

399
28



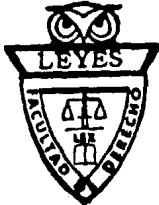
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"CONTORNOS ACTUALES DE LA
CONTRATACION"

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



FALLA DE ORIGEN

CIUDAD UNIVERSITARIA



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA DE EXAMENES PROFESIONALES

1994



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Dr. Iván Lagunes Pérez
Director del Seminario de
Derecho Civil
Presente

Apreciable maestro:

Con la atención debida me permito informar a usted, que he terminado la dirección y revisión de la tesis profesional intitulada: "Contornos Actuales de la Contratación", elaborada por la pasante en Derecho Nayeli Hernández Gómez, la cual en opinión personal contiene un análisis actual sobre contratación, siendo una investigación seria y de alto contenido técnico jurídico, cubriendo así los lineamientos reglamentarios y académicos para ser sometida a Examen Profesional.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle mi consideración más distinguida.

A t e n t a m e n t e

Cd. Universitaria, D. F. a 27 de abril de 1994
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

Lic. Arturo Acevedo Serrano
Profesor de Introducción al Estudio
de Derecho Civil

A DIOS TODO
POR TODO

A MI MADRE TERESA
GRACIAS POR SER ANTE TODO Y
EN TODO MI AMIGA, NO ENCONTRARIA
LAS PALABRAS PARA DECIRTE LO QUE ERES
EN MI VIDA.

A MI PADRE MIGUEL
CON EL ORGULLO DE VER EN CADA UNO DE TUS
ACTOS A UN HOMBRE BUENO, INTELIGENTE Y HONRADO

A MI HERMANO MIGUEL
CON MI CARIÑO Y ESPERANZA

A MI FAMILIA TODA
CON ESPECIAL ADMIRACION HACIA MI ABUELA
REMEDIOS POR SER PARA MI UN EJEMPLO DE FUERZA,
FE Y VALENTIA

A TODOS MIS AMIGOS
POR SER UNICOS

A MI FACULTAD DERECHO
ESPECIALMENTE A LA SECRETARIA GENERAL

A TODOS MIS MAESTROS
Y A TODOS AQUELLOS QUE ME HAN ENSEÑADO A
CONOCER, VALORAR Y AFRONTAR LA VIDA

CON AGRADECIMIENTO AL LIC. ARTURO ACEVEDO
POR SU APOYO PARA LA ELABORACION DEL PRESENTE
TRABAJO Y POR SU AMISTAD

A TI LOBO ESTEPARIO
SIN IMPORTAR ESPACIO Y TIEMPO
POR TU PRESENCIA,
POR TU AUSENCIA
POR TU ALEGRÍA,
POR TU SILENCIO
POR TU COMPAÑÍA Y
POR NUESTRA SOLEDAD
POR TODO LO QUE ERES,
CON TODO LO QUE SOY.

CONTORNOS ACTUALES DE LA CONTRATACION

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO; CONCEPTOS GENERALES

- 1.1.- CONCEPTO Y DEFINICION DE CONTRATO
- 1.2.- LA VOLUNTAD CONTRACTUAL
- 1.3.- SUJETOS, OBJETO Y RELACION JURIDICA

CAPITULO SEGUNDO; EL CONTRATO Y SU TEORIA

- 2.1.- EL CONTRATO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES
- 2.2.- CLASIFICACION
- 2.3.- INTERPRETACION

CAPITULO TERCERO; PROBLEMATICA EN LA CONTRATACION

- 3.1.- RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO
- 3.2.- COSTOS DEL CONTRATO
- 3.3.- PROCESO Y ARBITRAJE

CAPITULO CUARTO; LA RELACION CONTRACTUAL EN LA ACTUALIDAD

- 4.1.- ELEMENTOS DE LA RELACION
- 4.2.- LOS COSTOS DE LA RELACION
- 4.3.- REGULACION Y NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACION

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El hombre al vivir en sociedad, y al relacionarse con otros hombres, tiene la necesidad de realizar acuerdos, estos acuerdos podemos encontrarlos desde los más simples que al paso del tiempo han tomado caracteres cada vez más complejos, como son los contratos que se dan en nuestros días.

El contrato ha tomado matices relevantes en toda la historia de la humanidad y esta importancia se ha reflejado incluso en importantes libros, y ejemplo de estos entre otros podemos citar a la Biblia en donde se narra el pacto que celebra Dios con el hombre después del diluvio universal, en el que se compromete a no volver a inundar la tierra y destruir a los seres vivos que la habitan y como símbolo de este pacto coloca el arcoiris en el cielo.

Otro es el contrato que encontramos en la obra literaria de Goethe " Fausto " en donde el personaje principal, Fausto vende a Mefistófeles su propia alma, este contrato aunque suene desproporcionado (puesto que no hay belleza de mujer, ni riqueza que puede compararse con el valor del alma humana) al existir el consentimiento de las partes, debe ser respetado y cumplido.

Válidamente nos atreveríamos a decir que el hombre lleva implícito en su naturaleza el ánimo contractual, porque esta figura se encuentra presente en la vida diaria de las personas en su actuar con otras y en la búsqueda de sus objetivos.

Dada la importancia de esta figura jurídica decidimos dedicar este estudio al análisis del contrato abarcando su importancia y utilidad actual, para cumplir este propósito elegimos la siguiente estructura, los capítulos I y II estarán

dedicados al estudio de los elementos básicos que forman parte del contrato tales como su concepto, la voluntad contractual, el objeto del contrato, relaciones jurídicas, el contrato como fuente principal de obligaciones, etc.

Los capítulos III y IV por su parte estarán dedicados a un estudio de la problemática de la contratación y al análisis de la relación contractual y como debe de efectuarse según las necesidades actuales.

Como producto de esta investigación esperamos demostrar nuestra hipótesis que consiste en establecer al contrato como una institución fundamental de un sistema liberal, para una optimización de ganancia y economización de costos. Además de encontrar algunas propuestas que puedan coadyuvar a mejorar el funcionamiento de la relación contractual.

Testificar nuestra gratitud a quien o a quienes nos han ayudado moral o materialmente, o en ambas formas, a consumar nuestras aspiraciones, es siempre un deber, pero yo no tan sólo lo considero un deber, si no que es para mi motivo de gran satisfacción dar mi agradecimiento, en primer lugar a mis padres, quienes me han brindado su cariño incondicional y sin quienes nunca hubiese podido concluir la carrera de licenciado en Derecho.

Declaró también mi profundo agradecimiento para con esta gloriosa Institución " Facultad de Derecho " de la Universidad Nacional Autónoma de México de la cual estoy orgullosa de pertenecer y para con aquéllos profesores con cuya dedicación y amor al Derecho lograron dar matices humanos y artísticos aun o incluso en los aspectos que pudieran considerarse áridos de nuestra materia.

CAPITULO PRIMERO; CONCEPTOS GENERALES

1.1.- CONCEPTO Y DEFINICION DE CONTRATO

1.2.- LA VOLUNTAD CONTRACTUAL

1.3.- SUJETOS, OBJETO Y RELACION JURIDICA

**" SENCILLO ES EL LENGUAJE QUE LA VERDAD
ENGENDRA, LO QUE ES JUSTO NO EXIGE
COMENTARIOS COMPLICADOS "**

**EURIPIDES " LAS DIECINUEVE TRAGEDIAS "
TRAGEDIA " LAS FENICIAS ", ED. PORRUA
MEXICO 1989.**

CAPITULO PRIMERO: CONCEPTOS GENERALES

1.1.- CONCEPTO Y DEFINICION DE CONTRATO

Contrato es un concepto fundamental dentro de toda teoría jurídica; todo sistema jurídico contiene elementos y concepciones fundamentales, que sin ellos no se vería completo el lenguaje jurídico, evidentemente se les puede considerar como básicos términos operacionales jurídicos, como persona jurídica, norma jurídica, deber jurídico etc., en este sentido el alcance del término contrato deviene en fundamental.

El acuerdo de voluntades que se realiza entre dos personas o sujetos, representa un motor de enorme fuerza en curso en toda relación, no sólo jurídica sino también económica, podemos decir sin temor a equivocarnos que el contrato es instrumento jurídico fundamental en cualquier negocio, y base en el éxito de una transacción.

Resulta claro entonces la importancia de conocer, las connotaciones alcances y delimitaciones a los que el contrato alude, en el lenguaje de los juristas, la palabra contrato tiene un casillero especial dentro de la materia privada, como bien sabemos la materia privada al regular a la persona jurídica, regula a todo individuo, es decir estamos inmersos dentro del Derecho Civil, el cual para Alvaro D'ors es "un derecho civilizado común a los pueblos cultos" ¹

En este sentido el acto jurídico que el contrato representa, no puede escapar de las esferas jurídicas de las personas, en otras palabras, todos los integrantes de una sociedad realizan acuerdos, en este sentido contratos.

¹ D'ORS Alvaro, "Derecho Privado Romano", Ed. Universidad de Navarra S.A. Pamplona 1968, pág. 4

Para poder entender el significado de algo es necesario establecer una idea acerca de lo que es; El hombre siempre ha tratado de darle un significado a lo que existe a su alrededor;

Así en los albores de la humanidad observando a la naturaleza trata de explicarsela, pongamos como ejemplo las diferentes mitologías que explicaban cada fenómeno natural identificandolo con un dios o divinidad, esta explicación que no era más que una concepción subjetiva es sin embargo representar ya ideas conceptualizadas.

Es entonces evidente que el hombre para poder conocer y comprender lo que existe a su alrededor, trata de conceptualizar es decir explicar con una idea o serie de ideas lo que percibe a través de sus sentidos, las características que encuentra en lo que ve y los conocimientos que pueda tener acerca del objeto o circunstancia en cuestión.

En este sentido y citando a Eli Gortari se tiene que " concepto es una cristalización del conocimiento en el cual se condensaron las propiedades comunes de un grupo de procesos constituyendo su contenido " ²

En una observación inicial las sociedades no pueden existir sin esta serie de acuerdos, es decir el contrato es un elemento vital en el continuo de la sociedad. Es impensable una sociedad en la cual sus integrantes sean autosuficientes totalmente y no dependan en cierto grado de sus semejantes, es así como el manejo del contrato lo encontramos desde las civilizaciones más antiguas.

Iniciaremos con una breve referencia en torno a las diversas concepciones que se han manifestado en la historia y

² DE GORTARI Eli, " Iniciación a la Lógica ", Ed. Grijalvo, México 1974, pág. 40

tratando de encontrar los elementos básicos que conforman lo que se debe entender por un contrato.

Encontramos referencia de nuestro objeto de estudio en el llamado Código de Hammurabi que dice en una de sus leyes " Si de la mano de un hijo de un señor o del esclavo de un señor, un señor ha adquirido o recibido en custodia plata u oro, una esclava o un esclavo, o un buey o una oveja o un asno, o cualquier cosa que sea, sin testigos ni contrato, tal señor es un ladrón será castigado con la muerte " ³

Siguiendo al autor Lara Peinado, en esta época podía ser considerado como objeto de contrato cualquier propiedad enajenable movable e individual y debía ser por escrito en cuya redacción debía incluirse; objeto del contrato, cláusulas penales, nombres del vendedor, comprador, testigos y escriba, fecha, se imprimían además sellos personales y si no una uña o franja del vestido, con el objeto de autenticar los nombres de los participantes del contrato. Los testigos que podrían ser entre 2 y 20 debían de estar presentes en el momento de redacción del contrato.

En caso de bienes inmuebles, no era exigible acta de contrato, ni ninguna otra formalidad.

Como podemos apreciar, la formalidad estaba reducida a ser empleada sólo en el caso de bienes muebles.

Por otra parte el maestro Margadant señala que en la antigüedad clásica, en el antiguo Derecho Romano, en un principio sólo se conocen contratos formales es decir solemnes, ya que del simple acuerdo de voluntades no surgían obligaciones civiles exigibles.

³ LARA PEINADO Federico, " Código de Hammurabi ", Ed. Nacional Torregalindo, Buenos, Aires Argentina. pag. 23

Para que un acuerdo de voluntad pudiese ser exigible es decir para diferenciarlo de un simple convenio debía revestir las formas aceptadas por la tradición jurídica.

La forma más antigua para obligarse entre los romanos de carácter formalista y ritual fue el contrato *verbis*, en donde se encuentra el "*negotium per aes et libram*," que se celebraba ante 5 testigos y un *libripens*, pronunciándose frases consagradas por la tradición con un carácter religioso o mágico tocando una balanza con un pedazo de bronce, la obligación que surgía entonces dependía de las palabras pronunciadas y podía ser una transmisión de propiedad, un préstamo en donde un miembro de la familia de uno de los contratantes quedaba como rehén en poder.⁴

Es entendible como en un comienzo el carácter para la realización de acuerdos sea muy formalista e incluso ritual, pues bien sabemos de la enorme influencia religiosa con la cual se revestía el derecho, dado que los concededores a la ciencia jurídica en Roma lo representaban los Pontífices.

"Hasta los tiempos posteriores de Roma se tenía por cierto que no se podía ser buen pontífice si se desconocía el derecho, y recíprocamente no se podía conocer el derecho si se ignoraba la religión. Los pontífices fueron durante mucho tiempo los únicos jurisconsultos; y como eran raros los actos de la vida que no tuviesen alguna relación con la religión, casi todo estaba sometido a las decisiones de los sacerdotes, quienes eran los únicos jueces competentes en gran número de procesos".⁵

Baste resaltar que los creadores de la "jurisprudencia" o ciencia del derecho lo construyen estos pontífices; en mi opinión

⁴ MARGADANT S. GUILLERMO F., "El Derecho Privado Romano" decimoséptima edición, Ed. Esfinge, México 1991. pág. 383

⁵ DE CERVANTES JAVIER, "La Tradición Jurídica de Occidente", Ed. UNAM. México 1978, pág. 26.

captamos o sentimos que el Derecho Romano reviste de una connotación divina a las figuras jurídicas.

"Derecho y religión eran dos cosas íntimamente unidas; y sin duda de ahí nació aquella definición que se conserva hasta la época de Justiniano: *Jurisprudentia est rerum divinarum at que humanarum notitia*".⁶

Redondeando los caracteres relativos al Derecho Romano se puede decir que en este derecho, se ve dirigido por dos ideas básicas al decir de Javier Cervantes en su Tradición Jurídica de Occidente.

"Este dualismo que algunos autores encuentran aún en los principios religiosos y políticos, se encuentra perfectamente demarcado en el derecho. Frente al *jus civile* la *aequitas*; frente al parentesco civil (*agnatio*) el parentesco natural (*cognatio*); frente al matrimonio civil (*justae nuptiae*), la unión natural (*concubinatus*); a la propiedad romana (*dominium ex jure quiritum*) se contraponen la propiedad natural (*in bonis*); al testamento y a los contratos de derecho estricto (*stricti juris*) los contratos de buena fe (*bonae fidei*) etc."⁷

Una vez que hemos incursionado en diversas culturas en la historia y en su concepción del contrato podemos decir que siempre hemos de encontrar la idea de que el término contrato denota un acuerdo, en el sentido de una conjunción de voluntades o mejor una reunión de voluntades hacia un mismo sentido, a la vez de que también resulta patente de que el contrato hace referencia ineludible a un ligamen entre personas y una obligación en relación con estas líneas, veamos ahora algunos conceptos que han vertido autores y tratadistas al respecto.

⁶ DE CERVANTES JAVIER, Op. cit. pág. 28

⁷ IBIDEM pag. 76.

Para Julien Bonecase el contrato es una forma de convenio y enuncia lo siguiente: " El contrato es una variedad de convenio, cuya característica es ser creador de obligaciones" 9

Colín y Capitant citados por Borja Soriano señalan lo siguiente en relación al contrato " El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho: crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones, sea modificar una relación preexistente, sea en fin extinguirla" 9

Luis Josserand acepta la definición de contrato que da el Código de Napoleón en su artículo 1101 y así expresa de este "es una convención por la cual una o varias personas se obligan respecto a una o varias otras, a dar, a hacer o no hacer alguna cosa " 10

Atendiendo a la teoría manejada por Francesco Messineo del negocio jurídico, el contrato es un negocio jurídico bilateral

"Ejemplos de negocio jurídico bilateral son: el contrato, la convención (esta última propia del derecho familiar) el acuerdo bilateral " 11

9 BONNECASE Julien, " Elementos de Derecho Civil " Tomo II, Ed. Cajica, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana Baja California, 1985. pág. 234

9 BORJA SORIANO Manuel, " Teoría General de las Obligaciones ", Tomo I, Ed. Porrúa S.A. México 1971, pág. 129

10 JOSSERAND Louis, " Derecho Civil ", Tomo II, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1950 pág. 13.

11 MESSINEO Francesco, " Manual de Derecho Civil y Comercial " Tomo II Ed. Ejea, Buenos Aires, 1978, pág. 34.

Según nuestro Código Civil vigente en sus artículos 1792 y 1793 " Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones"

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

En el lenguaje jurídico e incluso en el lenguaje común se pueden establecer elementos recurrentes en el contrato.

Al decir de H. L. A Hart " La suposición de que una expresión general puede ser definida de esta manera, descansa en el presupuesto tácito de que todos los ejemplos a los que ella se aplica tienen características comunes que son significadas por dicha expresión" ¹²

En esta secuencia creemos necesario establecer algunas directrices de como se ha utilizado la acepción contrato dentro de un lenguaje común; por que para establecer el alcance verdadero de un vocablo debemos delimitar su uso coloquial o el uso de un lenguaje de las personas que no estén versadas en Derecho.

Es común escuchar las frases: He incumplido un contrato, he celebrado un contrato, me demandaron la rescisión de un acuerdo.

Inclusive en obras de literatura aspectos relevantes ha tomado el contrato y baste señalar el acuerdo que se celebro entre Antonio y Shilok en " El Mercader de Venecia " de William Shakespeare.

" Pues me propongo, tal generosidad. Ante un notario, venid, me firmaréis una escritura; Y, como en mera chanza, allí

¹² L. A. HART. " El Concepto de Derecho " Editora Nacional, Segunda Edición, Oxford-University Press, 1961. pág. 18.

prescrito. Quedará que si en tal lugar y día. No me pagáis la suma, o bien las sumas, que expresadas estén, será la pena. De vuestras blancas carnes una libra, que del sitio que a mí se me antojaré. He de poder cortar de vuestro cuerpo " 13

También se ha dicho que todo pacto de caballeros debe de ser cumplido, por que va de por medio el honor y la palabra de todo hombre cabal, es decir aquel individuo que cumple lo prometido.

Una vez hechas estas reflexiones observamos que los elementos del contrato hacen referencia a un encuentro de voluntades dirigidas a un determinado propósito, existiendo siempre sujetos y creándose a la vez una relación jurídica.

Cabe hacer mención que pareciera ser que todo individuo posee inconscientemente un sentido de responsabilidad en cuanto a su relación con otras personas.

No es para menos todas las escuelas que ven en la sociedad un acuerdo entre sus integrantes, es decir estamos hablando de teorías sociales que explican el fenómeno colectivo como un contrato social.

" Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el Contrato Social " 14

13 SHAKESPEARE William, " El Mercader de Venecia " Ed. Sopena, Buenos Aires 1959, pág. 30.

14 ROUSSEAU Juan Jacobo, " El Contrato Social " Ed. Porrúa S.A. México 1987, pág. 9.

Teniendo como perspectiva el Contrato Social, es incontrovertible que los seres humanos, la más de las veces satisfacen sus necesidades con ayuda de otros individuos, entonces la tendencia a unirse o vincularse con sus semejantes, resulta del todo conveniente y necesaria, tendiendo como resultado que en estas relaciones cada sujeto responde por su actuar.

Así las cosas podemos atrevernos a manifestar que el ánimo de realizar vínculos contractuales se encuentra inherente a la naturaleza humana. En otras palabras siendo que el hombre es un Zoon Politikon parafraseando a Aristóteles; un medio ideal de vivir en sociedad es la realización de acuerdos permanentes; idea que es fácilmente comprobable en cualquier momento y en cualquier lugar, no por otra cosa Oliver E. Williamson llega a acuñar el término de que el hombre es un hombre contractual.

Al igual que como se maneja que existe un hombre económico, un hombre trabajador, un hombre político e incluso un hombre jerárquico así mismo existe un hombre contractual. ¹⁵

Resulta novedosa la idea del hombre contractual; y la sentimos tan cierta, pues de momento a momento los seres humanos, convergen en sus fines, ideales y objetivos, desde transmitirse bienes, hasta unirse con la persona amada.

Dentro de un concepto, como lo hemos señalado anteriormente debemos de consignar los elementos básicos del objeto o en este caso de la figura jurídica que queramos explicar; pues bien, una vez realizado el análisis de los precedentes párrafos es el momento de aventurarnos a establecer los elementos que han integrado como constantes en toda concepción de contrato, así tenemos que un contrato es, un acuerdo de voluntades que produce consecuencias jurídicas.

¹⁵ WILLIAMSON Oliver, " las Instituciones Económicas del Capitalismo " Ed. F.C.E. , México 1989, pág. 53.

Es ante todo un acto jurídico, podríamos definir al contrato como un acto jurídico, por que contiene manifestaciones de voluntad y produce consecuencias jurídicas es decir crean y transfieren derechos y obligaciones, es decir un convenio en sentido estricto

Así las cosas el contrato en un género próximo es un acto jurídico o también lo podemos definir como un negocio jurídico bilateral.

Desde luego el contrato implica voluntades dirigidas intencionalmente para producir consecuencias jurídicas a saber creación y transmisión de derechos y obligaciones.

Por último una idea que quisiera abarcar las características distintivas del contrato indudablemente debe de contener los elementos de, ser un acuerdo de voluntades tendientes a la producción de consecuencias de derecho; estas consecuencias deberán referirse a una creación o a una transmisión de derechos y obligaciones.

Lo anterior validamente lo podemos considerar como un concepto adecuado para el contrato.

1.2.- LA VOLUNTAD CONTRACTUAL

El concepto de voluntad implica un proceso psicológico en el individuo, una idea que se crea en el pensamiento, y esta idea va dirigida a un propósito.

Etimológicamente Voluntad- del latín voluntas- atis de veille; querer, s,x. Libre determinación.

Podemos decir que la voluntad nace como una fuerza interna

del individuo, la cual al manifestarse en alguna dirección produce una consecuencia, algún hecho. En este sentido diremos que la voluntad en sí misma es un fenómeno psicológico; le podemos señalar el carácter de ser un hecho en sí mismo.

La raíz etimológica nos indica que la voluntad hace referencia a algo querido, deseado, y solamente el ánimo de lo que se busca se quiere, y nos mueve a conducir la conducta en determinado sentido.

La voluntad es determinada por un aspecto interno del individuo, es decir hablamos de un mecanismo psicológico, que se forma en principio por una representación de un querer que concibe la mente humana, es decir una concepción en razón de la inteligencia del individuo.

Siendo pues la voluntad, un elemento imprescindible para la realización de cualquier conducta, salta a la vista la importancia de su estudio, así, como de las derivaciones objetivas dentro de las relaciones humanas; es decir, la voluntad se constituye como presupuesto de cualquier conducta, porque? pues simplemente porque actúa como motor impulsor de la actividad humana.

Tres son los elementos que forman la voluntad de un sujeto, a saber, el discernimiento, la libertad, y la intención.

" El discernimiento es la facultad que nos permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, señalar las diferencias que existen entre ellos y medir las consecuencias posibles de nuestras acciones " 18

18 DE GASPERI MORELLO, " Teoría General de los Hechos y Actos Jurídicos ", Ed. TEA, Buenos Aires, Argentina 1964, pág. 22

En el anterior sentido el discernimiento se considera como la inteligencia del sujeto, es decir, es una aptitud para captar el alcance de los propios actos, así como la representación de las consecuencias que se puedan actualizar.

El discernimiento va de la mano con el principio de no contradicción, en otras palabras, saber discernir no puede acarrear como resultado una contradicción; por otra parte, siendo que el hombre es un ser racional, el discernimiento es propio del ser humano; es una característica propia de la especie.

" Llambias citado por Morello, expresa que la capacidad sólo incide en la invalidez del acto jurídico, en tanto que el discernimiento opera en un plano de mayor generalidad, y añade, la capacidad es una aptitud que provee la ley, el discernimiento la naturaleza " 17

El segundo elemento constituyente de la voluntad es la intención; la intención constituye el centro de la voluntad; su esencia, la razón de ser de la voluntad.

La intención continúa siendo un elemento psicológico; cuando no existe intención en el acto se le denomina involuntario.

" Entre el discernimiento y la intención existe mutua y estrecha correspondencia. Los hechos cumplidos con intención suponen discernimiento, al paso que muchos actos cumplidos "con discernimiento" pueden por hipótesis, producirse "sin intención". Los primeros "son voluntarios" y los segundos "involuntarios" 18

17 DE GASPERI MORELLO, Op. cit. pág. 23

18 IBIDEM, pág. 50.

Por otra parte, la intención, responsabiliza al causante del acto, le imputa cierto acto.

" La intención debe ser seria, apreciable, honesta. Esto es lo que se exige cuando se habla de una voluntad seria, por oposición al consentimiento prestado en broma (*jocanti causa*) o con reserva mental conocida de la otra parte, o bajo una condición puramente potestativa " 19

Cabe hacer mención que la intencionalidad en la voluntad nos lleva a la discusión de la teoría de la causa, tomando a la causa como fin interno.

" Para los causalistas franceses, opina Gasperi, la intención es aquella que es " deseado " o " querido " por el agente. Este dice quiero ese objeto " 20

Como tercer elemento de la voluntad se piensa en la libertad, sobre este término es necesario o hacer mención de las corrientes deterministas e indeterministas. El determinismo considera que la libertad siempre irá ligada a factores externos que en cierta medida la encauzan ; para el indeterminismo, la libertad depende sólo de la voluntad de querer o no querer cierto acto.

Se distinguen dos clases de libertad, la libertad psicológica y la libertad civil.

La libertad psicológica se llama " libre arbitrio "; es decir libre juicio. La libertad civil es la libertad psicológica del sujeto de la relación jurídica reglamentada en su goce y ejercicio por el derecho positivo.

19 DE GASPERI, Op. cit. pág. 50

20 IBIDEM. pág.73.

De las anteriores referencias se llega al concepto de la Autonomía de la voluntad, entendida como la Libertad que tienen los particulares, y reconocida por el orden jurídico de autoregular sus propias relaciones, o mejor, se ha llamado autonomía privada.

Hemos hablado hasta ahora de la voluntad como término aislado, pero bien sabemos que esta voluntad adquiere su relevancia cuando se exterioriza, es decir cuando se declara.

En el estudio de la voluntad, se debe considerar por una parte la declaración de la voluntad y la manifestación de la misma.

El declarar implica la utilización de palabras, por las cuales se da a conocer una determinada voluntad.

Se debe distinguir de la declaración de voluntad, la manifestación de voluntad. La primera consiste en el empleo de palabras pronunciadas o escritas, la segunda en un comportamiento que aún teniendo la misma eficacia jurídica de la declaración, consta de algo que expresa, con medios diversos de las palabras, la determinada voluntad del sujeto .

" La declaración sirve para hacer conocible, por los otros la voluntad; para comunicar (hacer saber) a los interesados (terceros) que el sujeto tiene la determinada voluntad por el expresada que es siempre una voluntad concreta" 21

La declaración de voluntad atiende a dos elementos a saber la voluntad en si misma de la concretización de cierto acto o negocio y la voluntad de declarar.

21 MESSINEO, Op. cit. pág.359.

" Lo que jurídicamente se denomina voluntad consta de dos momentos a) voluntad de querer realizar determinado negocio, y b) la voluntad de declarar por medio de una conducta externa realizada, lo que el sujeto quiere. En esa secuencia encontramos la voluntad y la declaración de voluntad íntimamente unidas y concordadas " 22

Resultan entonces dos voluntades que confluyen en la declaración; hay que hacer mención que hasta el momento no hemos entrado al análisis de la declaración de la voluntad, necesaria en un negocio jurídico, si no la declaración de voluntad en su sentido mas amplio, incluyendo lo que expone el autor italiano Messineo, sobre la declaración de ciencia, en la cual sólo existe voluntad de declarar y no voluntad negocial efectivamente.

" Obsérvese, incluso, que en rigor, existen dos voluntades, una dirigida a la atención del efecto negocial (el querido) y al lado de ella, una voluntad separada, dirigida a comunicar a otros aquella (primera) voluntad y hacerla concreta y jurídicamente relevante. La segunda voluntad, que es llamada voluntad de declarar a (de la declaración), es el medio para expresar la primera voluntad del efecto (o voluntad del negocio, o voluntad del contenido)" 23

Por otra parte tenemos el problema sobre la ausencia total de voluntad, la ausencia de voluntad se produce básicamente por falta de discernimiento del autor por un error grave.

" Puede suceder que un acto jurídico se haya realizado materialmente, y que sin embargo no exista, en lo absoluto, la voluntad de su autor. En este caso, el acto existe únicamente en

22 GALINDO GARFIAS, Ignacio , " Derecho Civil ". Ed. Porrúa S.A. México 1991 pág. 226

23 MESSINEO, Op. cit. pág. 359.

apariciencia, pero no en la realidad; si se prefiere el acto existe de hecho pero no de derecho " 24

Hay que hacer mención que no basta que la voluntad se de o se declare, si no que estos se encuentren investidos, por los requisitos impuestos por el ordenamiento legal.

Otro punto sobre la problemática, la representa el aspecto de interpretación de la ley, es decir, sobre que criterio deberá atender el juzgador para sacar luz en torno de la dirección de la conducta expresada en un acto.

" En principio la ley coloca la intención de los contrayentes, y que es el alma de los contratos sobre las palabras, que son el cuerpo en que aquella se encierra, y tan es así que cuando se atiende al sentido literal, es por que siendo los términos claros, se supone que en ellos está la voluntad de los contratantes; en suma valen las palabras, no por sí sino por lo que dicen " 25

Otro problema lo representa la consideración del silencio como declaración, desde luego a mi entender, no debe ser entendido como declaración, pues el silencio por su naturaleza es un comportamiento neutro sin relevancia.

Es momento de hacer la reflexión y no perder de vista que estas argumentaciones se dirigen al análisis de la voluntad contractual.

24 PLANIOL Marcel, " Tratado Elemental de Derecho Civil ", Tomo III, Ed. Cajica 1946, pág. 154.

25 HANRESA NAVARRO, " Comentarios al Código Civil Español " Tomo II, España 1990, pág. 267.

El contrato bien sabemos que es un acto jurídico, al decir de Planiol, una operación jurídica como negocio, y es preciso señalar también que es la principal fuente de las obligaciones de esta enumeración, resalta la importancia trascendental de la figura del contrato, en verdad que cualquier relación jurídica, se formará siempre con la asistencia de una determinada o determinadas voluntades, en principio personas.

La declaración de la voluntad merece un estudio por separado en el acto y negocio jurídico; comencemos por delimitar los alcances de estas figuras: en un principio el acto jurídico es un término de mucha mayor amplitud que el negocio jurídico, el negocio jurídico que subsumido dentro del acto jurídico, es una especie de acto jurídico.

Bien sabemos que los actos jurídicos son causas de la mayor parte de las relaciones de Derecho existente entre los hombres.

" Se da el nombre de actos jurídicos a los actos realizados únicamente con objeto de producir uno o varios efectos " 28

Para la producción de un acto jurídico se requiere necesariamente de una voluntad. De esta manera dentro de los elementos del acto jurídico, la voluntad ocupa una posición de capital importancia deviene en un elemento esencial del acto jurídico. El acto jurídico es una operación jurídica.

Dentro de la doctrina mexicana, la voluntad de la persona para que obtengan todos los resultados buscados, deben tener los siguientes caracteres:

- " - Debe ser real
- Debe ser seria y precisa

28 PLANIOL Marcel, Op. cit. pág. 152.

- Debe exteriorizarse en forma adecuada
- Que se tenga un determinado contenido " 27

Real en el sentido de que no se vea afectado el individuo por error, o por incapacidad.

Sería y precisa, descartando las manifestaciones de juego y apuesta.

Exteriorizarse en forma adecuada, es decir, conforme a una determinada formalidad.

Por lo que se refiere al negocio jurídico podemos decir que: El negocio jurídico es una declaración de voluntad dirigida a la producción de determinados efectos jurídicos que el ordenamiento legal reconoce y garantiza.

Pues bien para Messineo el elemento fundamental del negocio jurídico es la declaración de voluntad.

Dentro del negocio jurídico se establece que generalmente la declaración es completa, es decir libre y propia, sin embargo se podría pensar en declaraciones en blanco como en los títulos de crédito, a través de un representante.

Ya ubicados dentro del negocio jurídico, la declaración de voluntad deviene como elemento evidente para su eficacia, así los requisitos del negocio son, una declaración de voluntad, el consentimiento (en tratándose de negocios bilaterales) la prestación con determinados requisitos.

27 SANCHEZ MEDAL, " De los Contratos Civiles ", Ed. Porrúa S.A. México 1978, pág. 15.

Así la declaración de voluntad es un elemento constitutivo del negocio jurídico es una figura netamente privativa, de esto surge la voluntad negocial, es decir el porque de la realización de un determinado acto.

Tenemos en primer término que la declaración de voluntad se puede dar por una voluntad única o por medio de una pluralidad de voluntades.

En principio para realizar un acto jurídico, se requiere por lo menos dos personas, por que la mayoría de los actos son convenios, es decir acuerdos de voluntades.

" Por otro lado una sola persona puede declarar su voluntad como en el testamento, una oferta de vender, la aceptación o repudiación de una sucesión " 2º

Existe también las figuras de la declaración expresa y la tácita. En la declaración expresa se emplea la propia conciencia con el propósito de hacer conocer a otro la propia voluntad, por medio de las palabras, u otros signos inequívocos.

En la declaración tácita, la certeza de la voluntad se deduce por el comportamiento.

" Hay modos de obrar que valen como declaraciones de voluntad (comportamiento) del sujeto. La existencia de la voluntad se arguye sin embargo, del comportamiento del sujeto, esto es, de un hecho positivo concluyente y también unívoco " 2º

2º PLANIOL Marcel, Op. cit. pág. 153.

2º MESSINEO Francesco, Op. cit. pág. 361.

Se ha discutido si el silencio es un modo de Declaración de Voluntad, repetimos que a nuestro entender este comportamiento no es dable atribuirle esta denominación, pues el silencio es un comportamiento neutro y sin relevancia.

Existe otra figura en torno a este tema y nos referimos a la llamada voluntad presunta, quiere decir que la ley atribuye autoritariamente a algunos comportamientos, un cierto significado, aquí podemos hacer mención que comúnmente, tanto la voluntad, como la declaración existen y concuerdan.

Sin embargo se puede dar la posibilidad de que no exista la voluntad y entonces el acto será inexistente, o también la voluntad viciada, y entonces estaremos ante un caso de nulidad.

Todo negocio cumple una función económica social característica, que el ordenamiento jurídico reconoce como relevante para sus fines y que es suficiente para justificar la tutela acordada por el nombre normativo.

" Se puede hablar de causa del negocio en otro sentido; a saber como resultado jurídico objetivo que al sujeto le es posible conseguir valiéndose de un determinado negocio " ³⁰

Así las cosas, la voluntad negocial es propia del negocio jurídico, entonces debe contener las características destinadas a la producción de efectos acorde al propio negocio, es decir la voluntad negocial, siempre será acorde a lo que se busca en el negocio jurídico.

La voluntad como un hecho el cual al actualizarse en una declaración, opera un movimiento de transformación hacia un acto, un acto jurídico, en efecto, la voluntad no tendrá ninguna relevancia para el derecho, en tanto no se concrete y se de a conocer por medio de la declaración, o mejor, a través del negocio jurídico.

³⁰ MESSINEO Francesco Op. cit. pág. 370.

Como se ha estudiado, al contener la voluntad los elementos de libertad, intención y discernimiento, esta voluntad se halla potencialmente adecuada para realizar su declaración.

La voluntad dirigida a operar la transformación del hecho al acto, es lo que se denomina como voluntad negocial.

Creemos entonces en el problema de cuando deviene eficaz la voluntad, a este respecto lo siguiente " Hay contrato cuando varias personas de acuerdo, sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos " 31

Podemos decir que para que un contrato llegue a producir consecuencias jurídicas, no solamente se necesita que exista la voluntad, si no es necesario darla a conocer, es decir comunicar la intención. De lo anterior se puede hablar que realmente en el contrato se presentan dos voluntades, la voluntad para realizar el negocio jurídico y la voluntad para expresar la misma.

Y será hasta entonces que la voluntad sea eficaz, operando la transformación del hecho al acto.

En este tenor la eficacia surte efectos entre las partes, y los terceros, no podrán beneficiarse o perjudicarse por este.

No obstante " El papel creador de la voluntad es la formación de las obligaciones convencionales se ha negado categóricamente por Duguit, negándose también un concurso real de voluntades " 32

31 DE GASPERI MORELLO, Op. cit. pág. 85.

32 BORJA SORIANO, Op. cit. pág. 122.

Se ha atacado también la autonomía de la voluntad al decir que no es completa ni dada por un pie de igualdad sino que cae bajo el imperio de necesidades imperiosas.

A mi entender, la voluntad y su declaración son básicas para la explicación del negocio jurídico; y no nos podemos desentender de su análisis y estudio.

Es necesario encuadrar el contrato con sus características distintivas desde el horizonte del acto jurídico en este sentido el contrato es un acto jurídico de los llamados bilaterales y viéndolo desde la teoría italiana y alemana será un negocio jurídico de carácter patrimonial, así las cosas el contrato es un acto jurídico que necesita la asistencia de dos voluntades es decir no puede existir una sola voluntad, además las voluntades deben de ir coordinadas y podemos decir que estarán encaminadas en torno a un fin, y es cuando se formara el consentimiento como una figura que contiene dos elementos de voluntad.

El consentimiento, pues será fundamental en la estructura del contrato.

" Estando conforme la voluntad de cada uno con la de los demás, se llama consentimiento, que indica la similitud de voluntades que concurren a la formación del acto " 33

Tenemos entonces que la voluntad de las partes en un acto contractual va a ser relevante en tanto que el propio ordenamiento jurídico determine su relevancia, en otras palabras las voluntades en el consentimiento van a tener consecuencias jurídicas cuando se adecuen al ordenamiento jurídico; como bien sabemos que una conducta precedida de una cierta voluntad podrá tener estos objetivos; transformar, modificar, transmitir o

33 PLANIOL Op. cit. pág. 153.

extinguir una situación cualquiera en el ámbito del Derecho hablaríamos, de una situación jurídica determinada, y es así que en tanto se llegue a estos extremos la voluntad adquiere relevancia para el Derecho.

