



300609 19
UNIVERSIDAD LA SALLE 20j

ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA U.N.A.M.

"EL NUEVO MARCO JURIDICO DEL CONTRATO
DE PRESTACION DE SERVICIOS TURISTICOS;
LA INTERVENCION DEL ESTADO EN LA
AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD"

TESIS PROFESIONAL

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

ASESOR DE TESIS: LIC. NELSON MONZALVO LAGUNA

MEXICO, D. F.

MAYO DE 1995

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

GRACIAS.....

**A TI JESUS,
QUE TRANSFORMASTE MI
VIDA.**

**A MI MADRE, MI MEJOR
AMIGA Y MI MEJOR MAESTRA,
POR SU INCONDICIONAL
APOYO, TERNURA, AMOR
Y C O M P R E N S I O N,
CON ADMIRACION POR SER EL
MEJOR EJEMPLO A SEGUIR, EN
MI VIDA PERSONAL Y
PROFESIONAL.**

**A MI ABUELITA, POR
COMPARTIR CON NOSOTROS
SU CARIÑO Y EXPERIENCIA.**

**A MIS HERMANOS, POR
LLENAR MI VIDA DE
ENTUSIASMO, LUZ, ARMONIA Y
AFECTO.**

**A TI, POR LA TRANSPARENCIA
DE TU CORAZON, PORQUE ME
ANIMAS CUANDO CAIGO, Y ME
IMULSAS EN MIS SUEÑOS.**

**A MIS AMIGOS, POR SU FIEL
AYUDA, Y PORQUE SIEMPRE EN
ELLOS PUEDO ENCONTRAR
UNA AMPLIA, SERENA Y
NITIDA SONRISA.**

**A MIS MAESTROS, POR SU
HEROICA Y DESINTERESADA
LABOR, PACIENCIA Y
DISPOSICION.**

**AL LIC. NELSON MONZALVO,
QUIEN HA SIDO UN
VERDADERO AMIGO,
COMPARTIENDO CONMIGO
GENEROSAMENTE PARTE DE
SU ILUSTRE PATRIMONIO
CULTURAL.**

**"EL NUEVO MARCO JURIDICO DEL
CONTRATO DE PRESTACION DE
SERVICIOS TURISTICOS; LA
INTERVENCION DEL ESTADO EN LA
AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD"**

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO: EL TURISMO Y EL DERECHO TURISTICO MEXICANO

I.	Antecedentes de los viajes internacionales y el turismo	1
II.	Definición del turismo y su etimología	3
III.	Derecho turístico mexicano	5
	A. Concepto	5
	B. Antecedentes	5
	1. Antecedentes romanos	5
	2. Antecedentes constitucionales	7
	C. Naturaleza del derecho turístico mexicano	12
	D. Distribución de competencias en materia turística	13
	E. Facultades explícitas e implícitas	14
	F. Facultades concurrentes o coincidentes	15
	G. El orden jerárquico normativo de carácter constitucional	16
	1. Legislación federal	19
	2. Legislación estatal	19
	3. Legislación municipal	20
	H. Conflicto de leyes	20

CAPITULO SEGUNDO: EL CONTRATO

I. Hechos y actos jurídicos	23
II. Clasificación de los hechos jurídicos lato sensu	25
A. Hechos jurídicos stricto sensu	27
1. Hechos jurídicos de la naturaleza (stricto sensu)	27
2. Hechos jurídicos del hombre (stricto sensu)	28
2.1. Hechos voluntarios	29
2.1.1. Hechos voluntarios lícitos	29
2.1.2. Hechos voluntarios ilícitos	29
2.2. Hechos involuntarios	30
2.2.1. Hechos involuntarios lícitos	30
2.2.2. Hechos involuntarios ilícitos	31
B. Actos Jurídicos	31
1. Actos jurídicos unilaterales	32
1.1. Testamento	33
1.2. Remisión de deuda	33
2. Actos Bilaterales o Plurilaterales	34
2.1. Convenio lato sensu	34
2.1.1. Contrato	35
2.1.2. Convenio stricto sensu	35
III. El contrato	37
A. Función jurídica	39
B. Clasificación del contrato	40
1. Nominados e inominados	40
2. Unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos	40
3. Típicos, atípicos puros y atípicos impuros	41
4. Onerosos y gratuitos	42
5. Conmutativos y aleatorios	43
6. Reales y consensuales	43
7. Consensuales, formales y solemnes	44
8. Principales y accesorios	45
9. Instantáneos y de efecto sucesivo	45
10. Preparatorios o definitivos	46
C. Elementos de existencia	46
1. El Consentimiento	47
1.1. Elementos del consentimiento	48

1.1.1. Propuesta oferta o policitación	48
1.1.2. Aceptación	51
1.2. Perfeccionamiento del consentimiento	53
1.2.1. Entre personas presentes	54
1.2.1.1. Con plazo	54
1.2.1.2. Sin plazo	54
1.2.2. Entre personas ausentes	54
1.2.2.1. Con plazo	55
1.2.2.2. Sin plazo	56
2. El objeto	57
2.1. Objeto directo o inmediato	57
2.2. Objeto indirecto o mediato	58
2.2.1. Obligaciones de dar	58
2.2.1.1. Objeto-cosa del contrato	59
2.2.2. Obligaciones de hacer	60
2.2.2.1. Físicamente posible	60
2.2.2.2. Jurídicamente posible (lícito)	61
2.2.3. Obligaciones de no hacer	61
3. La solemnidad	62
D. Elementos de validez del contrato	63
1. Capacidad legal de las partes en el contrato	63
1.1. Capacidad de goce y de ejercicio	64
1.2. Incapacidad de goce	65
1.3. Incapacidad de ejercicio	67
1.3.1. Incapacidad de ejercicio general	67
1.3.2. Incapacidad de ejercicio especial	68
1.4. Reglas sobre capacidad en materia contractual	68
2. Ausencia de vicios en el consentimiento	69
2.1. El error	70
2.1.1. Clasificación del error	70
2.2. El dolo	73
2.3. La violencia	73
2.4. La lesión	75
3. Lícitud en el objeto, motivo o fin	76
3.1. Objeto lícito	77
3.2. Motivo o fin lícito	79
4. Forma prescrita por la ley	80
4.1. Solemnidad	80
4.2. Formalidad	80

4.3. Consensualidad	81
E. Elementos esenciales, naturales y accidentales	82
1. Esenciales	82
2. Naturales	82
3. Accidentales	83
F. Legitimación en el contrato	83
G. Modalidades del contrato	84
1. La condición	85
1.1. Clasificación de la condición	86
1.2. Requisitos de la condición	87
2. El plazo o término	88
2.1. Elementos del plazo	89
2.2. Clasificación del plazo	89
3. El modo o carga	91
3.1. Características de la carga o modo	93

CAPITULO TERCERO: LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

I. La voluntad y la declaración	95
II. Antecedentes del dogma de la autonomía de la voluntad	96
III. La autonomía de la voluntad en la doctrina	98
IV. La autonomía de la voluntad en los anteriores códigos (1770-1804)	102
V. La autonomía de la voluntad en el código vigente	103
VI. Libertad en el contrato	104
A. Libertad de contratar	105
B. Libertad contractual	105
VII. Alcance y límites de la autonomía de la voluntad	107
VIII. Limitaciones extraordinarias a la voluntad contractual	110
A. La moratoria	111
B. El plazo de gracia	112
C. La teoría del abuso del derecho	113
D. La teoría de la imprevisión	113

E. El estado de necesidad	114
F. Prórroga forzosa de los contratos	116
IX. Ficciones contractuales	117
A. Contrato de adhesión	118
B. Antecedentes del contrato de adhesión	118
C. Lineamientos generales del contrato de adhesión	120
D. Ejecución de los contratos de adhesión	124
E. Efectos del contrato de adhesión	125
F. Jurisprudencia relativa al contrato de adhesión	126

CAPITULO CUARTO: FACULTADES DEL ESTADO FRENTE AL CONTRATO PRIVADO

I. Antecedentes	134
II. Evolución	135
III. Naturaleza jurídica de la intervención del Estado en el ámbito del contrato privado	138
IV. La planificación y su proceso	143
V. Concepto de planificación turística	145
VI. Tipos de planificación	145
VII. Situación actual	148
VIII. El contrato de prestación de servicios turísticos dentro de una economía de libre mercado	155
A. Libre mercado	155
B. Competencia perfecta	156
C. Competencia imperfecta	159

CAPITULO QUINTO: CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS TURISTICOS

I. Fuentes de las obligaciones contractuales de los prestadores de servicios turísticos	163
II. Contrato de prestación de servicios turísticos	165
III. Elementos personales del contrato de prestación de servicios turísticos en general	169
A. El turista	170
B. El prestador de servicios turísticos	170
IV. Las relaciones jurídicas entre el turista y el prestador de servicios	174
A. Derechos y obligaciones entre el turista y el prestador de servicios	174
V. El contrato de hospedaje	175
A. Concepto	176
B. Elementos personales	176
C. Elementos esenciales del contrato de hospedaje	176
1. Objeto: el albergue	177
2. El término en el hospedaje	177
3. El precio	178
D. Características del contrato y figuras afines	179
E. Clasificación	179
F. Derechos del hotelero	180
G. Obligaciones del hotelero	181
1. Obligaciones de informar	181
2. Obligaciones con el cliente	182
3. Los campamentos y paradores de casas rodantes	182
4. Responsabilidad accesoria del hotelero	183
H. Derechos del hoesped o turista	185
I. Obligaciones del hoesped o turista	185
J. Las arras en el contrato de hospedaje	186
K. La anulación o cancelación de las reservaciones (indemnización)	186
L. Causas de extinción del contrato de hospedaje	187

VI. Contrato de agencia	188
A. Concepto	188
B. Elementos personales	189
C. Elementos reales	190
D. Elementos formales	190
E. Características	191
F. Clasificación	192
G. Obligaciones del empresario	193
H. Obligaciones del agente	194
1. Obligaciones para operar	195
2. Obligaciones de informar	195
3. Obligaciones en el cumplimiento del objeto del contrato	195
I. Modalidades	196
J. Naturaleza jurídica contractual	199
K. Causales de extinción	199
L. Distinción con otros contratos de similar naturaleza	200
VII. Contrato de prestación de servicios turísticos de guías de turistas	201
A. Concepto	201
B. Elementos personales	201
C. Modalidades de los guías de turistas	202
D. Clasificación	202
E. Obligaciones de los guías de turistas	203
1. Para prestar el servicio (obtener la credencial)	203
2. Información al turista	204
F. Relación guías de turistas-agencia de viajes	205
H. Derechos de los guías de turistas	205
I. Obligaciones de la empresa	206
J. Derechos del turista	206
VII. Contrato de intercambio de espacios vacacionales celebrado con las empresas de sistemas de intercambio de servicios turísticos.	206
A. Concepto	206
B. Elementos personales	206
C. Elementos reales	207
D. Características	207
E. Clasificación	208
F. Obligaciones de la empresa	210
1. Obligaciones para operar	210
2. Obligaciones en el cumplimiento del objeto del contrato	210
3. Obligaciones de informar	211

G. Derechos de la empresa	212
H. Obligaciones del turista	212
I. Derechos del turista	212
J. Obligaciones del desarrollo turístico (los establecimientos afiliados).	213
K. Causales de extinción del contrato de intercambio de espacios vacacionales	214
L. Otras figuras contractuales turísticas	215
CONCLUSIONES	217
BIBLIOGRAFIA	224

INTRODUCCION

En la vida social de casi toda la gente se manifiestan entre sí en una serie de relaciones, las cuales, a veces, provocan colisiones o controversias de intereses, en razón de que si cada quien ejerciera su voluntad en la forma que quisiera y pudiera a su antojo transgredir los intereses de los demás, viviríamos en una guerra de todos contra todos, lo cual constituiría un verdadero estado asocial.

Así observamos que el Derecho se manifiesta como un norma de protección de esos intereses y en general de la convivencia humana; debemos en consecuencia, percibir el Derecho como una fuerza bastante eficiente y necesaria, producto de un hacer histórico-cultural que abarca todas las cosas de relevancia en la vida, exigiendo, prohibiendo o reglamentando a determinada actividad o conducta para lograr una convivencia social armoniosa, el derecho pues rige, independientemente de la voluntad de los individuos a quienes inclusive protege o somete a sus normas.

No todos los actos humanos están regidos por el Derecho, pero ninguno de los actos de las gentes debe ir en contra de él.

Esa regulación jurídica de la vida individual y social es lo que llamamos derecho, del cual se diferencian las normas morales, las reglas del decoro y los usos de la vida, en que éstos no tienen fuerza vinculatoria o coercitiva en su cumplimiento. La norma jurídica es un producto de la voluntad colectiva, regla dictada por un legítimo poder para determinar la conducta humana.

En el curso de la exposición de este trabajo se advertirá como el turismo se ubica como una acción humana con un comportamiento que persigue sus propias finalidades: el esparcimiento, el recreo, la diversión, el transporte, etc.; todo esto, en resumidas cuentas se convierte en una condición de vida tanto para el turista como para el Estado receptor. En consecuencia es lógico deducir que este fenómeno viene a ser considerado como una condición de vida que el Estado debe asegurar.

Así mismo cabe señalar que las riquezas turísticas son parte del patrimonio de un pueblo que habita un territorio y la administración de ellos debe necesariamente corresponder al Estado quien debe procurar el impulso de las corrientes turísticas, tanto a nivel nacional, como a nivel internacional.

Es indudable que para muchos países entre ellos México, dentro de las actividades terciarias o de servicios, la industria del turismo conocida también "industria sin chimeneas", se ha transformado en una importante fuente de empleos como generador de divisas y en consecuencia, se ha convertido para muchos países, en uno de los rubros fundamentales de su balanza de pagos, ya que las erogaciones que hacen los viajeros extranjeros constituyen una entrada de divisas que benefician su economía nacional.

La intervención del Estado en la Economía surge como el instrumento temporal por el cual el poder público penetra al sistema económico, para corregir las fallas temporales de los mecanismos autorregulatorios del mercado.

Además, el turismo se presenta como un bien social objeto de la administración, así que desde que el Estado ha entrado en escena como el máximo árbitro y conformador del orden social, su administración se desarrolla y ensancha abarcando las más diversas actividades y precisamente el turismo es una de ellas.

En la actual conformación social de nuestro mundo, se hacen presentes dos criterios de política legislativa en torno al turismo:

1. Uno intervencionista, dirigido por los servicios oficiales del turismo
2. El otro, liberal, ejercido por las entidades privadas.

Ambos sistemas y en especial el de carácter mixto son los que se han seleccionado con más frecuencia para el desarrollo de la política turística.

Las intervenciones del Estado en lo general deben ser especiales y casuísticas, partiendo del principio rector de toda comunidad, dado que el bienestar económico de una sociedad, **no es la finalidad última ni esencial del Estado, sino la libertad del individuo.**

Advertida la importancia económica y social del turismo, surge la planificación del mismo desde el punto de vista receptivo, como un corolario necesario, el cual se manifiesta con un doble contenido para las autoridades: creación de infraestructuras y superestructuras, y ayuda financiera, en lo que comparte un interés social, de tal manera que invite y permita a los usuarios o turistas disfrutar de tales creaciones, de un modo libre y espontáneo como lo exige el bien común.

Así las cosas y a raíz del paulatino proceso de liberación que en materia económica ha vivido México, que data desde finales de los ochentas, nuestro país entró en un ámbito de competencia internacional en productos y servicios, acentuada en estos últimos meses por la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio.

Para que los productos y servicios mexicanos sean competitivos a nivel mundial y para poder entrar en este mercado internacional y estar acorde con sus reglas, se observó la necesidad de reformar, modificar y derogar leyes, reglamentos y normas que eran obsoletas para el nuevo marco económico que estamos viviendo; así como crear nuevos lineamientos, directrices y normas en base a un nuevo esquema regulatorio que faciliten este proceso de comercialización y fomenten la calidad en nuestros productos y servicios, conjugándolos con una equilibrada protección para el turista.

En mérito de lo anterior, nos adentramos en el análisis del siguiente trabajo en el que en primer lugar nos referiremos a la actividad turística y su incidencia dentro nuestro marco jurídico; luego analizaremos la estructura del contrato; posteriormente nos referiremos al principio de la autonomía de la voluntad; así como a las facultades del Estado frente al contrato privado, para finalmente en último, capítulo profundizar en varios de los contratos propios del derecho turístico.

CAPITULO PRIMERO: EL TURISMO Y EL DERECHO TURISTICO MEXICANO

I. ANTECEDENTES DE LOS VIAJES INTERNACIONALES Y EL TURISMO

La actividad turística está vinculada desde siempre a las condiciones sociales, económicas, políticas y tecnológicas que privan en las sociedades de los diferentes países o regiones donde se generan los desplazamientos de viajeros; en la historia del desarrollo de los viajes y el turismo, estas condiciones y sobre todo las del transporte, invariablemente han desempeñado un papel fundamental.

En la antigüedad los viajes eran una actividad reservada para unos cuantos, y los motivos por los que viajaban eran diversos: entre ellos los había políticos, religiosos, bélicos y culturales, siendo casi siempre de tipo aristocrático, y aunque los viajes por motivos de descanso ya eran practicados en la antigüedad por los griegos y los romanos (viajes a los baños termales), éstos eran muy limitados y se requería de grandes recursos para realizarlos, pues el transporte era lento, los caminos inseguros y no existía la figura del hospedaje, sino con amistades o familiares.

