función de la necesidad individual que satisface,

⁶³ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos Mercantiles**. 10ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2003. p. 284.

esto es, según las posibilidades económicas de quien contrata el seguro. En cambio, en los seguros patrimoniales, el contratante no puede pretender más del valor de sus interés, es decir, no puede valorar más de lo justo la cosa asegurada. En tanto que en el seguro de vida el valor asegurable fijarse sin límite.”⁶⁴

Al hombre le sucede frecuentemente una serie de calamidades, lo que implica que está expuesto a innumerables riesgos cuyo origen puede ser de carácter natural o propiamente humano, en consecuencia, existe siempre una amenaza en su integridad física y económica. Frente a ello, el propio individuo puede ser indiferente o previsor, para evitar o disminuir el monto de la necesidad que se provoca cuando se produce el evento riesgoso. A medida que la sociedad progresa, los riesgos aumentan, pero por fortuna el seguro se perfecciona en su técnica y organización para protección contra los riesgos. Esta expansión en la seguridad no hubiere sido posible si no se hubiese, a su vez, practicado el seguro, al atender siempre a los principios técnicos que lo rigen y basándose en las observaciones estadísticas y cálculos de probabilidades. Por medio de las estadísticas se conoce el número de siniestros que se han producido dentro de un número de casos que se han analizado, de manera que es posible llegar a deducir una cifra media. A través del cálculo de probabilidades es factible determinar la posibilidad de que los siniestros se realicen.

A efecto de que la actividad aseguradora pueda desarrollarse o cumplir en función social y económica, se requiere necesariamente que se haga por medio de una organización de empresa que cumpla plenamente con los principios de una técnica moderna del seguro. Estos principios, como exprese, son fundamentales y atienden a los riesgos en masa y homogéneos, para poder determinar más o menos con exactitud la prima, en relación con las probabilidades de que se produzca el siniestro. El seguro no puede existir a menos que se practique por una empresa científicamente organizada.

⁶⁴ Ibidem. p. 285.

El autor antes citado concluye lo siguiente:

“El primero de los principios se basa en la consideración de una gran masa de riesgos, para celebrar un gran número de seguros, porque en tanto mayor sea en número de casos sujetos al mismo riesgo, mejor compensa los que verifican, porque el riesgo se neutraliza, pero además, en tanto mayor sea el número de riesgos tomados, menor serán las fallas entre la probabilidad técnica y el número efectivo de siniestros y consiguientemente más exacto el cálculo de la prima.”⁶⁵

Es importante que haya una cierta homogeneidad en los riesgos, para hacerse un cálculo acertado de las primas, puesto que el cálculo no puede hacerse con base en riesgos excepcionales. No pueden agruparse riesgos dispersos, sino aquellos que presenten entre ellos una cierta equivalencia. La homogeneidad de los riesgos permite conocer con base en cálculos estadísticos la probabilidad de que tenga lugar el evento dañoso. Si el evento se realiza en forma muy eventual, no es posible fijar una norma estadística aplicable para fijar las primas suficientes par hacer frente en caso de siniestros.

Se requiere que las sumas aseguradas sean homogéneas, es decir, debe señalarse una suma máxima respecto de la cual pueda responder el asegurador.

Finalmente, en el contrato de seguro, como contrato de adhesión que es, la oferta o propuesta, o solicitud del seguro, como suele llamarse también, aun cuando obliga al proponente en los términos que he indicado, no es suficiente para que se produzca el perfeccionamiento del contrato, debe ineludiblemente concurrir la aceptación.

La aceptación de la manifestación de voluntad de concluir el contrato propuesto por el oferente y debe coincidir con el contenido de la oferta. Cuando se

⁶⁵ Idem.

tiene la reciprocidad de voluntades con el respectivo conocimiento de las partes el contrato se perfecciona.

Es, sin embargo, necesario aclarar que la aceptación tiene como consecuencia el perfeccionamiento del contrato siempre y cuando sea de conformidad con la oferta. Si al responderse la aceptación implica modificaciones a la oferta o se expresan reservas, no es posible hablar de aceptación ni de contrato perfecto, puesto que se está en presencia de una contraposición, es decir, de una nueva oferta. El artículo 25 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro, prevé esta situación y dice que si el contenido de la póliza o sus modificaciones no concordaren con la oferta, el asegurado podrá pedir la rectificación correspondiente dentro de los treinta días que sigan al día en que reciba la póliza. Transcurrido este plazo se considerarán aceptadas las estipulaciones de la póliza o de sus modificaciones.

Para evitar que el asegurado quede sin cobertura, en la fracción II del artículo 21 de la ley citada, se establece que una vez coincidentes aceptación y oferta, el perfeccionamiento del contrato no puede quedar sujeto a condición suspensiva de la entrega de la póliza o de cualquier otro documento en que conste la aceptación o pago de la prima.

Aunque si puede quedar sujeto a plazo, a cuyo vencimiento se iniciará su eficacia para las partes, así lo dice la fracción III del artículo mencionado.

Concepto.

Martínez Alfaro Joaquín señala lo siguiente:

“Llámesse contrato de adhesión o por adhesión aquel cuyas cláusulas, redactadas unilateralmente por una de las partes, no dejan a la otra más posibilidad que la de suscribirlas íntegramente, sin modificación alguna.”⁶⁶

⁶⁶ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Op. cit. p. 218.

Dentro de esta calificación, entran todos aquellos contratos en los cuales, el consentimiento de una de las partes, constituye una simple aceptación de las condiciones impuestas por la otra.

El contrato por adhesión, se presenta en nuestro tiempo como la negación más radical de la libre expresión de la voluntad como requisito del contrato.

El contrato de adhesión o por adhesión, ha alcanzado, sin embargo, desarrollo extraordinario. La generalidad de los servicios que el hombre moderno utiliza a diario de manera imprescindible, luz, agua, gas, transportes, etc., requieren previamente la existencia de un contrato de esta especie.

Por esto, por tratarse de servicios que no se pueden “tomar o dejar” exige, para impedir el sacrificio de los intereses del consumidor a los de las empresas, siempre poderosas, que suelen disfrutar de un monopolio sino que todos nos vemos precisados a utilizar, el contrato de adhesión de hecho, la intervención del Estado, para mantener el equilibrio económico necesario en esta clase de relaciones, cosa que difícilmente suele conseguirse.

Prácticamente, la intervención estatal en cuanto se refiere a la redacción de contratos que para la obtención de los servicios indicados (y de otros muchos) someten las grandes empresas a quienes los solicitan, puede constituir, cuando sea llevada en forma adecuada, la garantía única de que los intereses legítimos de estos no quedan a merced de la voracidad de sus proveedores.

La intervención estatal, en esta clase de contratos es, a nuestro juicio, necesaria, porque la inhibición oficial a este respecto produciría, en la generalidad de los casos, el desconocimiento por las empresas del interés legítimo de los particulares a recibir un servicio eficiente “a su precio” justo y conveniente.

El denominado contrato por adhesión por el objeto que habitualmente se propone constituye una forma de vinculación que no es exclusiva de los hombres

de negocios, ni siquiera de las personas que disponen de medios de fortuna en proporciones más o menos elevadas, sino que es, realmente, un negocio del cual quedan de hecho fuera únicamente los indigentes.

Por ello, tiene una trascendencia no solamente jurídica, sino también social y económica, que ha hecho recaer sobre él la atención de los estudiosos de manera extraordinaria.

Al señalar la importancia del llamado contrato por adhesión, escribe Ossorio Morales que:

“Esta forma de negocio, susceptible de múltiples modalidades y variantes, no se limita a la esfera de los servicios públicos (lo cual podría justificar su no coincidencia con la figura clásica del contrato de Derecho Privado), ni siquiera a la del Derecho Mercantil (seguros, transportes, suscripción de acciones y obligaciones, etc.), sino que penetra cada vez más en el ámbito del Derecho Civil, en el que pueden señalarse diversos supuestos de contratos modelados sobre el esquema del contrato de adhesión (hospedaje en hoteles, espectáculos públicos, arrendamiento de garajes, compras en grandes almacenes a precio fijo, etc.).”⁶⁷

El contrato por adhesión aparece como un tipo de contrato realmente antípoda del ordinario, o sea, del más corriente, que Josserand denomina:

“Paritario de igual a igual.”⁶⁸

En el tipo tradicional y clásico de contrato, el paritario, se pesan, discuten y establecen en el mismo momento del trato las cláusulas y las condiciones y a esta

⁶⁷ OSSORIO MORALES, José. **El Contrato de Adhesión**. 3ª edición, Ed. Trillas, México, D.F., 2000. p. 126.

⁶⁸ JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil Francés**. Trad. de Leonel Pérez Nieto. 2ª edición, Ed. Mc. Graw-Hill, México, D.F., 1998. p. 114.

tarea ambas partes cooperan igual y libremente. Este tipo se ha dicho no ha desaparecido completamente; lo encontramos en la venta de inmuebles, en la de géneros, en un mercado.

Al respecto el mismo autor Josserand considera que:

“Se entabla una discusión más o menos largo o más o menos animada; se disputa palmo a palmo el terreno; es posible un regateo; las cosas se hacen con igualdad; no parece que una de las partes imponga su ley a la otra; el contrato es verdaderamente la obra de dos voluntades; se prepara y termina de igual a igual; se podría calificar de contrato paritario. Pero al lado de este tipo venerable de contrato en que triunfa la autonomía de la voluntad, ha hecho su aparición en el siglo último y ha tenido una rápida fortuna otro contrato que excluye toda discusión, todo regateo entre ambas partes. Se presenta por una de ellas un proyecto de convención; se ofrece este hecho al público, al primero que llega; cualquier puede acogerse a él, pero con la condición de aceptarlo tal y como es: tómalo o déjalo.”⁶⁹

En el contrato de tipo tradicional, al contrato precede el trato; en el de adhesión, hay contrato (en el caso de que se admita que es una figura contractual), pero no existe el trato. Éste se encuentra radicalmente suprimido.