El hombre en este contexto de ideas, se relaciona y finca vínculos con los demás, la voluntad del hombre moviliza sus relaciones; ahora bien esta voluntad para que sea firme y adecuada, se debe exteriorizar de una manera libre; sin coacción de ningún género y sin engaño.

En efecto no podríamos hablar de una voluntad idónea, sino es libre, pues produciría efectos, no deseados realmente y llegar a las concepciones del acto simulado.

Por lo que se refiere al acto simulado, desde el punto de vista psicológico, simular importa mentir, o porque se oculta (en todo o en parte) una verdad, o se hace aparecer como verdadera una cosa que es mentira, o porque se hace aparecer a los ojos de los terceros una verdad diversa a la efectiva; y aquí se tiene, propiamente, un disimular.

El negocio simulado requiere de dos declaraciones de voluntad; estas combinándose entre sí forman un acuerdo simulatorio.

El acuerdo simulatorio consiste en atribuir al acto alcance jurídico diverso del que tendría por sí.

El acuerdo simulatorio debe existir, sin el, la simulación no sería eficiente, ni siquiera entre las partes; y se tendría en cambio dos declaraciones con reserva mental.

ESPECIES DE SIMULACIÓN:

1.- Las partes además de no tener la voluntad de declarar, no tiene ninguna otra (se declara vender,) pero en realidad no se quiere vender en absoluto, a base del acuerdo simulatorio, la cosa ficticiamente vendida, permanece en el patrimonio del fingido enagenteante el que se dice ser precio de la cosa.

2.- Las partes en lugar de la voluntad que expresan (voluntad ficticia) tiene otra, que no revelan al exterior, pero efectiva (se declara vender y, respectivamente, comprar: en realidad según se establecen en las contradecaraciones, se dona y respectivamente, se recibe a título de donación); es esta simulación denominada relativa por la cual coexisten un negocio aparente (simulado o fingido) y un negocio efectivo, pero secreto, esto es disimulado.

3.- Alguien finge estipular un negocio con un determinado sujeto, mientras en realidad, quiere concluirlo y lo concluye con otro, que no aparece, pero es tomado en consideración y es mencionado en las contradecaraciones, aquí el sujeto que estipula es el que simula. ³⁴

El contrato es antes que nada un acto jurídico, de los llamados actos jurídicos que contienen dos o más voluntades.

Bien sabemos que el acto jurídico es una manifestación de voluntad tendiente a producir determinadas consecuencias jurídicas; lo anterior si tomamos la perspectiva de la teoría Francesa; o podemos hablar de negocio jurídico en tratándose de una perspectiva de las teorías Alemana o Italiana. Así las cosas en el contrato deberán existir por lo menos dos voluntades.

³⁴ Cfr. MESSINEO Francesco Op. cit. pág. 363.

Existiendo dos voluntades que tienen como fin manifestarse para la producción de consecuencias jurídicas, hablamos entonces del consentimiento; es decir manifestación de dos o más voluntades tendientes a la producción de consecuencias jurídicas.

Partiendo de estos argumentos se observa la vital importancia de la voluntad en la producción de actos jurídicos, y por ende en los contratos.

1.3.- SUJETOS, OBJETO Y RELACION JURIDICA

En el inciso anterior habíamos abordado el elemento principal de todo acto jurídico es decir la voluntad, y lo manejamos en lo que concierne a nuestra investigación, es decir enfocado al contrato; así hablaríamos de la voluntad contractual, y del consentimiento.

Ahora procederemos al estudio de los otros elementos que integran además de la voluntad a todo contrato que son los sujetos, el objeto y la relación jurídica.

La relación jurídica que supone todo contrato es realizado por personas, no podemos pensar en relaciones jurídicas entre otros sujetos que no sean seres humanos o los entes regulados por la norma para atribuirles derechos y obligaciones; (Persona Moral).

" En principio, para realizar un acto jurídico, se requieren; por lo menos, de dos personas, porque la mayoría de los actos jurídicos son convenios, es decir acuerdos de voluntades entre diversas personas. En este caso, las personas que figuran en un acto jurídico, como autores del mismo reciben

el nombre de " partes del acto " o simplemente el de " partes ". Estando conforme la voluntad de cada uno con la de los demás, se llama " consentimiento ", que indica la similitud de voluntades que concurren a la formación del acto " 35

Resulta claro que todo autor de un acto resulta responsable del mismo, responsabilidad quiere decir responder, porque bien sabemos que cada individuo tiene la libertad de actuar como tenga a bien hacerlo, porque es dueño de su cuerpo y de su alma y porque en origen le pertenece a cada individuo así las cosas, tiene la libertad de actuar; pues como dice Cervantes "El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha" "La Libertad es uno de los más preciosos dones que los cielos han dado al hombre; con ella no pueden compararse los más grandes tesoros que encierra la tierra y que la mar encubre, por la libertad así como por la honra se puede y se debe aventurar la vida". 36

El ser humano adquiere con su nacimiento una serie de cualidades jurídicas entre las que está la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones pero distintas estas cualidades a las que se denominan capacidad jurídica, existe la capacidad para obrar que es según señala Messineo "La aptitud para adquirir y para ejercitar con la propia voluntad o sea por sí sola, derechos subjetivos, o de asumir, con la propia voluntad o sea por sí sola, obligaciones jurídicas es decir, de realizar los actos (de naturaleza personal, o patrimonial) de la vida civil" 37

35 PLANIOL MARCEL. Op. Cit. pág. 153.

36 DE CERVANTES SAAVEDRA, Miguel, " El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de La Mancha ", Ed. Herrero, 1ra. edición, México 1963, Capítulo LVIII pág. 580.

37 MESSINEO Op. cit. pág. 109

Es evidente que una persona para poder interactuar con otras personas debe ante todo gobernarse así misma, es decir tener plena capacidad para comprender y para ejercitar por sí misma sus derechos subjetivos.

Por disposición legal con la mayoría de edad se adquiere la capacidad de obrar, es entonces cuando según nuestro ordenamiento jurídico se adquiere la capacidad de gestionar por sí sólo los propios negocios.

La capacidad de obrar puede verse disminuida o anulada por diversas situaciones de hecho y de derecho.

" La persona tiene como atributo principal su aptitud para ser titular de derechos y obligaciones en otras palabras su capacidad, es decir su capacidad de goce, pero también puede ostentar su capacidad de ejercicio o de obrar cuando satisface los lineamientos del orden jurídico necesario " 38

La generalidad de las personas podemos decir que tienen desde luego capacidad de goce, de esta forma se ha dicho que la capacidad es la regla para todas las personas y que la incapacidad es una excepción.

Cabe señalar que siendo la capacidad un elemento de validez del acto jurídico, sobreviniendo una incapacidad el efecto jurídico se desarrolla en la nulidad, del tipo de nulidades relativas.

Sabido es que doctrinalmente se da la distinción entre capacidad legal y capacidad natural.

38 MESSINEO, Op. cit. pág 109.

Artículo.450.- Tienen incapacidad natural y legal;

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.³⁸

Si bien es cierto que el contrato es el acuerdo de dos o mas partes, estableciéndose una relación jurídica, y que este acuerdo deberá producir efectos en la esfera jurídica de las partes; no menos cierto es que dichos efectos no deberán perjudicar a otras personas que no hayan intervenido en la creación de dicha relación, será a estos sujetos a quienes se les denomina terceros.

" Tenemos entonces que los sujetos del contrato se van a identificar con las figuras de persona física y persona jurídica, sabido es que el ser humano representa una persona física y la jurídica es representado por un conjunto de personas físicas que tiene una personalidad distinta de aquellas que la forman " ⁴⁰

" Por otra parte debemos destacar que los sujetos en la contratación en principio serán corresponsables uno del otro , sin embargo existen contratos que conllevan obligaciones con

³⁸ CODIGO CIVIL, comentado, libro primero, De las Personas, tercera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1993. pág. 302.

⁴⁰ MESSINEO Op. cit. pag. 88

pluralidad de sujetos, hablamos de la mancomunidad, simple mancomunidad o aprorrata, y las solidarias. En donde la obligación se divide en tantas partes, en la primera citada o en donde existen una diversidad o mejor una multiplicidad de sujetos activos y sujetos pasivos " 41 .

Según lo anotado dentro del ámbito de la contratación existen posibilidades inmensas en cuanto a los autores del contrato es decir pueden asistir al evento de la contratación diversas personas, y a la vez pueden resultar obligadas también un sinnúmero de personas.

Para hablar del objeto del contrato hay que establecer el alcance de lo que queremos entender por objeto en principio desde luego que no nos referiremos a los entes materiales o cosas materiales, sino que el objeto en la contratación alude, en primer término a lo que se busca o mejor a la situación jurídica que provoca.

Para hallar el objeto del contrato pensamos conveniente buscarlo desde su concepto. En efecto, en el artículo 1792 se enuncia lo siguiente: Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Es decir un acuerdo de voluntades que crean y transmiten derechos y obligaciones, así pues el objetivo, meta o fin en la contratación es la creación de obligaciones, ahora bien hemos de señalar que en la obligación de un objeto, si entendemos el contenido de la obligación, este es un vínculo jurídico que implica la prestación de un sujeto deudor, de carácter patrimonial consistente en un hacer o no hacer; en este orden de ideas el objeto de la obligación consistiera en la prestación de carácter patrimonial, que es repitiendo el dar, hacer o no hacer.

41 BORJA SORIANO , Op. cit. pag.

Y por último podemos hablar de un objeto material dentro de las obligaciones de dar y que lo constituye la cosa misma.

Se ha dicho que el objeto solamente se puede ubicar dentro de la obligación y que indirectamente se puede hablar de este objeto como objeto del contrato.

Partiendo de estas premisas todo contrato supone la existencia de obligaciones, en este sentido pienso válidamente que se puede hablar de un objeto del contrato en el sentido de que es la obligación que produce ya que no se pueden desligar estas dos figuras jurídicas estrechamente ligadas a saber el contrato como fuente de obligaciones.

Analicemos lo relativo a lo que se da en el Código Civil en lo referente al objeto de los contratos, así pues el artículo 1824 nos 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.

Este artículo desde luego hace referencia al objeto llamado indirecto del contrato, pues es bien conocido que el objeto inmediato del contrato lo constituye la creación o transmisión de obligaciones.

Por otro lado como se ha dicho anteriormente siendo que el objeto de la obligación lo podemos considerar como la prestación de dar y hacer o la abstención de no hacer, este objeto debe responder a determinadas características, entonces podemos dividir en este sentido cuando el objeto se refiera a una prestación, y cuando se refiera a un objeto material, así la prestación debe de cubrir los siguientes extremos, la posibilidad y la licitud.

Así lo expresa el art. 1827 de nuestro Código Civil vigente que a la letra dice:

" El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser:

- I.- Posible
- II.- Lícito"

Quando hablamos de posibilidad, se puede atender a dos rubros, a su posibilidad física y jurídica; la posibilidad física se refiere a que el hecho deberá ir conforme a las leyes naturales, y la posibilidad jurídica atiende a la consonancia entre el hecho y una norma jurídica, que necesariamente deba regirlo, así lo dispone el 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 deba regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización ".

Cabe hacer mención que cuando hablamos de la licitud, sino que nos estamos refiriendo a una adecuación normativa sin carácter axiológico.

No sucede lo mismo con la licitud; El hecho debe ser lícito, para que pueda ser válido, la licitud connota entonces un aspecto intrínseco valorativo en torno a que el hecho no deberá ir en contra de normas de orden público y de las buenas costumbres; a nuestro entender señalamos el carácter valorativo pues los términos normas de orden público y buenas costumbres, bien se pueden encuadrar en su aspecto valorativo e incluso moral en cuanto a las buenas costumbres.

En cuanto a las prestaciones de dar, que se refieren como ya lo hemos mencionado a un objeto material estas deben de ser a lo establecido por el artículo 1825.

- I.- Existir en la naturaleza
- II.- Ser determinado o determinable en cuanto a su especie
- III.- Estar en el comercio

Analícemos entonces:

Existir en la naturaleza.- Es decir el objeto deberá tener una presencia real en el entorno de seres concretos, es decir el objeto debe ser una cosa real, no una idea o algo inventado o inverosímil.

" El artículo 2835 del código de 1884, a semejanza del artículo 1601 del Código de Napoleón, hace en la venta la aplicación de esta regla y la aclara diciendo: " Es nula la venta de cosa que ya no existe o que no puede existir" ⁴²

Determinabilidad en el objeto.- A nuestro entender esta característica atiende a precisar con exactitud el tipo de objeto materia de la obligación, en una explicación en sentido contrario se habla de indeterminación en los sujetos, se habla así de indeterminación en cuanto a la naturaleza y o cantidad del objeto.

" Si la indeterminación recae sobre la naturaleza del objeto, no se sabe qué cosa o qué hecho puede reclamarse al deudor. Quien hubiese prometido " un animal ", en realidad no ha prometido nada, puesto que podía liberarse proporcionando a su acreedor un insecto insignificante. Si la indeterminación recae sobre la cantidad, siendo la cosa determinada en su especie, el deudor podía liberarse ofreciendo al acreedor una prestación risible; si ha prometido trigo o vino, sin precisar nada su obligación podría reducirse a una gota de vino o un grano de trigo, y el crédito sería vano. "⁴³

⁴² BORJA SORIANO, Op. cit. pag. 142.

⁴³ PLANIOL RIPERT, Tratado Elemental de Derecho Civil, primera edición, Cárdenas Editor y distribuidor, México 1983. pág. 33.

Por otra parte, la determinación puede consistir por el género del objeto o por la especie del mismo, en el primer caso generalmente se manejan mercancías, las cuales la mayoría de las veces no se requiere una especificación y en cuanto a la especie basta con hacer referencia a que clase de especie.

" Basta para la validez de la obligación, que la cosa que constituye su objeto esté determinada en género y cantidad, sin estarlo en su individualidad. "44

" A menudo la cosa objeto de la obligación está individualmente designada; es un objeto particular, el caballo o sombrero que he escogido, y no otro se dice entonces que la obligación tiene por objeto un cuerpo cierto. Los jurisconsultos antiguos decían que la cosa estaba determinada " in specie ", por oposición al caso en que, lo estaba " in genere ".45

Ahora bien la segunda característica que marca el artículo 1825 señala que sea determinada o determinable, es decir tener una certeza sobre el objeto en un tiempo presente en relación a que sea determinable, implica la posibilidad de su determinación en un tiempo posterior a la celebración del contrato.

" Aunque las partes hayan omitido indicar de una manera precisa, el objeto de su convención, a veces ésta es válida, cuando su omisión puede ser reparada según las circunstancias o según otras cláusulas del acto; si el objeto aun no está determinado, por lo menos es determinable. 46

44 PLANIOL RIPERT, Op. cit. pág. 33

45 IBIDEM, pág. 34

46 IDEM

Otra característica que debe de poseer el objeto es que debe estar en el comercio, en un sentido literal que es lo que

podríamos decir respecto a un objeto que esta en el comercio, puede ser materia de algún tráfico en el mercado. Pero en el sentido doctrinal del término un objeto se encuentra dentro del comercio cuando puede ser apropiado por las personas, es decir se puede llegar a poseer y adquirir su propiedad, es decir que puede ser objeto de contratación.

En otras palabras, resulta claro que el carácter comercial del objeto es que se puede negociar con el, adquiriendo un sentido bastante económico esta característica del objeto en una contratación.

Así las cosas resulta lo bastante claro que el contrato y la contratación implican un resultado económico y no solo jurídico.

Para determinar que objetos están dentro del comercio debemos dejar claro que la regla es que todo esta dentro del comercio y las excepciones a esta regla son aquellos objetos que no pueden ser susceptibles de ser materia de una contratación como algunos atributos de la persona a decir, estado y capacidad, bienes del dominio público, bienes particulares que la ley prohíbe lo sean, en materia de sucesiones cualquier disposición a futuro; estos ejemplos se refieren a que no pueden ser transmitidos ni negociados.

Así se hace una distinción entre aquellos objetos o bienes inenajenables por su naturaleza que serían aquellos que no pueden ser apropiados por personas como por ejemplo el aire.

Por otro lado existen los objetos inenajenables por disposición de la ley, y son aquellos bienes del dominio público.

" Las cosas pueden estar fuera de comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley. Lo están por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, como el aire, el mar; y por disposición de la Ley las que ella declara irreductibles a propiedad particular. "47

En cuanto a la in comerciabilidad y la inalienabilidad hay que destacar que tienen sus propios alcances en el objeto in comerciable, el mismo no puede ser apropiado y en cuanto al término inalienable el bien no puede ser transmitido o enajenado

" Cosas hay que, si bien pueden ser objeto de apropiación individual (son comerciables), no son susceptibles de transmisión por parte de su beneficiario, quien las puede aprovechar, pero no enajenar; se trata de bienes inalienables. Ello puede poner de manifiesto que no es lo mismo un bien in comerciable (que no puede llegar a ser nuestro) y un bien inalienable (que siendo nuestro no podemos transmitirlo " 48

La relación jurídica es un concepto fundamental dentro de las materias contractual y de obligaciones.

Siendo el contrato la principal fuente de obligaciones contiene en si mismo una relación jurídica, vínculo que se compone por las partes que forman el contrato.

La relación la podemos concebir como un contacto o nexo que se da entre las personas, el tipo de nexo que el ordenamiento jurídico observa y señala determinados efectos.

47 BORJA SORIANO, Teoría General de las Obligaciones, doceava edición, Ed. Porrúa, S. A. México 1991, pág. 143.

48 BEJARANO SANCHEZ, Op. cit. pág. 74.

Al decir de Messineo " Relación jurídica denota una relación intersubjetiva o sea entre dos o mas sujetos: uno (o algunos) sujeto activo y el otro (o los otros) sujeto pasivo" 49

Para poder distinguirla de otro tipo de relaciones entre sujetos debemos considerar que el derecho la hace relevante, es decir que este tipo de relación debe ser protegida por el ordenamiento jurídico ya sea porque implican intereses económicos, políticos, éticos, y que repetimos el orden legal les asigna normatividad determinada.

La relación jurídica provoca determinados efectos, estos tendrán repercusión en las personas que la forman, es decir las partes; y desde luego no perjudicaran a las personas que no han intervenido en la formación de la relación jurídica, sujetos que se les denomina terceros.

" En conexión con el concepto de relación jurídica, debe indicarse que se llaman " partes " los sujetos que concurren a constituir la relación jurídica, y de ordinario, son los mismos que sienten sus efectos. El concepto encuentra típica (pero no exclusiva) aplicación en el campo del Derecho Contractual " 50

Así las cosas podemos aludir nuevamente y en referencia a la relación jurídica que los efectos de esta no alcanzaran al tercero.

" Esto nos lleva a decir que los efectos de la relación jurídica no afectan directamente al tercero, ni en el sentido de beneficio, ni en el sentido del daño." 51

49 MESSINEO, Op. cit. pág 3

50 IBIDEM, pág. 7.

51 IBIDEM, pág. 6.

Por otro lado se habla en el derecho personal que existe una relación jurídica dada entre los sujetos, en efecto la relación propiamente dicha se da entre las personas, sin embargo se habla también de una determinada relación entre los bienes y las personas y es cuando entramos a las concepciones de los derechos reales, en otras palabras al derecho personal; es una relación entre personas y el derecho real es una relación entre bien y persona, tomado en una concepción gráfica.