La Edad Media se caracterizó por sus desplazamientos religiosos hacia Tierras Santas y más bien con el propósito de conquista, siendo precisamente en esta época cuando se sientan las bases de la hotelería, de tal suerte que las peregrinaciones forzaron a que en los monasterios se construyeran anexos que servían como albergues y hospicios, y ya en 1407 se implanta en Europa la figura del libro de registro en estos establecimientos.

En el siglo XVI hubo una gran movilidad en cuanto a los viajes, no obstante, que éstos eran motivados principalmente por la búsqueda del poder y la riqueza. Se vuelve a poner de moda el termalismo en ese siglo, que había caído en desuso en la Edad Media, en virtud de que gran parte de la vida cotidiana giraba en torno a la religión.

Es precisamente el siglo XVII, el siglo del "Gran Tour" aristocrático en donde se buscaba la aventura, sin embargo, los viajes estaban aún muy delimitados por la inseguridad que les era inherente a la época. También fue de observarse que en este siglo la burguesía era ya independiente y rica, y por tanto consideraba al viaje como parte de una formación que les proporcionaría cultura y status, a la manera de los personajes de la más reciente aristocracia.

Fue en la segunda mitad del siglo XIX, cuando se sentaron formalmente las bases de lo que sería el turismo contemporáneo, con los importantes avances que se lograron en la tecnología. En efecto, la utilización del vapor en los barcos y en la locomotora, y la industrialización de Inglaterra, permitieron empezar a experimentar cada vez un mayor número de desplazamientos de viajes por Europa, en consecuencia, el viaje de recreo y cultura empezó a dejar de ser con estos avances, un fenómeno exclusivo de las élites más encumbradas y su desarrollo se acrecentaría en proporción directa, a los cambios tecnológicos y sociales que de los nuevos avances se desprenderían.

Es también a mediados de ese siglo, en 1841, cuando se inventó el viaje organizado, siendo el inglés Thomas Cook, quien, organizó el primer viaje de este tipo de Leicester a Loughborough. Los seguidores no se hicieron esperar y a partir de su ejemplo, el alemán Stanger fundó la primera agencia de viajes en Alemania al organizar en 1873 el primer viaje a Palestina y en 1878 el primer viaje alrededor del mundo. Cook lo organizaría en el año de 1871, habiendo establecido en 1866 un sistema de cupones que eran aceptados en diversos establecimientos de otros tantos países en el mundo. Thomas Cook fue con ello un digno representante de su tiempo y de su país, al hacer del viaje un producto "fabricado" en serie, es en esta época cuando florecen la Rivera, y la Costa Azul en Europa, siendo el viaje aún una actividad destinada a las clases de los estratos más altos.

La difusión de los viajes ponía en expectativa a una gran cantidad de personas, sobre todo de la nueva burguesía, que también deseaban recorrer el mundo. Las exposiciones mundiales de la segunda mitad del siglo XIX contribuyeron a fomentar los viajes, así pues la exposición de Londres de 1861 tuvo 6 millones de visitantes, la de París de 1889, con la Torre Eiffel como símbolo, tuvo 33 millones y la de 1900

contó ya con 50 millones de personas. Hasta esta época el turismo es básicamente europeo y de acuerdo a las condiciones socioeconómicas que se experimentan en cada país.

En el primer tercio del siglo XX se verificaron más cambios tecnológicos que repercutieron favorablemente en el desarrollo de esta actividad, ubicándose fundamentalmente en el campo de los transportes, en el de la creciente industrialización de algunos países y en el mejoramiento general del nivel de vida de los países involucrados en éstos avances, que permitió a su población, cierto tiempo libre para practicar diversas actividades recreativas, entre ellas el turismo.

En relación a lo anterior, podemos comentar que en la historización del turismo, encontramos principalmente dos tendencias: la de la sociología histórica, que pretende estudiar el turismo, como fenómeno social a partir del momento en que se dieron los papeles del turista y de las instituciones turísticas en el tiempo, según su propio método sociológico y la tendencia propiamente histórica, la cual intenta encontrar antecedentes del turismo en cualquier manifestación aislada de algún elemento que conforma al turismo. En otras palabras, la divergencia consiste en que la primera tendencia hace nacer el turismo cronológicamente a partir de fechas relativamente recientes, es decir, desde mediados del siglo XIX cuando mucho, y la segunda se remonta a épocas de tipo casi anecdótico e incidental.

II. DEFINICION DEL TURISMO Y SU ETIMOLOGIA

La Academia Internacional del Turismo de Montecarlo, en la publicación que realizó de su Diccionario Turístico Internacional, pretende proporcionar la definición del turismo más exacta y científica posible, al expresar:

"Turismo es un término que se refiere a los viajes de placer. Conjunto de actividades humanas que tienen el objeto de llevar a cabo esta clase de viajes. Industria que participa en la satisfacción de las necesidades del turista".

Si nos remitimos a su etimología observamos que la palabra turismo proviene del vocablo inglés *tour*, relativo a viajes, que a su vez se deriva de la palabra francesa *tour*: viaje o excursión circular, la cual, por su parte, procede del latín *tornare*.

Tales definiciones, contemplan esquemáticamente el hecho del viaje, aunado a la finalidad del esparcimiento o recreación, sin añadir otras notas características del fenómeno turístico, las cuales oportunamente señalaremos.

Hunziker, citado por Ortuño Martínez⁽¹⁾ define al turismo como: "un conjunto de relaciones y de hechos producidos por el desplazamiento y permanencia de personas fuera del lugar de su domicilio en tanto que dicho desplazamiento y permanencia no están motivadas por una actividad lucrativa".

Esta definición aporta elementos valiosos que completan un poco más la idea del turismo, sin embargo, también es limitada, porque el fenómeno turístico no sólo se agota con el desplazamiento y permanencia en un lugar, sin ánimo del lucrar por parte de los turistas; sino que tal hecho, también implica otras ideas más, como el acto de elegir, la voluntariedad de realizar ese traslado, o la temporalidad de la permanencia de tales personas fuera del sitio habitual de residencia.

Nosotros por nuestra parte, podemos observar que una vez que entra en la lengua española la palabra "turismo", ésta sólo sufre una pequeña modificación, pasando a ser una terminación masculina y convirtiéndose hoy en nuestros días en un vocablo imprescindible. Así que quien en la actualidad, se refiere al turismo, se refiere a todo desplazamiento voluntario y temporal, con la peculiaridad de que se trata de un viaje de recreo, realizado por placer, es decir, determinado por causas ajenas al lucro; así como también al conjunto de bienes, servicios y organización que en cada nación determinan y hacen posible esos desplazamientos, y las relaciones y hechos que entre éstos y los viajeros tienen lugar.

(1) ORTUÑO Martínez, Introducción al Estudio del Turismo; Textos Universitarios; México; 1976; pág. 24.

III. EL DERECHO TURISTICO MEXICANO

A. CONCEPTO DEL DERECHO TURISTICO

El intentar estructurar una definición, es una de las tarea más complicadas, que se pueden emprender, pero si nos sometemos a los cánones de toda definición (género próximo y diferencia específica) podemos obtener un concepto aceptable; de tal suerte, que al derecho turístico lo definiremos como un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos, en virtud del fenómeno del turismo, es decir, regulan los actos y relaciones que se dan entre el turista, el prestador de servicios turísticos y el Estado.

B. ANTECEDENTES DEL DERECHO TURISTICO MEXICANO

1. ANTECEDENTES ROMANOS

En la Roma Imperial, los romanos para combatir el hastio durante el verano y el otoño, y mediante las grandes calzadas que cruzaban el imperio, podían visitar lugares cercanos a Roma y de la Costa de Lacio y de la Campania, así como las playas de Etruria; un lugar donde convergían casi todos los viajeros que buscaban descanso y distracción, era el Golfo de Nápoles, en una zona que iba desde Miseno hasta Sorrento, y además de los propósitos de descanso y distracción, entre la gente culta destacaba el interés por el arte, por la educación y sobre todo por la naturaleza. "Para el logro de tales propósitos, había servicios de transporte en coches ligeros *radeae* tirados por mulas y barcos fluviales, incluso, para ser servicio de posta, el cual estaba organizado por el Estado, y que sirvió de modelo a las empresas privadas de transporte. En Italia, estuvo organizado el transporte privado en gremios de transportistas, como los *inmentaru* y los *cisiaru*, que se dedicaban al alquiler de carros de dos ruedas o cuatro ruedas respectivamente. Asimismo, en las calzadas de mayor intensidad no faltaban hosterías que brindaban albergue a los viajeros, y en los

templos los extranjeros o forasteros podían contratar guías *periegetas*, y explicadores *exegetas*, de las cosas dignas de verse⁽²⁾

Esta gama de servicios estaba regulada en Roma, por los contratos consensuales, los cuales son atribuidos por los juristas al *ius gentium*, y nacían de las convenciones realizadas en los mercados internacionales entre comerciantes romanos y extranjeros. Los contratos de hospedaje, los celebrados con navieros, hosteleros o pocaderos son por esencia, casos de contratos que se equiparaban en lo general con el contrato de arrendamiento⁽³⁾.

El origen de este sistema de responsabilidad parece que fue la cumbre de comprometerse de palabra o por anuncios, a cuidar de las cosas de los viajeros al celebrar el contrato. Para exigir tal responsabilidad, el pretor concedía al viajero una acción contra tales prestadores, quienes a su vez, podían ejercitar una excepción si las cosas se perdían o se destruían por caso fortuito o fuerza mayor.

El no romano, es decir el extranjero, carecía en Roma de todo derecho, si no poseía el derecho de hospitalidad. Las relaciones de hospitalidad se podían establecer particularmente entre extranjeros y ciudadanos, o entre municipio y municipio. Esta segunda forma de *hospitium* fue la base principal del progreso de las relaciones internacionales de Roma. Se conseguía por medio de un tratado de comercio o de amistad en el que se reconocían a ciudadanos de países extranjeros la capacidad de realizar negocios jurídicos y la defensa de sus derechos por los tribunales romanos equiparándolo al ciudadano romano, Así pues, este derecho regulador del comercio que se aplicaba a romanos y extranjeros, era llamado por los romanos *ius gentium* el cual era incluso accesible al extranjero⁽⁴⁾.

(2) D'ARS Alvaro, Derecho Privado Romano, 4a. Edic., Ediciones Universitarias de Navarra, Pamplona, 1981, pág. 562.

(3) Idem.

(4) JORS, Paul y Kumkel, W. Derecho Privado Romano, trad. prieto Castro, Labor, Barcelona, pág. 82.

2. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

En las Constituciones de 1857 y de 1917 se alcanza la máxima expresión del constitucionalista, y aunque la diferencia de tendencias entre ambos documentos es notoria, toda vez que la primera es de corte liberal e individual y a la segunda se le ubica en el polo del constitucionalismo social, no obstante, ambas tienen en común, la condición de extranjero, y que consagran en sus textos originales en el artículo 11o. la libertad de tránsito, y en el artículo 4o. la libertad de dedicarse a la industria o comercio, aunque la de corte social, que es la vigente, subdominó el ejercicio del derecho de libertad de tránsito, a las facultades de la autoridad administrativa en lo que toca a inmigración y salubridad general de la República o sobre extranjeros perniciosos en el país.

Es en esta etapa donde se presenta el mayor esfuerzo de sistematización y congruencia de nuestra historia jurídica, la cual plasma el triunfo del constitucionalismo y la codificación supera aquella dispersión legislativa de periodos anteriores; sin embargo, es este siglo XX, el que parece incapaz de síntesis, dispersándose en una descodificación que lleva hacia la creación de leyes especiales y a una verdadera explosión legislativa, que ha sido propiciada por el hecho, de que la mayoría de las iniciativas de leyes provienen del Ejecutivo, lo cual ha propiciado la proliferación de órganos paralegislativos con facultades discrecionales para dictar ordenamientos generales y en ocasiones para modificar la propia ley.

Otra tendencia identificable en nuestra evolución jurídica a partir de 1917 y sobre todo desde la Segunda Guerra Mundial, es la proliferación de un tipo de legislación reglamentaria, que por un lado ha modificado aquel derecho tradicional contenido en los códigos, y por otro ha creado cantidad de oficinas gubernamentales para enfrentar problemas, dar servicios, proteger ciertas iniciativas privadas etc., lo que se traduce en seria dificultad de su conocimiento y sistematización.

La corriente acabada de reseñar conlleva a identificar otra tendencia que ha sido denominada "proceso de administrativización del turismo", la cual se ha dividido en tres etapas:

- 1.- La de simple vigilancia o cuidado del turismo.
- 2.- Las actividades de fomento y promoción del turismo por parte de los poderes públicos.
- 3.- La de intervención directa por parte del Estado en esta materia.

La etapa denominada administrativización del turismo, ha hecho degenerar al derecho hacia una tendencia jurídica que pretende mezclar ramas del derecho administrativo con las del derecho mercantil, debido a la injerencia directa o indirecta que tiene el derecho administrativo en la actividad comercial.

Por lo tanto, habrá con pesar, que admitir que lo que podemos llamar derecho turístico, sobre todo desde los treinta de nuestra centuria, hasta la creación de la nueva Ley Federal de Turismo, pertenece a la etapa de un fuerte intervencionismo por parte del Estado en la actividad turística.

En tal orden de ideas, nos remontaremos a la época en que empezaron a ser observadas con interés por la autoridad gubernamental las corrientes de viajeros que circulaban por México y, entonces, por acuerdo presidencial del 11 de julio de 1929 se creó la Comisión Pro-Turismo, dependiente de la Secretaría de Gobernación, hecho que posteriormente fue anunciado por el Presidente Portes Gil en su respectivo informe de gobierno, del 10. de septiembre de 1929, surgiendo la primera organización oficial turística del país. A partir de tal fecha, encontramos el inicio de una proliferante legislación sobre la materia: La Ley del 7 de febrero de 1930, que estableció la Comisión Nacional de Turismo, presidida por el Secretario de Gobernación el 15 de diciembre de 1932, por decreto del Congreso de la Unión se confería al Secretario de Economía Nacional las atribuciones que tenía el encargado del Despacho de la Secretaría de Gobernación en la misión, luego, por acuerdo presidencial del 27 de marzo de 1933 se creó la Comisión, el Comité Oficial y el Patronato de Turismo.

En 1939, se crea el Consejo Nacional de Turismo y la Asociación Mexicana del Turismo, el primero se proponía promover el acercamiento social, cultural, espiritual,

político y económico entre los pueblos, señalando al turismo como medio de tales propósitos y además, como enaltecedor de los valores nacionales y reafirmador de la solidaridad interamericana, estaba compuesto de tres organismos, un patrón oficial para respaldar la iniciativa privada, una Comisión Nacional de Turismo y Comisiones Locales de Turismo, y en la Ley General de Población de 29 de agosto de 1936, las funciones de turismo quedaron encargadas a la Dirección General de Población de la Secretaría de Gobernación, en atención a la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, del 30 de diciembre de 1935, que confirió a esa Secretaría la atribución en dicha materia.

El antecedente legislativo previo a la primera Ley de Turismo es el Reglamento de la Ley General de Población en su parte relativa al turismo, de junio de 1937. Dicho Reglamento regula por primera vez, de forma completa al turismo y para tal efecto se encuentra dividido en cinco partes, a saber: atribuciones del Departamento de Turismo como Dependencia de Gobernación; las Oficinas de Turismo; los Comités Pro-turismo; Agencias de Turismo; Agentes Honorarios de Turismo. La segunda parte comprende: la distribución del Territorio Nacional en 15 Zonas para efecto de propaganda turística y hace "objeto" de tal actividad no sólo al turista extranjero, sino a otros no inmigrantes señalados en la Ley General de Población. La tercera parte, le otorga facultades al Departamento de Turismo Extranjero, se incluye en esta parte a diversos prestadores de servicios turísticos a los que se les indica sus responsabilidades. La parte cuarta se dedica a regular las actividades de los guías de turistas y la última y quinta parte sanciona y reglamenta las agencias de viajes, que son clasificadas en oficiales, honorarias y privadas, haciendo especial señalamiento de estas últimas.

Siguiendo la misma línea, el 27 de diciembre de 1947 se expide el Reglamento de la Ley de Población que crea la Comisión Nacional de Turismo, el cual consta de 66 artículos preceptivos y 4 transitorios, divididos en nueve capítulos, los que se ocupan: I. Del fomento; II. Del Consejo Nacional de Turismo; III. Del Comité Ejecutivo; IV. De los órganos auxiliares V. De las agencias de turismo; VI. De los guías de turistas; VII. De los servicios de transportes; VIII. De los establecimientos de hospedaje y restaurantes; y IX. De las sanciones.

Es en diciembre de 1949, cuando se publicó la primera Ley Federal de Turismo, estableciendo como facultad de la Secretaría de Gobernación el estudio y solución a problemas turísticos y a su vez, suprimió la Comisión Nacional de Turismo de 1947; dichas facultades se ejercieron por medio de la Dirección General de Turismo que dependía entonces de Gobernación; creó también el Consejo Nacional de Turismo que fue integrado como órgano consultor del ejecutivo y se componía de los titulares de diversas Secretarías de Estado y de representantes de instituciones públicas y privadas, la misma ley establecía oficinas de turismo en el país y en el extranjero, reguló por otra parte, las actividades de los prestadores de servicios turísticos, fijando sanciones para los mismos, constituyendo éste un paso decisivo en la fijación de la atribución estatal y de su desempeño por órganos públicos.