Naturaleza Jurídica del Contrato de Adhesión.

Los autores Ruiz de Chávez y Salazar Salvador afirman que:

“La figura que se clasifica generalmente como contrato por adhesión es entendida principalmente de dos maneras muy diferentes, pues mientras unos civilistas consideran que constituye un tipo contractual perfectamente definido, con caracteres propios, capaz de ser ubicado dentro de una

⁶⁹ Ibidem. p. 115.

subdivisión de los contratos al lado de las categorías clásicas, otros sostienen que el contrato por adhesión no es sino una forma particularizada de la formación de los contratos, es decir, que no es una figura autónoma de contrato.”⁷⁰

No se puede silenciar, sin embargo, que existen, además de estas explicaciones de la naturaleza del contrato por adhesión, otras, denominadas intermedias, que pretenden conciliarlas, sin haberlo conseguido.

El desequilibrio que desde luego existe, de tal modo que no es posible negarlo, entre las voluntades de las partes en el llamado contrato por adhesión, ha dado lugar a un debate que continúa y continuará por mucho tiempo en torno a su verdadera naturaleza, es decir, sobre si se trata o no de un contrato.

Generalmente, se admite que es un verdadero contrato, pero la opinión contraria, aunque no es la más extendida, tiene también en su favor defensores muy autorizados.

Colín y Capitant, mencionan lo siguiente:

“Refiriéndose a los autores que niegan carácter contractual al contrato de adhesión, fundándose en que el contrato no puede existir allí donde no hay independencia respectiva de los contratantes y posibilidad para cada uno de ellos de discutir términos del vínculo jurídico proyectado, sostienen que si de hecho semejante observación es, acaso, fundada, de Derecho es inexacta.

Entienden estos autores que los jurisconsultos persisten con razón en ver en los contratos de adhesión verdaderos contratos. El que se adhiere a las condiciones que se le proponen escriben, en realidad es libre para no

⁷⁰ RUIZ DE CHÁVEZ Y SALAZAR, Salvador. **Importancia Jurídica y Práctica de la Clasificación de los Contratos Civiles**. 7ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004. p. 265.

aceptarlas; puede rechazarlas en bloque, y, por consiguiente, cuando las acepta, da, sin duda, su consentimiento, por lo que sería entrar en dificultades invencibles negar a tales operaciones el carácter contractual.

Añaden que, en realidad, el objeto que se proponen lo escritores que rechazan que el contrato de adhesión sea un verdadero y propio contrato es el de sustraer los efectos del mismo a la voluntad que se reputan que ha establecido la ley del contrato para confiar a los jueces el cuidado de determinarlos *ex aequo et bono*.⁷¹

Creen Colín y Capitant que:

“Un poder tan arbitrario confiado a los magistrados sería mucho más temible aun para las partes, se entiende, por el contrario, que es más bien a la ley a la que incumbe el cuidado de reglamentar los contratos de adhesión, se debe hacer de un modo más severo que con los demás contratos, a fin de impedir que la parte más fuerte imponga a la otra condiciones leoninas. El legislador debe prohibir el empleo de cláusulas que juzgue peligrosas y, a la vez, prescribir ciertas disposiciones que esté prohibido derogar.”⁷²

El equilibrio debe ser restablecido de un modo general, que asegure, por otra parte, que los abusos de su fuerza económica a que podría dejarse llevar tal o cual parte contratante, estarán con frecuencia previstos o reprimidos por la agrupación de las personas interesadas y por la intervención de esta agrupación, que al crear una fuerza con su haz de debilidades tratará en nombre de sus adheridos.

En opinión de Josserand, respecto al contrato de adhesión afirma lo siguiente:

“El contrato de adhesión es un verdadero contrato y escribe a este respecto que la ley no exige en ninguna parte, que el acuerdo contractual vaya

⁷¹ COLÍN Y CAPITANT, Henry. Op. cit. p. 368.

⁷² Ibidem. p. 369.

precedido de una libre discusión, de largos tratos; sobre todo, ningún texto exige que las dos partes tengan una intervención igual en la génesis del contrato; todo lo que se pide es que ambos interesados consientan, que exista acuerdo entre ellos al objeto de hacer nacer las obligaciones; poco importa que el terreno para el acuerdo haya sido o no preparado por uno de ellos, pues hemos de cuidarnos de confundir los tratos previos con el contrato. No estamos ya en el tiempo en que la estipulación romana reinaba soberanamente. Ni la igualdad económica, ni la igualdad verbal, son condiciones para la validez de los contratos, que basta para dicha validez la igualdad jurídica.”⁷³

La prueba se observa en la donación que es de hecho obra exclusiva del donador, y cuyas condiciones no podría discutir el beneficiado, y que es, no obstante, un contrato según opinión unánime.

Los tratadistas franceses, por lo general, se inclinan a reconocer a esta figura jurídica la naturaleza de un contrato. Dentro de esta orientación, se ha señalado una modalidad que distingue entre cláusulas esenciales y cláusulas accesorias de este supuesto contrato.

Dereux, defensor destacado de esta tesis, entiende que:

“Por lo general, ambas partes contratantes, aceptan libremente y con pleno conocimiento las cláusulas esenciales, que reconocen, porque se refieren a las cláusulas accidentales que el adherente conoce o comprende mal el tenor de las mismas y su verdadero alcance literal, estimándolas, por otra parte, como destinadas simplemente a precisar o a completar las principales.”⁷⁴

Realmente del concepto de Dereux, y aunque este autor no lo exprese así con la claridad que se podía exigir al respecto, se desprende que las verdaderas

⁷³ JOSSERAND, Louis. Op. cit. p. 298.

⁷⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XI. Op. cit. p. 798.

cláusulas son las esenciales, que son las únicas a las que el adherente queda obligado según lo expuesto, pueden ser las otras calificadas, no ya de accesorias sino de superfluas.

Entre los autores de la doctrina francesa hay quienes afirman que la naturaleza contractual del llamado contrato de adhesión, tiene contradictores autorizados, que la rechazan radicalmente.

Para Hauriou y Duguit, por ejemplo, señalan lo siguiente:

“El llamado contrato por adhesión es más exactamente un acto unilateral de naturaleza reglamentaria, no un contrato propiamente dicho, pero las opiniones señaladas al respecto por la doctrina francesa no se agotan con las ya expuestas, sino que otros tratadistas, v. gr., Dereux y Boycart, entienden que el contrato por adhesión debe calificarse como un negocio de base contractual sobre un fondo reglamentario, posición ecléctica que no aclara en nada la verdadera naturaleza de la figura de que tratamos.”⁷⁵

Frente a la posición de los tratadistas franceses que pretenden desplazar esta figura jurídica de la esfera del derecho privado a la del derecho público, algunos civilistas españoles entienden que es obligado afirmar la naturaleza contractual del llamado contrato de adhesión, sin perjuicio de reconocer que las especiales condiciones en que en ellos se presta el consentimiento puede y debe motivar normas particulares y una cuidadosa interpretación de la figura jurídica en los casos concretos.

Ahora bien, no se debe olvidar que en la misma España la posición de Hauriou y de Duguit, ha encontrado defensores, al ser uno de ellos el distinguido tratadista de Derecho Administrativo, Recaredo Fernández de Velasco.

⁷⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 368.

No se puede dejar de reconocer, sin embargo, que la doctrina contractualista es la que prevalece entre los civilistas españoles.

Con referencia al Derecho Civil Italiano, ha escrito Trabucchi que:

“El contrato por adhesión no constituye una situación de hecho tolerada por el legislador, sino que es reconocido por éste, en el párrafo primero del artículo 131 del vigente Código Civil, al disponer que las condiciones generales de los contratos establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión las ha conocido o hubiera debido conocerlas al usar la diligencia ordinaria.”⁷⁶

Branca ha reconocido también que:

“Los contratos por adhesión han tomado carta de naturaleza, o sea, verdadera reglamentación en el mencionado Código Civil Italiano, encontrándose anteriormente impuestos en la práctica de ciertas empresas. En el Código Civil Italiano, sin embargo, se protege al contratante más débil, al suponer en el párrafo segundo del ya citado artículo 1341, que en todo caso no tendrán efecto si no fueren específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan a favor de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o sancionen a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones con tercero, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial.”⁷⁷

La necesidad de la aprobación específica de las cláusulas a que se ha hecho referencia es, según Messineo:

⁷⁶ TRABUCCHI, A. **Instituciones de Derecho Civil**. Trad. de Castillo Larrañaga Niceto. 4ª edición, Ed. Papua, Francia-México, 1990. p. 298.

⁷⁷ Cit. Por DE PINA, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. T. III. Op. cit. p. 347.

“El medio indirecto con el cual procura la ley que el interesado llegue a conocer aquellas cláusulas y las acepte con conocimiento de causa, de manera que quede frustrada su introducción subrepticia en el contrato.”⁷⁸

El problema relativo a la naturaleza jurídica del llamado contrato por adhesión no ha sido objeto entre nosotros de consideración especial, cosa que es realmente incomprensible, dado el interés y la trascendencia del tema.