" Se considera que el derecho real recae directamente sobre una cosa, que constituye un jus in re, un derecho en la cosa que está como impregnada de él: en este sentido, puede decirse que se refiere a una relación entre una persona y una cosa " 52

Para concluir podemos recapitular entonces, que los sujetos, el objeto y la relación jurídica, son términos concatenados, no podemos concebir los unos sin los otros en el contrato y en la obligación, términos fundamentales a partir de los cuales se estructura toda la teoría de la obligación y del contrato mismo.

CAPITULO SEGUNDO; EL CONTRATO Y SU TEORIA

2.1.- EL CONTRATO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

2.2.- CLASIFICACION

2.3.- INTERPRETACION

" ESTABLECERE MI PACTO CON VOSOTROS Y NO PERECERÁ YA MAS TODA CARNE CON AGUAS DE DILUVIO, ...MI ARCO PUES, ESTARÁ EN LAS NUBES, Y VIENDOLO ME ACORDARE DE LA ALIANZA SEMPITERNA CONCERTADA ENTRE DIOS Y TODA ANIMA VIVIENTE, DE TODA CARNE QUE HABITA SOBRE LA TIERRA "

**LA BIBLIA, ANTIGUO TESTAMENTO
GENESIS, CAPITULO IX, VERSICULO 11
ED. SOPENA. BUENOS AIRES, ARGENTINA
1950, pág. 22.**

CAPITULO SEGUNDO; EL CONTRATO Y SU TEORIA

2.1.- EL CONTRATO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

El acuerdo de voluntades para crear o transmitir Derechos y Obligaciones, es decir el contrato, se le ha considerado como la principal fuente de las obligaciones.

Por fuente se entiende aquel lugar donde brota agua, en sentido jurídico, las fuentes serán aquellas circunstancias, acontecimientos o documentos, a partir de los cuales sea posible extraer información o fundamentos para el Derecho.

" La palabra fuente tiene su raíz etimológica en el término latino " foni ", " fontis " con el cual se significa el manantial de agua que brota de la tierra. " 53 .

Así las cosas trasladando los argumentos precedentes a nuestro estudio, entonces debemos buscar cuales serían las fuentes de las obligaciones, es decir, en que situaciones surgen las obligaciones.

Recordando las figuras jurídicas de las cuales emanan las obligaciones tenemos los siguientes, el contrato desde luego, la declaración unilateral de voluntad, los hechos ilícitos, la gestión de negocios, el enriquecimiento ilegítimo, etc. De su análisis se puede concluir que en forma genérica las fuentes de las obligaciones se encuentran en la voluntad de las partes, por los hechos o por los ordenamientos legales, dentro de los anteriores rubros podemos encuadrar las fuentes obligacionales.

⁵³ GUTIERREZ Y GONZÁLEZ Ernesto- " Derecho de las Obligaciones " Ed. Cajica, México D.F. 1978. pág. 121.

"llamamos fuentes de las obligaciones a todo aquello que las origina estableciendo, entre sujetos, relaciones a ligas obligatorias, respecto a su conducta. Unas veces esta fuente será la voluntad de los individuos, otras órdenes o mandatos de la ley, y otros más sólo hechos o circunstancias a los cuales la propia ley atribuye el efecto de ligas a las personas " 54

"También en el campo de las obligaciones se habla de fuentes y se quiere designar con ese término el manantial de donde brotan los derechos de crédito, o las obligaciones" 55

El contrato se significa entonces como una fuente importante de obligaciones; en efecto, como objeto directo del contrato se habla de creación de obligaciones. El acuerdo de voluntades representa un terreno fértil y básico para el brote de vínculos jurídicos.

El contrato adquiere tanta relevancia en las obligaciones que se precisa señalar una doctrina general del contrato.

"El contrato es la fuente ordinaria o normal de las obligaciones (Saleilles), que no está limitada a los bienes, sino que se extiende a las personas y a la familia pues en el orden extrapatrimonial el matrimonio y la adopción son también contratos (Josserand)". 56

54 PUENTE Y F. Arturo- " Principios de Derecho " Ed. Banca y Comercio. México. pág. 144.

55 GUTIRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Op. cit. pág. 122

56 SANCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, 4a. Edición, Edit. Porrúa, México, 1978, pág. 4.

Podemos afirmar que por medio del contrato las partes regulan sus conductas, en este sentido y sólo en este sentido el contrato es un instrumento normativo de conductas, o mejor un proceso de normas; individualizadas.

"La escuela clásica dice que el contrato es sólo un caso de aplicación del Derecho, de mera ejecución de normas; por el contrario Kelsen sostiene que el contrato es algo más: un método de creación de normas individualizadas, y excepcionalmente también de normas generales, método que encaja perfectamente en el proceso general de creación jurídica".⁵⁷

A nuestro entender el contrato funciona como fuente de las obligaciones, con base en la libertad de las personas para regular sus conductas; así la conducta obligada, será aquella conducta pactada en el contrato, y será obligatoria, porque debe ser cumplida, y además puede validamente ser exigida; ya que en caso contrario, el incumplimiento se verá afectado de una sanción.

Resulta claro entonces como de las relaciones personales que implican los acuerdos de voluntades resultan las obligaciones.

El desenvolvimiento de las sociedades funcionan a través de los acuerdos de sus miembros, sería difícil atacar el argumento anterior, así las cosas el contrato es considerado como fuente primordial de la obligación.

El contrato como figura jurídica que se encuentra presente y vigente en actividades de las personas, resulta imprescindible su análisis y perfeccionamiento en el tiempo actual; como fuente

⁵⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil, Contratos, S.N.E., Edit. JUS, pág. XXI.

de obligaciones, deviene fundamental por ser la figura idónea en un esquema liberal que predomina en nuestros días.

En efecto aunque parezca que las personas no se percatan que en sus relaciones con sus semejantes, regularmente están acordando; la realidad es que están contratando, es decir se obligan a realizar conductas.

2.2.- CLASIFICACION

En el Derecho Romano encontramos las siguientes categorías de contratos:

Contratos nominados; en donde encontramos:

a) Los contratos *verbis*, es decir se perfeccionaban cuando por el pronunciamiento de frases, que establezca la tradición, la religión o la magia, como la *stipulatio*, la *dictio dotis*, la *promissio iura liberti* y el *negotium per aes et libram*.

b) Contratos *litteris*, se perfeccionaban cuando el pacto era escrito.

c) Contratos reales, " se perfeccionaban mediante el consentimiento unido a la entrega de un objeto", y aquí se encuentran los contratos *stricti iuris* (el mutuo), el comodato, la prenda y el depósito.

d) Contratos consensuales, " El *consensus* entre las partes era lo que producía el perfeccionamiento de estos contratos...

podía manifestarse de cualquier forma por correspondencia.. por intercambio de manifestaciones verbales entre las partes, e inclusive en forma tácita". 58

Y aquí se ubican, la compraventa, la locatio-conductio rei, operarum, y apareceria, además de la sociedad y el mandato.

La otra categoría de contratos es la de los contratos innominados.

En donde encontramos:

Do ut des (permuta)

Do ut facias (indemnización en especie por un servicio prestado).

Facio ut des (hago para que des)

Facio ut facias (intercambio de servicios). 59

Francisco Lozano Noriega, clasifica a los contratos desde dos puntos de vista, el primer punto de clasificación estudia a los contratos en sí mismos es decir a las características de los contratos en particular.

58 MARGADANT S. FLORIS. Guillermo, " El Derecho Privado Romano " 14a. edición, Ed. Esfinge, México 1986. pág. 401.

59 CFR. IBIDEM, pág. 381.

1.- Desde el punto de vista de las obligaciones que producen.	Bilaterales o Sinalagmáticos Unilaterales
2.- Efectos entre las partes	Onerosos Gratuitos Commutativos Aleatorios
3.- Según se encuentren reglamentados en la ley o no.	Nominados Innominados
4.- Según forma	Consensual Formal Solemne Real
5.- Según el papel que desempeña la voluntad de los contratantes	Adhesión Igual a Igual
6.- Según el tiempo que tardan en ejecutarse	Ejecución Instantánea Ejecución escalonada Ejecución Sucesiva

Analizando nos referiremos a cada clasificación:

El contrato bilateral o sinalagmático.- Desde el momento de su perfeccionamiento engendra obligaciones entre los contratantes es decir surgen obligaciones recíprocas

El contrato unilateral.- " Solamente se engendran obligaciones a cargo de una parte; la otra no queda obligada, si no que tiene un derecho... una de las partes es acreedor y la otra deudor " 80

De esto nos dice Lozano Noriega " El contrato bilateral es el que engendra obligaciones recíprocas. Entonces sólo respecto de los contratos bilaterales tiene aplicación el artículo 1949 de nuestro Código Civil. En este caso , cuando uno de los contratantes no cumple con su obligación, el otro tiene derecho a pedir, o bien la ejecución forzada, o bien la rescisión del contrato, más en uno y otro caso, el pago de daños y perjuicios " 81

A continuación se resume la aplicación de la clasificación entre contratos unilaterales y bilaterales según se da en nuestro derecho:

" 1.- La facultad de resolver las obligaciones o de exigir el cumplimiento forzado de la obligación más el pago de daños y perjuicios, en uno y otro caso, sólo procede en contratos bilaterales, que son los que engendran obligaciones recíprocas.

2.- También en estos es posible oponer la excepción de contrato no cumplido.

3.- También solo es posible hablar del problema de los riesgos, que es distinto al riesgo de las cosas, cuando nos encontramos frente a obligaciones recíprocas y estas obligaciones son precisamente las que nacen de los contratos bilaterales " 82

80 LOZANO NORIEGA, Op. cit. pág. 8

81 IBIDEM. pág. 19

82 IBIDEM, pag. 20

Por sus efectos entre las partes en cuanto a ventajas y provechos, gravámenes o cargas, en este caso podemos hablar de contratos onerosos y gratuitos.

Para Planiol el contrato oneroso, es aquel en que cada uno de los contratantes promete algo o da algo a cambio de otra promesa o de otra cosa que recibe; es decir existe una reciprocidad en cuanto a los provechos, en cuanto a las ventajas y también en cuanto a las cargas y gravámenes.

Al decir de Josserand el acto gratuito implica una liberalidad que existe desde un punto de vista psicológico en donde se requiere en la voluntad el " animus donandi " y desde un punto de vista económico, donde se requiere no sólo el animus donandi, si no que produce consecuencias económicas.

Ejemplo típico del contrato gratuito es la donación, en donde el donante transmite en forma gratuita, la propiedad de una cosa sufriendo un empobrecimiento en su patrimonio y en medida de este el donatario se enriquece sin dar nada a cambio, es decir solo este adquiere las ventajas y los beneficios ya que el donante es el que soporta las cargas.

Dentro de los contratos onerosos podemos distinguir dos especies; los contratos comutativos y los contratos aleatorios.

Son contratos aleatorios, según Lozano Noriega " Aquel contrato en el cual, en el momento de su celebración, no es posible determinar el monto de la ganancia o de la pérdida o mejor dicho el carácter perdedoso o de ganancia de los contratos, porque la determinación de estas dos circunstancias o de cualquiera de ellas, depende siempre de un acontecimiento incierto; condición, plazo incierto, o acontecimiento pasado " ^{es} .

El contrato comutativo lo define Pothier como " aquel que se forma para la utilidad recíproca de las partes " un concepto por exclusión que se podría dar sería el contrato oneroso que no sea aleatorio será comutativo.

Desde el punto de vista de su reglamentación en la ley los contratos se clasifican en nominados e innominados, a los cuales los alemanes llaman típicos y atípicos respectivamente.

" Contrato nominado es aquél que ha sido objeto de una reglamentación legal, por ser contratos de uso más frecuente para facilitar la celebración de estas operaciones jurídicas " 34

Innominado es aquel que carece de reglamentación legal para los cuales rige el artículo 1858 que establece " los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos..."

Los contratos según su forma son consensuales, formales, solemnes y legales.

Los contratos formales son aquéllos para cuyo perfeccionamiento la ley exige determinada formalidad, esta forma por regla general puede ser la escrita, ejemplo de esto lo encontramos en el artículo 2316 que nos dice " El contrato de compraventa no requiere formalidad alguna especial, sino recaer sobre un inmueble ".

El contrato consensual, es aquél para cuyo perfeccionamiento no requiere ninguna forma especial, basta con que el contrato se perfeccione y produzca sus efectos.

34 LOZANO NORIEGA, Op. cit. pág. 38.

El contrato solemne es aquél para cuya existencia misma (ya el grado de ineficacia, es el grado mayor) del contrato, requiere cierta solemnidad que en nuestro ordenamiento legal solo es exigible en el caso del matrimonio.

El contrato real es un contrato para cuyo perfeccionamiento se exige un principio de ejecución. Ese principio de ejecución, generalmente la entrega de la cosa, como es el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.

Según el papel que desempeña la voluntad de las partes los contratos, pueden clasificarse en contratos de adhesión y contratos de igual a igual.

Los contratos de adhesión son aquéllos en donde una de las partes redacta el contrato, haciendo una policitud de carácter general, oficiosa, es decir ofrece a la colectividad, la celebración de un contrato ya determinado y la otra parte acepta esas condiciones, o mejor dicho se adhiere.

Los contratos de igual a igual es aquel en donde los contratantes han formulado el contrato, lo han discutido y se han puesto de acuerdo " El contrato se llama de igual a igual porque las partes, en el momento de la formulación del contrato, concurren a la celebración de éste sobre un mismo plano de igualdad.

Los contratos atendiendo al tiempo que tarda su ejecución se clasifican en ejecución instantánea, escalonada y sucesiva.

El contrato de ejecución instantánea.- Es aquél donde las prestaciones de las partes, o por lo menos, de una de ellas, se ejecuta inmediatamente, en un solo momento, aunque puede sujetarse a una modalidad o plazo.

En el contrato de ejecución sucesiva.- Las prestaciones de las partes o por lo menos de una de ellas, se van ejecutando momento a momento, todo el tiempo que dura vigente el contrato como en el caso del arrendamiento.

El contrato de ejecución escalonada.- Es aquél en donde las prestaciones de las partes van repitiéndose a intervalos de tiempo, como es el contrato de suministro.

Los contratos pueden también clasificarse en colectivos e individuales, que no se dan en Derecho Civil, pero si en otras ramas del Derecho como es en el Derecho Obrero.

Un punto de vista distinto de clasificación del maestro Lozano Noriega se refiere a las relaciones que pueden tener los contratos entre si.

- 1.- Principales
Accesorios
- 2.- Preparatorios
Definitivos
- 3.- Simples
Complejos o Mixtos (Unión).

División de contratos en principales y accesorios.

Los contratos principales.- Son aquéllos que tienen autonomía jurídica propia; no dependen de otro contrato o de alguna obligación preexistente para existir.

Los contratos accesorios.- Dependen necesariamente de otro contrato o de una obligación preexistente, que pudo haber tenido una fuente contractual o extracontractual, no tiene autonomía, en nuestro Código Civil se encuentran reglamentados tres contratos accesorios que son los de garantía, fianza, prenda e hipoteca.

Contratos preparatorios y definitivos.

El contrato preparatorio sirve de preliminar, de antecedente, de preparación, es una etapa para la celebración del contrato definitivo, y sólo engendra obligaciones de hacer.

El contrato definitivo.- Es aquel para el que sirve de antecedente, el contrato preparatorio, se agotan al celebrarse y se cumplan en el las prestaciones y la finalidad que persiguen los contratos.

Contratos mixtos o complejos en oposición a los contratos simples.

El contrato mixto o complejo es aquél en el que se hacen caber prestaciones que corresponden a diversos tipos de contratos dentro de los cuales reglamentado en nuestro Código Civil es el hospedaje.

El contrato simple es un contrato reglamentado que produce las obligaciones típicas de ese mismo contrato.

Según Enneccerus citado por Lozano Noriega los contratos unidos son contratos que podrían existir en forma separada, pero las partes han querido unirlos, agruparlos para que los efectos de un contrato repercutan en los efectos de otros contratos. ⁸⁵

⁸⁵ CFR. LOZANO NORIEGA, Op. cit. pág 40

Al decir de Enneccerus, algunas veces las partes celebran contratos mixtos, convienen prestaciones que corresponden a diversos tipos de contratos, estos contratos no están reglamentados por lo que pertenecerán a los contratos atípicos, o puede ser que las partes introduzcan innovaciones dentro de los contratos, y se crea un contrato nuevo que no esta reglamentado, por lo que se encuadra también dentro de un contrato atípico. ⁶⁶

Con una finalidad práctica procederemos a clasificar a los contratos de acuerdos a sus características:

Siguiendo la clasificación que hace nuestro Código Civil:

"Artículo.- 1835.- El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada".

Es decir que engendre obligaciones para una sola de las partes.

"Artículo 1836.- El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente".

Aquí podemos señalar que la doctrina llama a este tipo de contratos también sinalagmáticos, y suponen la obligación de una y otra parte en el contrato, en un sentido amplio, y en un sentido estricto debe haber una estrecha interdependencia de la obligación a cargo de una parte y de la obligación a cargo de la otra parte, es decir que las obligaciones de las partes sean recíprocas, es la interdependencia debe estar presente en el momento de la perfección del contrato en donde se llamará vínculo sinalagmático genético y debe perdurar hasta que se ejecute el mismo entonces se llamará vínculo sinalagmático funcional. ⁶⁷

⁶⁶ CFR. LOZANO NORIEGA, Op. cit. pág. 40

⁶⁷ SANCHEZ MEDAL, Op. cit. pág. 79.

"Artículo 1837.- Es contrato oneroso aquél en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos y gratuito aquél en que el provecho es solamente de una de las partes".

A este respecto podemos decir que entenderemos entonces como contrato oneroso a aquél que produce consecuencias recíprocas para las parte en cuanto ventajas y provechos y también en cuanto a gravámenes y cargas.

Dentro de esta especie de contratos podemos distinguir y así nos los señala el Código Civil dos especies que son: Contratos conmutativos y contratos aleatorios.

"Artículo 1838.- El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida si no hasta que ese acontecimiento se realice".

En este contrato conmutativo.- Se puede determinar las ganancias, las pérdidas, el monto, de los contratantes desde el momento en que se celebra el contrato.

El contrato es Aleatorio cuando en el momento en que se perfecciona eso es posible determinar el monto de la ganancia o pérdida, ya que esta determinación depende de un hecho incierto, que puede ser una condición, plazo incierto o un hecho ya pasado, pero que se supone desconocido para los contratantes.

Se pueden deducir del texto legal otras clasificaciones:

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

Se desprende de este artículo la diferencia entre contratos nominados, es decir aquellos expresamente determinados en el Código en contraposición de aquellos que no están expresamente determinados y que se llama innominados.

2.3.- INTERPRETACION

El tema relativo a la interpretación de los acuerdos entraña saber el sentido real en que son formulados los contratos.

Saber realmente lo que quisieron las partes en un acuerdo es a mi entender una de las tareas más difíciles de realizar.