El paso anterior se completa con la creación del Departamento de Turismo, el cual reemplazó y modificó a la estructura administrativa anterior, para establecer una dependencia directa del Ejecutivo Federal, dicho Departamento inició sus funciones en 1959, y en octubre de 1960 se proyectó una nueva Ley de Turismo, que tenía el empeño de lograr una planeación adecuada con la industria, eficiencia y justo precio de los servicios para con ello ampliar el valor de la economía nacional y los turistas adquirieran una imagen auténtica de nuestro país.

Fruto del citado proyecto fue la promulgación de la segunda Ley Federal de Turismo del 3 de enero de 1961, la cual se encontraba dividida en seis títulos: el primero se refería a las disposiciones generales; el segundo aludía a las autoridades de turismo y a los auxiliares, así como a las reglas básicas a las que deberían sujetarse la creación y funcionamiento de Cámaras y Confederación de Cámaras de Turismo; El título tercero se refería a la organización nacional del turismo y los derechos y obligaciones de los prestadores de servicios turísticos. El título cuarto preveía la formación y lineamientos generales del Catálogo Turístico Nacional. El quinto era relacionado con la promoción y fomento del turismo; y el sexto se concretaba a las sanciones que podían aplicarse en la materia de referencia.

Aunada a la tendencia de administrativizar el turismo, se vincula la tendencia socializante que en este período alcanza también al turismo. Así, en la primera línea

citada, se promulga la Ley de Reformas a la Ley de las Secretarías de Estado, de fecha 27 de diciembre de 1974, por la cual se transforma el Departamento de Turismo en Secretaría, basándose en una necesidad de fortalecer las actividades turísticas como forma de contrarrestar efectos negativos de los mecanismos sistemáticamente empobrecedores que arrojan en el comercio entre países, relaciones desfavorables de intercambio y ventajas comparativas, anulando los beneficios para las naciones débiles⁽⁵⁾.

Correspondiente a la tendencia socializadora y de forma simultánea a la reforma citada, se promulga una nueva Ley de Turismo llamada Ley de Fomento al Turismo de fecha 27 de diciembre de 1974, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de enero de 1975. En esta Ley se introducen modalidades turísticas tales como el turismo social y las empresas turísticas ejidales y comunales. En enero de 1980 se publica otra Ley Federal de Turismo que abroga a la anterior Ley y posteriormente en enero de 1982 sufre modificaciones sustanciales relacionadas con los fideicomisos de crédito e inversión; promoción y obligaciones de los prestadores de servicios en un marco de reorientación de la oferta hacia el mercado nacional.

Deteniéndonos un poco en el tiempo, y sólo con el objeto de demostrar la tendencia reglamentaria que venía imperando en nuestro derecho turístico cabe mencionar la publicación en el Diario Oficial de la Federación el 6 de febrero de 1984 de la Ley Federal de Turismo y posteriormente sus 8 reglamentos que en conjunto sumaban un total de 400 artículos reglamentarios exclusivamente de la actividad turística.

No obstante, con la publicación de la última Ley Federal de Turismo, la tendencia reglamentaria dentro de esta actividad pretende disminuirse, como posteriormente lo analizaremos en el cuarto capítulo del presente trabajo.

(5) OLIVERA Toro, Jorge; Legislación y Organización Turística Mexicana; E. Porrúa; 1977; p.27

C. NATURALEZA DEL DERECHO TURISTICO MEXICANO

La distinción teórica entre el derecho público y el derecho privado, aunque negada por algunos tratadistas, en la realidad es muy estrecha, por tal motivo es a veces muy difícil de precisar, como el hecho de; cuándo empieza y cuándo termina el día y la noche.

En tal orden de ideas, definimos al derecho público como aquel sistema de normas que regula la estructuración de los entes colectivos o públicos como tales, así como las relaciones de dichas corporaciones entre sí, o entre las corporaciones y los sujetos individuales en lo que corresponde a la función pública del órgano corporativo.

Por otra parte, debemos entender por derecho privado a aquél que regula las relaciones jurídicas de las personas individuales como particulares.

Con base a lo anterior, dentro de la materia turística corresponderán al derecho público las leyes que crean y estructuran los órganos oficiales del turismo, tales como la Secretaría de Turismo, la Procuraduría Federal del Consumidor y demás dependencias y entidades relacionadas con el turismo, así como las relaciones de estos entes en sus servicios públicos o administrativos, con los particulares a quienes afectan, tales como autorizaciones, inspecciones, sanciones etc. Y corresponderán al derecho privado las normas jurídicas que regulan las relaciones entre los mismos prestadores de servicios turísticos, como las contrataciones entre agencias de viajes, transportistas y hoteleros, así como también lo son las relaciones entre los prestadores de servicios y los turistas, tales como los contratos de hospedaje, la gestión de la agencia de viajes, etcétera, etc.

Ultimamente hemos observado que la carrera intervencionista del Estado en la formación y cumplimiento de los contratos ha sufrido una desaceleración, por lo que podemos señalar, que el derecho contractual sigue perteneciendo todavía al derecho privado, cuyas normas rigen relaciones de particular a particular, sin importar que hayan aumentado o disminuido las disposiciones de carácter imperativo.

Al margen es importante señalar que antes de que el derecho en general, considerara al turista nacional o internacional, a las diversas instituciones turísticas y a los prestadores de servicios turísticos, desde un punto de vista formal, materialmente ya existían dos ramas del derecho privado que estaban familiarizadas con los movimientos migratorios de la población extranjera y nacional, asignándoles a los mismos, un conjunto de derechos y obligaciones, es decir, lo que se refiere a "la condición de extranjero", noción que tradicionalmente ha sido materia de lo que se denomina, derecho internacional privado.

La otra rama del derecho privado que se ha ocupado originalmente de regular los derechos y obligaciones de los prestadores de servicios turísticos que desarrollan sus actividades de una manera habitual o profesional, asimilándolos a los comerciantes, es el derecho mercantil.

D. DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS EN MATERIA TURISTICA

En un sistema federal con el ánimo de evitar la contraposición, contradicción, rivalidad o la obstaculización para que pueda aplicarse a la voluntad general de los Estados, de acuerdo con lo estipulado como regla universal para todos los integrantes de la Federación, cada Estado de carácter Federal, establece como principio universal para todos, principios básicos como los que se enuncian a continuación:

Normalmente, las Constituciones Nacionales de los Estados Federales especifican las funciones reservadas tanto para la Federación, como para las Entidades que la componen. Al respecto el maestro Tena Ramírez expresa que "Nuestra Constitución se colocó en el supuesto de que la Federación Mexicana nació de un pacto entre estados preexistentes, que delegaban ciertas facultades en el poder central y se reservaban las restantes; por eso se adoptó el sistema norteamericano en el artículo 124, que dice así: Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados"⁽⁶⁾.

(6) TENA Ramírez, Felipe; Derecho Constitucional Mexicano; Edit. Porrúa; México; 1990; pp. 113 y 114.

El artículo 115 Constitucional también considera la respectiva distribución de competencias en lo que se refiere fundamentalmente a los Estados.

Los artículos 117, 118, 119, 120, y 121 de la Constitución nacional, establecen una serie de prohibiciones específicas y requisitos a los Estados, como la obligación a los mandatarios estatales de "publicar y hacer cumplir las leyes federales".

La especial importancia que reviste el citado artículo 124 Constitucional, versa en aclarar el ámbito de las competencias entre la Federación y los Estados; pues de manera sencilla, se estipulan que las funciones y el respeto de las mismas se efectúa de acuerdo con la importancia y jerarquía de las mismas.

E. FACULTADES EXPLÍCITAS Y FACULTADES IMPLÍCITAS.

Para una mejor distribución de las competencias entre los Estados y la Federación, es importante distinguir las facultades explícitas; es decir, las que están expresamente concedidas al régimen federal, y que se indican en las diversas fracciones del artículo 73 de la Constitución; y para la realización de todas las facultades establecidas en el citado artículo, el propio Congreso de la Unión tiene una facultad más, que se establece en la fracción XXX de la misma disposición que a la letra dice: "Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los poderes de la Unión" (7).

En lo referente a la acepción de las facultades explícitas e implícitas, el destacado jurista Tena Ramírez señala que "Mientras que las facultades son las conferidas por la Constitución a cualquiera de los poderes federales, concreta y determinadamente en alguna materia, las facultades implícitas son las que el poder legislativo puede concederse a sí mismo o a cualquiera de los otros dos poderes federales como medio necesario para ejercer alguna de las facultades explícitas"(8). El mismo tratadista considera que una facultad implícita solamente se puede justificar

(7) Op. Cit; pag. 116.

(8) Loc. Cit.

mismo tratadista considera que una facultad implícita solamente se puede justificar "cuando se reúnen los siguientes requisitos: 1o. La existencia de una facultad explícita, que por sí sola no podría ejercerse; 2o. La relación del medio necesario respecto a fin, entre la facultad implícita y el ejercicio de la facultad explícita, de suerte que sin la primera no podría alcanzarse el uso de la segunda, 3o. El reconocimiento por el Congreso de la Unión de la necesidad de la facultad implícita y su otorgamiento por el mismo Congreso al poder que de ella necesita" (9).

F. FACULTADES CONCURRENTES O COINCIDENTES

Además de las facultades anteriormente mencionadas, es importantes señalar las que los juristas han determinado como concurrentes o coincidentes, pues éstas tienen distinta naturaleza y operan de forma diferente. Al respecto, el tratadista Serafín Ortiz Ramírez señala que su origen se encuentra en la doctrina y la jurisprudencia de Estados Unidos de América, de donde se les ha tomado para implantarlas en nuestro sistema constitucional. Reciben la denominación de concurrentes porque pueden ejercitarlas los Estados, en tanto no ejercite la Federación aquellas facultades que le han sido concedidas, pero siempre que se refieran sólo a determinadas materias, pues si el asunto es nacional por su carácter e importancia, y exige uniformidad y regulación, sólo el Congreso de la Unión puede legislar sobre el tema.

Por su parte, el maestro Tena Ramírez añade que las facultades concurrentes, en el sentido castizo de la palabra, deben ser llamadas coincidentes, puesto que éstas son las que se ejercitan de manera simultánea por la Federación y por los Estados, y no de la forma supletoria antes mencionada, porque de cualquier modo constituyen excepciones al principio del sistema federal, por cuanto la atribución de una facultad concedida a la Unión, se traduce necesariamente en la supresión de la misma en relación con los Estados.

Cabe aclarar, que en el derecho constitucional mexicano existen facultades coincidentes en materia turística, toda vez que al desprenderse del artículo 73 Constitucional fracción X, la facultad del Congreso para legislar en toda la República

(9) Ibidem.

VIII, considera como actos de comercio los celebrados por las empresas de transportes de personas o cosas por tierra o por agua, y los realizados por las empresas de turismo; consecuentemente, es regulado a nivel federal.

No obstante, como se trata de una facultad implícita del Congreso, las legislaturas locales de los estados que tienen vocación turística, tienden con mucha frecuencia a establecer disposiciones reguladoras y que fomenten el turismo, además lo anterior se va a ver acentuado, en virtud de que las recientes reformas a la Constitución Política Mexicana, ya que en su artículo 122 fracción IV inciso g), faculta a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, para legislar en el ámbito local en lo relativo al Distrito Federal en materia de turismo y servicios de alojamiento.

G. EL ORDEN JERARQUICO NORMATIVO DE CARACTER CONSTITUCIONAL

El conjunto total de normas que existen dentro del derecho mexicano puede ser esquematizado, como la figura de una pirámide de normas y en su cúspide o grado superior encontramos a la Constitución o "Ley Primaria", es decir que contiene normas fundamentales, cuya función que materialmente hablando, es la de establecer los órganos encargados de la creación de normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir.

Ahora, si aplicamos la estructura lógica del orden jurídico de las normas de nuestro país en el derecho turístico mexicano, veremos que la Constitución es la Ley Suprema de la República, también conocida como la Ley Fundamental, porque "preside majestuosamente toda nuestra estructura jurídica y política" (10).

De acuerdo con este supremo rango constitucional, los preceptos relacionados

(10) RAMIREZ Fonseca, Francisco; Manual de Derecho Constitucional; 4a Ed.: Edit. PAC; México; 1985;

De acuerdo con este supremo rango constitucional, los preceptos relacionados con el turismo en la Constitución serían:

1) Los relacionados con el turista, entre los que podríamos citar al artículo 1o. que contempla la garantía de igualdad y el artículo 11o. que se refiere a la garantía de libertad de tránsito.

2) Los relacionados con los prestadores de servicios turísticos, como lo son el artículo 5o. Constitucional que consagra la libertad de trabajo y el 9o. Constitucional que garantiza la libertad de asociación.

3) Los relacionados con las facultades de los poderes públicos relativos al turismo, como son el artículo 89 fracción I, que se refiere a la facultad de expedir reglamentos por parte del Ejecutivo Federal, la de promulgar leyes sobre la materia de comercio, artículo 73 , fracción X; y las facultades jurisdiccionales conferidas al Poder Judicial Federal consagradas en los artículos del 103 al 107 Constitucional.

Inmediatamente después de la Constitución, ubicamos en el segundo grado descendente las normas generales o secundarias, emanadas del procedimiento legislativo, es decir, aprobadas por el Congreso de la Unión, las cuales determinan no solamente los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades administrativas y judiciales.

En esta segunda escala de normas, ubicaríamos a la Ley Federal de Turismo; a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que instituye a la Secretaría de Turismo y en su propio artículo 42 le atribuye facultades sobre la materia; también aquí encuadramos a la Ley General de Población, en su parte referente a los extranjeros no inmigrantes turistas, y a la Ley Aduanera, en la parte correspondiente a las franquicias de los turistas nacionales o extranjeros, respecto de los objetos que son materia de comercio exterior; la Ley de Nacionalidad y Naturalización, en su parte referente a los extranjeros; así como a la Ley Federal de Protección al Consumidor, en su parte reguladora de los prestadores de servicios turísticos.

Dentro de esta misma gradación ubicaríamos a los Convenios Internacionales que sobre la materia turística ha celebrado el Gobierno Mexicano con otros países, como lo serían a manera de ejemplo: el Decreto por el que se aprueba el Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre el Desarrollo y la Facilitación del Turismo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de marzo de 1983; o el Decreto por el que se aprueba el Convenio de Cooperación Turística entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Canadá, publicado el 14 de marzo de 1985 en el Diario Oficial de la Federación.

En la tercera escala de la pirámide encontramos a las normas reglamentarias (contenidas en reglamentos), a los decretos, órdenes y acuerdos emitidos por el poder ejecutivo y, en sus casos por las secretarías y departamentos de estado, que son ordenamientos jurídicos dados por la autoridad con el fin de facilitar el cumplimiento de una ley; en efecto, el reglamento divide una disposición general, en otras varias menos generales para facilitar su aplicación, es decir, que a partir de las disposiciones generales, desarrolla y complementa, sin poder exceder ni contrariar a la ley que reglamenta.

La facultad de expedir reglamentos para el mejor cumplimiento de las leyes, es propia del poder Ejecutivo, según lo establece el artículo 89 fracción I de la Constitución, de tal suerte que encontramos en materia turística el Reglamento de la Ley Federal de Turismo, igualmente el Reglamento Interior de la Secretaría de Turismo; los Reglamentos de la Ley General de Población, en lo referente a los turistas; el Reglamento de la Ley Aduanera y el Reglamento sobre Pasaportes y Visas, etc.

Los decretos, órdenes y acuerdos son normas sobre materia particular y de aplicación restringida en el ámbito personal, emitidas por el Presidente de la República; el artículo 92 Constitucional al respecto dice que "todas los decretos, órdenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario del Despacho, encargado del ramo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos"

Refiriéndonos a las circulares podemos mencionar que son disposiciones dictadas por los Secretarios de Estado, Jefes de Departamento u otras Dependencias oficiales y que tienen por objeto aclarar y facilitar a los empleados y oficiales, determinados aspectos de una ley, para que éstos la apliquen con mayor equidad.

Finalmente, en el grado más bajo de la pirámide encontramos a las normas individualizadas, contenidas en las decisiones del poder ejecutivo o judicial, o bien en los convenios celebrados entre particulares. Al hablar de las normas individualizadas tanto públicas (sentencias, concesiones para usar títulos o condecoraciones), como privadas (contratos y testamentos), también debemos aludir que este tipo de normas constituyen en favor de los individuos de terminados, verdaderos derechos -los derechos subjetivos- a los que corresponde la obligación que tienen todos los demás de respetar esos derechos.

Si se atiende al lugar o espacio geográficos en que tienen validez las normas jurídicas, encontramos que las normas tienen diferentes esferas de aplicación. El ámbito espacial de validez es la porción del espacio en que un precepto es aplicable, en efecto, se pueden distinguir los siguientes ámbitos especiales y que en un régimen de carácter federal como el nuestro se denominan: Federal, Estatal o Local, y Municipal.

1. LEGISLACION FEDERAL

La Legislación Federal se refiere a las normas aplicables en todo el territorio nacional.