Borja Soriano, recuerda que:

“De los contratos por adhesión, el de seguros y el de trasportes fueron reglamentados por el Código Civil de 1884 y por el Código de Comercio vigente, de 1889, con la consideración de verdaderos contratos, y que el Código Civil vigente para el Distrito Federal, al tratar “De la declaración unilateral de la voluntad” no comprende entre ellos el contrato por adhesión, de lo que deduce que éste debe ser reconocido como un verdadero contrato y no como un acto unilateral, se añade que la Ley Sobre el Contrato de Seguros de 26 de agosto de 1935 que derogó el Código de Comercio en materia de seguros no ha cambiado la calificación jurídica de los mismos.”⁷⁹

A mi entender, la figura jurídica denominada contrato de adhesión o por adhesión, (esta última, es para mi la denominación exacta) no debe ser considerada como un contrato. Lo impide, la circunstancia de que, por muchos equilibrios que se hagan, sobre las viejas concepciones jurídicas tradicionales, no es posible desconocer que, la voluntad de una de las partes, en relación con este supuesto contrato, cuenta menos que la necesidad de aceptar unas cláusulas en cuya formación no existe la más remota posibilidad de que intervenga, por lo que la figura de este llamado contrato resulta bastante irregular.

En este supuesto contrato, una de las partes queda, evidentemente, entregada a la voluntad todopoderosa de la otra, sin más defensa que la que

⁷⁸ MESSINEO, Francisco. Op. cit. p. 485.

⁷⁹ BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit. p. 157.

supone la intervención que el Estado se reserva en estos casos mediante un control, frecuentemente ineficaz, que tiende a evitar que los abusos de las empresas privadas, dedicadas a prestar al público servicios de uso general e imprescindible, lleguen a un extremo que sobrepase, lo que es corriente en los hábitos comerciales de las clases que manejan estos negocios.

Las objeciones, que se han formulado a la clasificación de esta aparente figura contractual, no son, ni mucho menos, infundadas.

Sostener que el particular es libre de aceptar o no un contrato de esta naturaleza constituye, sin duda, un inconsciente rasgo de humorismo.

Los servicios que el ciudadano necesita, sin que le sea dado prescindir de ellos, tales como el de fluido eléctrico, el del gas, el de transportes, el de teléfonos, etc., no se pueden tener o no tener cuando se pretende vivir civilizadamente, y, por consiguiente, la aceptación de las condiciones impuestas por las empresas que los manejan es siempre forzosa, no voluntaria.

La injusticia de estos supuestos contratos puede, sin embargo, ser evidente, y tener remedio en el caso de que se produzca, mediante la intervención de la administración pública, cuando ésta se desarrolla dentro de los términos de la moralidad y de una verdadera preocupación por la defensa de los intereses del público.

Ahora bien, esto tampoco autoriza a calificar la figura jurídica de que señalo como un verdadero y propio contrato.

Criterios de la PROFECO sobre estos Contratos de Adhesión.

Más que criterios emitidos por la PROFECO, en relación a los contratos de adhesión, la regulación que sobre estos nace la Ley Federal de Protección al Consumidor en los artículos 85 al 90, en dichos preceptos legales a grandes rasgos se establece lo siguiente.

De acuerdo a la ley citada, 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. 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.

La ciudadanía, 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.

En los contratos de adhesión de prestación de servicios, deben incluirse por escrito en caso de existir, los servicios adicionales, especiales o conexos que pueda solicitar el consumidor de forma opcional por conducto y medio del servicio básico.

Si el consumidor omitiera solicitar alguno de estos servicios, se entenderá que no podrá hacerlo, a menos que con posterioridad, exista una solicitud específica por escrito.

“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 si 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 aún, cuando no hubieren sido incluidas de manera expresa en el clausulado del contrato de adhesión de que se trate.”

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.

En caso, de que los contratos de adhesión requieran de registro previo ante la Procuraduría, ésta se limitará a verificar que los modelos se ajusten a lo que disponga la norma correspondiente y a las disposiciones de esta ley, y emitirá su resolución dentro de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de registro. Transcurrido dicho plazo, sin haberse emitido la resolución correspondiente, los modelos se entenderán aprobados y será obligación de la Procuraduría registrarlos, quedan 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 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 esta ley.

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.

“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.”**

Como se puede apreciar, mejor la Ley Federal de Protección al Consumidor regula los contratos de adhesión y no el Código Civil para el Distrito Federal.

Características de este contrato.

Los autores no han tenido, sin duda, que realizar un gran esfuerzo para determinarlas, puesto que se encuentran bien a la vista, sin que haya el menor riesgo de equivocarse.

Los caracteres de este contrato son, la ausencia de toda discusión preliminar, de todo trato previo, de toda posibilidad de discusión, pues en esta

forma, discutiblemente contractual, siempre una de las partes la más débil o acepta el contenido de las cláusulas que contenga o tiene que renunciar a contratar, y la desigualdad económica y jurídica en que en cualquier caso se encuentra el adherente.

Las características que quedan indicadas hacen de esta figura jurídica un negocio peligroso. Así lo reconoce Rotonda al decir que:

“Dada la multiplicidad de las cláusulas que se aceptan en los contratos por adhesión, frecuentemente con ligereza, representan un peligro.”⁸⁰

Estos peligros son manifiestos y generalmente reconocidos. Tan es así, que, por ejemplo, el vigente Código Civil Italiano ha pretendido ponerles un obstáculo en el artículo 1341.

Este artículo, refiriéndose a las condiciones generales del contrato dispone según De Pina Rafael en su obra Derecho Civil Mexicano lo siguiente:

“Éstas, cuando hayan sido establecidas por uno solo de los contratantes, serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas al usarse la diligencia ordinaria, y agrega que en todo caso (es decir, en ningún caso), dichas disposiciones no tendrán efecto si no fuesen específicamente aprobadas por escrito las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o sanciones a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad judicial.”⁸¹

⁸⁰ Cit. por MESSINEO, Francisco. Op. cit. p. 486.

⁸¹ DE PINA, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. T.III. Op. cit. p. 343.

Con las características correspondientes al contrato de adhesión, quien se obliga, es el que acepta dicho contrato, sin oponerse a ninguna de sus cláusulas.

Pero como ya lo mencione, el Código Civil para el Distrito Federal, no regula el contrato de adhesión. Quien va proteger al que se obligue con dicho contrato, va a ser la Ley Federal de Protección al Consumidor es la que regula este contrato.

CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTA PARA HACER EFECTIVA LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

4.1. Los contratos de adhesión en el extranjero.

Para conocimiento del grado de aceptación de estos contratos por adhesión del consumidor en el mundo, es necesario remontarnos a la era industrial de posguerra, que en la Argentina nace confrontada con las normas previstas por la codificación de Vélez Sarsfield, en la que aún no existían ni se imaginaban los principios de buena fe contractual, de lesión subjetiva, o de derechos abusivos. Existía por entonces una fuerte industria fabril en pleno desarrollo, a iniciativa de la actividad comercial de los fabricantes y empresarios de Europa y Estados Unidos, embarcados en las poderosas producciones seriadas y masivas, resultantes de la reciente finalización de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, se brindó la posibilidad de poder continuar la producción, sin requerir mayor mano de obra o nuevos edificios, gracias al regreso de los soldados y a los espacios fabriles en ese entonces desocupados.

Consecuentemente se implanta como modalidad de la fabricación seriada de automotores, la división económica de las unidades producidas. Su resultado daba un precio fijo e inamovible; se ofertaba el automotor con un precio preestablecido que impedía en el comprador poder alguno de negociación o modificación.

Es significativo que esta comercialización potencial capitalista dio origen al típico contrato por adhesión, en la necesidad de posibilitar la celebración del contrato entre productor y consumidor. Hoy es el contrato usado por excelencia y masivamente, para la provisión de bienes o servicios.

No sólo en Argentina, sino en todo el Continente Americano, han aparecido como parte privilegiada productores, empresas industriales, fabricantes,

comerciantes e intermediarios de bienes y servicios. Ellos son quienes dirigen masivas negociaciones con los consumidores e inician las relaciones con éstos mediante ofertas publicitarias y concretándolas en la mayoría de las celebraciones adhiriéndolos a sus contratos preimpresos en formularios.

Al contrastar la superioridad económica de esta poderosa parte, el consumidor se presenta sólo y débil frente a los contratos por adhesión y similares, con la única opción de aceptarlo sin posibilidad de discusión. Caso contrario deberá declinar, sin adherirse y pierde en la mayoría de los casos, la única posibilidad que le ofrece el mercado para poder adquirir un bien o contratar un servicio necesario a su nivel de vida elegido.

Al consultar cierta página de internet se encontró lo siguiente:

“En estos contratos escritos de consumo, en sentido general y pese a su legalidad, se presentan al comprador honesto ciertas obligaciones inesperadas o mal informadas, de manera hartamente evidente. Las mismas se hallan en el contenido de las cláusulas que se encuentran incorporadas y predispuestas (de manera prerredactada), en las condiciones generales a las que se adhieren los suscriptores.”⁸²

Son condiciones indiscutibles, que las empresas anticipadamente han resuelto se incorporen en el contenido de sus futuros contratos. Con estas directrices salen al mercado y ofertan bienes o servicios, a un universo constituido por innumerables individuos.