El proceso de interpretación nos lleva siempre a dar una opinión, en primera instancia subjetiva, sobre una situación dada, desde luego que esta forma de proceder lleva consigo un constante peligro en darle una connotación equivocada, razón por la cual se deberán seguir determinadas reglas de interpretación.

Existen diversos sistemas de interpretación que buscan dar luz de una manera eficaz a lo que se trata de buscar en la manifestación de la voluntad, que se presentan en los acuerdos.

Pensamos que la interpretación deberá tener como objetivo primordial saber que es lo que efectivamente las partes han querido al expresar su voluntad.

Al decir de Geny al tratar la interpretación de la ley, esta estriba en descubrir el pensamiento del legislador; así también en materia de contratos la interpretación se refiere a descubrir el pensamiento de las partes que formaron el contrato, así el contenido del acuerdo no debe ser otro que corresponder a lo querido de sus autores.

" Así Planiol, La faille, Salvat, Vonthur, expresan que se llama interpretación al esclarecimiento del sentido que una declaración encierra " ⁸⁸

" Como dice Messineo interpretar el contrato significa y vale como indagar la intención común efectiva, eso es concreta de las partes " ⁸⁹

Hemos dicho que el problema de la interpretación en los acuerdos, nos lleva a expresar ideas sobre la finalidad que persiguen las personas al contratar, sin embargo la interpretación no deberá consistir sólo en la mera impresión que se plasme en el interprete al conocer el contenido del acuerdo, sino que deberá atenerse y seguir una sistematización en cuanto a realizar la labor de interprete.

Malamente pudiéramos pensar que una buena interpretación se basa en aspectos subjetivos del que realice esta.

Al enfrentarnos al proceso de interpretación nos encontramos con dos extremos básicamente de interpretación, una corriente que basará la eficacia de la interpretación, así como el alcance del acuerdo en desentrañar la voluntad interna o mejor la intención de las partes.

⁸⁸ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Ed. Driskill, Buenos Aires, Argentina, 1991, pág. 509.

⁸⁹ IBIDEM, pág. 509.

" En el liberalismo, prevalece el criterio de la voluntad intencional, en el socialismo, el de la voluntad declarada; este problema metajurídico no interesa ni a la teoría pura ni al juzgador, quien sólo deberá resolver de acuerdo con el sistema general adoptado de antemano " 70

Cabe preguntarse entonces que sistema de interpretación sería el más adecuado para alcanzar una justicia y una equidad cuando existan problemas derivados de la oscuridad en los acuerdos.

Pareciera ser que lo más correcto siempre será atenernos a la intención que las partes han tenido para realizar el acuerdo porque es esta la que realmente motiva el vínculo contractual es decir es el principio o la razón suficiente que marca el actuar.

Al decir de Puig Peña, la interpretación no tiene otra finalidad que descubrir la verdadera intención de las partes contratantes. Indagar lo que ellas han querido en un determinado asunto, pues si la voluntad concordada fue la que dio vida al negocio contractual esa es la común intención a la que debe atenderse 71

A mi entender en la realización de los negocios resulta claro, evidente, lógico y razonable que la verdadera voluntad, es decir la intención real que dio vida a la manifestación y a la declaración sea la que impere y no lo que aparezca plasmado en el acuerdo buscando siempre preferentemente y así debe de ser que la intención de las partes concuerde plenamente con lo plasmado en el contrato.

70 ROJINA VILLEGAS " Contratos " Ed. JUS. S.A. México D.F. pag. XXX y XXXI.

71 CFR. ENCICLOPEDIA JURIDICA OHEBA, pág. 511.

"No es lo gramatical lo que decide; es el sentido o significado de la declaración lo decisivo, de acuerdo con lo que en el contrato las partes realmente quisieron y expresaron". 72

Por otra parte ya habíamos hecho mención que para que la voluntad tenga efectos jurídicos no solo es necesario que exista sino que sea declarada, así el otro gran sistema de interpretación consiste en la atención que se le deba dar a la voluntad declarada que no es otra cosa que el lenguaje plasmado en un documento.

Podríamos decir entonces en referencia a este sistema, que resulta mucho más práctico en torno a la interpretación, dado que se cuenta con algo material conocido específicamente y desde el cual se puede trabajar y se puede investigar, caso contrario en lo relativo a la voluntad interna, pues en esta se tiene que hacer un esfuerzo más profundo porque resulta muy difícil desentrañar el aspecto interno de un ser humano; así pues el sistema de voluntad declarada deja atrás o hace a un lado la intención de las partes.

"La interpretación no tiene por que preocuparse en determinar las intenciones internas. Su misión es sólo aclarar las declaraciones de voluntad. Y la interpretación es siempre la que determina los efectos jurídicos". 73

Creemos pues que, en términos reales y no ideales la voluntad declarada es el procedimiento más ágil para dar una solución concreta al contrato. No obstante estamos de acuerdo que las reglas de interpretación han de buscar ante todo una concordancia entre la intención y manifestación de ésta.

72 IBIDEM, pág. 513

73 IBIDEM, pág. 511

Por lo que se refiere a las reglas de interpretación nuestro Código Civil, podemos analizar los artículos en la siguiente forma:

Artículo 1851.- "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas"

En el primer párrafo parecerá que se encuadra a un sistema de voluntad declarada; siempre que los términos sean claros, sin embargo el segundo párrafo asume la voluntad interna como prevaleciente sobre las palabras declaradas; podemos entonces decir que en nuestro Código Civil la voluntad como elemento directriz para la interpretación de un contrato.

Con respecto al artículo 1852 dice lo siguiente:

Artículo 1852.- Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar.

En efecto, una vez formulado el contrato no puede integrarse nuevos elementos en este, pues a nuestro parecer, no sería una interpretación cabal del contrato, sino una formulación de un nuevo contrato.

Los siguientes artículos los podemos integrar en un sólo comentario: Artículos 1853, 1854, 1855.

La interpretación integral del contrato, es analizar el

contrato como un todo, en efecto conociendo el contenido completo de un acuerdo, se puede desentrañar el sentido de algunas partes oscuras, así como la dirección hacia un fin perseguido. Sería una falta de técnica jurídica tratar de resolver una parte dudosa en un acuerdo sin estudiar precisamente el contexto donde se encuadra; es decir el contexto de las declaraciones y del clausulado del contrato.

Artículo 1856.- "El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos".

Este ordenamiento indica que el uso y la costumbre también son instrumentos para la interpretación, es decir las prácticas reiteradas en una región y tiempo determinado.

Para concluir veamos el artículo 1857.

Artículo 1857.- "Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso, se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venir ese en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

En pocas palabras estamos en el primer párrafo ante una regla de equidad, es decir siempre ante una imposibilidad de resolución de un acuerdo, se buscará una proporción en las prestaciones.

El segundo párrafo reitera que la intención o la voluntad interna es el fin que busca la interpretación, pues si no se alcanza, entonces el contrato será nulo.

CAPITULO TERCERO; PROBLEMATICA EN LA CONTRATACION

3.1.- RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO

3.2.- COSTOS DEL CONTRATO

3.3.- PROCESO Y ARBITRAJE

" LA REINA MAB, NODRIZA DE LAS HADAS CORRE
POR LOS DEDOS DE LOS ABOGADOS Y SUEÑAN CON
PROCESOS, RECORRE LOS LABIOS DE LAS DAMAS Y
SUEÑAN CON BESOS "

WILLIAM SHAKESPEARE " ROMEO Y JULIETA "
ED. PORRUA, MEXICO 1986.

CAPITULO TERCERO; PROBLEMATICA EN LA CONTRATACION

3.1.- RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO

Al tener el ser humano la libertad de elección en el actuar, es decir el libre albedrío, el sujeto opta por una aptitud, que en principio pudiera ser buena o pudiera ser mala, dejando estos calificativos a un lado, lo cierto es, que el actuar cualquiera que éste sea es propio del sujeto que lo realice y por ende es responsable del mismo, en este sentido el sujeto debe de responder por sus propios actos.

"En materia de derechos creditorios u obligaciones, la palabra responsabilidad puede tener dos sentidos, implicaciones de su significado idóneo; debe de satisfacer. Ese deber rige tanto para ajustar la conducta a lo debido, como cuando por violarlos corresponde una sanción:...⁷⁴

"El sentido estricto de la palabra responsabilidad se circunscribe a la reparación"⁷⁵

A nuestro entender en la esfera de la materia contractual se dan dos vertientes en cuanto a la responsabilidad.

Se tiene que responder por el cumplimiento y se tiene que responder por el incumplimiento, cuando se contrae una obligación derivada de un contrato las partes se responsabilizan de su cumplimiento, podemos decir que un hombre responsable es un hombre cumplido, los pactos deben ser cumplidos.

⁷⁴ ALTERINI ALILIO ANIBAL, " Responsabilidad Civil " Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1987. pág. 26

⁷⁵ IBIDEM. pág. 27

No obstante existen otras fuentes de obligación, que no derivan de un acuerdo de voluntades y son todos aquellos actos o hechos, que se les denominan fuentes extracontractuales, por ejemplo hechos ilícitos, responsabilidad objetiva, declaración unilateral de la voluntad. El Código de 1928, se ocupa separadamente de las dos especies de responsabilidades: de la extracontractual, en el título denominado "Fuentes de las obligaciones" y de la contratación en el título denominado "Efectos de las Obligaciones".

En estos términos podemos decir que la responsabilidad contractual deriva de la manifestación de voluntad de las partes que las constriñe a el cumplimiento de una obligación, y es decir a mi pensar la responsabilidad alude en primera instancia a responder del cumplimiento y en segunda instancia, que es la situación de mayor efecto jurídico, en tratándose del incumplimiento, en otras palabras, se debe de responder para el caso de no cumplir las obligaciones.

Pero con relación a nuestro trabajo nos limitaremos al análisis de la responsabilidad contractual; entonces la responsabilidad contractual basada en el incumplimiento se vincula a un daño que sufre el afectado por el incumplimiento, si entendemos que el daño es toda afectación en la esfera patrimonial, dicho daño debe ser resarcido o indemnizado, en este sentido se expresa el artículo 2110 de nuestro Código Civil.

En los casos de responsabilidad extracontractual un hecho jurídico, produce esa responsabilidad sin que antes de este hecho existiera un acreedor y un deudor; mientras que en la responsabilidad contractual, hay una obligación preexistente.

"Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".

Los elementos que constituyen la responsabilidad contractual, serán un incumplimiento de la obligación imputable al deudor o su mora.

La responsabilidad que sobreviene por el incumplimiento de un contrato de principio causa una afectación en la esfera jurídica de una de las partes esta afectación debe ser resarcida o indemnizada es decir debe de aliviar el daño producido.

"La indemnización consiste en el paso de una suma de dinero equivalente al daño sufrido por el damnificado en su patrimonio". 78

En ese sentido se expresa el artículo 2104 de nuestro Código Civil al disponer lo siguiente en su primer párrafo:

"El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios..."

Así las cosas podemos bifurcar la cuestión de responsabilidad en dos vertientes principalmente, una el pago de daños y dos, los perjuicios.

Entendemos como daño al menoscabo en el patrimonio de una persona y como perjuicio la privación de toda ganancia lícita; para recalcar este aspecto de responsabilidad podemos hablar, que cuando no se cumple una obligación el afectado podrá pedir el cumplimiento de dicha obligación o la resolución de la misma con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos tal como lo prevee el artículo 1949, sobre la cláusula resolutoria implícita.

78 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, " Teoría General de la Responsabilidad Civil " 6a. edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina 1989. pág. 66

En un acto jurídico cuando el deudor deja de cumplir con su obligación, el acreedor debe probar que hubo inexecución del acto por el actuar doloso o negligente del deudor el cual responde de daños y perjuicios, si es culpable y son imputables a él esos daños y perjuicios.

Podemos distinguir entre 3 tipos de culpa, culpa grave o lata culpa leve o culpa ligera o levisima, en este orden de ideas la culpa grave es aquella que se comete cuando una parte no cumple con un deber de cuidado, culpa leve es aquella que estriba en no poner el deudor el cuidado que se deba poner en el acto, culpa levisima, cuando se comete al celebrar un contrato en interés estricto del deudor.

Pues bien, desde luego que el sujeto que intencionalmente no ejecuta el acto incurre en dolo, podemos decir que su voluntad no es acorde al objeto del acto mismo.

Otro elemento constitutivo de la responsabilidad contractual se refiere a la situación jurídica de la mora, la mora es el retardo en el cumplimiento de la obligación, y de la cual se deriva la indemnización de daños y perjuicios, este retardo debe ser imputable al deudor.

Algunas veces la simple mora, representa la total inexecución del contrato, y otras veces el contrato puede y debe aun ser ejecutado. Para que la teoría de la mora pueda ser aplicada, es necesario que el cumplimiento de la obligación sea posible.

La constitución en mora no es solamente necesaria para que el acreedor pueda reclamar la indemnización de daños y perjuicios, si no para que tenga derecho a ella.

La responsabilidad en caso de mora comienza a surtir sus efectos si la obligación de hacer no dependiera de plazo cierto cuando exija el pago el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación, es

efecto del emplazamiento producir todas las consecuencias de interpelación judicial, si por otros medios no se hubiere constituido ya en mora el obligado según lo señala el artículo 259 del Código de Procedimientos Civiles de 1932.

Si la obligación de hacer fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste.

El que contraviene una obligación de no hacer, pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención, es decir sin necesidad de interpelación.

En caso de que la obligación de dar no tuviera plazo cierto comenzará la responsabilidad después de los 30 días siguientes a la interpelación judicial o extrajudicial, si la obligación de dar tuviere plazo fijo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste.

La indemnización de daños y perjuicios la puede exigir el que tiene derecho de pedir el cumplimiento de la obligación, en otras palabras el derecho de exigirla la tiene las personas que sufren el perjuicio.

La indemnización de daños y perjuicios consiste siempre en la atribución de una suma de dinero destinada a compensar el daño causado por el retardo de la inejecución, de aquí que la indemnización es de carácter pecuniario.

De nuestra investigación, hasta ahora hemos tocado las figuras centrales en toda Teoría General del contrato, pensamos que era del todo necesario hacerlo, para tener la idea fija del tratamiento doctrinal del contrato, desde una perspectiva básicamente jurídica, pero como hemos venido expresando, a la luz del desarrollo contractual en la actualidad, bajo el imperio un sistema liberal en franco apogeo, cuando se rompen barreras en las fronteras, ante un mundo cada vez más interlacionado, se

impone el planteamiento económico de que la figura del contrato repercute en la actualidad, podemos decir que como fuente principal de las obligaciones, la figura contractual adquiere hoy por hoy la figura jurídica y económica central en el sistema liberal, en un orden de intercambio de riqueza, el contrato representa el instrumento de toda relación económica e idónea para la economía del mercado, es así que mirar al contrato desde una perspectiva económica, es mirarlo desde un contorno actual; y este mismo contorno propio del contrato, en un primer aspecto se debe cuidar básicamente que el contrato optimice sus beneficios, es obtener menores costos y mayores ganancias en el intercambio de los bienes o en otras palabras que el costo que implica globalmente el contrato, abarque sólo lo necesario para lograr sus fines, a saber, crear, transmitir derechos y obligaciones, no es justificable aumentar el costo en tanto se logre el fin primario del contrato.

Lo que hemos visto hasta ahora lo hemos analizado desde la perspectiva jurídica pero es indudable que todo aquello representa una alteración económica de costos dentro del contrato, y que nos avocaremos en nuestros siguientes apartados a tratar de explicar los contornos que se delimitan en la actualidad para el contrato.

Aspecto fundamental relacionado con la responsabilidad se refiere a los riesgos que entraña la pérdida de la cosa, cabe preguntarse quién sería el responsable de dicha pérdida; en principio para imputar a una persona la responsabilidad, la pérdida debe provenir por su culpa, así las cosas habrá culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa. (art. 2025 C.C.)

Resulta claro que si la pérdida de la cosa ocurre estando en poder del deudor existe la presunción de que la pérdida fue producto de la culpa de éste, así lo señala el artículo 2018; responderá entonces por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios.

Ahora bien qué responsabilidad existe ya no en la pérdida de la cosa, sino en su deterioro pues entonces el acreedor tiene dos opciones la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado que se encuentre y exigir la reducción del precio y el pago de daños y perjuicios.

En tratándose de la pérdida por culpa del acreedor, el deudor queda libre de la obligación; y si se deteriora tendrá la obligación de recibir la cosa en el Estado que se encuentre.

Por último qué es lo que pasa si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor. Pues en este caso quien soporta la pérdida es el acreedor o mejor, el dueño de la cosa.

Una vez analizado someramente estos tipos de figuras jurídicas relativas a la responsabilidad en el Derecho Civil, restaría mencionar por último que la materia contractual da margen a regular responsabilidad en su propio contenido; así nos encontramos con la llamada cláusula penal, el artículo 2117 estipula lo siguiente; "La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes" y el artículo 1840 dispone que "Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace no se podrán reclamar daños y perjuicios".

Hemos visto hasta aquí aspectos importantes concernientes a la responsabilidad en la materia contractual; pero ya es hora de tocar la materia contractual, veamos a continuación, los aspectos que a nuestro parecer son de tomarse en cuenta, en la actualidad.

3.2.- COSTOS DEL CONTRATO

En este apartado entraremos ya a lo que consideramos materia central de nuestra investigación, hablamos de la valoración económica que engloba la formación y ejecución del contrato, y que constituye un elemento básico en los caracteres actuales en contratación.

Todos estos pasos se traducen en costos, que pareciera ser que no son tomados en cuenta cuando se estructura un acuerdo de voluntades, en efecto, podemos decir que cuando se unen las voluntades y se crea el contrato la visión en primera fase se toma en cuenta es el contenido del bien o de la prestación que se vaya a ejecutar dejándose a un lado aspectos como la redacción, los gastos en la formación del contrato, gastos en la utilización de notarios, etc.

" La economía del Costo de Transacción plantea la cuestión de la organización económica como un problema de contratación." 77

Resulta evidente que un contrato entendido como un negocio jurídico de carácter patrimonial su objetivo básico económico es la transmisión del movimiento de riqueza. Lo anterior se puede extraer del concepto de obligación, que es una relación jurídica por la cual una persona llamada acreedor puede exigir de otra llamada deudor una prestación o una abstención de carácter patrimonial.

" Dichos intereses por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva, en el conjunto, un instrumento de utilidad, de la que participan en varias medidas cada uno de los contratantes, mientras que indirectamente se beneficia la sociedad ".78

Siendo el patrimonio entonces un conjunto de bienes y derechos susceptibles de valoración económica, el contrato en sí tiene intrínseco una finalidad o una función económica.

77 WILLIAMSON, Op. cit. pág. 30

78 HESSINEO, Op. cit. pág. 34

" La institución jurídica del contrato es un reflejo de la institución jurídica de la propiedad privada. Ella es el vehículo de la circulación de la riqueza, en cuanto se admite (no interesa en qué medida) una riqueza (esto es una propiedad) privada.

Si no se admitiese la riqueza (propiedad) privada ésta no podría circular y el contrato carecería casi enteramente de función práctica ". 70

De esta forma la visión del contrato en relación a los costos que conlleva, deberá ser más amplia que la simple consideración de la formulación de su forma, tomando en cuenta que el contrato no sólo es el documento donde se plasma la relación jurídica, sino que es en sí mismo toda la relación, hablamos de una contratación completa, desde que se inicia la discusión de su formulación, de la formación del acuerdo y de su ejecución inclusive; aspectos que tocaremos en nuestro último capítulo, por ahora nos acercaremos a los problemas que sobre costos del contrato podemos encontrar desde una visión amplia.