2. LEGISLACION ESTATAL

La Legislación Estatal o Local es aquélla que sólo tienen aplicación en una parte del territorio nacional, y su esfera de aplicación se circunscribe al territorio de un Estado de la Federación, es decir, son normas cuya aplicación se limita al territorio de determinado Estado.

3. LEGISLACION MUNICIPAL

Por legislación Municipal nos referimos aquellas normas que sólo son aplicables dentro de la demarcación del municipio.

Existen por tanto, según sean las normas federales, locales o municipales, tres ámbitos de validez espacial.

H. CONFLICTO DE LEYES

Las normas de un ámbito espacial se hallan respecto de las normas del ámbito espacial menos extenso en cualquiera de estas dos posiciones o sirven de inspiración y criterio regulador a las normas del ámbito menos extenso, o regulan cuestiones no comprendidas por las normas de este último.

En el primer caso, hay una subordinación de las normas del ámbito más extenso; en el segundo caso, una completa independencia (pero no oposición) entre las normas de un ámbito y las de otro. En ningún caso las normas de un ámbito menos extenso influyen en las normas de un ámbito más extenso, pero lo contrario si es posible.

En otras palabras entre dos normas de validez diferente no puede haber más que dos clases de relaciones:

- 1) Relación de dependencia jerárquica de una norma respecto a otra.
- 2) Relación de independencia de las dos normas entre sí, pero dependiente jerárquicamente ambas de una norma de grado superior.

Dentro de nuestro sistema nacional jurídico hemos visto anteriormente que el grado superior le corresponde a la Constitución o norma fundamental por que sirve de fundamento a la validez de todas las demás normas del sistema nacional. Así vemos que el texto del artículo 133 Constitucional establece:

"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados apesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

Cada norma de grado jerárquico superior tiene respecto de las normas que le son inferiores dos propiedades:

- 1) La de regular su creación
- 2) La de establecer preceptos que deben ser respetados por las normas inferiores, so pena de invalidez.

Según el sentido gramatical del texto que acabamos de transcribir, se manifiesta la subordinación de todo el derecho local (incluso de las Constituciones de las Entidades Federativas) al derecho federal; lo cual virtualmente es inadmisibile, pues ello acabaría con el sistema federal y haría nugatoria la soberanía (aunque sería más acertado decir: la autonomía) de los Estados a que se refieren los artículos 40 y 41 Constitucionales.

En realidad, no existe tal supremacía del derecho federal sobre el derecho local; uno y otro están subordinados a la Constitución, pero no se subordinan entre sí, toda vez de que sí se trata de dos esferas de validez independientes una de la otra, cuyas facultades limita expresamente la Constitución en el artículo 124 Constitucional anteriormente citado.

En tal orden de ideas, el maestro Tena Ramírez⁽¹¹⁾ considera que las leyes y tratados constitucionales, prevalecen sobre las leyes inconstitucionales de los estados porque sólo en este sentido, las leyes federales tienen primacía sobre las locales, como éstas las tendrían, si ellas fueran las constitucionales; pero dicha primacía no proviene de la desigualdad de las jurisdicciones, sino que en realidad sólo en caso de conflicto entre éstas, goza de supremacía única la que esté de acuerdo con la Constitución, por tanto, se trata de la supremacía única de la Constitución, que se comunica a los actos que están en desacuerdo con la misma; luego entonces, no se trata de la primacía de lo federal sobre lo local, sino de lo constitucional sobre lo inconstitucional.

(11) TENA Ramírez, Felipe; Op. Cit.; pág. 120.

CAPITULO SEGUNDO: EL CONTRATO

I. HECHOS Y ACTOS JURIDICOS

Resulta de gran interés en esta obra, el análisis profundo de los hechos y actos jurídicos, toda vez que dentro del campo del derecho son fuente primordial de las obligaciones. La palabra fuente tiene a su vez su raíz etimológica en los términos *fons, fontis* los cuales significan "el manantial de agua que brota de la tierra"; y transportando el sentido de esta palabra al ámbito del derecho, se entenderá como el lugar de donde emana o brota ese producto social.

En el campo de las obligaciones, cuando utilizamos el término de "fuente" queremos referirnos con él a los orígenes o causas generadoras de los derechos de crédito u obligaciones.

Con base en lo anterior podemos asentar que todas las obligaciones tienen su fuente en los hechos jurídicos, en su doble perfil de: actos jurídicos y hechos jurídicos stricto sensu.

A través de la Historia del Derecho se han elaborado innumerables doctrinas para definir el hecho jurídico, siendo la teoría del maestro Bonnecase la que retomaremos, toda vez que ha sido la que mayor influencia ha tenido en los legisladores que elaboraron nuestro Código Civil vigente.

Existen múltiples hechos que no producen consecuencias de derecho, como es el caso de nadar, esculpir una obra de arte, o arreglar un automóvil, sin embargo existen otros hechos que el derecho sí toma en consideración, para atribuirles consecuencias jurídicas, y precisamente a esos hechos que sí producen efectos jurídicos, se les consideran hechos jurídicos.

Bajo el rubro general de hechos jurídicos existen una serie de acontecimientos que son susceptibles de producir consecuencias de derecho y éstos se dividen en dos grandes categorías: Por una parte están aquellos fenómenos de la naturaleza que crean consecuencias de derecho independientemente de la voluntad del sujeto, por lo que son considerados como hechos jurídicos en estricto sentido, éste es el caso de la muerte de una persona.

Por otro lado, también se consideran hechos jurídicos aquellos en los que interviene la conducta humana, pero los efectos de derecho se producen independientemente y a veces, en contra de la voluntad del sujeto, por ejemplo las lesiones causadas por el atropellamiento a una persona por un automovilista.

Dentro de las diversas acepciones del término hecho jurídico, en su sentido amplio enumeramos a continuación algunas de las más relevantes:

"Todo acontecimiento ya se trate de un hecho de la naturaleza o del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración para atribuirle consecuencias de derecho, es hecho jurídico", según lo expone en su libro de Derecho Civil el maestro Galindo Garfias (1).

"Hecho jurídico lato sensu, es toda conducta humana o de la naturaleza, que el Derecho considera para atribuirle consecuencias jurídicas", nos dice Gutiérrez y González, en su texto relativo al Derecho de las Obligaciones(2).

Afirma Rojina Villegas que "el hecho jurídico es un fenómeno natural o del hombre, que realiza la hipótesis normativa para que se produzcan consecuencias de derecho"(3).

Por su parte la Doctrina Francesa de los Hechos Jurídicos estima que "a lado de los fenómenos de la naturaleza que no producen efectos de derecho, y la

(1) GALINDO Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Edit. Porrúa, 1989; 210

(2) GUTIERREZ y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Edit. Cajica, Puebla, 1978, pp. 122, 124.

(3) ROJINA Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1990, pág 220

mayor parte de las conductas humanas irrelevantes en lo jurídico, se tiene a los hechos jurídicos que son los que sí producen efectos de derecho"(4).

Asevera el maestro Villoro Toranzo que "por hechos jurídicos se entiende a los sucesos temporales y especialmente localizados, que provocan al ocurrir, un cambio en la realidad jurídica existente"(5).

Expone García Máñez que los hechos jurídicos pueden consistir en hechos o estados de hechos independientes a la actividad humana, o en acciones humanas voluntarias o involuntarias"(6).

Para nosotros el hecho jurídico podría definirse de manera genérica como cualquier acontecimiento susceptible de producir consecuencias jurídicas y dichos efectos pueden consistir en la creación, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones.

II. CLASIFICACION DE HECHOS JURIDICOS LATO SENSU

Como se analizó anteriormente, son diversas las definiciones de hechos jurídicos y por consecuencia múltiples han sido las clasificaciones que en la doctrina se han esbozado, y entre las cuales se encuentran la clasificación Alemana de Von Thur o la Italiana de Pugliati; sin embargo nosotros profundizaremos en la Clasificación Clásica de los Hechos Jurídicos, siendo necesario para ello retomar el cuadro que explica la clasificación de los hechos jurídicos de acuerdo con esta doctrina, del libro de Gutiérrez y González,(7) con nuestras propias anotaciones.

(4) BONNECASE, Julián, Elementos de Derecho Civil, Traducción Cajica, Tomo II, pág. 221.

(5) VILLORO Toranzo, Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, Edit. Porrúa, México, 1990, pág.333.

(7) GUTIERREZ y González, Ernesto, opus citatus, pág.123.

**A. HECHOS JURIDICOS
(STRICTO SENSU)**

1) DE LA NATURALEZA

**2) DEL SER HUMANO (VOLUNTAD).
(SE REQUIERE LA CONDUCTA
PERO NO NECESARIAMENTE
LA CONSECUENCIA QUE SE
PRODUCE)**

2.1. VOLUNTARIOS

**2.1.1. VOLUNT. LICITOS
(CUASICONTRATO)**

2.1.2. VOLUNT. ILICITOS

**HECHOS JURIDICOS
(LATO SENSU)**

2.2. INVOLUNTARIOS

2.2.1. INVOLUNT. LICITOS

**2.2.2. INVOLUNT. ILICITOS
(CUASIDELITOS O DELI-
TOS IMPRUDENCIALES.)**

B. ACTOS JURIDICOS

1) UNILATERALES

1.1. TESTAMENTO

1.2. REMISION DE DEUDA

2) BILATERALES

2.1. CONVENIO LATO SENSU

2.1.1. CONTRATO

2.1.2. CONVENIO

(STRICTO SENSU)

A. HECHOS JURIDICOS STRICTO SENSU

Los hechos jurídicos stricto sensu son todos aquellos acontecimientos debidos o no a la voluntad del hombre, pero de manera que las consecuencias jurídicas se producen independientemente de dicha voluntad.

El maestro Gutiérrez y González por su parte manifiesta que el hecho jurídico en estricto sentido es "la manifestación de la voluntad que genera efectos de derecho, independientemente de la intención del autor de la voluntad, para que esos efectos se produzcan o bien, un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos"⁽⁸⁾.

Consideramos en lo personal que el hecho jurídico en strictu sensu, es aquel acontecimiento (de la naturaleza o del ser humano) que genera efectos de derecho, independientemente de que exista o no alguna voluntad que los desee.

A su vez los hechos jurídicos stricto sensu se han dividido doctrinalmente para su análisis de la siguiente forma:

- 1) Hechos jurídicos de la naturaleza (stricto sensu)
- 2) Hechos jurídicos del ser humano voluntarios o involuntarios (stricto sensu).

1. HECHOS JURIDICOS DE LA NATURALEZA (STRICTO SENSU).

Borja Soriano los define en los siguientes términos: "los hechos que se dan independientemente de la voluntad del hombre, son los acontecimientos naturales o accidentales"⁽⁹⁾.

Es decir, que por nuestra parte nos referiremos a los hechos jurídicos de la

⁽⁸⁾ GUTIERREZ y González, Ernesto, op. cit., pág. 126.

⁽⁹⁾ BORJA Soriano, Manuel, Teoría General de Las Obligaciones, Edit. Porrúa, México, 1985, pág. 86.

naturaleza como los acontecimientos naturales, en los que no tiene ninguna intervención la voluntad e inteligencia del ser humano y que el ordenamiento jurídico ha considerado para que se generen consecuencias de derecho, como ejemplos de esta clase de hechos tenemos el nacimiento o la muerte de una persona, una sequía, un terremoto, etc.

2. HECHOS JURIDICOS DEL HOMBRE (STRICTU SENSU)

"Son aquellos hechos, en los que interviene la conducta humana, pero los efectos de derecho se producen independientemente y a veces contra la voluntad del sujeto"(10).

Expone Gutiérrez y González que los hechos jurídicos stricto sensu voluntarios son "las conductas humanas que generan consecuencias jurídicas de manera independiente a la voluntad de su autor para que esas consecuencias se produzcan" (11).

Nosotros consideramos que estos hechos se pueden definir como los acontecimientos voluntarios o involuntarios (producidos por la actividad o sin la actividad del hombre), pero que pueden de alguna forma ser imputados a uno o varios hombres; y que producen efectos de derecho independientemente de la intención de sus autores.

Estos hechos a su vez se subclasifican de la manera siguiente:

2.1. Hechos voluntarios:

2.1.1. Hechos voluntarios lícitos

2.1.2. Hechos voluntarios ilícitos

2.2. Hechos involuntarios:

2.2.1. Hechos involuntarios lícitos

2.2.2. Hechos involuntarios ilícitos

(10) GALINDO Garfias, Ignacio, ob. cit., pág. 210.

2.1. HECHOS VOLUNTARIOS

2.1.1. HECHOS VOLUNTARIOS LICITOS

Son aquellas conductas humanas que van de acuerdo con las leyes de orden público y las buenas costumbres, así como por ejemplo, podemos citar la enriquecimiento sin causa (pago de lo indebido) y la gestión de negocios que se traduce en la intromisión voluntaria y espontánea de una persona que carece de mandato y de obligación legal, en la esfera jurídica económica ajena, con el propósito altruista de evitarle daños o bien producirle beneficios.

Su finalidad es sólo ocuparse del negocio de otra persona que necesita una atención inmediata y por ello el ordenamiento jurídico le asigna a este hecho una serie de consecuencias de derecho, como lo son: el hecho de no poder abandonar el negocio de que se trate, hasta no agotar la gestión, o hasta el momento en que el dueño del negocio lo releve de esta obligación.

A esta figura en la que una persona determinada, realiza un hecho permitido por la ley, y con el cual obliga a otra(s) hacia ella, sin que entre ambas exista ningún convenio, es a lo que Pothier denomina "cuasicontrato".

Asimismo, asevera que dentro de los contratos es el consentimiento de las partes, el que produce la obligación; sin embargo dentro de los cuasicontratos no hay la manifestación de dicho consentimiento, pero es la ley o la equidad natural las que reconocen o hacen que se produzca el deber jurídico.

2.1.2. HECHOS VOLUNTARIOS ILICITOS

El artículo 1830 del Código Civil señala que es hecho ilícito todo aquél "contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres". El hecho ilícito se caracteriza como una acción antijurídica, contraria a la ley o a la moral social, anula al contrato que lo tiene por objeto o finalidad principal

El hecho ilícito engendra obligaciones tal como lo establece el artículo 1910 del Código citado: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo".

En este orden de ideas, el hecho ilícito -fuente de obligaciones- es una conducta antijurídica culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar lo daños y engendra a su cargo una responsabilidad civil.

Es decir, se refieren al hecho por el cual una persona por dolo o malicia, causa un daño o perjuicio a otra; así el que comete un delito intencional según el artículo 8o. y 9o., del Código Penal, tiene la intención de causar un daño, pero no de resarcirlo, y sin embargo, por el hecho de cometer el delito nace a su cargo una obligación de carácter indemnizatorio con fundamento en el artículo 29 del mismo ordenamiento jurídico.

2.2. HECHOS INVOLUNTARIOS

2.2.1. HECHOS INVOLUNTARIOS LICITOS

En la vida diaria se presentan infinidad de casos de transmisión de bienes o servicios de una persona a otra; así la satisfacción de necesidades humanas lo reclama, pero generalmente esas transferencias patrimoniales se realizan en cumplimiento de obligaciones y en satisfacción de derechos creados por la norma jurídica: de tal suerte que en la figura de un padre que se empobrece porque (quiera o no), debe de alimentar a su hijo, beneficiándose este último por ello; en tal orden de ideas el empobrecimiento del padre tiene causa en la Ley, que lo obliga a hacerlo.

Otro ejemplo de este tipo de hechos involuntarios lícitos es cuando el causante se empobrece pagando impuestos al Fisco, porque su obligación de entrega tiene causa o fuente en la Ley.

2.2.2. HECHOS INVOLUNTARIOS ILICITOS

Estos hechos se refieren a aquellas conductas del hombre, que son contrarios a una ley de orden público o de las buenas costumbres, y en donde la voluntad del actor, haya querido o no el hecho, o las consecuencias del mismo, éstas se generan independientemente de su voluntad, a estos hechos se les identifica como cuasidelitos porque son producto no de una conducta dolosa o intencional, sino por el contrario haber sido realizado sólo por imprudencia, negligencia, descuido o torpeza..

Los delitos imprudenciales, según los artículos 8o., 9o. y 29 del Código Penal, hacen que nazca en perjuicio de quien los comete una obligación de indemnizar el daño que por éstos se cause, aunque este resultado sea extraño a su voluntad.

Los delitos y los cuasidelitos, distan de la figura de los cuasicontratos, en el hecho de donde resulta que el cuasicontrato es permitido por las leyes, mientras que el que constituye un delito o un cuasidelito es un hecho condenable.

B. ACTOS JURIDICOS

Si recordamos la teoría de la clasificación de Bonnecase de los hechos jurídicos lato sensu, así como su división en hechos jurídicos strictu sensu, y actos jurídicos, podemos analizar las diferentes definiciones que sobre el último exponen relevantes tratadistas.

El acto jurídico según Gutiérrez y González lo debemos de entender como "la manifestación exterior de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad" (12).

(12) *Ibidem*, pág. 124.

Galindo Garfias por su parte opina que "los actos jurídicos son aquellos acontecimientos en que interviene la voluntad humana, encaminados directamente a la producción de los efectos previstos en la norma jurídica"(13).