Los consumidores, para adquirir los bienes y servicios, deben firmar la aceptación de esas condiciones generales cuyas cláusulas son inamovibles, inmutables y estandarizadas; lo cual denota su nula injerencia y participación en la redacción de las mismas y, consecuentemente, sin poder discutir su tenor las

⁸² <http://www.topicosdederechoArgentino.contratodeadhesion.seg.com.mx>

acepta o no. Sin brindárseles la mínima posibilidad de poder modificar precios, condiciones, modalidades, gastos extras u otras alternativas negociables, los consumidores son forzados unilateralmente a contratar.

El autor Trabuchi A. comenta al respecto, lo siguiente:

“De ahí que la doctrina jurídica lo caracterice como un contrato sin sujeto, al decir de C. A. Ghersi, por resultar vacío de contenido en la participación o voluntad del consumidor.”⁸³

El consumidor, por otra parte, no está en condiciones de juzgar o estudiar en la mayoría de los casos por sí mismo, la idoneidad e inteligencia del contenido de los contratos mercantiles. El que suscribe estos tipos de contratos de consumo, pertenece lógicamente a un público masivo y neófito; por ello los oferentes redactan las cláusulas de tal manera que le resulten intelectualmente imposibles de comprender cuáles serán sus obligaciones. De ahí la presencia de cláusulas de interpretación ambigua, o con características tipográficas pequeñas (la famosa “letra chica”).

Al contenido íntegro de algunos contratos, sólo un docto en la materia puede entenderlo o interpretarlo. Y si intentamos leerlo en forma pausada al momento de contratar, nos apremian los promotores con cualquier excusa para limitar el tiempo material de lectura con tal de lograr la aceptación firmada, ya que significa una mayor comisión de venta para ellos.

Otro punto importante y muy perjudicial, es la imposibilidad de vislumbrar las futuras figuras jurídicas contractuales que debe necesariamente asumir el consumidor, en las distintas etapas del necesario desarrollo que exige el contrato.

⁸³ TRABUCHI, A. Op. cit. p. 205.

El mismo autor señala lo siguiente:

“Esta incertidumbre e inseguridad jurídicas se ejemplifican en los denominados contratos conexos; es decir, usted firma sólo un formulario contrato que en realidad conlleva varios; por ejemplo, en los planes de ahorro: el plan de ahorro propiamente dicho + seguro de vida + contrato prendario + seguro del automotor. Otro ejemplo, en los famosos paquetes de productos bancarios y en un sólo formulario: contrato por la tarjeta de crédito + caja de ahorro + cuenta corriente + seguros.”⁸⁴

Sumo a todo lo expuesto, que su adhesión es obtenida por verdaderos “maestros”, adiestrados en cursos y seminarios y contratados por las empresas para colocar sus productos. Son los mismos productores o promotores de contratos los que, en ciertos casos, ex-profeso desinforman al consumidor; le prometen imposibles bonificaciones, premios, regalos, que a posteriori no son respetados en las futuras etapas contractuales; indicándoles sólo las características favorables del producto. Las recíprocas condiciones contractuales son evitadas u omitidas por ser negativas para la gestión de venta, (por ejemplo: cambios de modelo, intereses por morosidad, gastos extras, seguros voluntarios, fletes, deudores prendarios, exigencias de garantías, enfermedades preexistentes).

Por el contrario, la responsabilidad de estos arteros vendedores no se ve comprometida, ya que inexplicablemente por falta de regulación jurídica- se obvia su apellido, dirección y firma y, tan sólo en ocasiones, estampan un simple sello sin firma o con una apenas legible; y lo único que concretamente se estampa en el contrato, es la firma del consumidor.

La compleja naturaleza jurídica, técnica o científica de estos contratos prefabricados, provoca evidentes desequilibrios contractuales ante su incuestionable validez y se observa objetivamente que:

⁸⁴ TRABUCCHI, A. Op. cit. p. 207.

- a) El consumidor por lo general, por su entendible prisa en adquirir un bien o contratar un servicio, entrega importantes sumas de dinero y desconoce totalmente las responsabilidades y obligaciones que asume;
- b) Hay, contractualmente, un número importante de exigencias y obligaciones para el consumidor y mínimas para la parte predisponente, por ejemplo, en cualquier contrato existe la incomprensible ausencia de multas para esta última (en caso de incumplimiento parcial o total);
- c) La parte dominante se fortalece económicamente, gracias a sus inversionistas, temporales y gratuitos al respecto, que son los consumidores (por ejemplo, la industria automotriz y sus respectivas sociedades de ahorro previo; emisoras de tarjetas de crédito y sus entidades bancarias; etc.);
- d) Las desproporciones contractuales también se manifiestan entre los exiguos medios de que dispone el consumidor normal ante el poderío informativo, organización humana idónea y técnicas de avanzada de las empresas. Posibilita que los grupos poderosos agoten al consumidor en su reclamo; ejemplo de ello, es la conocida mecánica de derivarlo de empleado en empleado para que, finalmente agotado y desmoralizado, desista de su queja. En sentido contrario, si una empresa reclama al consumidor, desde su inicio lo apremia, asfixia y termina por ahogar en conflictos a su familia.

4.2. Situación actual de los contratos de adhesión en el Derecho Mexicano.

Para tener una idea clara del uso abusivo y monopolizador del contrato de adhesión en nuestro país, será conveniente analizar el contrato de adhesión de la empresa de telefonía celular Telcel.

La empresa Radiomóvil Dipsa, S.A. ofrece el servicio de telefonía celular mediante el nombre comercial de Telcel.

La Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL), tiene entre sus atribuciones, apoyar a los usuarios que presenten inconformidades respecto a los servicios de telecomunicaciones, canalizándolas a las autoridades competentes, con base en el artículo 28 de su Reglamento Interno, cuyo inciso XII dice: “Canalizar a las autoridades competentes las quejas que presenten los usuarios de los servicios de telecomunicaciones respecto de la actuación de los prestadores de servicios.”.

En México, la instancia encargada de conocer sobre las quejas de los consumidores es la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO). Ésta y la COFETEL suscribieron en noviembre de 2003 un convenio para apoyarse mutuamente en el conocimiento de las quejas de los usuarios, conforme al inciso antes mencionado del Reglamento interno de la COFETEL. Con base en este convenio se busca revisar que los contratos de las empresas de telecomunicaciones no contengan cláusulas abusivas y que cumplan con las disposiciones relacionadas con la protección al consumidor. Sin embargo, el Contrato de Prestación de Servicios de Telcel fue autorizado por la COFETEL en octubre de 2002.

El usuario, al contratar el servicio de telefonía celular con Telcel, firma un contrato de adhesión, sin embargo, éste no está registrado ante la PROFECO ya que no se encuentra en la lista de los proveedores que están obligados a registrarlos.

Análisis del Contrato de Prestación de Servicios de Telcel a la luz de la última reforma aplicada al Capítulo X de la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) (México), de fecha 4 de febrero de 2004, y, posteriormente, del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) (España).

- El contrato de Telcel incumple el requisito de *legibilidad* señalado en los preceptos legales que a continuación se indican:

“Artículo 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor que establece para la validez del contrato que sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista.

Artículo 10.1.a) Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al hacer referencia a la claridad en la redacción, por lo cual el tamaño de la letra debe permitir la fácil lectura.

En el apartado II b) de las DECLARACIONES del contrato de Telcel, se señala:

II. El Cliente declara que:

a) ...

b) Ha recibido a su entera satisfacción, la información relativa a la prestación del Servicio, al contenido del presente Contrato, al Código de Prácticas Comerciales, a las tarifas...

Más adelante, en las CLÁUSULAS nuevamente se hace referencia al Código de Prácticas Comerciales:

PRIMERO. OBJETO. Telcel se obliga a prestar... el Servicio... en las áreas geográficas con cobertura Telcel... las cuales se mencionan en el Código de Prácticas Comerciales; las áreas geográficas con cobertura Telcel podrán ser consultadas por el Cliente en los Centros de Atención a Clientes Telcel...

Otras cláusulas del contrato en el cual se hace referencia a dicho Código son:

- CUARTA, sobre las OBLIGACIONES DE TELCEL, inciso c) (en relación a posibles quejas): “En caso de que la reclamación sea procedente, Telcel hará el ajuste respectivo de conformidad con lo dispuesto en el Código de Prácticas Comerciales.”**
- NOVENA, sobre SERVICIOS ADICIONALES, DE VALOR AGREGADO Y OTROS, que dice: “... Los servicios y tarifas aplicables a los mismos se detallan en el Código de Prácticas Comerciales...”.**

Con lo cual se incumple nuevamente el Art. 10.1.a) LGDCU cuando establece; sin reenvío a textos o documentos que no se faciliten previa o

simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual". El incumplimiento consiste, primero, en que los distribuidores autorizados por Telcel, es decir, el lugar donde el cliente contrata el servicio -excepto en los casos en los cuales lo hace en el Centro de Atención a Clientes no disponen de dicho Código, menos aún lo ponen a disposición del cliente. En el Centro de Atención a Clientes, este Código no está visible y tampoco se encuentra en la página electrónica de Telcel. Este punto va contra el tipo de control de inclusión o incorporación en el aspecto de la entrega, pues si bien al cliente se le proporciona la copia del contrato en el cual se alude al Código en cuestión, éste no se le entrega ni está a la vista del cliente.