La redacción en el contrato y en los costos que evidentemente están relacionados al valor del objeto del contrato o de la prestación que implica.

Así pues el primer aspecto que podemos enumerar en relación a los costos se refiere a la formulación del contrato mismo, podemos decir en relación a esto, es que el monto del costo será una variable es decir será manejado como un monto que va a diferir en tratándose de cada tipo de contrato e incluso de cada caso concreto, así la formulación de un acuerdo podrá tener una valoración en costos bajo o alto, ya sea que se empleen los servicios de personas especializadas o de funcionarios como los notarios, así las cosas para el análisis que nos interesa podríamos tomar en cuenta este tipo de costos.

70 HESSINEO Op. cit. pág. 15

"La variedad posible del contenido económico del contrato hace de él un instrumento flexible y particularmente precioso para la vida económica.

Pero es obvio que, al variar el contenido económico, varía también la disciplina jurídica particular del contrato. Las correspondientes reglas jurídicas están inspiradas precisamente en la peculiaridad y función económica de cada contrato". 80

● Desde la visión que pretendemos dar en este trabajo, cabe señalar que el contrato como instrumento de intercambio de riqueza representa una transacción;

"Ocurre una transacción cuando se transfiere un bien o servicio". 81

Ante estas circunstancias podemos mencionar que no se puede negar que en los acuerdos de voluntades existe una relación negocial o mejor una negociación entre las partes, es decir una discusión previa a la formulación del contrato, estas situaciones representan otra problemática en cuanto al estudio de los contratos, la pregunta sería si estas negociaciones representan costos en sí mismo, y en todo caso en qué consistirían estos costos.

" Con el reconocimiento de la propiedad privada se enlaza indudablemente el principio de libertad contractual (expresión a su vez del principio de la autonomía de los particulares), el cual, si bien limitado en diversas formas, constituye, como se ha dicho la piedra angular de la disciplina general del contrato". 82

80 WILLIAMSON, Op. cit. pág. 13

81 HESSINEC, Op. cit. pág. 37

82 IBIDEM, pág. 15

De lo anterior diremos que con base en el principio de libertad contractual y en el reconocimiento de la propiedad privada, las personas al contratar necesariamente entablan una negociación donde se discute el contenido y términos del acuerdo, reiteramos entonces el cuestionamiento en el sentido en qué medida dichas negociaciones traen aparejados costos.

"Libertad contractual significa, entre tanto, que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato y que éste debe ser el resultado del libre debate entre ellas..."⁸³

Así las cosas el contrato es la figura principal en el contexto de los negocios.

"La importancia principal del contrato legal es la provisión de un marco para casi todo tipo de organización grupal y para casi todo tipo de relación pasajera o permanente entre individuos y grupo un marco muy ajustable, un marco que casi nunca indica correctamente las relaciones reales en operación, pero que nos da una idea general alrededor de la cual varían tales relaciones, una guía de apelación final cuando las relaciones cesan de operar en efecto".⁸⁴

Podemos decir que para la formulación de todo contrato se deberá hacer un estudio o análisis meticulado e inclusive científico, haciendo un estudio económico, administrativo, productivo y financiero, etc., sin embargo, desde la perspectiva jurídica pareciera que nos quedamos cortos en el estudio de los factores mencionados anteriormente.

⁸³ MESSINEO, Op. cit. pág. 16

⁸⁴ WILLIAMSON, Op. cit. pág. 16

Otras situaciones que se refieren a la problemática que entraña la contratación se refiere a la forma de ejecutarse, así bien podemos decir que dependiendo de que categoría de contrato se refiera también así existirá una variante en cuanto a sus costos, ya sea de ejecución instantánea, ejecución diferida y de tracto sucesivo, sin él también será necesario tomar en cuenta si el contrato prevé una prestación, un no hacer o un dar. Ahora bien, como deberá hacerse la entrega en las obligaciones de dar o de qué forma se dará prestación o abstención en las obligaciones de hacer o de no hacer; es decir dependiendo de la dificultad para la ejecución del acuerdo, en ese sentido el costo podrá ser menor o mayor. ⁸⁵

Como vemos el problema no es fácil en realidad es nada fácil, pues tratar de abarcar todos los elementos que hasta ahora hemos enunciado, contrae la responsabilidad de hacer un análisis microanalítico y complejo.

Son estos aspectos, los cuales consideramos de relevante importancia sobre los que versa nuestro estudio y de los que trataremos de dar lineamientos generales, puesto que sería muy ambicioso hacer un análisis preciso de fórmulas exactas en los contratos y revasar la finalidad de nuestro presente trabajo.

Los anteriores aspectos en lo relativo, cuando la ejecución del contrato fuera a resultar normal puede no acarrear problemas, sin embargo pudiera suceder que en la ejecución o cumplimiento del contrato sucedieran situaciones imprevistas, no contempladas en la formación o redacción del contrato, desde luego que estas circunstancias no contempladas traen aparejadas modificaciones que implicarían pérdidas de tiempo y mayores gastos.

Debemos de buscar respuestas entonces para que estos casos puedan ser aminorados en el impacto que pudieran causar en relación a las erogaciones y cantidades utilizadas en el cumplimiento del contrato.

⁸⁵ CFR. BUSTAMANTE ALSINA, Op. cit. pág. 64

Otro aspecto que pudiera ser tomado en cuenta es lo relativo a la pérdida de la cosa que también conlleva su problemática, y quien debe soportar los riesgos, por lo cual también se debe establecer la fórmula para aminorar estos riesgos.

Por último debemos hacer mención sobre la forma en que puede darse término a los contratos.

Como hemos visto un cumplimiento normal del contrato se puede enfrentar a diversas situaciones que modifique el gasto en sí, así también en caso de incumplimiento y aquí entramos a la problemática relativa a la resolución de los conflictos en los tribunales, que son situaciones procedimentales de los cuales necesariamente desemboca en el desembolso de mayor cantidad de dinero, de tiempo, y que resulta ser a nuestro modo de ver una contratación que no cumple con los fines por el cual fue formulado, es decir si un contrato o si todos los contratos realmente se cumplieren, no existiría algún problema que se presentara, algún litigio, algún caso imprevisto, etc., podríamos decir que el alcance del contrato en todos los términos ha sido realizado incluyendo la optimización de ganancias para todas las partes que lo han realizado. En otro sentido el contrato no cumplirá su función económica y su finalidad como instrumento económico, para los casos de incumplimiento o de problemática ante tribunales, o de cualquier otro aspecto que aumenten su costo que disminuye la ganancia o no sólo ésta, si no que no se alcance el fin práctico, económico del contrato, de transmisión de riqueza.

3.3.- PROCESO Y ARBITRAJE

No podemos dejar de mencionar, en un estudio de la naturaleza del presente, que pretende señalar las características principales que la contratación de nuestro tiempo; las formas de resolución de la controversia, derivadas del contrato.

En efecto, a nadie escapa la idea que la forma natural del resolver controversias, se efectúa a través de los tribunales; por medio de un proceso judicial ante los órganos jurisdiccionales legalmente facultados para ello; sin embargo existen otras formas de resolución de conflictos.

No obstante no ser tema de nuestra investigación para tener una visión general de las maneras de terminar las controversias haremos una breve mención de éstas.

En principio existe la forma denominada autodefensa, por la cual una de las partes en conflicto realiza actos tendientes a preservar un derecho o evitar un daño.

"La autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto o aun a veces los dos, como en el duelo o en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el estado a través del proceso".⁶⁶

Para Fairen Guillén la autodefensa "consiste en que uno de los sujetos en conflicto, sea un individuo, sea una persona jurídica, sea una masa indeterminada, resuelven o intenta resolver el conflicto pendiente con otro sujeto, a través de una acción directa en lugar de dirigir el instrumento apropiado hacia un tercero para que lo dirima".⁶⁷

Se manejan como ejemplos de autodefensa la legítima defensa, cumplimiento de un deber en guerra.

⁶⁶ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Proceso, Autocompañía y Autodefensa, UNAM. México 1991, 3a. Edición, pág. 50.

⁶⁷ FAIREN GUILLEN, Victor, Teoría General del Derecho Procesal UNAM. México 1992, 1a. Edición. pág 18

Otra forma de composición es la denominada Auto composición.

"Se trata de un arreglo pacífico del conflicto, por medio de un acuerdo, expreso o tácito, de los interesados en él, sin acudir a una tercera persona o entidad para que lo dirima".⁸⁸

Sobre la auto composición se manejan tres hipótesis, el desistimiento, allanamiento y transacción.

Sabido es que el desistimiento implica una renuncia a la pretensión litigiosa deducida por las partes, el allanamiento es el reconocimiento y sumisión de la parte atacada a la pretensión litigiosa contra ella dirigida; y transacción se refiere a un convenio entre partes donde se hacen mutuas concesiones para resolver una controversia.

Hasta aquí hemos visto someramente la forma de solución de conflictos la autodefensa y la auto composición; podemos decir desde luego que las formas auto compositivas de solución de conflictos pueden operar en la contratación y difícilmente se darán formas de autodefensa; pero entraremos ahora al análisis de las formas hetero compositivas de solución de conflictos a saber el Arbitraje y El Proceso.

Sobre la hetero composición Fairen Guillén manifiesta "Suponer la existencia de un conflicto intersubjetivo y el hecho de que los dos (o más) interesados, acuden a una tercera persona, desinteresada, a fin que lo resuelva imparcialmente"

En esta forma como se ha mencionado la solución de la controversia corre a cargo de un tercero, de un juzgador, esta será la forma más general hoy en día de solución de conflictos. Aristóteles ya mencionaba que acudir a una persona para la solución de un conflicto, se hace con la idea de que estas personas poseen un equilibrio.

⁸⁸ FAIREN GUILLEN, Op. cit. pág. 18

"Por eso cuando la gente litiga, somete su litigio al juez, someterse al juez significa someterse a la justicia y porque se considera al juez como personificación de lo justo; y los hombres buscan al juez como intermediarios y en algunos estados llaman a los jueces mediadores, en la creencia de que si obtienen lo intermedio conseguirán lo justo " ^{es}

En la forma heterocompositiva se deja en manos del juez o del arbitro la solución de las controversias, veamos ahora que características conllevan el arbitraje y el proceso.

El Proceso aparece como un medio jurídico para la dilucidación jurisdiccional de una pretensión litigiosa.

El concepto sobre el proceso connota dos partes en pugna y un organo jurisdiccional legalmente facultado para la resolución de conflictos conforme a la aplicación de la normatividad imperante y válida.

" El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio.

Así pues en resumen, el proceso - completo - consiste en una pretensión de una persona frente a otra, dirigida a través de un organo jurisdiccional, resistido por la " pretendida " y avocado por ello el litigio formado a que dicho órgano jurisdiccional ya establecido por la ley dicta una resolución sobre tal " cosa " vinculante para las partes " ^{es}

^{es} ARISTÓTELES, " Obras Filosóficas " Ed. Los Clásicos México 1974, pág. 214

^{es} ALCALA ZAMORA, Op. cit. pág. 116.

El proceso se compone entonces de varios elementos a saber, los sujetos, el objeto y el conflicto que conlleva una pretensión.

Pues bien podemos decir que en relación con el contrato o mejor sobre la contratación, desde luego que en caso de existir conflicto la forma común es llevar el litigio a tribunales y mediante el proceso jurisdiccional correspondiente darle fin y dilucidar el conflicto.

" Si el proceso abstractamente considerado, parece ser hoy por hoy, el mejor método para resolver los litigios, por la nota de imparcialidad que lo caracteriza y por la fuerza que a sus decisiones presta el ir respaldadas por el mecanismo coactivo del Estado, su funcionamiento en concreto es en la mayoría de los países, objeto de nuevas críticas " ⁹¹

El sistema jurídico acepta la figura de un tercero que da solución al conflicto suscitado entre las partes y a cuya decisión se someten estas, esta figura recibe comúnmente el nombre de arbitro aunque puede tener distintas acepciones.

El arbitraje es la otra forma de heterocomposición de los litigios, es decir es una forma de heterocomposición, aquí el encargado de resolver el conflicto, a quien las partes le ponen en sus manos dicha resolución es el arbitro, esta figura recae en una persona especializada y conocedora de la materia, en la cual el asunto se esta dilucidando.

" El ordenamiento jurídico, con más o menos amplitud y más o menos confianza , reconoce el poder de las partes de someterse

⁹¹ ALCALA ZAHORA, Op. cit. pág. 112.

a la resolución de su controversia pronuncien particulares, desprovistos de un permanente poder jurisdiccional " 82

Vemos en el arbitraje, nuevamente la importancia de la voluntad, del poder de esta, para que en la contratación, en caso de conflicto y si así se acuerda, la resolución se ponga en el criterio de un Arbitro, por otra parte este arbitro no es cualquier persona sino como hemos dicho, es de desearse que recaiga en un especialista.

" Debe tener su nacimiento histórico en el hecho de que una o varias personas, se interponga entre los interesados en el litigio, a fin de darle una solución pacífica e imparcial " 83

El arbitraje nace de la propia voluntad de las partes, en este sentido, se identifica propiamente con los acuerdos de voluntades, así el arbitraje se convierte en una serie de actos sencillos y menos complicados que el que entraña un proceso propiamente dicho.

" Su base actual, se halla en la figura del contrato: los interesados " acuerdan " el someter una o varias diferencias a ese " tercero imparcial " y le dan potestad para efectuar los actos necesarios a tal labor hasta que el conflicto quede prácticamente resuelto " 84

82 D'ONOFRIO PAOLO, " Lecciones de Derecho Procesal Civil " México 1945, pág. 80

83 FAIREN GUILLEN, Op. cit. pág. 18.

84 IDEM

En primera impresión, encontramos en el arbitraje un sistema de resolución más sencillo, y que sería de mayor rapidez en la toma de decisiones, y este derivado del acuerdo de las propias partes.

" Tiene el " arbitraje " en sus diferentes manifestaciones, las características de que son los interesados los que lo hacen nacer (al determinar la persona " tercero imparcial " por medio de un contrato) y los que determinan su extensión, le fijan un plazo determinado para que lo haga y al final del mismo recaen en sus potestades " 95

Con las características señaladas anteriormente, podemos externar que a nuestro criterio es el arbitraje el procedimiento idóneo para resolver rápida, sencilla y por demás equitativa para los conflictos derivados de la contratación. Lo anterior porque son las propias partes las que elijan a la persona o personas que conforman el arbitraje es decir surge del acuerdo de voluntades; por otro lado se fija el plazo en el cual se debe de dar la decisión, y así evitarse un juicio interminable o que conlleve un mayor gasto de tiempo ; la persona en que recaiga el arbitro, será una gente especializada y versada del asunto y la materia de que se trate la controversia.

Ante las anteriores consideraciones, y con perspectiva del evidente bajo nivel de prestigio con el que cuentan los procedimientos judiciales, la recomendación viable, es que en la contratación privada, el arbitraje será el procedimiento mas confiable y que representa un menor gasto en tiempo y en actos jurídicos.

Así las cosas el arbitraje posee caracteres propios y valiosos para la resolución de controversias.

95 FAIREN GUILLEN. Op. cit. pág. 19

La problemática que aparece entre el proceso judicial y el arbitraje, una vez analizada las diferencias substanciales de cada sistema, salta a la vista la conveniencia del sistema arbitral.

CAPITULO CUARTO; LA RELACION CONTRACTUAL EN LA ACTUALIDAD

4.1.- ELEMENTOS DE LA RELACION

4.2.- LOS COSTOS DE LA RELACION

4.3.- REGULACION Y NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACION

**" NO HAY NADA MAS NOBLE QUE LA LEY, PUES
DISTINGUE A LOS HOMBRES DE LAS BESTIAS
POR QUE ESTAS SE RIGEN TAN SOLO POR EL
INSTINTO Y EL HOMBRE ES GOBERNADO POR
LAS LEYES DE SU ESPIRITU Y POR LO TANTO
ES LIBRE "**

**MARCO TULIO CICERON
" DISCURSOS " ED. GRIJALVO, MEXICO 1983**

CAPITULO CUARTO; LA RELACION CONTRACTUAL EN LA ACTUALIDAD

4.1.- ELEMENTOS DE LA RELACION

Hasta ahora hemos hecho o nos hemos acercado mejor dicho al estudio del contrato desde una perspectiva tradicional, en este apartado nos alejaremos un poco de la concepción tradicional, que ve en el contrato una figura netamente jurídica dando explicaciones normativas al mismo, y tratar de acercarnos a una concepción de mayor actualidad, desde luego debemos de comenzar para hacer el análisis de los elementos de la relación que surge en un acuerdo de voluntades.

El contrato se ha entendido como un acuerdo de voluntades, la contratación se refiere a la acción de contratar; esto nos lleva a la creación y transmisión de derechos y obligaciones; desde una perspectiva actual no debemos de dejar pasar desapercibido que el contrato es una figura de intercambio de prestaciones patrimoniales principalmente, es decir contiene un fundamento económico o mejor dicho una función económica.

Diríamos que el contrato es el instrumento básico para una transacción como lo entiende Williamson " Ocurre una transacción cuando se transfiere un bien o servicio a través de una interfase tecnológicamente separable " ⁸⁸

El contrato como acuerdo de voluntades, ya que un acuerdo implica una determinada relación jurídica, así una relación jurídica se compone de sujetos que forman la relación y un objeto.

Así la doctrina diría que los elementos de existencia son

⁸⁸ WILLIAMSON, Op. cit. pag. 13

el consentimiento, el objeto posible y los elementos de validez, que serán la ausencia de vicios del consentimiento, el objeto lícito, la capacidad, y la formalidad.

" Relación jurídica denota una relación intersubjetiva, o sea entre dos (o mas) sujetos: uno (o algunos) sujeto activo y el otro (o los otros) sujeto pasivo " e7

Lo anterior se maneja en la doctrina general del contrato, pero en este apartado nos acercaremos a una visión diferente sobre la contratación , podríamos decir que los elementos de la relación contractual en la actualidad se manejan en la búsqueda de encontrar las formas o formulas que provoquen una optimización en el contrato; optimización en todos los órdenes, económicos, sobre su ejecución y su eficacia, como instrumento jurídico y económico.

A nuestro parecer la visión actual que se debe de tomar en cuanto a los sujetos que forman la relación deben referirse en el mismo sentido de como lo llama Oliver Williamson, " que los agentes humanos están sujetos a una racionalidad limitada, de modo que el comportamiento es intencionalmente racional, pero solo en forma limitada y que se inclinan al oportunismo que es una búsqueda al interes propio con dolo ". e8

Desde este particular punto de vista podemos decir que en toda contratación, los sujetos buscan para si mismos una ganancia en su interes propio, la doctrina general diría que las partes deben actuar de buena fe, pero pareciera ser que existe un sentir

e7 MESSINEO pág.3

e8 WILLIAMSON , Op. cit. pág. 40

oculto de las partes en cada contratación, es decir en la manera de formar el contrato, cada parte tratará de sacar el mayor provecho posible, en eso se basan las negociaciones.