Por lo se refiere a la Legislación Argentina, en ésta se contempla a los actos jurídicos como "aquellos hechos voluntarios, ejecutados con discernimiento, intención y libertad"(14).

Por nuestra parte tomando los elementos de la definición del maestro Bonnacase del acto jurídico, afirmamos que éste se refiere a la declaración externa de la voluntad consciente y deliberada, que bien puede ser bilateral unilateral, cuya intención es crear con fundamento en una norma jurídica, en provecho o detrimento de uno o varios sujetos, un estado o una modificación o extinción de determinados derechos y obligaciones.

En pocas palabras nosotros podemos concluir que el acto jurídico es el acto en el que es fundamental la voluntad del hombre, para la producción de efectos jurídicos, o sea, las consecuencias de derecho son dscadas por la voluntad del sujeto.

1. ACTOS JURIDICOS UNILATERALES

"Los actos jurídicos pueden ser unilaterales, si la voluntad emana sólo de una parte de la relación, aunque sean varios los sujetos que emitan esa única declaración; sus declaraciones se unen en una sola dirección"(15).

La mayoría de los tratadistas coinciden al expresar que los actos unilaterales son aquéllos en que interviene en su formación una sólo voluntad o varias, pero concurrentes a un mismo fin; es decir, será unilateral el negocio que procede de una sola parte (*ex uno latere*)(16).

(13) GALINDO Garfias, Ignacio, opus citatus, pág.223.

(14) Código Civil Argentino, citado por VILLORO Toranzo, Miguel, Opus citatus, pág.174

(15) GALINDO Garfias, ob. cit., pág.223.

(16) Ibidem, pág. 212.

Cabe resaltar que la importancia dentro del acto jurídico unilateral, no radica en el número de las voluntades que concurren para su formación, sino la identidad de los efectos jurídicos que busquen; lo cual significa que no depende de el número de sujetos que intervengan en el acto lo que sirve para determinar si el negocio es unilateral o plurilateral, sino las situaciones o posiciones en que las personas se encuentran colocadas como centro de intereses en la relación jurídica, ejemplos de este tipo de actos son el testamento y la remisión de deuda.

1.1. TESTAMENTO

Es un acto jurídico unilateral, personalísimo revocable, libre y formal, por medio del cual una persona física puede disponer de sus bienes y derechos, pero también puede establecer el cumplir con determinados deberes, para después de su muerte.

El testamento es un acto jurídico por las consecuencias que por su naturaleza genera; es unilateral porque produce sus efectos desde la muerte del testador, aún sin el consentimiento del heredero, es decir, que sólo precisa de la voluntad del otorgante para su creación.

1.2. REMISION DE DEUDA

Este es un acto en virtud del cual, el acreedor perdona la deuda a su deudor total o parcialmente, teniéndola por extinguida sin haber recibido la prestación a que tenía derecho. Es un acto en el que concurre una sola voluntad, la del acreedor, independientemente de que el deudor lo desee o no.

En el caso de que dos personas fueren acreedores de un tercer deudor y se trate de una misma deuda, conjuntamente los acreedores podrán hacer remisión de la misma y aún concurriendo dos voluntades, habrá un acto jurídico unilateral.

Es un medio o forma en que se pueden extinguir las obligaciones a través del perdón del acreedor a favor del deudor a quien releva del cumplimiento. Es un acto jurídico en virtud del cual el acreedor renuncia a su crédito u obligación y declina su facultad de exigir al deudor el cumplimiento o pago de su deuda.

2. ACTOS BILATERALES O PLURILATERALES

Según el licenciado Gutiérrez y González "han sido definidos como aquellos actos que para su formación requieren de dos o más voluntades que buscan efectos jurídicos diferentes entre sí"⁽¹⁷⁾.

"Son actos bilaterales o plurilaterales aquellos actos que proceden de dos o más partes (*ex duo vel pluribus*) (*ateribus*)"⁽¹⁸⁾.

Así podemos connotar a los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales como aquel tipo de actos que resultan de la concurrencia de dos o más voluntades.

2.1. CONVENIO LATO SENSU

El término convenio proviene del latín *convenire* que significa ser de un mismo parecer, ajuste o conocimiento entre dos o más personas. Es pues un género particular de los actos jurídicos.

Los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales son denominados también convenios en un sentido amplio y los mismos se definen como los acuerdos de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Los convenios lato sensu, se subdividen en:

2.1.1. Contratos y

2.1.2. Convenios stricto sensu.

2.1.1. CONTRATO

(17) GUTIERREZ y González, Ernesto, ob. cit., pág. 125.

(18) GALINDO Garfias, Ignacio, op. cit., pág. 212.

La palabra contrato proviene del latín *contractus* derivado a su vez del verbo *contrahere*, que significa reunir, lograr, concertar. De esta forma veremos que el contrato en el campo jurídico se define como el acto jurídico bilateral, que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias o efectos jurídicos, tal como la CREACION O TRANSMISION de derechos y obligaciones, debido al reconocimiento de una norma jurídica. No obstante, el contrato debido a su doble naturaleza también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada.

"El contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones"⁽¹⁹⁾.

Nuestro ordenamiento jurídico civil vigente lo regula en su artículo 1793 de la siguiente forma:

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

Habiendo analizado el concepto jurídico de el contrato, dentro de la clasificación de los hechos jurídicos lato sensu, es necesario indicar que en un apartado posterior, realizaremos un estudio del contrato de prestación de servicios turísticos, partiendo de los elementos que se detallan en el presente capítulo.

2.1.2. CONVENIO STRICTO SENSU

Nuestro ordenamiento Civil hace la diferencia entre convenio y contrato, así pues el artículo 1792 de nuestro Código Civil preceptua lo siguiente:

"Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir,

⁽¹⁹⁾ GUTIERREZ y González, Ernesto, opus citatus, pág. 125

"Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar y extinguir obligaciones"

y por su parte el artículo 1793 establece:

"Los contratos son los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos"

Como consecuencia de lo anterior, debemos diferenciar (con fines didácticos), el convenio en sentido amplio, que implica al convenio de voluntades que CREA, TRANSFIERE, MODIFICA O EXTINGUE OBLIGACIONES Y DERECHOS, es decir incluye a la figura del contrato; del convenio en sentido estricto, que concretamente se limita a la PRODUCCION, TRANSFERENCIA, MODIFICACION Y EXTINCION DE OBLIGACIONES.

Generalmente se considera al convenio como el género, y al contrato como la especie, y esta diferencia entre uno y otro tiene sus antecedentes en los Códigos Civiles Francés e Italiano que originalmente manejaban esta distinción.

No obstante, esta distinción a la fecha es completamente intrascendente, toda vez que los principios que se refieren a los contratos se aplican indistintamente a todos los convenios (1859).

Asimismo, hay que considerar que el contrato, según el concepto legal, no sólo puede dar nacimiento a obligaciones y a sus correlativos derechos de crédito, sino también puede crear o transmitir derechos reales (1793 y 2014) como se presente en el contrato de hipoteca y en el de compraventa, respectivamente. En este orden de ideas se señala que el contrato puede tener efectos obligatorios y efectos reales.

Castán Tobeñas "ha clasificado en cuatro grupos diferentes las diversas definiciones que existen en torno al contrato"⁽²⁰⁾.

De esta forma se refiere a una "concepción amplia", que identifica al contrato con la convención o acto jurídico bilateral y que incluye todo acuerdo dirigido a crear, modificar o extinguir relaciones de obligación y a constituir relaciones de derecho de familia.

En segundo lugar habla de una "concepción estricta", cuya característica consiste en separar, con absoluta precisión, al convenio del contrato, determinando que en el primer caso constituye el género y en el segundo la especie, es decir, que en este segundo grupo la concepción del contrato es como un acuerdo dirigido a constituir una obligación patrimonial.

"La concepción intermedia" reconoce que la figura del contrato siempre tiene un contenido patrimonial, y no sólo se dirige a la constitución de derechos y obligaciones, sino que además, puede servir para extinguirlos o modificarlos.

Por último Castán considera una "concepción novísima" extraída de los terrenos del derecho público fielmente representada por Dugit, Hariou, y Jellinek, que limita el concepto del contrato, para decir que este se encuentra solamente donde hay intereses opuestos.

El contrato para nosotros es un arreglo espontáneo de voluntades, que buscan fines diferentes, con base a la ley, y a las buenas costumbres, que por lo regular se considera consensual y excepcionalmente formal, para la creación y transmisión inmediata, diferida o condicionada, temporal o permanente, de derechos y obligaciones de contenido patrimonial.

El concepto anterior lo podemos desglosar de la siguiente forma:

a) Arreglo espontáneo de voluntades.- Se considera no como un simple

(20) CASTAN Tobeñas, citado por De Buen Lozano Néstor, La Decadencia del Contrato, Edit. Porrúa, México, 1986, pp.204.

El concepto anterior lo podemos desglosar de la siguiente forma:

a) Arreglo espontáneo de voluntades.- Se considera no como un simple intercambio de declaraciones, sino como un verdadero arreglo o compromiso de las voluntades.

b) Que buscan fines diferentes.- Es decir que existen diferencias en cuanto a sus metas, aunque no se traduce en una oposición de intereses, pues lo que persigue una de las partes siempre es distinto a lo que espera obtener el otro contratante.

c) Con base a la ley y a las buenas costumbres.- Pues en el caso que no actuara el acuerdo de voluntades conforme a las disposiciones legales prohibitivas o de orden público, tendría como consecuencia la nulidad absoluta.

d) Por lo regular es consensual y excepcionalmente formal.- Dato que se desprende del artículo 1832 referente a que la consensualidad es la regla y la excepción la formalidad.

e) Para la creación y transmisión.- Porque realmente es intrascendente la limitación que tienen los contratos para producir obligaciones ya que éstas se producen como consecuencia de la modificación o extinción de obligaciones y derechos. No obstante, el hecho de que nuestro Código reconozca la limitación mencionada y en el supuesto de que la misma constituye una cuestión muy debatida, nos lleva a seguir manejando la concepción reducida del contrato, dejando para los demás convenios la modificación y la extinción de derechos y obligaciones.

Con base en el artículo 1793 anteriormente citado, se puede establecer que el contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para CREAR O TRANSFERIR derechos y obligaciones.

Por lo tanto, podremos concluir que habrá contrato cuando varias personas llegan a un acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a regular sus derechos y obligaciones.

A. FUNCION JURIDICA

La función jurídica del contrato es muy amplia, de tal suerte que se le ha llegado a considerar como la vía más extensa para la creación voluntaria de obligaciones, aún cuando esa especie de contrato no se encuentre expresamente regulada en la ley; lo cual se puede fundamentar a través del análisis del artículo 1858 del Código Civil, que establece:

"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 fueren omisas, por las estipulaciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento".

Por su parte el artículo 1859 completa la regla al preceptuar:

"Las disposiciones legales sobre contratos, serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en los que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley, sobre los mismos"

De los preceptos anteriores se desprenden dos efectos:

1. La regulación que el ordenamiento jurídico hace al contrato, sirve para aplicarlo a cualquier especie de contratos, aún los que no están expresamente contemplados por la ley.
2. Las disposiciones relativas a los contratos, podrán aplicarse a todos los actos jurídicos en general, mientras no sean contrarios a la propia naturaleza de los actos a los que se vayan a aplicar, o a disposiciones especiales dictadas sobre los mismos.

B. CLASIFICACION DEL CONTRATO

Los contratos se pueden clasificar atendiendo a diferentes aspectos, como suele ser su función económica, o bien la rama del derecho en la cual se enfocan. Sin embargo por el momento nos referiremos sólo algunas de las clasificaciones más relevantes a nuestro criterio:

1. NOMINADOS E INNOMINADOS

- Contratos nominados.- Son aquellos contratos que se encuentran instituidos en algún ordenamiento jurídico, es decir, la Ley los designa bajo una denominación especial.

- Contratos innominados.- Son los que no tienen una denominación específica y por consiguiente, no cuentan con una regulación especial, en lo particular, no son mencionados en ningún ordenamiento jurídico. Los contratos innominados tienen la misma fuerza legal y se rigen por las normas del contrato nominado con el que tenga mayor semejanza (artículo 1858 del Código de Comercio).

2. UNILATERALES Y BILATERALES O SINALAGMATICOS

- Contratos unilaterales.- Nos referimos a aquellos contratos que hacen nacer obligaciones para una sola de las partes, sin que la otra se comprometa a cumplir con alguna obligación.

En el Código Civil de 1884 se establecía:

"El contrato unilateral es aquél en que una sola de las partes se obliga"
Actualmente el Código Civil en su artículo 1835 contempla lo siguiente:

Creemos que es de singular importancia señalar la distinción que existe entre los actos jurídicos unilaterales y los contratos unilaterales; pues bien mientras que en los actos jurídicos unilaterales, aunque en esencia son actos jurídicos, se requiere del concurso de dos o más voluntades, y como ejemplo se pueden indicar a la donación, ya que se trata de un acto jurídico unilateral, en especial de un contrato unilateral, pues existen ya dos voluntades, pero solo se obliga el donante y no el donatario, ya que éste recibe sólo el provecho.

- Contratos bilaterales.- También son conocidos como contratos sinalagmáticos o plurilaterales⁽²¹⁾, a estos contratos nos referimos cuando en su formación existe el concurso de dos o más voluntades. El contrato bilateral, es aquél en que existen obligaciones para todos los contratantes, como es el caso del mutuo, el comodato y el arrendamiento.

3. TIPICOS, ATIPICOS PUROS Y ATIPICOS IMPUROS

En la moderna doctrina ya se marca la diferencia entre los contratos nominados e innominados, de los contratos típicos y contratos atípicos:

- Contratos típicos.- Se refiere a aquellos que encajan dentro de un tipo legal, es decir, que ya tienen su regulación en la ley, y que han sido precisados, disciplinados en cuanto a su contenido, sus efectos, y sus exigencias formativas.

- Contratos atípicos.- Son aquéllos que no encuentran su "sede" dentro de una ley; y que surgidos a la vida jurídica atendiendo a la libertad contractual, en virtud de la autonomía de la voluntad; son los que las partes diseñan para satisfacer sus intereses y necesidades particulares, y por tanto, no han merecido atención especial mediante una disciplina particular; sin embargo, lo relevante no es que la ley otorgue o no un nombre al contrato, sino que éste tenga su regulación propia. Este tipo de contratos a la vez se divide en:

(21) Ernesto GUTIERREZ y González maneja una clasificación bipartita: unilaterales y plurilaterales, asercionando que estos últimos se producen cuando las declaraciones constitutivas del acto, provienen de dos o más partes.

- Contratos atípicos puros.- Son aquél tipo de contratos que representan dentro del ámbito jurídico una novedad total, generalmente son extraídos del derecho comparado, como ejemplo de éstos tenemos al contrato de transferencia de tecnología..

- Contratos atípicos impuros.- Estos contratos son aquéllos que surgen en el campo del derecho, como resultado de una combinación de otros contratos ya conocidos anteriormente (nominados); tal es el caso del contrato de arrendamiento financiero, que resulta ser una modalidad de un arrendamiento con opción a compra; es decir es una mezcla de la figura del contrato de arrendamiento, con el contrato de promesa de compraventa. También se encuentra dentro de esta clasificación el contrato de suministro (de energía eléctrica), que es tan común en nuestra sociedad, y que en realidad es el resultado final de una combinación de una prestación de servicios y una compraventa.

4. ONEROSOS Y GRATUITOS

- Se llama contrato oneroso o a título oneroso.- A el contrato en que cada parte sufre un sacrificio o empobrecimiento patrimonial (prestación que la misma cumple), pero con el objeto de procurarse una ventaja correspondiente, es decir recibir una atribución patrimonial o enriquecimiento (prestación)⁽²²⁾.

Nuestro Código Civil de 1928 al respecto establece: Es contrato oneroso aquél en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos"⁽²³⁾.

- Contratos gratuitos.- "Es contrato gratuito, aquel en que una sola parte recibe una ventaja patrimonial o lucro (atribución patrimonial) y la otra (sola) soporta un sacrificio"⁽²⁴⁾.

(22) MESSINEO, citato por Rojina Villegas, opus citatus, pág. 16.

(23) Código Civil para el D.F., art. 1837.

(24) MESSINEO, citato por Rojina Villegas, op. cit., pág. 16

5. CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS

Esta es más bien una subclasificación del contrato oneroso:

- Contratos conmutativos.- Según nuestro Código Civil, estos contratos se presentan cuando "las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que en ellas se puede apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause esto"⁽²⁵⁾. Es decir, que desde el momento mismo de celebrarse el contrato, se conocen las prestaciones que mutuamente las partes se deben.

- Contratos onerosos aleatorios.- Son aquellos contratos en los que las prestaciones que se deben las partes, están condicionadas a la realización de un hecho incierto, que hace que no sea factible una evaluación de las pérdidas o ganancias que éste les cause. Ejemplo de este tipo de contratos es el de seguros, ya que la persona asegurada se obliga a pagar una prima por determinado tiempo, aunque no se tenga la certeza de cuando ocurrirá el siniestro e inclusive si éste ocurrirá. Lo aleatorio está en que las prestaciones no son determinadas en su cuantía al celebrarse el contrato y en que habrá de precisarse en el futuro, cuando se realice la condición o término.