- Otro punto de abuso, localizado en la cláusula PRIMERA ya mencionada, es que las áreas geográficas en las cuales se da cobertura deben ser consultadas en el mismo Centro de Atención, sin embargo, en los locales de los distribuidores no se encuentra esta información a la vista del cliente y muchas veces los vendedores tampoco la conocen con exactitud. Más aún, la publicidad de Telcel señala Todo México es territorio Telcel, da a entender que tienen cobertura nacional, cuando que en realidad, aunque es el proveedor con mejor cobertura dentro del país, hay localidades, incluso cercanas a las grandes ciudades a las cuales no llega la señal.

- En la segunda parte de la cláusula anterior, se menciona:

...Asimismo, Telcel podrá quedar obligado a proporcionar al Cliente cualesquiera otros servicios y/o bienes de cualquier índole. En ambos casos el Cliente reconoce que dicha contratación supone o puede suponer igualmente obligaciones adicionales a su cargo para con Telcel..., tales como plazo forzoso y/o las derivadas...

En este caso se está frente a una obligación abusiva al forzar al cliente a contratar durante un plazo determinado. Este punto se relaciona con la cláusula DÉCIMA SEXTA.- TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO, en la cual se establecen los casos en que podrá darse por terminado el

contrato, mencionándose en el inciso h) Porque el Cliente no esté (sic) de acuerdo con el aumento de las tarifas aplicables, aplica (sic) la pena convencional correspondiente en caso de que exista un plazo forzoso y éste no se haya cumplido;

Aunque esta pena es mencionada abajo, en la misma cláusula, respecto a los incisos d), e) y f):

- d) Porque el Cliente deje de cubrir el importe de dos o más facturas;
- e) Por la falsedad de las declaraciones o datos proporcionados por el propio Cliente;
- f) Por la cesión de los derechos del Cliente derivados de este Contrato sin el consentimiento previo y por escrito de Telcel;

...Igualmente la terminación anticipada del Contrato por cualquiera de las causas señaladas en los incisos d), e) y f) anteriores, obliga al Cliente además, a pagar la totalidad de la pena convencional señalada en el anverso del Contrato.

No se puede considerar como cláusula abusiva puesto que es una pena concertada por incumplimiento del contrato en aspectos que no implican falta de equidad respecto al cliente.

- En cuanto a la formulación de un plazo forzoso, se observa también, en las cláusulas ya mencionadas, falta de equidad pues Telcel sí puede cobrar una pena al no aceptarse el plazo forzoso debido a un aumento de tarifas (sin importar que éste se le notifique al cliente), mientras que en la cláusula:

...DÉCIMA SEGUNDA.- INTERRUPCIÓN DEL SERVICIO. Cuando se interrumpa el Servicio en forma general por un tiempo mayor de 72 (setenta y dos) horas consecutivas, Telcel ajustará el cargo fijo mensual respectivo y bonificará al Cliente en la factura que corresponda, la parte del cargo fijo mensual correspondiente al tiempo que dure la interrupción en un plazo que no excederá de 45 (cuarenta y cinco) días naturales contados a partir de la última facturación mensual, aún cuando se deba a caso fortuito o de fuerza mayor, salvo en los casos de suspensión justificada del Servicio.

En este caso, la empresa solo estará obligada a pagar por un daño cuando éste haya sido prolongado por 72 horas, además la bonificación del pago por el servicio no prestado se hará después de 45 días a partir de la última facturación (que no deja de ser un plazo bastante amplio aun en los casos que se esté próximo a la siguiente facturación).

Podemos señalar que no se establece ninguna indemnización por daño en caso de falla del servicio aunque éste tuviera que ser probado por el cliente, como sería el caso de perder un negocio o cualquier otra situación.

- Un aspecto más relacionado con el plazo forzoso, que puede crear una mala interpretación, se encuentra en la cláusula.

...TERCERA.- PLAZO. El presente Contrato podrá estar sujeto a un plazo forzoso o a una vigencia indefinida.

En su caso, una vez concluido el plazo forzoso, el Contrato se entenderá automáticamente prorrogado en forma indefinida. Asimismo, al concluir el plazo forzoso, el Cliente podrá solicitar en cualquier Centro de Atención a Clientes Telcel y por escrito, la terminación del Contrato con cuando menos 30 (treinta) días naturales de anticipación.

Durante el plazo, el Cliente podrá modificar en cualquier tiempo el plan contratado...

El cambio de plan... puede establecer un plazo forzoso o bien modificar la duración del plazo forzoso preexistente.

Parecería que el usuario puede no caer en el plazo forzoso pero, como ya se ha visto, no es así: de acuerdo con el plan tarifario que contrate se obliga al plazo forzoso; al mencionar la vigencia indefinida se refiere a que si el usuario no cancela el servicio una vez vencido el plazo forzoso, el servicio estará activo hasta que realice el trámite de manera escrita.

- El contrato establece las posibles formas de cobro, las cuales permiten garantizar a la empresa que el cliente podrá pagar; sin embargo, se establece en la cláusula:

SEXTA. FORMA DE PAGO. (En los incisos a) y b) se mencionan las condiciones del pago para cuando se realiza en efectivo o mediante una tarjeta de crédito, y en el inciso c):

c) A través de cualquier otra forma que se notifique al Cliente.

El Cliente podrá solicitar por escrito cambios en el medio o la forma de pago y Telcel podrá o no aceptar dichos cambios. Por su parte, Telcel podrá en todo momento, modificar los medios y la forma de pago, aceptados, asimismo, debe notificar oportunamente al Cliente dicha situación.⁸⁵

Me encontré, nuevamente ante una cláusula abusiva por falta de reciprocidad pues si la empresa se reserva el derecho de aceptar o no la solicitud de cambio en la forma de pago por parte del cliente (sin poner como únicas restricciones las mencionadas en los incisos anteriores que ya se mencionó que serían para garantizar el pago), pero sí se atribuye el derecho de modificarlo. En este caso, de no ser aceptado por el cliente procedería la terminación del contrato, lo cual ya se mencionó que le acarrearía una pena de no cumplirse el plazo forzoso.

Al revisar más información sobre el tema se pudo detectar que se ha avanzado en la protección al consumidor debido a que se ha obligado a las compañías a no proporcionar servicios que se cobran sin previo aviso al cliente, tal es el caso del correo de voz en el cual se le anticipa al cliente que si deja un mensaje éste tendrá un costo de una llamada, pues con anterioridad el cobro era automático sin que el cliente estuviera enterado y mucho menos de acuerdo.

Con el análisis anterior se puede observar que el contrato de adhesión de la empresa denominada Telcel aún contiene cláusulas abusivas, sin embargo no se ha considerado el registro de dicho contrato en la PROFECO, seguramente porque se encuentra registrado ante la COFETEL, pero este hecho no es

⁸⁵ Exposición de motivos de la Ley Federal del Consumidor. Asamblea Legislativa. Sesión Ordinaria, México, D.F., 2005. p. 6.

suficiente para garantizar al cliente un contrato no abusivo. De aquí se desprende que la PROFECO tiene un amplio campo de acción en este tipo de contratos.

Por qué debe buscarse una igualdad de las partes en los contratos de adhesión.

De manera general se puede contestar a lo señalado que el contrato por excelencia debe ser el acuerdo de voluntades de las partes de manera libre y espontánea y precisamente; de lo expuesto, son algunas de los motivos de los actuales conflictos del consumidor. Resultan irregularidades que a diario se verifican; verdaderas deslealtades a la ley que devienen en la imperiosa necesidad de concientizarnos para que el consumidor no se encuentre más ante situaciones indebidas, actualmente innumerables, ni con ninguna maniobra total o parcialmente contradictoria a su conocimiento e intenciones.

Para su protección y defensa, de los consumidores, conjuntamente con sus asociaciones y funcionarios públicos responsables, aquellos deben exigir la aplicación, con todo el rigor de la ley para que en los contratos de adhesión se estipulen de manera imparcial las siguientes condiciones:

1. Que las partes al momento de suscribir un contrato por adhesión, los principios de seguridad, equidad y libertad, sean acordes a derecho.
2. Que en cada una de las distintas etapas en que se perfecciona el contrato, el oferente cumpla con el deber de dar con la máxima transparencia, una información escrita oportuna, adecuada, veraz, exacta, eficaz y suficiente de los términos, modalidades y demás condiciones inherentes al mismo.
3. Que en el cumplimiento o ejecución del contrato, las garantías y servicios ofrecidos sean idóneos y reales, se previene, llegado el caso, que las responsabilidades o consecuencias por incumplimientos contractuales sean asumidos sin más trámite.

4. Que las condiciones generales aceptadas no conlleven ningún tipo de modalidades o cláusulas abusivas contrarias a sus derechos. En caso de cláusulas contradictorias o de dudoso contenido, éstas serán interpretadas a favor del consumidor (*in dubio pro consumidor*).

Respecto del punto anterior, puede y debe el consumidor, en resguardo de sus derechos, ejercer el de asentimiento, que va más allá de su consentimiento, es decir, que pese a suscribir un contrato y aceptar el trato, tiene la posibilidad de reservarse por ley el estudio posterior del instrumento, o sea proceder a la revisión del mismo. Así al detectar una o más cláusulas abusivas en su contrato, tiene derecho a impugnarlas a efectos que se tengan por no convenidas. O en caso que el proveedor viole la obligación de actuar de buena fe en cualquier etapa del contrato o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a mandar la nulidad del contrato o la de una o más de sus cláusulas.

Esta práctica contractual abusiva, se trata de revertir desde mediados del siglo XIX, por la doctrina y legislación europeas; en América a partir de la década del 40 de este siglo. Y en ambos continentes conculcan las diversas teorías, definiciones y pautas interpretativas para la aplicación a derecho de las cláusulas abusivas.