" El oportunismo es una fuente problematica de incertidumbre conductista en las transacciones económicas, cuya incertidumbre se desvanecería si los individuos fuesen enteramente abiertos y honestos en sus esfuerzos por obtener ventajas individuales, o bien si pudiera presumirse plena subordinación, autonegación y obediencia " es

De esto podemos decir que la naturaleza del hombre es buscar su propio beneficio, así se expresan autores como Maquiavelo que comprendiendo la naturaleza humana nos dice en su obra " El Príncipe "; " Un gobernante prudente no debe cumplir lo que promete cuando ello vaya en contra de sus intereses, ni cuando ya no existan las razones que lo llevaron a comprometerse < ... > Jamás han faltado excusas legítimas a un príncipe que deseara incumplir honorablemente su promesa " esto es claramente significativo en la propensión del ser humano de actuar en forma oportunista.

Así las cosas no hay que perder de vista que toda contratación, va a ser realizada por los impulsos personales los cuales variaran en relación a cada persona y en cada contrato.

La doctrina general del contrato llamaría a esto la causa impulsiva, pues bien creemos en la necesidad de partir de la base que el hombre siempre va actuar de acuerdo a sus propias necesidades e intereses.

Así los sujetos o las partes en la contratación como elemento de la relación jurídica, adquieren en la actualidad la

relevancia como sujetos que basan sus actividades económicas en el contrato.

Desde esta perspectiva la contratación da un giro y no sólo se le debe de ver como una figura jurídica, sino como un instrumento básico en la economía.

Recapitulando, en estos primeros comentarios en torno a los contornos actuales de la contratación podemos decir que la doctrina del contrato maneja la buena fe y el principio de que los pactos deben ser cumplidos "pacta sunt servanda", es decir podemos decir que se basa en un principio de confianza en que lo prometido se va a realizar, sin embargo esta idea en la aplicación práctica pareciera que se desvanece ante un capitalismo total, en donde la efectividad, la optimación y el beneficio es el que impera.

Así las cosas sin olvidar que la buena fe debe seguir preservandose como una idea subyacente en todo contrato, en la realidad actual es indiscutible que se deben de analizar que todo hombre o que toda persona tiene actitudes que se aprecian en las contrataciones, así en la formulación de un contrato, en principio la persona va a sopesar o a tratar de visualizar la ganancia o la pérdida que traiga como efecto la contratación, sin embargo también es cierto que no todos los hombres tienen la capacidad de visualizar totalmente todos los pormenores que se pueden dar en la contratación.

" La racionalidad intencional es responsable de la determinación observada en los agentes económicos y las organizaciones económicas. Sólo en un contexto de racionalidad limitada surgen interesantes relaciones económicas y de organización " 100

" Es precisamente en el terreno donde el comportamiento humano es intencionalmente racional, pero solo limitadamente, que hay lugar para una teoría genuina de la organización y administración " 101

Partiendo de los supuestos antes descritos, en el análisis actual del contrato, se tomaran en cuenta los supuestos conductistas, así el hombre al comportarse suponemos racionalmente tendrá que hacer un estudio de los alcances de la contratación que pretenda llevar a cabo, y en este sentido el efecto y el resultado que se da actualmente son formas de contrato verdaderamente complejos que contiene en un clausulado amplio y detallado.

" En que consiste el comportamiento racional ? Por lo menos dos significados son de uso común (y a menudo se confunden). El primer significado se refiere al método, el segundo al resultado. En lo tocante al método, el comportamiento racional es la acción escogida con base en la reflexión más que en hábito, prejuicio o emoción. En cuanto al resultado, el comportamiento racional es una acción que en realidad alcanza metas, se trata de dos cosas distintas. En primer lugar, un buen método puede aportar resultados deficientes " Los mejores planes de los hombres y animales acaban por frustrarse " 102

En efecto los hombres siempre tendrán una racionalidad limitada, siempre existirá algún margen de error ante previsiones en torno a la contratación.

En relación a los contratos que tiene un contenido complejo y un clausulado amplio, el primer problema al que nos enfrentamos

101 WILLIAMSON, Op. cit. pág. 22

102 HIRHLEINFER JACK, " Microeconomía Teoría y aplicaciones ", 3ra. edición, Ed. Prentice Hall, México 1992, pág. 9

es el relativo a la dificultad en su estudio, análisis e interpretación.

Recapitulando una característica actual propia de todo contrato es buscar un contenido que trate de abarcar cualquier situación o aspecto en torno a la ejecución y resolución del mismo, por nuestra parte propondríamos, mas que un clausulado complejo un contenido claro, lenguaje sencillo y detallado.

Por otra parte otra situación que se debe de tomar en cuenta en la contratación actual se refiere a la realización y eficacia del contrato, en este sentido la problemática se plantea en el sentido de que es lo que se tiene que hacer para los casos en que la ejecución resultará difícil o cambiaran las circunstancias iniciales en las cuales se forma el acto, desde luego nos estamos refiriendo, a situaciones imprevisibles, podríamos decir que estos aspectos cuando se presenta afectan en gran medida la eficacia del contrato, y no solamente eso sino su valoración en sus costos; así la contratación actual deberá velar por una rápida y adecuada adaptación a cualquier cambio que pudiera tener el acuerdo.

" El problema económico de la sociedad es principalmente un problema de rápida adaptación a los cambios ocurridos en las circunstancias particulares de tiempo y lugar " 103

Fenómenos como inflación, devaluación de moneda, aumento de los costos de materiales, escasez, fenómenos naturales, los cuales afecten la ejecución o el buen fin de un contrato son circunstancias que de alguna u otra manera pueden afectar la contratación.

En este orden de ideas podemos decir que un aspecto fundamental en la actualidad sobre la formación de acuerdos lo

representa lo relativo a la aparición de riesgos imprevisibles que pueden traer aparejada la relación, sabido es que la teoría de la imprevisión desde la perspectiva en la cual se maneja en el derecho privado se refiere a la posibilidad legal que pueden tener los tribunales de cambiar los términos del cumplimiento de las obligaciones.

" 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 medievo 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 " 104

Bien sabemos la fuerza que tiene el principio de que los pactos deben ser cumplidos, sin embargo creemos en la bondad que puede aparejar la aplicación de la teoría de la imprevisión.

" Cuando los canonistas hicieron admitir que toda promesa es obligatoria, aun cuando se haga sin formalidades, ello respondía a la idea que guardar la fe dada es un deber de conciencia. El principio de la buena fe domina la voluntad de las partes y no puede admitirse que ello solamente es así al tiempo de formarse el contrato y no al de no engañar al contratante, también obliga a no enriquecerse con sus perjuicios si, por circunstancias imprevistas, el contrato se convierte en algo muy distinto que lo que habían pretendido ambas partes " 105

104 DE PINA VARA, Rafael, " Elementos Derecho Civil Mexicano " volumen tercero, 5a edición, México 1980. Op. cit. pág. 273.

105 PLANIOL RIPERT, Esmein, " Tratado Teórico-práctico de Derecho Civil " Ed. Cajica, México, pág. 560.

En este orden de ideas el estudio de la teoría de la imprevisión se topa con obstáculos y dificultades en cuanto a su aplicación, tal como se concibe en la revisión del contrato; sin embargo creemos que las circunstancias en que se puedan ver involucradas las partes en el contrato pueden ser aminorados en su impacto, cuando sobrevengan imprevistos a través de la inclusión de cláusulas que bien podríamos llamar de imprevisión, es decir podemos proponer que la relación contractual puede verse dirigida a través de estipular cláusulas que encaucen una eficaz ejecución de los acuerdos, en la contratación actual adquieren formas como cláusulas de revisión de precios, cláusulas de indexación o cláusulas estabilizadoras.

" La revisión de precios gravita sobre un contrato perfecto y que desde su nacimiento tenía vocación de permanencia hasta su ejecución en todas sus cláusulas. Es decir, quienes contrataron no previeron que habría de experimentar variaciones y por ello, no hicieron estipulaciones específicas de variación, pero el plazo de ejecución de la prestación por el contratista surgieron las alteraciones que con base en la doctrina del riesgo imprevisto, hacen considerar a las partes la necesidad de revisar el contrato " 106

Una característica de la contratación moderna, se refiere entonces al establecimiento de este tipo de cláusulas estabilizadoras.

" Conceptualmente, desde el punto de vista del objeto; sería posible crear una variedad infinita de cláusulas: cláusula oro, trigo, etc. " 107

106 MORENO GIL Oscar. " La revisión de precios en la contratación administrativa " Ed. Civitas, Madrid 1980, pág. 123.

107 MORENO GIL, Op. cit. pág. 156

En efecto se puede tomar como base en la adaptación de precios, el valor de un material o de un metal, en fin cualquier objeto en relación al contrato determinado. No obstante se reconocen dos tipos de cláusula de principio o de variación, y cláusulas automáticas, o de revisión.

" Las primeras se limitan a precisar las condiciones que abren el derecho del contratista a la revisión de precios, las segundas son las que determinan a la vez las condiciones de revisión y las reglas precisas a seguir para el cálculo de los nuevos precios " 108

Por último podemos expresar que este tipo de estipulaciones o cláusulas surgen en virtud de cubrir malas adaptaciones que se puedan llegar a presentar en la contratación.

Entre las características actuales de contratación tenemos entonces que el análisis de los acuerdos, se realizan originariamente en relación con las cualidades personales de las partes, es decir, en la formación del negocio jurídico del contrato se tomará en cuenta, que las personas actúan con base en una previsión de acontecimientos, porque es imposible visualizar todos, existe entonces una racionalidad limitada, por otra parte; los sujetos actúan en una dirección de interés propio; en otras palabras, en la contratación las partes quieren siempre obtener el mayor provecho o ganancia en la transacción; o mejor todavía, alcanzar en el contrato las condiciones más favorables.

Por otra parte tenemos como otra característica actual, la formación e inclusión de un clausulado que buscará la estabilización de alguna inadaptación que se provoque por algún cambio imprevisto; es decir una serie de cláusulas estabilizadoras.

Por último, bien podemos señalar como otra característica actual, es el llamamiento a un arbitraje antes que llegar a tribunales, la resolución de conflictos derivados de la contratación, pero esto lo veremos en nuestro siguiente apartado.

4.2.- LOS COSTOS DE LA RELACION

Para explicar este punto debemos partir de la base que en toda relación contractual, las partes o los sujetos que la forman, tienen la idea o mejor suponen que dicha relación les ha de beneficiar de cierta manera; en efecto, si las partes visualizaran que la contratación podría traerles alguna desventaja o algún daño desde luego que no lo formarían.

Pues bien podemos decir que en la economía del intercambio resulta benéfico tanto para compradores como vendedores, así también en la contratación, la relación debe resultar en beneficio de los contratantes.

" Los errores en el razonamiento económico a menudo se deben a que no se reconoce el hecho tan patente de que el intercambio voluntario beneficia a los que interviene en él " 108

Así las transacciones derivadas de los contratos, buscaran una optimización en el beneficio recíproco de los sujetos contratantes, es ahí donde reside un problema urgente en el actual mundo del contrato.

A nuestro parecer el contrato tendrá una eficacia completa cuando las partes obtengan el mayor beneficio que representa la relación y alcanzar los fines esperados por las personas que lo crean.

De manera evidente y clara, cuando un contrato requiere de mayores gastos o erogaciones para su formulación, desarrollo o ejecución, pensaremos que dicho contrato pierde eficacia en cuanto al fin por el cual fue creado.

En este sentido un estudio de real importancia en la contratación actual, lo representan las situaciones que puedan hacer más costosa una relación contractual, así como las formas en las cuales el contrato pueda alcanzar su optimación con el menor costo posible, a la vez que lograr el beneficio real esperado.

A partir de los argumentos anteriores entramos pues al análisis del costo de los contratos, y que bien pudiera llamarse en la terminología empleada por Williamson, costos de transacción.

Se ha dicho que la economía se aproxima mas a una " ciencia de contrato " que a una ciencia de elección, así las cosas lo que se busca en el contrato es reducir al máximo el costo que pudiese representar .

En otras palabras toda contratación se verá afectada con determinados costos; nada es gratis en esta vida, y menos en los negocios, la problemática entonces se enfoca en dilucidar e identificar cuales son los costos en la contratación; en la medida en que estemos en posibilidad de identificarlos, en esa medida estaremos trabajando no sólo en la formación de acuerdos prácticos, sino también para una economía de intercambio con beneficio de los contratantes.

Pues bien siendo que se trate de contratos de eficacia inmediata, de eficacia diferida, o de tracto sucesivo, en todos se encontraran situaciones que representen costos.

Así podemos hablar de costos en la formación del contrato, costos en su desarrollo, costos en su ejecución y aun más en caso de conflicto costos en la forma de resolución de controversias.

" Conviene distinguir los costos de transacción de tipo exante y de tipo expost, los primeros son los costos de redacción, negociación y salvaguardia de un acuerdo " 110

" Los costos expost de la contratación asumen varias formas; Se incluyen aquí : 1) Los costos de mala adaptación en que se incurre cuando las transacciones se salen del alineamiento, 2) Los costos del regateo, 3) Los costos de establecimiento y administración, 4) Los costos de aseguramiento de los compromisos " 111

De los anteriores párrafos se puede resumir en un plausible intento, los factores de los cuales podrá depender los costos de los cuales podrá depender los costos de una relación contractual; la contratación en general implica un intercambio de obligaciones, y si estas no se realizan adecuadamente, sobrevienen fallas en la relación y esto repercute en la economía de los sujetos de la contratación.

" cuales son pues los costos del intercambio propiamente

110 WILLIAMSON Oliver, Op. cit. pág. 32

111 IBIDEM. pág. 33

dichos, son los costos en una economía " libre ", que surgen específicamente de las voluntades e intereses de los participantes " 112

Solamente se tendrá éxito en estos tipos de operaciones, cuando las ventajas son mutuas para los que intervienen en ellos.

Así en las transacciones dependerá del caso concreto establecer el costo que conlleva su realización.

Toda contratación implica una negociación es decir un contacto directo entre las partes donde se dan a conocer el alcance de la relación, así como los pormenores del mismo; aquí se deben de estudiar la naturaleza del acuerdo, así como sus efectos, se tomarán en cuenta las situaciones que pudieran afectar al contrato, también las formulas necesarias para tratar de solventar los imprevistos; etc., tomadas las decisiones, formular entonces el acuerdo.

A nuestro parecer esta primera parte resulta fundamental en toda contratación, en efecto aquí se pone en marcha la habilidad de las partes para la toma de desiciones y sacar el mejor acuerdo, en relación a sus propios intereses; aquí el aspecto conductista del que ya hemos hablado anteriormente se da en forma ostensible; cada sujeto velara por un acuerdo favorable.

Pues bien este acuerdo tendrá que ser redactado, para darle forma; la redacción así como la negociación dada inciden en gastos.

Ahora bien, los costos convendría que fueran de la misma proporción para las partes, pero en cada caso concreto se vera la forma para solventar éstos, tanto de una como otra parte.

112 WILLIAMSON OLIVER, Op. cit. pág. 33

Cabe mencionar que este análisis no pretende exponer cantidades numéricas en relación a los costos, sino que lo que buscamos realmente, es enunciar las situaciones y factores que dentro de la contratación pueden incidir, e inciden realmente en el costo de la contratación. Lo anterior por el hecho de que cada contrato de hecho variara el grado de cantidades en dinero que se gasta, dependiendo del caso concreto.

Algo importante se refiere al establecimiento de un clausulado en que se estipulen situaciones de adaptación en casos imprevistos; por que ? porque indudablemente este tipo de circunstancias, afectaran en los costos de la contratación, evidentemente si un contrato se enfrenta en su ejecución ante circunstancias no previstas de valoración en costos inicialmente variara consecuentemente en el grado en que la circunstancias afecten al contrato.

Así las cosas se debe vigilar minuciosamente el contenido y redacción del contrato pues de esto dependerá una optimización en sus costos.

" Esto puede hacerse con gran cuidado redactando, un documento complejo en el que se reconozcan numerosas contingencias y se estipulen y convengan por adelantado las adaptaciones adecuadas para las partes. O bien el documento puede ser muy incompleto para que las partes llenen las lagunas a medida que surjan las contingencias " 113

De esta manera una de las fórmulas para no crear mas costos de los necesarios y tratar de prevenir futuros, será incluir un clausulado que detalle situaciones que pudieran repercutir en gastos adicionales, y solucionarlos, o mejor establecer las bases de solución en caso de que se presenten, las cláusulas de estabilización de las que ya hemos hablado, serían nuestros ejemplos.

Las cláusulas que integren al contrato buscaran ante todo la eficiencia y optimación del acuerdo.

La contratación actual tomara en cuenta los costos que le importan, así en principio se dará una planeación de antemano para la creación de los acuerdos.

Ahora bien debemos señalar que los costos no sólo deben de analizarse en la etapa inicial, si bien es fundamental y de tomar en cuenta también los costos que aparecen ya en la ejecución y desarrollo mismo del acuerdo, a lo que Oliver Willanson llama costos expost.

Así las cosas las circunstancias por las cuales no exista una adaptación de los contratos a las circunstancias que sobrevengan en si representan ya costos reales; en efecto un acontecimiento imprevisto representa realizar otras actividades no observadas originalmente, por otro lado representan tiempo en la ejecución del acuerdo, así el retraso en la ejecución de un acuerdo representa en si misma una pérdida de ganancia la optimización del contrato se ve perdida.

Otra situación clara que repercutirá en la pérdida del beneficio, se encontrara desde luego en el incumplimiento de alguna de las partes, el incumplimiento en si connota no sólo inseguridad en las prestaciones, sino una serie de actividades adicionales a las comunes que importa el cumplimiento sencillo, es decir los gastos imprevistos pensando en el cumplimiento puro y simple se ven afectados por el incumplimiento.

El incumplimiento importa costos que se tendrán que hacer con posterioridad a la formación del contrato

Pensamos que las principales causas de incumplimiento, se dan por intención de una de las partes o puede sobrevenir la pérdida de la cosa, en el segundo caso, para solventar esta situación será necesario la contratación de algún seguro.

En resumen los costos en el desenvolvimiento y ejecución del contrato importan aquellos gastos que se erogan cuando existe la necesidad de ir adaptando las circunstancias del contrato ante las condiciones actuales de la relación, o mejor de la transacción. Es decir los de mala adaptación de un acuerdo a las condiciones de actualidad, que repercutiría en hacer un ajuste de las condiciones originales.

Por otra parte, otro costo que sobrevendría sería el relativo al aseguramiento del compromiso, la cláusula penal sería en este caso una forma de asegurar el cumplimiento, así también la obtención de seguros para salvaguardar el objeto material.

Los anteriores tipos de costos son gastos que requieren de un análisis preciso en verdad, no deben pasar desapercibidos pues al final en caso de no tomarse en cuenta y que sobrevenga una circunstancia imprevista, es lógico pensar que la pérdida sería evidente en la transacción, o en otras palabras el beneficio esperado, no sería tal o ni siquiera existiría.

Por último, otro costo que sería de importancia y que debe ser previsto, es el relativo a las erogaciones que se darán en caso de sobrevenir algún conflicto o disputa.

En efecto lo preferible en toda contratación será que la misma se cumpla sin contratiempos, y en este caso la optimización del acuerdo será observado, sin embargo, que sucede si sobreviene un conflicto entre las partes; el ordenamiento privado prevee en principio que toda controversia será conocida por los tribunales competentes; pues bien, este tipo de composición de conflictos, indudablemente llevan aparejados costos; desde que se da un conflicto o controversia, a nuestro entender, el beneficio esperado por la transacción queda perdido.