6. REALES Y CONSENSUALES

- Contratos reales.- Son aquellos contratos cuyo perfeccionamiento se basa en la entrega material de la cosa, tal es la situación que mientras no se reciba ésta, el contrato no producirá ningún efecto. Precisamente el nombre de este contrato proviene del latín "res" que significa cosa y dentro de nuestro marco legal de los pocos contratos que aún tienen este carácter es la prenda, el depósito y el mutuo.

(25) Código Civil para el D.F., art. 1838.

- Contratos consensuales en oposición a los reales.- Nos referimos a este tipo de contrato, cuando con el simple acuerdo de voluntades, da por perfeccionado el contrato, sin necesidad de que se haga entrega alguna, como es el caso de la compraventa, no es necesario que se entregue la cosa para la constitución del acto.

7. CONSENSUALES, FORMALES Y SOLEMNES

- Contratos consensuales en oposición al formal.- Es aquél que se perfecciona con el mero acuerdo de voluntades, sin necesidad de que éste revista alguna forma específica contenida en la ley.

Por lo tanto no es necesario que el consentimiento se manifieste por escrito, pudiendo manifestarse de forma verbal o incluso puede tratarse de un consentimiento tácito o mímico.

- Contratos formales.- Son aquéllos donde la ley precisa que la voluntad de las partes contratantes se externe bajo cierta forma que ella dispone y que por regla general rige el que se otorgue en escritura pública o privada.

- Contratos solemnes.- A este tipo de contratos, la ley le exige como elemento fundamental de su existencia, que la voluntad de las partes cuando se externe, ésta se haga de la forma prevista por ella y por el contrario si no se revistiera de esta forma, el acto será inexistente.

Por lo anterior, se establece que el elemento de la solemnidad, es un elemento de existencia en los contratos que la ley misma establece, siendo ejemplos clásicos de este tipo de contratos el testamento, el de matrimonio y el reconocimiento.

8. PRINCIPALES Y ACCESORIOS

- Contratos principales.- Son aquéllos cuya existencia, validez y cumplimiento no depende de ningún otro contrato, es decir que son contratos que tienen vida autónoma e independiente, sin necesidad de existencia de otras figuras que lo refuercen, contratos de este tipo son el comodato, el arrendamiento, y la donación.

- Contratos accesorios.- Este tipo de contratos se refieren a aquéllos que tienen vida y existencia en virtud de que sirven para garantizar o dar fuerza, a la realización o cumplimiento de una obligación derivada de un acto principal, teniendo como ejemplo al contrato de fianza, que es un contrato en virtud del cual una persona se obliga a pagar, o sea a cumplir por otra, si ésta no lo hace. De la misma naturaleza son el contrato de prenda y la hipoteca.

9. INSTANTANEOS Y DE TRACTO SUCESIVO

- Contratos instantáneos.- Estos contratos son los que se perfeccionan y ejecutan en un solo momento; tal es el caso de la compraventa al contado, en donde por el simple acuerdo de las voluntades sobre un objeto cierto, se obtiene la plenitud y eficacia del contrato, es decir, se cumplen en el mismo momento en que se celebran, de tal manera que el pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto.

- Contrato de tracto sucesivo.- En primer término definiremos lo que significa el vocablo "tracto", que se refiere a el tiempo en que se realiza el acto jurídico; de tal suerte que por contrato de tracto sucesivo se entenderá al contrato que una vez perfeccionado el acto o el contrato, no concluye, sino que las partes se siguen haciendo prestaciones continuas o periódicas, por lo tanto el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado. A esta clasificación pertenecen el contrato de suscripción y el de suministro de energía eléctrica.

10. PREPATATORIOS O DEFINITIVOS

- Contratos preparatorios.- Son aquellos cuyo objeto es la celebración de un contrato o acto futuro; se les denomina también preliminar o pre-contrato y sólo dan origen a obligaciones de hacer, se refieren a la realización de un contrato futuro, tal es el caso del contrato de promesa de compraventa.

- Contratos definitivos.- Este tipo de contratos contienen la voluntad presente de las partes para decidir y plasmar desde luego sus recíprocos intereses en el mismo acuerdo de voluntades, no se pospone la concretización hasta la celebración de un nuevo acuerdo, sino que en éste mismo se queda plasmado la voluntad de las partes, en esta clasificación se ubica el contrato de arrendamiento.

C. ELEMENTOS DE EXISTENCIA

En base a la relevancia que tienen los actos jurídicos dentro del campo del Derecho tanto como constructores y modificadores del orden jurídico, es natural que el ordenamiento jurídico los vigile desde su nacimiento y por lo tanto establezca determinados requisitos sin los cuáles no sea posible su existencia.

Por ello para que exista un acto jurídico el derecho exige que se cumpla con los elementos de existencia y elementos de validez que se encuentran establecidos en los artículos 1794 y 1795 de nuestro Código Civil vigente y aunque se refieren estas disposiciones preferentemente a los elementos de los contratos, son preceptos que se aplican al resto de los actos.

Los elementos de existencia son:

1) La voluntad (aunque el artículo 1794 se refiere al consentimiento porque se refiere a los contratos, es decir a actos bilaterales);

2) El objeto que puede ser materia del acto (aunque el precepto se refiere a los del contrato), ya que existen también actos jurídicos solemnes.

3) La solemnidad

En relación al contrato, el consentimiento puede definirse como el acuerdo de voluntades manifestadas, para la creación o transmisión de obligaciones y derechos.

De la definición anterior se desprende que en el consentimiento deben concurrir dos o más voluntades manifestadas, es decir, que no exista duda alguna de su alcance, con la finalidad de que se produzcan determinados efectos de derecho.

Hay que recordar la diferencia existente entre los actos unilaterales y los actos bilaterales, pues bien los actos jurídicos pueden ser producto de una voluntad única o de dos o más voluntades, es decir que los actos jurídicos unilaterales son producto de un sólo centro de interés, de una sola voluntad y porque en atención a ellos nos referiremos a la "voluntad", mientras que por otro lado y a propósito de los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales, que se integran con la concurrencia de dos o más voluntades, hablaremos del "consentimiento".

De esta manera pasaremos a analizar el consentimiento desde el punto de vista del Derecho Privado, el cual, se refiere a la intención exteriorizada de una persona a quien le interesa obtener ciertos efectos jurídicos.

En cuanto al consentimiento existen las siguientes definiciones: "Es el acuerdo o concurso de voluntades que tienen por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos"⁽²⁶⁾.

"El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades, tendientes a la producción de efectos de derecho, siendo necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior"⁽²⁷⁾.

Nosotros lo conceptualizaremos, como el querer jurídico del autor de un

(26) GALINDO Garfias Ignacio, op. cit., pág.271.

(27) GUTIERREZ y González, Ernestos. ob.cit., pág. 179.

Nosotros lo conceptualizaremos, como el querer jurídico del autor de un acto jurídico, que se integra cuando se dá el concurso mutuo de las voluntades de las partes destinadas a la producción de determinadas consecuencias o fines de interés legal.

1.1. ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO

Dentro del proceso legal de formación o integración del consentimiento, pueden distinguirse dos etapas sucesivas que son la oferta y la policitud.

1.1.1 PROPUESTA, OFERTA O POLICITACION

La propuesta, oferta o policitud consiste en la declaración unilateral de la voluntad que dirige una persona a otra u otras, proponiéndoles la celebración de un contrato.

Gutiérrez y González considera que la policitud es "una declaración unilateral de la voluntad, recepticia, expresa o tácita hecha a persona presente o ausente, determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad"⁽²⁸⁾ y las desglosa de forma siguiente:

- a) Es una declaración unilateral de la voluntad:

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

(28) *Ibidem*, pág. 209.

b) Es recepticia:

Ya que no surte efectos hasta que no se recibe y fusiona con la aceptación, como es el caso de una notificación al deudor de una cesión de un crédito, o bien una oferta contractual.

c) Es expresa o tácita:

La oferta puede ser expresa cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos y tácita cuando resulta de hechos o actos que la presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o convenio la voluntad deba manifestarse expresamente, lo anterior con base al artículo 1803 del Código Civil.

d) Puede dirigirse a persona presente o ausente:

- Cuando la oferta se hace a una persona presente puede el proponente fijar un plazo para su aceptación o bien exigir la respuesta de inmediato.

Si la oferta se hace a una persona presente sin llegar a fijar algún plazo, el autor de la oferta queda delgada si la aceptación no se hace de inmediato, situación similar ocurre cuando se trata de una oferta por teléfono (artículo 1806 del Código Civil).

Si es aceptada la oferta sin modificación alguna queda en ese mismo instante perfeccionado el contrato, pues el consentimiento se ha llegado a integrar, al conjugarse el acuerdo de voluntades del proponente y el aceptante.

Por el contrario, si la oferta fuese rechazada, la ausencia de consentimiento frena la formación del contrato por ser éste un requisito de existencia del contrato mismo.

En el supuesto de que una oferta se dirija a una persona presente fijándole un plazo para su aceptación, queda el oferente ligado a su oferta todo el tiempo de dure el plazo, en los mismos términos que establece el artículo 1805 del Código Civil.

- La policitud se hace a personas no presentes, cuando éstas últimas se encuentran en lugares distintos al del oferente, es decir, que no esté presente. En este supuesto si el autor de la oferta establece un término para aceptar, queda obligado sólo durante ese término. Pero si no se determinó ningún término para aceptar, el artículo 1806 establece que:

"el oferente queda obligado a mantener las condiciones de su oferta por un término de tres días, además del tiempo que se considere necesario para el recorrido regular de ida y vuelta del correo o del medio de comunicación que exista o sea posible, a falta del servicio del correo público".

En los dos supuestos anteriores (que la oferta se realice a destinatario presente o ausente), constituyen una verdadera declaración unilateral de la voluntad, que es fuente de obligación a cargo del mismo oferente (que en el primer supuesto, se ve obligado a sostener su oferta por el tiempo que el mismo fijó y en el segundo caso a respetar el plazo legal de tres días). Cabe destacar que en ambos casos, la ley y la propia declaración unilateral de voluntad, conjuntamente son fuente de dicha obligación, ya que dentro de nuestra legislación la declaración unilateral de la voluntad, si está reconocida como fuente de obligaciones.

En base a lo anterior, podemos distinguir las características principales que debe de reunir la oferta:

a) Puede ser hecha a persona determinada o indeterminada:

La oferta puede hacerse a una o varias personas, sobre uno o varios bienes y a personas determinadas e indeterminadas, es decir que no es esencial que al realizar una oferta o policitud se haga a una persona determinada; ya que es factible que se dirija a toda la sociedad y que alguno de sus miembros pueda llegar a aceptar o no, dicha propuesta.

oportunidad:

Ya que una promesa en afán de juego o broma, o bien un consentimiento simulado, no constituye una voluntad para obligarse, es decir, que debe ser con plena intención por parte del oferente, que su propuesta lo llegue a obligar o que tenga que cumplir en un momento dado, lo que está ofreciendo.

1.1.2. ACEPTACION

Como se ha esbozado anteriormente, el consentimiento no se forma simplemente con la mera oferta o peticionamiento, sino que es necesario, que se complemente con otro elemento, que es la aceptación.

Podemos analizar que Hugo Rocco la define como "una declaración unilateral de la voluntad, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, la peticionamiento u oferta"⁽²⁹⁾.

Por su parte Rojina Villegas la conceptúa en los siguientes términos: "La aceptación es una declaración unilateral que implica conformidad con la oferta"⁽³⁰⁾.

En la doctrina del derecho existe un concepto más amplio en cuanto a la aceptación y es el que estructura precisamente el Lic. Gutiérrez y González, al definirla como "una declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente sería, lisa y llana mediante la cual la adhesión a la propuesta se reduce a un sí"⁽³¹⁾.

De la anterior definición se desprenden los requisitos siguientes:

a) Declaración unilateral de voluntad:

(29) ROCCO Hugo, citado por Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit., pág. 214.

(30) ROJINA Villegas, Rafael, opus citatus, pág. 152.

(31) GUTIERREZ y González, Ernesto, pág.198

a) Declaración unilateral de voluntad:

Pues al igual que en la oferta, la figura de la aceptación se refiere a una declaración unilateral de la voluntad, que produce efectos jurídicos autónomos, aún cuando no conozca el oferente de la aceptación, quedará integrado el consentimiento.

Con fundamento en el artículo 1803 de nuestro ordenamiento civil externamos que la aceptación de la oferta puede darse de forma expresa, o bien tácitamente.

Es de singular importancia el no confundir la aceptación especialmente la tácita, con el silencio, ya que la primera se desprende de determinados hechos o actos que la autorizan o presuponen, y en cambio por lo que se refiere al silencio, se le considera como una ausencia de una manifestación de la voluntad.

En la legislación mexicana a la figura del silencio sólo se le podrán dar efectos de aceptación y dará lugar a que se integre el consentimiento; cuando ésta misma así lo determine, tal es la situación del mandato, en el que el posible mandatario quedará obligado por su silencio, si no rehusa el mandato dentro de un término de tres días siguientes a la solicitud del mandante, así lo establece el propio Código Civil, en su artículo 2547.

b) Debe ser hecha a una persona determinada:

Como vimos anteriormente, las ofertas se pueden hacer a una o varias personas, sobre un objeto o varios, a personas determinadas e indeterminadas; pero en cambio la aceptación debe hacerse sólo a persona determinada, que en este caso es el proponente, es decir, que no puede realizarse una aceptación, respecto a una persona indeterminada.

c) La aceptación se hace respecto de persona presente o no presente:

No es requisito indispensable que la persona a quien vaya dirigida la aceptación esté necesariamente presente, es decir, que la aceptación se puede dar

entre presentes, y aún se puede dar entre no presentes, en aquellos supuestos en que la propuesta haya tenido lugar a través de cartas, telegramas, etc., (por persona no presente).

d) La aceptación debe ser seria:

Pues es indispensable que el aceptante tenga plena consciencia de que su declaración de voluntad va a producir consecuencias jurídicas.

e) La aceptación debe ser lisa y llana:

Esto se refiere concretamente a que la aceptación debe contener exactamente los mismos términos y bases que la propuesta, ya que de otro modo, nos encontraremos frente a una nueva o diferente oferta.

f) La aceptación se reduce a un sí:

Este aspecto de la aceptación hace referencia a que no será necesario hacer alusión a cada elemento de la oferta, sino que será necesario que se otorgue un simple "sí", y se dará por hecha la aceptación.

1.2. PERFECCIONAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO

Una vez que la persona a quien va dirigida la oferta, expresa su aceptación, queda confeccionado el consentimiento.

Tiene fundamental importancia establecer en que instante y lugar se produce ese acuerdo de voluntades que va a permitir la integración del contrato, para poder así determinar quien responderá de la pérdida de la cosa, o que ocurrirá en caso de incapacidad superveniente, o bien que ley regirá en su formación al acto; o inclusive es para conocer hasta que momento surtieron efectos autónomos las voluntades del oferente y del aceptante.

1.2.1. ENTRE PERSONAS PRESENTES

1.2.1.1. CON PLAZO

Cuando el oferente y el presunto aceptante estén presentes, el consentimiento podrá perfeccionarse desde el momento de la oferta, hasta que concluya el término otorgado por parte del oferente para que se diera la aceptación tal como lo establece el Código Civil en su artículo 1805:

"Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo".

1.2.1.2. SIN PLAZO

Podríamos decir que éste es el supuesto más generalizado, sin embargo no presenta ninguna dificultad, ya que las partes, estando físicamente presentes o por una parte el proponente hace la policitud que puede ser aceptada de inmediato o no, es decir, que ahí mismo las partes deben de resolver sobre la formación del consentimiento, sin más, y si no se acuerda nada, se liberará automáticamente el proponente; en similares términos se expresa el artículo 1805 de nuestro ordenamiento civil vigente:

"Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente".

1.2.2.2. ENTRE PERSONAS AUSENTES

En la doctrina y en la ley existen diferencias para determinar cuando se considera perfeccionado el consentimiento de personas no presentes, bien se haya otorgado plazo o no, y así analizaremos cuatro teorías que se aplican en ambos supuestos (sin fijación y con fijación de plazo) respetando las modalidades propias

Por lo anterior podemos observar que "existen cuatro sistemas para determinar en que momento queda integrado el consentimiento que conforma al contrato" (32);

a) Sistema de la declaración.- En base a esta doctrina el contrato debe perfeccionarse cuando el aceptante declara por cualquier medio, su conformidad con la propuesta.

b) Sistema de la expedición.- Según esta teoría el contrato quedaría perfeccionado cuando el destinatario de la propuesta expide su respuesta afirmativa, desprendiéndose físicamente del medio utilizado para manifestar su aceptación; y precisamente nuestra legislación mercantil acoge este sistema.

c) Sistema de la recepción.- Según esta tesis se integra el contrato, cuando la aceptación la haya recibido el oferente materialmente, aunque no se entere de momento de su contenido, siendo este sistema el que adopta nuestro Código Civil.

d) Sistema de la información.- Se considera que el contrato es perfectamente válido, hasta el momento en que el oferente se entera o bien se informa de la aceptación por el destinatario de la propuesta.

1.2.2.1. CON PLAZO

Según en este supuesto se atenderá fatalmente al término que se haya estipulado por el oferente, es decir, se registrará en base a los siguientes términos:

"Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta, hasta la expiración del plazo"(33).