Desde un principio, se presentaban como cláusulas exageradas. Se buscaba una solución en base a que si bien esas cláusulas limitaban los derechos de los consumidores, no alcanzaba a desvirtuar la eficacia de las demás cláusulas, caso contrario se ponía en peligro la naturaleza misma del contrato. Es decir, se debía proteger fundamentalmente la validez del contrato, a pesar de los aspectos negativos para el consumidor.

Ya en la década de 1970, estas cláusulas vejatorias o leoninas provocan en el ordenamiento jurídico una verdadera crisis contractual. Paralelamente, decaía el sistema económico generándose en las tratativas contractuales, una arraigada

suerte de mala práctica comercial, que se tradujo en indignos abusos económicos contra la parte más débil de la sociedad, el consumidor.

En razón de esa voluntad o buena fe, el consumidor se encontraba en los sucesos contractuales con la desagradable sorpresa de la existencia de esas cláusulas cuyo efecto nocivo no acertaba a visualizar en toda su magnitud. Indiscutiblemente no había de parte del consumidor discernimiento o intencionalidad respecto a ellas. Y sí la ignorancia o desconocimiento de sus nefastas consecuencias. Por el error o la confusión acerca del verdadero contenido conceptual o sentido jurídico que tenían aquellas cláusulas, es de suponer que en todo inicio contractual, la intervención del engaño no era cosa casual.

Frente a esos términos o cláusulas, el consumidor se encuentra sometido o sufre por algo que no sabe a ciencia cierta por qué le es contrario a lo deseado y lo transforma en la víctima de una causa poderosa o superior a la que indeclinablemente debe rendirse.

El Movimiento Internacional del Consumidor, en acelerada acción descubre el sembrado unilateral de cláusulas contractuales redactadas por la masiva adquisición de bienes y servicios. Las que germinaban tras la celebración del contrato, y en su crecimiento ahogaban su derecho de elección. Su floración le aniquilaba la buena fe y, finalmente, su fruto terminaba con los intereses económicos del consumidor.

La existencia de esas cláusulas, evidencian la más grave lesión directa sobre los derechos del consumidor, sin contar las modalidades o prácticas comerciales que se generan gracias a ellas; porque al ser permitidas, dan lugar a otros tipos de modalidades abusivas. Esa confusión creada ex profeso permite enmascarar o eludir la responsabilidad contractual de las empresas frente al consumidor y a la sociedad.

En el ámbito internacional, la constancia del movimiento de protección del consumidor consigue que el estado contemple los supuestos de cláusulas contrarias a la equidad, la justicia y la lógica, y a que proceda a su anulación a favor del que la sufrió, sin que ello signifique perder la validez del restante contenido contractual.

Varios estados se vieron obligados a ejercer una disciplina económica de respeto a la buena fe del consumidor en el mercado mundial; a consagrar la figura del consumidor con una justicia contractual que incluye los derechos de elección, de información, de trato digno y equitativo y, especialmente, de reconocimiento legal a sus intereses económicos como derecho.

Criterios jurisprudenciales al respecto.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a los contratos de adhesión, ha establecido las tesis jurisprudenciales aisladas siguientes:

“PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. EL ARTÍCULO 86, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL ESTABLECER QUE EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN SE ESTIPULE QUE LA PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR ES COMPETENTE PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS SOBRE SU INTERPRETACIÓN O CUMPLIMIENTO, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES. El mencionado precepto legal, al establecer que los proveedores deberán incluir en los contratos de adhesión una cláusula en la que se determine que la Procuraduría Federal del Consumidor será competente para resolver las controversias suscitadas sobre su interpretación o cumplimiento no viola el principio de división de poderes establecido en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que dicha norma legal debe entenderse en el sentido de que no prohíbe a las partes contratantes que acudan a los tribunales judiciales establecidos si no aceptan el arbitraje de la señalada Procuraduría. Ello es así, ya que las razones que justifican que ésta resuelva en la vía administrativa las controversias (mediante la conciliación y, en su caso, el arbitraje o la aplicación de sanciones administrativas) que puedan suscitarse entre las empresas promotoras, asesoras y vendedoras de casa habitación o de tiempo compartido y los consumidores, radican en que dicho organismo está capacitado técnicamente para ello, por la especialización de las funciones que le da la ley relativa, la que no impide la intervención de los Poderes Judiciales.”

P. XLI/2005

Amparo en revisión 1828/2004. Promotora Mexcasa, S.A. de C.V. 20 de junio de 2005. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Silvia Elizabeth Morales Quezada.

Amparo en revisión 1850/2004. Residencias Mejoradas, S.A. de C.V. 20 de junio de 2005. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Verónica Nava Ramírez.

Amparo en revisión 1952/2004. Century 21 México, S.A. de C.V. 20 de junio de 2005. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Bonilla López.

Amparo en revisión 239/2005. Selko Comercial de México, S.A. de C.V. 20 de junio de 2005. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Maura Angélica Sanabria Martínez.

Amparo en revisión 604/2005. Paradise Village Country Club, S.A. de C.V. 27 de junio de 2005. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.

El Tribunal Pleno, el quince de julio en curso, aprobó, con el número XLI/2005, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudenciales. México, Distrito Federal, a quince de julio de dos mil cinco.

Instancia: Pleno. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXII, Agosto de 2005. Pág. 20 **Tesis Aislada.**

De lo citado se infiere que para efectos de resolver las controversias en los contratos de adhesión, se impone que la Procuraduría Federal del Consumidor, sea la que resuelva la litis planteada, aunque dicha Procuraduría no resuelva de fondo el asunto y casi por lo regular defienda los intereses de la parte más fuerte refiriéndome a lo económico.

Se debe establecer que los particulares en caso de conflicto, puedan acudir a la jurisdicción que les convenga más.

“CONTRATO DE SEGURO. SI LA ASEGURADORA UTILIZA EL DE ADHESIÓN DEBE EMPLEAR LOCUCIONES COMPENSIBLES Y TRANSPARENTES QUE PERMITAN APRECIAR EL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS, PUES EN CASO CONTRARIO PUEDE INTERPRETARSE A FAVOR DEL ASEGURADO. Conforme a lo dispuesto por el artículo 36, fracciones I y IV, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, las aseguradoras están obligadas a ofrecer y celebrar contratos en relación con las operaciones autorizadas, en términos de las disposiciones legales aplicables y conforme a los sanos usos y costumbres en materia de seguros, con el propósito de lograr una adecuada selección de los riesgos que asuman. Para lograr ese objetivo, es necesario que en la documentación contractual de las operaciones de seguros se indique de manera clara y precisa el alcance, términos, exclusiones, limitantes, deducibles y cualquier otra modalidad en las condiciones generales, así como los derechos y obligaciones de los contratantes, asegurados o beneficiarios. Las estipulaciones del contrato de seguro, como las de todo acuerdo de voluntades, no deben contener condiciones que se opongan a las disposiciones legales aplicables, y tampoco pueden establecer obligaciones inequitativas o lesivas para los contratantes, asegurados o beneficiarios. Ahora bien, de acuerdo con lo establecido por el artículo 36 B de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, las aseguradoras pueden utilizar contratos de adhesión, entendidos como tales aquellos elaborados unilateralmente, en formatos, por la institución de seguros, en los que se señalen los términos y condiciones aplicables a la contratación de un seguro. Una de las características de este tipo de contratos es la ausencia de negociación entre las partes y al no poder discutir los términos o condiciones del acuerdo, la autoría material del contrato recae sobre quien lo redactó, circunstancia que hace infructuosa la búsqueda de la común intención de las partes en caso de duda; por esta razón, quien elabora un contrato de adhesión tiene el deber de emplear locuciones comprensibles y transparentes que permitan apreciar con naturalidad el alcance de las obligaciones contraídas. En caso contrario, las cláusulas oscuras, cuyo sentido no pueda desentrañarse a través de los métodos ordinarios de interpretación, deben ser interpretadas a favor de los asegurados, conforme con el principio contra stipularem, que rige en materia de contratos en los que se establecen unilateralmente condiciones de la cobertura de un seguro, de tal forma que no lesione los intereses de estos últimos, es decir, debe buscarse que el acuerdo prevalezca, pero interpretado de una manera favorable al consumidor, a quien no le es imputable la redacción del contrato.”

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
I. 4º.C.65 C

Amparo directo 9804/2003. Seguros Comercial América, S.A. de C.V. 27 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Secretaria: Vianney Rodríguez Arce.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XIX, Marzo de 2004. Pág. 1533.
Tesis Aislada.

De las tesis jurisprudenciales aisladas que cito, se desprende que los contratos de adhesión deben ser claros y “favorecer” a los consumidores o usuarios, pero, en la práctica no sucede esto y sí hay privilegios para el prestador del servicio o el que elaboró el contrato.

La parte empresarial por lo regular es la que busca obtener un mayor beneficio en este tipo de contratos y simplemente, por ser más fuerte económicamente, únicamente se concreta a decir que si determinado servicio no le satisface al usuario que lo deseche o no lo utilice y al menor, en México el Estado no ofrece otra opción o alternativa a quien recurrir, razón por la cual, se debe buscar mayor y mejor equidad entre los prestadores del servicio y los usuarios y obviamente, modificarse los ordenamientos (Código Civil para el Distrito Federal y Ley Federal del Consumidor respectivamente).

Propuestas de solución.