Toda controversia importa una temporalidad en la solución, así como la contratación de abogados, estas situaciones también se traducen en costos.

En suma " se distinguen los costos de transacción ex ante y ex post; los costos ex ante son aquellos en que se incurre al preparar y negociar los acuerdos. Estos varían con el diseño del bien o servicio que se va a producir. Los costos ex post incluyen los de instalación y operación de la estructura de gobernanza o que se asigna al monitoreo y a la que se canalizan las disputas " 114

Como vemos aunque las figuras a que nos hemos referido son identificables, en realidad el análisis práctico y real en cada transacción resulta complejo, se requiere de un estudio microanalítico del contrato.

Por lo que se refiere a la estructura de solución de conflictos, se puede dejar en manos de los tribunales, pero pensamos que la forma más aceptable, es establecer de antemano las instancias y fórmulas necesarias para buscar una solución automática dentro del orden privado de las partes, pero de esto hablaremos en nuestro último apartado.

" los índices son parámetros compuestos que representan, para cada clase de trabajos, la descomposición del precio, que varía según varían aquéllos, se trata, pues, de fórmulas de variación de precios - establecidos de forma global y media - que corresponden a las cargas reales soportados por las diferentes categorías de contratos " 115

4.3.- REGULACION Y NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACION

Para dar por concluido el presente análisis sobre los contornos actuales de la contratación, haremos algunas reflexiones en torno a la forma o al cuadro normativo que representa la contratación.

114 WILLIAMSON Op. cit. pag. 388

115 MORENO GIL, Op. cit. pág. 189

En México, nuestra tradición jurídica, regula las relaciones contractuales desde un ordenamiento privado, así en nuestro Código Civil contiene capítulos que atienden específicamente al contrato; (Libro Cuarto Capítulo Primero) que contiene los rubros, del objeto y del motivo o fin de los contratos, forma, división de los contratos, cláusulas que pueden contener los contratos, interpretación, disposiciones finales.

Como podemos ver el tratamiento jurídico normativo que regula la contratación se encuentra muy bien encuadrado dentro de nuestra materia Civil.

Sin temor a equivocarnos diremos que la contratación es figura principal dentro del Derecho Privado.

No obstante lo anterior debemos de decir que en este punto no pretendemos hacer el análisis de artículos, si no tomar la regulación que en sí mismo trae consigo la contratación.

En el contrato que deriva de la voluntad de las partes regula por sí mismo las conductas de estos con relación al acuerdo. En este orden de ideas el contrato es un marco jurídico que sujeta la conducta de los que en él deben intervenir a lo estipulado; y tomando en cuenta la normatividad imperante.

Partiendo de las premisas anteriores la visión contractual tradicional explicara que tomando en cuenta las normas que regulan los contratos la eficacia de éstos podrá ser completa.

No obstante lo anterior a nuestro parecer en la visión actual que se debe tener de la contratación no debe limitarse a los aspectos puramente normativos, sino que debe buscar horizontes más amplios donde la relación contractual cumpla el fin de beneficiar a los sujetos que en ella intervienen.

" Aunque los investigadores del Derecho contractual han refutado y reiterado, vigorosamente la ficción de que los contratos se cumplen al pie de la letra y las disputas se presentan y arreglan rutinariamente en los tribunales, esta tradición conserva un control firme sobre la investigación legal y, más aún, económico. Eso se explica en parte por el hecho de que la ficción del centralismo legal puro es una conveniencia analítica enorme. Pero la ausencia de una teoría del contrato alternativa bien especificada, es probablemente la culpable principal " 118

Pareciera ser que la regulación del contrato tal y como se muestra en nuestros códigos bastaría para la adecuada realización de éstos, sin embargo nos atreveremos a señalar que para alcanzar el mayor grado de beneficio en los contratos es necesario, no sólo la aplicación de las normas vigentes si no una verdadera creación normativa dentro del contrato.

Entonces cuando exista un clausulado suficientemente amplio no de extensión pero si inteligentemente elaborado con el fin de que abarque todos los extremos, la regulación privada será de aplicación automática.

En este sentido la solución de los conflictos que pudieran derivarse de los acuerdos tendrán que ser de antemano previstos por las partes en el acuerdo.

Así como lo hemos dicho antes, los conflictos deben irse resolviendo de acuerdo a las bases dictadas en el acuerdo inicial de una manera automática.

La doctrina del derecho privado ubica al contrato como una figura base y principal en esta materia; el contrato principal fuente de las obligaciones e instrumento fundamental en la economía, ha sido estudiado , analizado y regulado exhaustivamente.

En materia jurídica la contratación es estudiada desde una fundamentación estrictamente normativa, su estudio abarca una parte general como doctrina general del contrato y un estudio y particular de cada especie de contrato, la contratación al implicar un acto jurídico se ubica en el deber ser.

Así las cosas para la creación y formación de un contrato se deben de allegar los fundamentos jurídicos contenidos en el orden legal, tanto en su formación, ejecución y la forma de solución de los conflictos; en cuanto a su formación se deben tener en cuenta las cláusulas que deben ser incluidas, y cuales son legales.

En cuanto a su desarrollo y ejecución se tomarán en cuenta las reglas contenidas, en cuestión al cumplimiento, en cuanto a la interpretación, riesgos o pérdida de la cosa y en relación a sobrevenir alguna controversia o conflicto éstos se realizaran por los tribunales; todos estos extremos son comúnmente conocidos en una aplicación tradicional de la contratación.

No obstante lo anterior las disputas contractuales son reiteradas, y a nuestro parecer estas situaciones terminan con la eficacia jurídica y económica que debe tener el contrato, es decir es relevante la importancia que en materia jurídica adquiere el contrato. pero aún más cuando el contrato busca su fin económico, así los factores jurídicos y económicos deben de ser conjugados para una buena contratación; los contornos actuales de la contratación deben desentrañar las relaciones jurídicas y económicas, para que el contrato alcance su máxima aplicación y encontrar la optimación en sus beneficios.

" El paradigma de la relacion contractual ha cambiado de la transacción singular, discreta, a las relaciones; los riesgos del cambio futuro tienden a ajustarse mediante alguna especie de proceso semiadministrativo, en lugar de respetar la letra de algún contrato original.

El resultado de estos y otros factores ha sido que, las

relaciones contractuales tienden cada vez más a ocuparse de las transacciones ejecutadas en todo o en parte. El derecho ha sido dominado cada vez más por lo que hacen las partes contratantes, y menos por lo que convinieron originalmente " 117

En el anterior sentido, la contratación en los tiempos de hoy, se debe ir adecuado a las circunstancias importantes del momento, y no sólo encuadrarse al marco normativo que lo rige, sino crear así mismo sus fuentes autonormativas, y visualizar de antemano sus formas de solución que sean mas eficaces y menos costosas, así la forma de resolución de conflictos que representa el estudio por parte de una persona especialista en la materia en que surge el conflicto, pudiera ser más eficaz, para su pronta resolución.

Creemos pues que la forma de resolución que más auge puede tomar para obtener la solución de controversias, son los tribunales pero, en que medida, estos tribunales realmente influyen en una buena resolución de conflictos?, bien sabemos que un litigio implica dinero y tiempo, desde que se propicia la controversia, la finalidad del contrato queda trunca, ya son otros factores los que determinaran el acontecer del problema, pero en referencia a la contratación, esta queda ineficaz en cuanto a sus fines económicos.

" Como se indicó antes, la tradición del centralismo legal mantiene que los tribunales están preparados para administrar justicia, siempre que surgen disputas contractuales. Si se presentan pocos casos a los tribunales, para su resolución, ello ocurre sólo porque los contratos se redactan con cuidado o porque el derecho de los contratos esta lleno de matices y los hechos pertinentes se destacan con facilidad " 118

117 WILLIAMSON, Op. cit. pág. 399.

118 IBIDEM, pag. 170.

Así las cosas una contratación actual deberá concebirse como un marco en el cual se contenga su propia regulación , y los elementos necesarios para su resolución en caso de disputa, antes de llegar a tribunales judiciales.

" Este contrato prevee las omisiones, los defectos de redacción y las contingencias imprevistas. Contra lo establecido por el centralismo legal, se harán esfuerzos bilaterales y trilaterales (arbitraje) para arreglar las disputas, en lugar de recurrir de inmediato al ordenamiento legal " 119

El procedimiento de contratación debe tener un enfoque que busque la máxima y constante eficacia de sus términos.

En fin, pareciera ser que la contratación tradicional es sumamente compleja por lo que la propuesta principal se refiere en principio a visualizar.

- 1.- Buscar un máximo beneficio para los contratos.
- 2.- Los pormenores imprevisibles que se pudieran dar en la contratación.
- 3.- El deseo de encontrar una forma de resolución práctica para los conflictos.
- 4.- Una disminución en los costos, o mejor un análisis concreto en cada caso de los costos que pudieran tener.
- 5.- Entender al contrato como una figura jurídica económica esencial para la colectividad.

Dados los anteriores puntos, las características actuales de la contratación las podemos resumir en las siguientes;

119 WILLIAMSON, Op. cit. pág. 171.

a) Un contrato con un contenido detallado y un clausulado lo suficientemente amplio para buscar una adaptación a cada circunstancia que afecte el contrato o la relación en sí, es decir la formación de un marco autonormativo del propio contrato.

b) Un estudio sobre los costos llamados de redacción y formación del contrato y sobre los costos que se den en el desarrollo de su ejecución y su cumplimiento; o los que resulten en caso de un conflicto.

c) El análisis pormenorizado y microanalítico de cada contratación concreta.

d) Establecer de antemano el procedimiento de resolución en caso de controversia que a nuestro parecer sería el arbitraje.

Dados así, los puntos fundamentales que a nuestro parecer conforman las características actuales de una contratación, podemos decir al final que ante la perspectiva económica de un neoliberalismo en auge, la contratación y en sí mismo la figura del contrato, lejos de desaparecer adquiere cada día mayor importancia como instrumento básico, jurídico y económicamente hablando, el orden privado a su vez encauza la vida de los pueblos, no puede ser menos, porque la libertad de los sujetos es uno de los valores fundamentales que deben de ser defendidos por cualquier jurista, y aun más, de cualquier persona humana que se precie de tener aspiraciones de desarrollo, de crecimiento, y de bienestar colectivo, y solamente se puede llegar a estos extremos cuando el ser humano contiene y preserva su valoración propia.

Será preciso siempre ejercer una crítica en torno a los procedimientos jurídicos y económicos que tiendan a buscar un óptimo beneficio para los sujetos o para los integrantes de una sociedad es momento de hacer un análisis, no hay que tener angustia de lo que se puede dejar de hacer, sino emplear toda la potencialidad humana para la creación de los instrumentos, que sirvan para el beneficio particular y colectivo.

Con este estudio desde luego no pensamos que hemos realizado un análisis exhaustivo del tema, sino que la pretensión se finca en sentar una investigación incipiente de los caracteres que hemos observado privan en la contratación, como serían los costos y la búsqueda de mayores y mejores beneficios en el horizonte contractual, dado que desde este punto de vista, la literatura jurídica es muy escasa en nuestro país.

Estamos siendo testigos de un avance sin paralelo en el sistema capitalista, cuya base principal sabemos radica en el establecimiento y protección de la propiedad privada, así como de una serie de relaciones comerciales entre las personas que viven bajo este régimen, así también las relaciones comerciales se dan entre las naciones, de una manera globalizadora, ejemplo de esto son los bloques comerciales creados en las últimas fechas, tanto en Europa como en América, a saber el Tratado de Maastricht, o el Tratado de Libre Comercio Norteamericano, situaciones internacionales que propician un mayor intercambio de riqueza y un mayor intercambio de acuerdos que conlleva un más amplio análisis de las figuras contractuales.

Es entonces evidente la relevante importancia del Derecho Civil, Así lo expresa Federico Castro y Bravo diciendo " Es el Derecho más propio y arraigado en el vivir del pueblo, pero a la vez por ello, el que esta mas cerca de la órbita inmediata del Derecho Natural " 120

Por último cabe mencionar la importancia de nuestra materia de Derecho Civil y del Derecho Privado en General que se manifiesta en los tiempos actuales, toda vez que se da una explosión de un sistema económico basado en la propiedad privada, por lo que queda en manos del Derecho Privado y aún más en la materia de contratación buscar las bases para los acuerdos justos y equitativos que son el ideal buscado por todos los juristas

CONCLUSIONES:

1.- El contrato como una institución básica en un sistema liberal, se traduce en un instrumento indispensable en la estructura económica de nuestros días.

2.- El contrato es el acto de mayor trascendencia en las relaciones jurídicas y económicas de orden privado entre los integrantes de una sociedad.

3.- Podemos decir que el contrato tiene una función económica que equivale a ser el instrumento idóneo para la transmisión de riqueza.

4.- Para obtener un máximo beneficio para las partes en la formulación y ejecución de un contrato, es necesario hacer un análisis exhaustivo del orden jurídico y económico del mismo.

5.- El contrato debe elaborarse con un contenido detallado y un cláusulado lo suficientemente amplio para adaptarse a cada circunstancia que pudiera afectar al contrato.

6.- La contratación no debe limitarse a los aspectos puramente normativos, sino crear sus fuentes autonormativas y sus formas de resolución para llegar a un grado máximo de eficacia y con menores costos.

7.- La problemática en la contratación se enfoca en dilucidar e identificar cuáles son sus costos, en esa medida estaremos trabajando no sólo en la formación de acuerdos prácticos, sino también para una economía de intercambio con beneficio de los contratantes.

8.- La contratación actual necesita contener de antemano su propia regulación y los elementos necesarios para su resolución en caso de conflictos antes de llegar a tribunales judiciales.

11.- Debe considerarse necesariamente el arbitraje como un sistema de resolución de conflictos en la contratación que reduce tiempos y gastos en comparación con el sistema judicial.

12.- Resulta necesario realizar una crítica continua en torno a los procedimientos jurídicos y económicos que tienden a buscar un óptimo beneficio.

13.- Las características actuales de la contratación deberán ser las siguientes:

a) Un contrato con un contenido detallado y un clausulado lo suficientemente amplio para buscar una adaptación a cada circunstancia que afecte el contrato o la relación en sí , es decir la formación de un marco autonormativo del propio contrato.

b) Un estudio sobre los costos llamados de redacción y formación del contrato y sobre los costos que se den en el desarrollo de su ejecución y su cumplimiento; o los que resulten en caso de conflicto.

c) El análisis pormenorizado y microanalítico de cada contratación.

d) Establecer de antemano el procedimiento de resolución en caso de controversia que, a nuestro parecer sería el arbitraje.

BIBLIOGRAFIA:

- 1.- D'ORS ALVARO, " EL DERECHO PRIVADO ROMANO " ED. UNIVERSIDAD DE NAVARRA S.A. PLAMPLONA 1969.
- 2.- DE GORTARI ELI, " INICIACION A LOGICA ", ED. GRIJALVO, MEXICO 1974.
- 3.- LARA PEINADO FEDERICO, " CODIGO DE HAMURABI " ED. NACIONAL TORREGALINDO.
- 4.- DE CERVANTES JAVIER, " LA TRADICION JURIDICA DE OCCIDENTE ", ED. UNAM, MEXICO 1978.
- 5.- BONNECASE JULIEN, " ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL " TOMO II, ED. CAJICA, TIJUANA, BAJA CALIFORNIA, 1985.
- 6.- BORJA SORIANO MANUEL, " TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES " TOMO I, ED. PORRUA, MEXICO 1971.
- 7.- JOSSEERAND LOUIS, " DERECHO CIVIL ", TOMO II, ED. EJEA, BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1950.
- 8.- MESSINEO FRANCESCO, " MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL " TOMO II, ED. EJEA, BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1979.
- 9.- L.A. HART, " EL CONCEPTO DE DERECHO " 2DA. EDICION, EDITORA NACIONAL, OXFORD-UNIVERSITY PRESS, 1961.
- 10.- SHAKESPEARE WILLIAM, " EL MERCADER DE VENECIA ", ED. SOPENA, BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1959.
- 11.- ROUSSEAU JUAN JACOBO, " EL CONTRATO SOCIAL " ED. PORRUA, MEXICO, 1987.
- 12.- WILLIAMSON OLIVER, " LAS INSTITUCIONES ECONOMICAS DEL CAPITALISMO " ED. FONDO DE CULTURA ECONOMICA, MEXICO, 1989.
- 13.- DE GASPERI MORELLO, " TEORIA GENERAL DE LOS HECHOS Y ACTOS JURIDICOS ", ED. TEA, BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1964.

- 14.- GALINDO GARFIAS IGNACIO, " DERECHO CIVIL ", ED. PORRUA, MEXICO 1991.
- 16.- PLANIOL MARCEL, " TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL " TOMO III, ED. CAJICA, MEXICO, 1946.
- 17.- MANRESA NAVARRO, " COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL ESPAÑOL, TOMO II, ESPAÑA, 1990.
- 18.- SANCHEZ MEDAL, " DE LOS CONTRATOS CIVILES " ED. PORRUA, MEXICO 1978.
- 19.- MARGADANT S. FLORIS GUILLERMO, " EL DERECHO PRIVADO ROMANO " 14A. EDICION, ED. ESPINGE, MEXICO, 1986.
- 20.- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO, "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES" ED. CAJICA, MEXICO, 1978.
- 21.- PUENTE Y F. ARTURO, " PRINCIPIOS DE DERECHO ", ED. BANCA Y COMERCIO, MEXICO, 1990.
- 22.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, " DERECHO CIVIL " CONTRATOS, S/N DE EDICION, ED. JUS.
- 23.- ALTERINI ALILIO ANIBAL, " RESPONSABILIDAD CIVIL " 3RA. EDICION, ED. ABELEDO-PERROT, BUENOS AIRES, ARGENTINA. 1967.
- 24.- BUSTAMANTE ALSINA JORGE, " TEORIA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL " 8A. EDICION, ED. ABELEDO-PERROT, BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1989.
- 25.- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO NICETO, " PROCESO, AUTOCOMPOSICION Y AUTODEFENSA ", 3RA. EDICION, MEXICO, 1990.
- 26.- FAIREN GUILLEN VICTOR, "TEORIA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL" 1RA. EDICION, ED. UNAM, MEXICO, 1992.
- 27.- ARISTOTELES, " OBRAS FILOSOFICAS " 8A. EDICION, ED. LOS CLASICOS, MEXICO 1974.

- 28.- D'ONOFRIO PAOLO, " LECCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL ", MEXICO, 1945.
- 29.- HIRSHLEIFER JACK, " MICROECONOMIA TEORIA Y APLICACIONES ", 3RA. EDICION, ED. PRENTICE HALL, MEXICO, 1992.
- 30.- DE PINA VARA RAFAEL, "ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO" VOLUMEN 3RO. 5A. EDICION, ED. PORRUA, MEXICO, 1980.
- 31.- PLANIOL RIPERT ESHEIN, " TRATADO TEORICO PRACTICO DE DERECHO CIVIL ", ED. CAJICA, MEXICO 1978.
- 32.- MORENO GIL OSCAR, " LA REVISION DE PRECIOS EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA " ED. CIVITAS, MADRID, ESPAÑA, 1980.
- 33.- CODIGO CIVIL COMENTADO, LIBRO PRIMERO, 3RA. EDICION, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, MEXICO, 1993.