Por lo anterior, podemos concluir que en el caso de contratación entre

(32) SANCHEZ Medel, Ramón, De Los Contratos Civiles, Edit. Porrúa, México, 1988, pág.33.

(33) Código Civil para el D.F., art. 1804.

Por lo anterior, podemos concluir que en el caso de contratación entre personas ausentes con plazo (conforme a nuestro Código de Comercio), si el aceptante expide su respuesta afirmativa dentro del plazo conferido por la propuesta, el perfeccionamiento del contrato operará; asimismo por su parte la legislación civil considera que si el peticionante recibe la aceptación dentro del plazo conferido por la oferta, el perfeccionamiento del contrato operará.

1.2.2.2. SIN PLAZO:

Hay que considerar una subclasificación:

- Entre personas ausentes determinadas
- Entre personas ausentes indeterminadas (oferta al público)

Partiendo de este supuesto, en el primer caso se aplica en nuestra legislación civil el sistema de la recepción, y en la legislación mercantil el sistema de la expedición, pero respetando el plazo que establece la ley, que a la letra indica:

"Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones"⁽³⁴⁾.

- Cuando se trata de (persona indeterminada) oferta al público, la Ley Federal de Protección al Consumidor establece dos supuestos:

- 1) Fija un plazo el oferente
- 2) No fija un plazo de vigencia en su oferta, por lo tanto, deberá respetar su oferta, hasta que con la misma publicidad con que hizo su oferta, la revoque.

(34) *Ibidem*, art. 1805.

2. EL OBJETO

En base al numeral 1793 del Código Civil recordemos que éste contempla que para que tenga existencia un contrato es menester que se reúna el consentimiento y el objeto materia del contrato; es pues así como se afirma que el objeto es el segundo de los elementos esenciales de la figura del contrato.

Por economía del lenguaje, expone Rojina Villegas "se ha confundido el objeto de los contratos y el objeto de las obligaciones" confusión que tiene su origen en el artículo 1824 del Código Civil.

En relación a la materia contractual el término de objeto tiene tres significados⁽³⁵⁾ :

1. Objeto directo del contrato.- Es precisamente el crear y el transmitir derechos y obligaciones.

2. Objeto indirecto.- Es la conducta que debe cumplir el deudor, conducta que puede ser de tres formas:

- a) De dar
- b) De hacer
- c) De no hacer (abstención)

3. También se considera objeto del contrato, la cosa material que la persona deba de entregar.

2.1. OBJETO DIRECTO O INMEDIATO

El objeto directo según los expertos del derecho se refiere a la creación o transmisión de derechos y obligaciones, de tal suerte también coincide con los términos que establece el artículo 1793 del Código Civil:

⁽³⁵⁾ PLANIOL, citado por Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit., pág. 118.

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

2.2. OBJETO INDIRECTO O MEDIATO

Por consenso generalizado se expresa que el objeto indirecto o mediato en la institución del contrato se debe entender como el objeto de las obligaciones engendradas por él, y que pueden consistir en dar, hacer o no hacer, es decir, son la prestación de la cosa misma; o bien del hecho de hacer o no hacer, por lo que sería de gran trascendencia identificarlos con la terminología de objeto-cosa, o bien objeto-hecho.

En resumen, hay obligaciones de dar (o prestaciones de cosa), hay obligaciones de hacer (o prestaciones de hecho) y hay obligaciones de no hacer (abstenciones).

2.2.1. OBLIGACIONES DE DAR

En una promesa de contrato las partes se comprometen a celebrar un contrato futuro, ambos contratantes se están obligando a hacer un nuevo contrato; el objeto de sus obligaciones es el "hacer el nuevo contrato".

Prestando atención a lo preceptuado por el artículo 2011 del Código Civil vigente observamos que el mismo establece literalmente que:

"La prestación de dar puede constituirse en:

- I. La traslación de dominio de una cosa
- II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta
- III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa indebida"

2.2.1.1. EL OBJETO-COSA DEL CONTRATO

Refiriéndonos al objeto cosa del contrato, es importante aclarar que no cualquier clase de cosas pueden ser objeto del contrato, sino que debe de reunir ciertos requisitos:

La cosa objeto del contrato debe:

- a) Existir en la naturaleza.
- b) Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.
- c) Estar en el comercio.

a) La cosa debe existir en la naturaleza:

Para que el objeto del contrato se encuentre legalmente considerado como tal, éste debe existir en la naturaleza, osea susceptible de llegar a existir. Por lo tanto este objeto debe ser física o legalmente factible.

Los bienes que no existen y las que no podrán llegar a existir no podrán ser materia de una relación jurídica, sin embargo tratándose de cosas futuras éstas si podrán ser objeto de un contrato aunque la obligación queda subordinada a que la cosa llegare a existir.

b) La cosa debe ser determinada o determinable:

Al establecerse que el objeto-cosa del contrato debe de estar perfectamente bien determinado, o bien puede llegar a determinarse en un momento dado, pero además no sólo se establecerá su especie, sino también es de gran importancia que se determine su cantidad. Es factible que la cosa objeto del contrato se determine en virtud de algún hecho futuro; o inclusive que la fijación la haga tercero determinado por los contratantes.

c) La cosa debe estar en el comercio:

Así establece el Código Civil que las cosas que están por naturaleza o por disposición de la ley fuera del comercio son cosas legalmente imposibles.

Están fuera del comercio por su naturaleza, las cosas que no son factibles de ser poseídas exclusivamente por algún individuo (artículo 749 del Código Civil) como es el caso de el cielo, los planetas; y en cuanto se refiere a la prohibición legal de considerar objetos fuera del comercio, los bienes que ella misma establece y que no pueden existir porque es incompatible con una norma jurídica que debe regirlo, como es el caso de los extranjeros, que no podrán ser propietarios de terrenos que se encuentren dentro de una área de cien kilómetros a partir de las fronteras o de cincuenta kilómetros a partir de las costas.

2.2.2. OBLIGACIONES DE HACER

Con base a lo preceptuado en el artículo 1827 del Código Civil el objeto de la obligación puede versar sobre un hecho que debe de revestir determinadas características:

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

- I. Posible
- II. Lícito

2.2.2.1. HECHO FISICAMENTE POSIBLE

Si partimos de la base del viejo adagio de que "a lo imposible, nadie está obligado", por lo tanto se presupone que el hecho positivo o negativo objeto del contrato, debe ser posible.

El hecho físicamente imposible se refiere a aquel hecho que no puede llegar a existir, ya que es incompatible con las normas de la naturaleza y que definitivamente constituye un obstáculo insuperable para que se realice.

"No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero si por otra persona en lugar de él"

En un supuesto de que los contratantes llegaren a contratar sobre una cosa o un hecho imposible, el contrato es inexistente, pues así lo presupone el contenido del artículo 1884 del Código Civil.

2.2.2.2. HECHO LICITO JURIDICAMENTE POSIBLE (LICITO)

Podemos decir que es lícito todo aquel hecho que no va en contra de las disposiciones de orden público o a las buenas costumbres; y por lo contrario será un acto ilícito, aquél que se realiza violando a una ley o a la moral.

Hay que considerar que no el lo mismo la ejecución de un hecho legalmente imposible, con la realización de un hecho ilícito.

Pues el primero versaría en acciones como el tratar de adquirir un bien que ya es propio, o el hecho de pretender una persona a que estipule su testamento en una forma determinada.

En cambio al hecho ilícito es aquel hecho que esencialmente va en contradicción con las leyes de orden público o a las buenas costumbres, entendiéndose por normas de orden público "aquellos preceptos o principios fundamentales que cada Nación adopta para la organización y funcionamiento de sus más importantes instituciones sociales"⁽³⁶⁾.

2.2.3. OBLIGACIONES DE NO HACER

Dentro del objeto indirecto de un contrato se contempla la posibilidad de un no hacer o de una abstención; la cual debe necesariamente ser posible y lícita. Se refiere a una abstención lícita, cuando existe la posibilidad física o material de la misma, cuando dicha abstención es acorde con los ordenamientos naturales y

⁽³⁶⁾ Código Civil para el D.F., Exposición de Motivos, pág.13.

jurídicamente factible, es decir, que no vaya en contradicción con la ley.

Tal es el caso del pacto de no vender a persona determinada en un contrato (2243 del Código Civil), es pues que esta cláusula genera una obligación cuyo objeto es una abstención.

3. LA SOLEMNIDAD

Esta palabra deriva de las raíces latinas *solemnitasatis* que podría traducirse como la calidad de solemne⁽³⁷⁾, en el campo del derecho se le considera como el conjunto de requisitos legales que debe revestir un acto jurídico, al que la ley otorga ese carácter de solemne.

Se considera como regla general, aplicable a la mayoría de los actos o negocios jurídicos la premisa de que para existir todo requiere de la existencia de la voluntad (consentimiento) y de un objeto; así la formalidad o exigencia legal de exteriorizar la voluntad de una forma determinada, constituye un mero requisito del acto jurídico.

Sin embargo, atendiendo a la naturaleza del acto y de manera excepcional la ley establece, que si el acto no se exterioriza cumpliendo con los requisitos formales que ésta establece, le privará por completo de los efectos jurídicos y no existirá el acto que se pretendió celebrar.

Con el transcurso del tiempo se ha podido observar que la solemnidad ha tenido cierta evolución, hasta llegar a constatar que en nuestros días dentro de nuestra legislación existen muy pocos casos de actos jurídicos que se les considera eminentemente solemnes y entre ellos figura el testamento, el matrimonio, y el acto de reconocimiento, y esta solemnidad atiende más bien a una finalidad de seguridad jurídica.

Por último, es necesario señalar que en materia mercantil el Código de Comercio preceptua de una manera similar a la que hace el Código Civil, en

(37) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1992, pág.250

relación a la forma; contemplando que las obligaciones son válidas sin necesidad de formalidad especial, salvo los casos de excepción que la misma ley establece.

D. ELEMENTOS DE VALIDEZ

Paralelamente a la presencia de los elementos existenciales de contrato, que se refieren preferentemente al aspecto interno del contrato existen también los presupuestos de validez, que más bien se refieren a su funcionamiento, ya que afectan la eficacia del acto, es decir, que además de la reunión de los elementos de existencia, "es necesario que concurren los siguientes requisitos"⁽³⁸⁾ :

1. Capacidad legal de las partes en el contrato
2. Ausencia de vicios en el consentimiento
3. Licitud en el objeto y en el motivo o fin
4. Forma prescrita por la ley

1. CAPACIDAD LEGAL DE LAS PARTES EN EL CONTRATO

El artículo 1794 del Código Civil exige que la declaración de la voluntad sea emitida por una persona capaz, por una persona mayor de edad en plenitud de sus facultades mentales o en su caso, por el representante del menor o del incapacitado, cuando cualquiera de estos intervenga en un contrato.

Así explica Gutiérrez y González " La capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y de deberes y hacerlos valer"⁽³⁹⁾.

"La capacidad es un atributo de la persona y por eso se considera que el

⁽³⁸⁾ GALINDO Garfias, Ignacio, opus citatus, pág. 217.

sujeto la tiene. Ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos"⁽⁴⁰⁾.

"La capacidad de la persona física se entiende tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones por sí mismo"⁽⁴¹⁾.

Desde mi punto de vista podríamos conceptualizar a la personalidad como el atributo de la persona para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos, de tal suerte que en principio todo sujeto tiene capacidad y sólo determinados grupos de personas, a título excepcional son incapaces.

Considerando que la capacidad es un atributo de la persona, analizaremos sus dos vertientes:

- 1) La que permite a los sujetos ser titulares de derechos y obligaciones (capacidad de goce).
- 2) La que permite que se puedan ejercitar, por sí mismos esos derechos y obligaciones de los cuales son titulares (capacidad de ejercicio).

1.1. CAPACIDAD DE GOCE Y CAPACIDAD DE EJERCICIO

Se entiende que la capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; y por capacidad de ejercicio se entiende como la aptitud de una persona para hacer valer los derechos y cumplir con sus obligaciones por sí misma.

La capacidad de ejercicio depende de la edad de la persona y se adquiere según nuestra legislación a los dieciocho años, pero con las limitaciones que la misma establece.

En nuestro Código Civil se regula la capacidad jurídica en los siguientes

(40) ROJINA Villegas, Rafael, op. cit., pág. 383.

(41) GALINDO Garfias, Ernesto, opus citatus, pág. 387.

En nuestro Código Civil se regula la capacidad jurídica en los siguientes términos:

"La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en este Código".

Existen personas que aunque tengan capacidad de goce de sus derechos, no tienen la capacidad de ejercitarlos por sí mismos, se considera por tanto que la capacidad de goce es un principio general y en cambio las incapacidades de disfrute son pues, excepcionales y además especiales, es decir que no conciernen más que a uno o varios derechos determinados, y definitivamente no puede considerarse la posibilidad de que una persona se halle privada de todos sus derechos civiles.

1.2. INCAPACIDAD DE GOCE

Por razones que hoy han perdido actualidad existió en algún momento de la historia la incapacidad de goce general, que también se le conoció como "muerte civil"; y la cual consistía en que debido a una sentencia judicial se privaba a una persona de todos sus derechos, a tal grado de que se le consideraba como si hubiera muerto. No hay en la actualidad una total incapacidad de goce, sin embargo, si hay incapacidades parciales de goce a una persona determinada o a un grupo de sujetos se les vedan ciertos derechos.

Analizando nuestra legislación, encontramos algunas figuras que se pueden equiparar de algún modo a un tipo de incapacidad de goce, la *ratio iuris* de las incapacidades de goce, consisten en el propósito de proteger los intereses sociales: son disposiciones de orden público, y son las siguientes:

- a) Instituciones de beneficencia
- b) Sociedades comerciales por acciones
- c) Personas físicas por sentencia judicial civil o penal
- d) Los extranjeros

a) Incapacidad de goce de instituciones de beneficencia.- Estas organizaciones tienen establecida una incapacidad de goce relativa, pues bien solo pueden adquirir bienes inmuebles, que sean los estrictamente necesarios para su fin.

b) Incapacidad de goce de sociedades comerciales por acciones.- Por lo que se refiere a estas organizaciones, existe una limitación parcial para adquirir bienes raíces de carácter rústico, tal como lo plasma el artículo 27 Constitucional, fracción IV:

"Las sociedades comerciales por acciones, no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rústicas"

c) Incapacidad de goce a personas físicas por sentencia judicial civil o penal.- En relación con la sentencia derivada de un procedimiento civil o penal, se pueden desprenderse ciertas incapacidades de goce y por consecuencia de ejercicio, como es el caso, en que por una sentencia de divorcio, en el que se condena a uno de los cónyuges a la pérdida de la patria potestad respecto de sus descendientes; motivo por el cual se crea en esa sentencia, una incapacidad relacionada con esos derechos derivados de la potestad de sus hijos.

El otro supuesto se refiere a la materia penal, cuando una persona ha sido sentenciada por un delito contra la propiedad, queda inhabilitada para ser albacea, contemplando lo siguiente en el artículo 1680 del Código Civil:

"No puede ser albacea, excepto en el caso de ser herederos únicos:

III. Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad".

d) Incapacidad de goce de los extranjeros.- Muy conocida por todos es la limitación a los extranjeros establecida en el artículo 27 fracción I, respecto a la adquisición de tierras y aguas en territorio nacional:

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones en la explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos, bajo la pena, en caso de faltar a su convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido por virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

De lo anterior se desprende que existe una incapacidad definitiva para adquirir bienes en las zonas señaladas, pues de lo contrario sería inexistente el acto que realizan.

1.3. INCAPACIDAD DE EJERCICIO

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico positivo encontramos que existen dos grados de incapacidad de ejercicio:

- a) Incapacidad de ejercicio general
- b) Incapacidad de ejercicio especial

1.3.1. INCAPACIDAD DE EJERCICIO GENERAL

La capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, sin embargo la ley puede determinar que en determinados supuestos no se puede ejercitar esa capacidad, apareciendo así la incapacidad de ejercicio lo que se traduce como el tener la aptitud de ser titular derechos y obligaciones pero sin poderlos ejercitar por cuenta propia.

cuenta propia.

En nuestra legislación es el artículo 450 del Código Civil el encargado de reglar esta restricción de la forma siguiente:

"Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos
- III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir;
- IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de las drogas enervantes".

1.3.2. INCAPACIDAD DE EJERCICIO ESPECIAL

Propiamente dicho no se trata de una cuestión de incapacidad, porque los sujetos que intervienen en estos actos determinados, si tienen capacidad para poder contratar en lo general; sin embargo, para celebrar este tipo de actos, en función de la persona con quien contratan o en razón del objeto mismo del contrato, requieren de una autorización judicial o un permiso administrativo. En estricto sentido con esta situación nos estamos refiriendo a una "formalidad habilitante", es decir, es un permiso que se le otorga por una autoridad judicial o administrativa, para la celebración de un determinado contrato, a una persona que en principio es capaz. En este caso se encuentra el menor emancipado que requiere autorización judicial para enajenar o gravar los bienes inmuebles de su propiedad (artículo 643 II del Código Civil). En similar situación se hallan los cónyuges que necesitan autorización para contratar entre ellos mismos (artículo 174 Código Civil).