Es imprescindible adecuar nuestro actual marco legal de protección al consumidor, por lo que hace a servicios adicionales dentro de los contratos principales, a fin de brindar la seguridad jurídica y equidad necesarias en la prestación de servicios al consumidor. Asimismo, es conveniente introducir garantías y prerrogativas al consumidor, al efecto de que manifieste de manera expresa su consentimiento sobre los servicios adicionales y especiales que pudiere adquirir por conducto y medio del servicio básico.

Lo anterior, en razón de que el artículo 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor vigente, señala 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, aún cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en el idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista.”

Del contenido del precepto legal citado, se advierte que el contrato de adhesión en prestación de servicios, a diferencia del civil supone una desigualdad jurídica de las partes contratantes, es decir, hablar en estos términos significa que el proveedor se encuentra en ventaja respecto de su consumidor, ya que puede imponer a éste las cláusulas del convenio, no dejar al particular la posibilidad jurídica de discutirlos.

Por otra parte, en el Diccionario Jurídico se define:

“Contrato de adhesión: Como aquel en que una de las partes fija sus condiciones rígidas e inderogables (cláusulas) y se las impone a otras que no hacen sino aceptarlas, adhiriéndose de esta manera al contrato. La aparición de los mismos responde a la posibilidad de entrar en relación un industrial o comerciante con cada uno de los miles de individuos con quienes contrata cada día, viéndose así obligado a redactar de antemano el contrato que les ha de proponer. En la adhesión hay dos voluntades: una constitutiva y la otra simplemente adhesiva; una se impone, la otra (se) acepta. Los tratadistas de Derecho Público niegan a esta operación el carácter contractual y pretenden ver en ella actos unilaterales, porque falta la igualdad económica; una de las partes emite una voluntad reglamentaria y se impone a la otra que juega un papel pasivo. En la mayoría de las legislaciones, los contratos de adhesión no están previstos, debido a su modernidad...”⁸⁶

⁸⁶ PALLARES, Eduardo. Op. cit. p. 76.

En tales condiciones pienso que se destruye la finalidad misma del contrato, pues si las dos voluntades que en él deben intervenir no contribuyen a su formación, sino que sólo una de ellas lo impone y la otra se limita a aceptarlo por no tener la posibilidad jurídica de discutirlo, entonces no existe la bilateralidad de voluntades esenciales del acto contractual. Al respecto el autor Arce Gargollo dice:

“Si el contrato de adhesión de prestación de servicios impone su voluntad por interés público, no contrata, manda.”⁸⁷

En el principio, el suministro de energía eléctrica se prestaba a través de un contrato privado; en la actualidad, la vida se paralizaría si llegara a faltar por la sola voluntad de la (compañía) que suministra el servicio de ese fluido. Cuando Edison construyó su primera planta generadora de electricidad, podían, los que deseaban discutir con él las condiciones del suministro y de la manera de prestarlo; hoy no es posible que ello se deje a la convención privada y una necesidad privada se ha trocado en un servicio público sin el cual la vida moderna sería imposible.

Hace siglos, el servicio de transporte de personas o cosas, estaba al arbitrio de las partes y (éstas) podían discutir las condiciones en que se debía prestar; hoy las necesidades sociales no permiten esa libertad, pues la vida del Estado, del gobierno mismo, depende en gran medida de la facilidad en las comunicaciones sobre su territorio, el servicio que originalmente era privado, evolucionó a público.

La naturaleza jurídica del contrato de adhesión, es propia y se trata de un acto que requiere como elementos de existencia, no sólo el consentimiento y el objeto, sino que lleva un elemento más: la voluntad del Estado, pero no en la forma de una sanción que otorgan las leyes generales, permanente y abstractas, y que se ponen en movimiento por actos de los particulares; no, la voluntad del Estado interviene como elemento esencial y definitivo, pues autoriza conforme a la

⁸⁷ ARCE GARGOLLO, José. Op. cit. p. 116.

ley, a los particulares, para que proporcionen el servicio público que entraña todo guión administrativo.

Tal como hoy se presenta, no puede faltar ninguno de estos elementos personales; se requiere la aprobación del Estado al proveedor; la intervención del Estado no se agota con el hecho de dar esa autorización sino que, una vez completa la relación entre proveedor y usuario, permanece la autoridad con la vigilancia y se cuida que se observen los términos del guión, para evitar se causen daños al interés social e intervenir para exigir su cumplimiento, *motu proprio*, sin necesidad de solicitud de parte interesada; la voluntad del Estado es alfa y omega en estos actos, el Estado da esas normas para alcanzar un fin concreto: la satisfacción de las necesidades públicas. El Estado quiere que en forma detallada, minuciosa y clara, se establezca una serie de cláusulas para lograr esa meta.

Es por ello que, considero se debe incrementar un beneficio justo y sustentable para acreditar la vigilancia y rectoría que el Estado tiene como obligación, en los servicios prestados al consumidor, y con ello establecer mecanismos que permitan que el contrato de adhesión sí sea un proceso garante para la prestación de servicios públicos y particulares y observar éstas cláusulas que conlleven cumplimiento y satisfacción por parte del proveedor y consumidor.

Como consecuencia de lo precedentemente vertido, hago las propuestas siguientes para que de ser posible éstas se adicionen en un artículo denominado 185-Bis de la Ley Federal de Protección al Consumidor donde se establezca lo siguiente:

- I. Que se regule a los proveedores que se encargan de prestar servicios públicos o particulares que por su conducto y medio llevan a cabo otros servicios no requeridos por el consumidor y que se esté a la necesidad y uso del servicio exclusivamente.
- II. Que el beneficio económico que obtenga el proveedor por la prestación del servicio esté acorde con la facilitación y beneficio del consumidor y

que además, dicho servicio no atente contra la moral y las buenas costumbres; y

III. Que se respete la voluntad del consumidor al establecer dentro del contrato, qué servicios adicionales y especiales son de su utilidad y provecho. Sólo así, se podrá motivar a una real igualdad jurídica entre las partes sin que con esto genere:

- a) La no prestación de servicios públicos o particulares.
- b) Incertidumbre y rebeldía por parte de los proveedores que no se les requiere de sus servicios.
- c) Daños y perjuicios al proveedor.

IV. Que se incluya como regla general para la validez en todo contrato de adhesión en prestación de servicios públicos o particulares, una cláusula de tipo accidental que especifique, qué servicios adicionales y especiales surgen por el conducto y medio del servicio básico. Y así establecer opciones de servicios que se pueden adicionar siempre y cuando se tenga la autorización expresa del consumidor titular.

V. Que se deba crear e incluir en el servicio básico, una base jurídica que sirva como garantía al consumidor al expresar su voluntad dentro del contrato, sobre los servicios adicionales y especiales que desea adquirir.

VI. Que se adicione, un artículo a la Ley Federal de Protección al Consumidor refiriéndose, especialmente a los contratos de adhesión en general, ya sea para servicios públicos o particulares en donde los contratos previamente aceptados por esta Procuraduría contengan una cláusula de tipo accidental que la ley misma prevé, sobre los servicios adicionales y especiales que pueda adquirir el consumidor.

La cláusula accidental que se pretende implementar para incrementar la confianza y el beneficio tanto para el consumidor, proveedor y para el estado, es indispensable entender por qué se llama accidental.

Nuestra doctrina tradicional y clásica, expresa que son elementos accidentales, aquellos que no preceden a la formación del contrato, se deducen por las partes, y atañen no a su validez, sino a su eficacia. Puede ser constituido si las partes le dan ese alcance al hacer depender la existencia del contrato, de ese elemento.

De acuerdo con esta cláusula accidental, es necesario para su efecto, establecer una estrategia que asegure y garantice la voluntad del consumidor, al determinar qué servicios adicionales y especiales son de su preferencia o si nada más requiere el servicio básico por parte del proveedor.

Para lograr lo anterior, se debe adicionar un capítulo en el Código Civil para el Distrito Federal, el cual se denominará, Título Décimo-Bis, donde se regule lo relativo al contrato de adhesión, su concepto y la necesidad de crear un Registro Público de Contratos de Adhesión el cual dependerá del Tribunal Superior de Justicia en el Distrito Federal. Dicho registro estará, adscrito a los Juzgados Civiles en el Distrito Federal, donde se señale que todo contrato con cláusulas predispuestas unilateralmente por el proveedor de bienes y/o servicios, deberá obligatoriamente ser registrado para su comercialización en el Registro Público de Contratos de Adhesión. Al momento de inscribirlo se deberá consignar que el contenido del contrato, condiciones generales y/o demás cláusulas predefinidas, cumplen con las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y de acuerdo a los principios del contrato en general.

La necesidad de otorgar seguridad y justicia contractual, previene la lesión a la buena fe de los adherentes a los denominados contratos por adhesión, impulsan la presente propuesta.

Toda vez que no existe un organismo de control de la totalidad de los contratos por adhesión, por ejemplo, los referidos a las modalidades de tiempo compartido, medicina prepagada, telefonía celular, tarjetas de crédito, seguros, etc., creo necesario e indispensable contar con una ley que determine la creación

de un Registro Público de Contratos de Adhesión, que asegure el modelo de dichos contratos en el mercado socioeconómico y se vele que los mismos, no contengan cláusulas que colisionen con lo preceptuado por la Ley de Defensa del Consumidor.

El capítulo que pretendo adicionar al Código Civil para el Distrito Federal, quedaría de la siguiente manera:

TÍTULO DÉCIMO-BIS DEL CONTRATO DE ADHESIÓN

“Artículo 2604-A. El contrato de adhesión, es el acuerdo de voluntades por medio del cual las partes se obligan, una a proporcionar un servicio y la otra a pagar por éste”.

“Artículo 2604-B. La manifestación de la voluntad de las partes, debe ser parte fundamental en la celebración de dicho contrato siempre y cuando, el contrato de referencia este abalado por el Registro Público de Contratos de Adhesión y éste, se registre ante dicha institución”.

“Artículo 2604-C. El Registro Público de Contratos de Adhesión, será la autoridad encargada de resolver sobre las controversias que se susciten entre las partes siempre y cuando se esté a las hipótesis señaladas en el artículo anterior”.

“Artículo 2604-CH. El Registro antes mencionado, dependerá del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y a su vez, estará adscrito a los juzgados civiles de dicho tribunal”.

Lo anterior obedece, a que a diario en nuestra ciudad, hay conocimiento de varios abusos cometidos en los contratos prefabricados, redactados unilateralmente por la parte predisponente y que se observan en las cláusulas abusivas detectadas.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La relación jurídica que nace de un contrato se establece al manifestarse la voluntad de las partes que lo celebran, al establecer entre ellos un vínculo que los liga y enlaza hasta en tanto, se cumpla el fin para el cual se creó.

SEGUNDA. La obligatoriedad del contrato, surge cuando el consentimiento está integrado para normar así, la conducta de los que en él intervienen, dándose vigencia al ordenamiento jurídico que dice, que los contratos desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias jurídicas.

TERCERA. Es imprescindible que el acto o contrato tenga un fin lícito en su formación, es decir, que sus cláusulas, no deben de ir en contra de las leyes de orden público o de las buenas costumbres.

CUARTA. Un principio importante en la formación de un contrato, es el de la autonomía de la voluntad, a través del cual se tiene la libertad contractual, la libre decisión para celebrar determinado contrato o para no celebrarlo; así también, se tiene a la libertad para determinar con quién se pretende celebrarlo y pactar las cláusulas que deseen; pero la voluntad de los contratantes, no debe transgredir las normas de orden público ni las buenas costumbres.

QUINTA. Para que el contrato produzca válidamente sus efectos, el acuerdo de voluntades, debe ser de personas capaces y su voluntad no estar viciada, es decir, en la estructuración del contrato no debe haber error, dolo, mala fe, ni otorgarse la voluntad con violencia y mucho menos, existir lesión.

SEXTA. Cuando en un contrato, una de las partes establece los términos, cláusulas y condiciones de celebración de éste y la otra, sólo se limita a aceptarlos, estamos en presencia de un contrato de adhesión.

SÉPTIMA. El contrato de adhesión, es por excelencia la negación más clara y radical de la libre expresión de la voluntad como uno de los requisitos más importantes del contrato y por lo mismo, se debe regular adecuadamente dicha especie de contrato a efecto de evitar abusos y, buscar sobre todo la igualdad de las partes.

OCTAVA. En el contrato de adhesión, no hay posibilidad de que las partes establezcan los términos y cláusulas del contrato puesto que es la voluntad de una sola de ellas, la que se inserta en él, y la otra, lo único que hace es adherirse a los términos del contrato elaborado por su contraparte.

NOVENA. La desigualdad económica, la falta de toda discusión de este “Contrato”, hace que una de las partes, la más débil, o acepta el contenido de las cláusulas que contenga o tiene que renunciar a contratar aún a pesar de necesitar el servicio.

DÉCIMA. En esta especie de contrato, se hace patente la desigualdad jurídica y económica de una de las partes y percibimos, cómo el derecho ha hecho caso omiso a tal situación.

DÉCIMA PRIMERA. Por lo anterior, se propone que se regule adecuadamente el contrato de adhesión para que esté acorde al servicio que se requiere, donde exista una igualdad jurídica de los contratantes.

DÉCIMA SEGUNDA. El capítulo que pretendo adicionar al Código Civil para el Distrito Federal, quedaría de la siguiente manera:

TÍTULO DÉCIMO-BIS DEL CONTRATO DE ADHESIÓN

“Artículo 2604-A. El contrato de adhesión, es el acuerdo de voluntades por medio del cual las partes se obligan, una a proporcionar un servicio y la otra a pagar por éste”.

“Artículo 2604-B. La manifestación de la voluntad de las partes, debe ser parte fundamental en la celebración de dicho contrato siempre y cuando, el contrato de referencia este abalado por el Registro Público de Contratos de Adhesión y éste, se registre ante dicha institución”.

“Artículo 2604-C. El Registro Público de Contratos de Adhesión, será la autoridad encargada de resolver sobre las controversias que se susciten entre las partes siempre y cuando se esté a las hipótesis señaladas en el artículo anterior”.

“Artículo 2604-CH. El Registro antes mencionado, dependerá del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y a su vez, estará adscrito a los juzgados civiles de dicho tribunal”.

DÉCIMA TERCERA. La finalidad de la creación del Registro Público de Contratos de Adhesión, es que con tal registro se obligue a las partes contratantes a que en dicho contrato se consignen las condiciones generales y/o demás cláusulas predefinidas, de manera clara, precisa y concisa para que cumplan con las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal de acuerdo al principio de igualdad de las partes del contrato en general.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. **Contratos Civiles**. 4ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002.

ARCE GARGOLLO, José. **Contratos Atípicos**. 5ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2003.

BAILÓN VALDOVINOS, Rosalío. **Contratos a través de preguntas y respuestas**. 2ª edición, Ed. Mundo Jurídico, México, D.F., 2005.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. **Obligaciones Civiles**. 8ª edición, Ed. Harla, México, D.F., 2000.

BONNECASE, Julián. **Elementos de Derecho Civil**. Trad. de Leonel Pérez Nieto. T.I. 6ª edición, Ed. Cajica, Puebla, Pue. México, 2000.

BORJA SORIANO, Manuel. **Teoría General de las Obligaciones**. 8ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002.

CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho Civil Español, Común y Foral**. 7ª edición, Ed. Oxford, México, D.F., 2000.

COLÍN Y CAPITANT, Henry. **Derecho Civil Francés**. Trad. de Enrique Figueroa Alfonzo. 8ª edición, Ed. Depalma, La Habana Cuba, 1990.

DE DIEGO, Clemente. **Derecho Civil Español**. 8ª edición, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1996.

DE PINA, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. T.III. 10ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2003.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Teoría General de los Contratos**. 11ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2001.

GARCÍA LÓPEZ, Agustín. **Apuntes de Contratos Civiles en particular**. 8ª edición, Ed. Trillas, México, D.F., 2003.

GARZA RUIZ, Rodolfo. **Apuntes sobre Contratos**. 6ª edición, Ed. Trillas, México, D.F., 2004.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **Derecho de las Obligaciones**. 8ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2000.

JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil Francés**. Trad. de Leonel Pérez Nieto. 2ª edición, Ed. Mc. Graw-Hill, México, D.F., 1998.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. **Teoría de las Obligaciones**. 5ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002.

MATEOS ALARCÓN, Manuel. **Tratado de Obligaciones y Contratos**. 10ª edición, Ed. Trillas, México, D.F., 2003.

MATEOS M., Agustín. **Etimologías Grecolatinas del Español**. 7ª edición, Ed. Esfinge, México, D.F., 2004.

MESSINEO, Francisco. **Derecho Civil Italiano**. Trad. de Leonel Pérez Nieto. 9ª edición, Ed. Oxford-Italia, México, D.F., 2000.

OLVERA DE LUNA, Omar. **Contratos Mercantiles**. 3ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002.

OSSORIO MORALES, José. **El Contrato de Adhesión**. 3ª edición, Ed. Trillas, México, D.F., 2000.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Contratos Civiles**. 10ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2003.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho Civil. Contratos.** T.I. 10ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2001.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Teoría General de las Obligaciones.** 12ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004.

RUIZ DE CHÁVEZ Y SALAZAR, Salvador. **Importancia Jurídica y Práctica de la Clasificación de los Contratos Civiles.** 7ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. **De los Contratos Civiles.** 9ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2003.

TRABUCCHI, A. **Instituciones de Derecho Civil.** 4ª edición, Ed. Papua Francia-México, 1990.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. **Los Contratos Civiles y sus Generalidades.** 6ª edición, Ed. Mc. Graw-Hill, México, D.F., 2004.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos Mercantiles.** 10ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2003.

VENTURA SILVA, Sabino. **Derecho Romano.** 10ª edición, Ed. Oxford, México, D.F., 2003.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. **Contratos Civiles.** 10ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2ª edición, Ed. Sista, México, D.F., 2007.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 4ª edición, Ed. Trillas, México D.F., 2007.

CÓDIGO CIVIL FEDERAL. 2ª edición, Ed. Trillas, México D.F., 2007.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Ed. Trillas, México D.F., 2007.

LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. 3ª edición, Ed. Profeco, México, D.F., 2007.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA VARA, Rafael. **Diccionario de Derecho**. 10ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XI. 10ª edición, Ed. Dris-Kill, Buenos Aires, República de Argentina, 2000.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. **Diccionario Jurídico Mexicano**. T. A-CH. 10ª edición, Ed. Porrúa-UNAM, México, D.F., 2002.

PALLARES, Eduardo. **Diccionario Para Juristas**. 6ª edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002.

OTRAS FUENTES

Exposición de motivos de la Ley Federal del Consumidor. Asamblea Legislativa. Sesión Ordinaria, México, D.F., 2005.

Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época, 2ª Sala. Vol III. Marzo-Abril, México, D.F., 1990.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

<http://www.topicosdederechoArgentino.contratodeadhesion.seg.com.mx>