1.4. REGLAS SOBRE CAPACIDAD EN MATERIA CONTRACTUAL

La capacidad de contratar podemos afirmar que se refiere a una subespecie

Podemos hablar entonces de que la capacidad referida en concreto a los contratos, es una capacidad de ejercicio para poder contratar lo que implica la aptitud reconocida por la ley en una persona, para celebrar por él mismo un contrato. Por lo tanto existirá incapacidad para obrar o de ejercicio, a propósito de los contratos jurídicos, cuando una persona no pueda celebrar por sí misma un contrato, aunque sí puede llegar a hacerlo a través de un representante.

En relación a la capacidad para contratar el artículo 1798 del Código Civil establece:

"Que sólo son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

2. AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO

La voluntad de las partes que celebran el acto debe estar exenta de defectos o vicios, debe ser cierta y libre, debe ser el resultado de una determinación real y espontánea, realmente decidida.

Cuando la voluntad se ha integrado, sin que el declarante tenga pleno conocimiento y amplia libertad se dice que las causas que perturban a la voluntad en este sentido, se denominan vicios de la voluntad, ésto se refiere a un vicio que afecte a la voluntad, o por un vicio que afecte a una y otra facultad.

Es menester diferenciar el concepto de falta de voluntad y defectos en la formación de la voluntad, se entiende por falta de voluntad, cuando la voluntad realmente no existe, porque no ha nacido; y en el segundo caso se trata de aquellos casos en los que la voluntad nace, pero en forma defectuosa, viciosa, ciertamente nace la voluntad, pero de un modo diferente a como hubiera nacido, exenta de vicios. El vicio de la voluntad es todo elemento que interviene en el proceso de formación de ésta privando al sujeto del conocimiento de la realidad (error, dolo) o de la libertad para decidir (violencia).

La voluntad no es consciente cuando el sujeto padece error. El error es definido por Galindo Garfias como "la falta de apreciación o falso conocimiento de una cosa (error propiamente dicho) o el total desconocimiento (ignorancia) de ella, y que determina al sujeto en la formación de su voluntad, en un sentido distinto a aquel que se hubiera formado, sin la existencia de esa circunstancia"(42).

Por su parte Mazeud opina que el error "es la opinión subjetiva contraria a la realidad"(43), o bien "la discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada"(44).

En nuestras palabras ordinarias definimos al error, como un concepto falso de la realidad, es una creencia no conforme con la verdad.

2.1.1. CLASIFICACION DEL ERROR

No cualquier error tiene repercusión en la vida del acto jurídico, aunque unos provocan la nulidad del mismo al viciar la voluntad y otros, impiden la formación del consentimiento.

En todos los tipos de error existe discrepancia entre una voluntad que no llegó a formarse y la voluntad desviada a causa del error, no obstante es preciso diferenciar:

a) Error vicio:

También llamado error nulidad, o error dirimente, la declaración concuerda puntualmente con la voluntad interna; pero ésta, la voluntad interna, se ha desviado en su formación.

(42) *Ibidem*, pág. 229.

(43) MAZZEUD, citado por Sánchez Meda, Ramón, *op. cit.*, pág. 49.

(44) SALEILLES, citado por Sánchez Meda, Ramón, *ibid.*

b) Error obstativo:

Conocido también como error radical, el error incide sobre la declaración de voluntad, y no sobre la formación de la voluntad. La declaración no coincide con la voluntad interna, que se ha formado sin vicio alguno, pero no ha sido manifestado tal como es. El error está en la declaración.

El error puede consistir en un error de hecho o de derecho, según verse sobre las condiciones materiales del negocio o que signifique un parcial o total desconocimiento de una norma jurídica. Uno y otro, producen igualmente la invalidez del acto jurídico.

Para que se proceda a la invalidez de un acto jurídico por error, es menester que éste sea de carácter esencial o determinante; dentro de este tipo de error radical quedan comprendidos los siguientes casos:

c) *Error in negotio*:

Este tipo de error es radical y recae sobre la naturaleza misma del negocio, limitando la formación del consentimiento y la lógica consecuencia es la inexistencia del contrato.

d) *Error in corpore*:

Nos referimos al error que recae sobre la identidad del objeto e influye radicalmente en la voluntad de modo que ésta no ha llegado a formarse, generalmente se le conoce como *error in rem*.

e) Error en la sustancia:

También se le conoce como *error in substantia*, es un error que incide sobre las cualidades esenciales que determinan la función del objeto material del acto, no

es un error radical sino de gravedad media, que no impide la formación de la voluntad, simplemente la deforma.

f) *Error in personae:*

Se trata de este tipo de error cuando éste versa sobre las cualidades específicas del sujeto, no siendo un error radical sino de gravedad media, por lo que sólo vicia la voluntad sin destruirla.

Frente a estos tipos de errores esenciales que vician el acto, tenemos una especie de error que no vicia la voluntad:

g) Error accidental:

Es un tipo de error de menor importancia y que a pesar de conocerse, el acto jurídico se hubiera celebrado, este error a su vez se divide en:

h) *Error in quantitate:*

Conocido como error de cálculo o error aritmético, y se refiere únicamente a la cantidad de cosas que constituye el objeto del contrato, y sólo da lugar a su rectificación.

i) *Error in qualitate:*

Este tipo de error recae sobre las cualidades secundarias, no sustanciales del objeto o del sujeto que interviene en el acto.

2.2. EL DOLO

El dolo lo podemos definir como todo artificios o maquinación engañosa para inducir en el error o mantener en él a la otra parte que se encuentra contratando, procurándose por este medio algún provecho.

Se admite en el Código Civil una clasificación del dolo distinguiendo lo que en la doctrina se ha denominado dolo principal y dolo incidental.

El dolo principal o determinante es el que motiva la nulidad del acto, porque engendra una voluntad, un error que es a su vez causa o motivo único por la cual se celebró.

El dolo incidental por su parte, provoca un error de menor importancia, ya que a pesar de conocerse éste, se hubiera celebrado, por lo tanto este último tipo de dolo, no nulifica el acto jurídico.

Si el dolo es de carácter recíproco, es decir, si todos los sujetos que se ven involucrados en el acto ejecutan esas maniobras constitutivas de dolo, disimulan el error en que han incurrido las otras, el negocio es plenamente válido y ninguna de ellas tendrá derecho a exigir reparación de los daños que se causen.

2.3. LA VIOLENCIA

Se entiende por violencia o intimidación, a toda coacción ejercida sobre la voluntad de una persona, bien se trate de fuerza material o amenazas, para llevarla a consentir un acto jurídico. Las amenazas (compulsiva) que se ejercen contra alguno de los sujetos y provocan en el un temor (*metus*), bajo cuya acción celebra el negocio jurídico que no se hubiese celebrado si no se le hubiera amenazado.

La violencia puede revestir dos formas:

a) La *vis absoluta* (fuerza física)

b) La *vis compulsiva* (las amenazas, fuerza moral, intimidación)

a) En la *vis absoluta* se ejerce coacción material o física sobre el cuerpo de la persona.

b) La *vis compulsiva* por su parte, está encaminada a forzar una declaración creando en el ánimo de la víctima, el temor (*metus*) de sufrir un mal grave, con el que se le amenaza para arrancarle una declaración, que no es la que se hubiese producido deliberadamente, si no se le forzara a declarar coaccionándola; es decir, que la *vis compulsiva* consiste en la violencia moral que se ejerce sobre el ánimo de una de las partes, por medio de "amenazas" que importen un peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

La amenaza para que se considere como vicio de la voluntad debe reunir las siguientes características:

a) La amenaza debe ser seria.- Es decir que debe existir la posibilidad de que el mal se realice.

b) Ha de ser grave.- De modo que la ejecución de la amenaza importe un mal mayor que el que resulte de la realización del acto.

c) Ha de ser injusta.- Que no se entrafie el ejercicio de un derecho legítimo en contra del sujeto.

d) Debe ser determinante.- Es decir, que haya sido la causa que indujo a aceptar la celebración del contrato.

En relación al temor reverencial, esto es el temor de desagradar a las personas a quienes se debe respeto o consideración, no basta para viciar la voluntad⁽⁴⁵⁾.

2.4. LA LESION

Se discute actualmente si la lesión debe ser considerada como vicio de la voluntad y por tanto como causa de invalidez del negocio jurídico. La lesión consiste en una notoria desproporción entre lo que se dá y lo que se recibe a cambio.

Planiol dice que "la lesión se dá cuando existe un error en cuanto al valor de lo que se dá respecto de lo que se recibe"⁽⁴⁶⁾.

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

La lesión no puede presentarse en los actos aleatorios, a título gratuito, ni en los contratos unilaterales, sólo en los bilaterales y conmutativos.

Entre los que discuten si la lesión debe ser considerada como vicio de la voluntad, hay quienes se inclinan por esta afirmación y sostienen que cuando en los contratos conmutativos uno de los otorgantes por suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, recibe una contraprestación notoriamente desproporcionada, a lo que él por su parte se obliga, hay una voluntad viciada por error o por violencia (estado de miseria) que invalida el acto y causa su nulidad.

Quienes sostienen que la desproporción de las prestaciones es la razón principal por la que el negocio debe ser privado total o parcialmente de efectos, defienden la validez del acto, pero afirman que se le debe privar total o

(45) Código Civil para el D.F., art. 1820.

(46) PLANIOL, citado por Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., pág. 234.

parcialmente de efectos en la medida de la desproporción que existe entre dichas prestaciones, sin embargo hay que tener presente que el acto no es anulable sino que es rescindible, por los efectos dañosos que causa.

Cualquiera que sea la teoría, lo cierto es que ella gira, en torno al básico concepto de la desproporción evidente de las prestaciones, y bien podemos concebir a la lesión como el perjuicio o daño que pueda llegar a sufrir una persona en un contrato conmutativo por recibir una prestación evidentemente desproporcionada a la que ella por su parte se obliga.

La lesión no está reglamentada en nuestro derecho civil dentro de los vicios del consentimiento, sino en la parte de "Disposiciones Preliminares"; e inclusive del mismo artículo 17 del Código Civil se desprende que la lesión no da lugar a la nulidad, sino a la rescisión del acto jurídico, motivo por el cual estimamos que la lesión dentro de nuestro sistema jurídico no es considerado como vicio de la voluntad.

Además, cabe resaltar que dentro de la contratación en materia mercantil no opera la figura de la lesión con fundamento en la disposición que hace el artículo 385 del Código de Comercio, que en la práctica por costumbre se ha generalizado a todos los demás tipos de contratos regulados por este ordenamiento; y que a la letra establece que:

"Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero al perjudicado además de la acción criminal que le compete, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con dolo o malicia en el contrato o en su cumplimiento".

3. LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN

En nuestro ordenamiento civil vigente se regula en el artículo 1795 fracción III lo siguiente:

"El contrato puede ser invalidado:

III. Porque su objeto, motivo o fin sea ilícito"

3.1. OBJETO LICITO

Tanto el objeto directo (la producción de consecuencias de derecho), como el indirecto, (la cosa, el hecho o abstención), que es objeto del derecho u obligación que se crea o transmite en el contrato debe reunir las características de ser: física y jurídicamente posible; y tal elemento, (objeto posible) constituye un elemento de existencia del contrato. Sin embargo cuando este objeto se refiere a hechos o abstenciones, éstos deben ser lícitos.

Por su parte, el contenido del artículo 1830 del Código Civil se plasma que:

"Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres"

Y en el artículo 1827 del citado ordenamiento se termina de redondear la idea expresando que:

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

I. Posible

II. Lícito

Al efecto podemos diferenciar dos supuestos de hechos ilícitos:

a) El que es contrario a la ley

Pues no todos los hechos o abstenciones que son contrarios a una ley son ilícitos, ya que hay varios tipos de leyes, razón por la cual es importante establecer

a que tipo de ley nos estamos refiriendo, de este modo es importante diferenciar las siguientes:

- **Ley Supletoria.**- Rigen las conductas de los individuos, cuando éstos mismos no han previsto todas las consecuencias de su proceder; es decir, que cuando las partes sean omisas al celebrar un contrato o acto jurídico, la ley se podrá encargar de suplir este silencio.

Por lo anterior este tipo de ley sólo rige en los casos de falta de alguna disposición expresa, pero si se establece en el contrato, una conducta que vaya en contra de esta ley supletoria, no estaremos frente a un hecho ilícito.

- **Ley Prohibitiva.**- En base al principio de que todo lo que no está prohibido, está permitido se establece que las prohibiciones sólo pueden resultar de una expresión formal de la ley y no se suponen, salvo en el caso de que la naturaleza misma de la institución lo haga de forma implícita.

Así pues la transgresión de cualquier ley prohibitiva, resulta la realización de un hecho ilícito y por lo tanto implicará una sanción.

- **Ley Imperativa.**- Este tipo de leyes son las que establecen una obligación de carácter ineludible, y al igual que las leyes prohibitivas, son producto de una disposición legal, y su violación puede implicar la nulidad absoluta del acto.

b) El que es contrario a las buenas costumbres

El término de buenas costumbres es relativo a la adecuación que debe existir entre los actos del ser humano y los principios morales. Constituye un aspecto especial del orden público impreciso, que incluye la valoración fundamental de ciertas formas de vida y principios morales admitidos en una sociedad y época determinada; y en ella se pueden ver influidas de las corrientes de pensamientos de

cada época, los inventos y en sí, las demás circunstancias que las rodean.

Jurídicamente es habitual recurrir a este concepto para eludir la pormenorizada puntualización y determinación de instituciones que son factibles al cambio. De esta forma el ordenamiento civil establece la ilicitud de los hechos y objetos materia de algún contrato o convenio, cuando vayan en contra de las leyes de orden público o las buenas costumbres.

Así el juzgador deberá valorar necesariamente el conjunto de principios éticos sociales que imperan en una sociedad en el tiempo de declarar la nulidad de un acto por contravenir a las buenas costumbres.

3.2. MOTIVO O FIN LICITO

"El motivo o fin, es la razón contingente, subjetiva y por lo mismo variable de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto jurídico"⁽⁴⁷⁾.

Ese motivo o fin determinante de la voluntad de los contratantes debe de ser lícito e inclusive la ilicitud en éstos provoca que el contrato pueda ser invalidado.

Para que el fin determinante tenga trascendencia jurídica, es necesario que se haya declarado expresamente tal motivo, al celebrarse el contrato o en su caso, que las circunstancias que rodearon a la celebración del contrato aparezca que se celebró por este motivo y no por otro. En vista de lo anterior, para que el fin o motivo ilícito produzca la nulidad o sea, cause la invalidez en el contrato, es indispensable que ambos sujetos (y no sólo uno de ellos) hayan coincidido y exteriorizado el mismo fin o propósito.

(47) GUTIERREZ y González, Ernesto, ob. cit., pág. 267.

4. FORMA PRESCRITA POR LA LEY

Si la ley exige el cumplimiento de determinada forma en la celebración de un contrato dicha formalidad se considerará como un elemento de validez del propio contrato, pues la omisión de esa formalidad exigida por la ley, hace que el contrato de que se trata, pueda ser impugnado de nulidad relativa.

En la teoría del negocio jurídico se entiende por forma en sentido amplio, la manera o el modo en que ésta se realiza; así se observa que todos los actos o negocios tienen un forma, pero en *stricto sensu* la forma se refiere generalmente, a la realización por escrito del acto de que se trate. En cuanto a la forma que debe de revestir la declaración o voluntad del sujeto, los actos pueden ser: solemnes, formales o consensuales.

4.1. SOLEMNIDAD

Son aquellos actos en los que por disposición de la ley, la voluntad del sujeto debe ser declarada, precisamente en la forma que el derecho ha establecido, y no en otra. Esta es una formalidad especial que no afecta al acto jurídico en cuanto a su validez, sino en cuanto a su existencia, ya que se trata en este caso de un elemento existencial, y si este no se cumple el acto jurídico no existe.

4.2. FORMALIDAD

En este tipo de actos la ley ha establecido como requisito para la eficacia del acto jurídico, que la voluntad de las partes se declare con la formalidad requerida, y si bien es cierto que cuando las partes no cumplen con esa formalidad, el acto es inválido, pero existe la posibilidad de probar por otros medios, que ha sido su voluntad celebrar el acto jurídico de que se trata.

En los actos formales, la ausencia de la forma requerida por la ley, no afecta a la existencia o sustancia de la voluntad, pues solamente atañe a su exteriorización.

Al respecto el artículo 2232 del Código Civil establece:

"Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prevista por la ley".

4.3. CONSENSUALIDAD

"En los actos consensuales se considera que la voluntad de las partes puede ser declarada en cualquier forma, pues en este tipo de actos, los sujetos manifiestan su voluntad en la forma que ellos decidan dar a conocer su intención de celebrar el acto, y esta forma de celebración es totalmente indiferente para el derecho"⁽⁴⁸⁾.

Nosotros definiremos a los contratos consensuales como aquellos contratos que no requieren una formalidad en sentido estricto, de tal forma que el mero consentimiento de las partes sobre el objeto y precio ya sea expreso o tácito otorga validez al acto.

La forma de exteriorizar la voluntad se tiene validamente declarada, bien sea en escritura pública, en escrito privado, sea verbalmente y aún por medio de señales o signos etcétera, cualquier medio que de a conocer de manera indubitable la voluntad de las partes.

⁽⁴⁸⁾ GALINDO Garfias, Ignacio, opus citatus, pág. 238.

E, ELEMENTOS ESENCIALES, NATURALES Y ACCIDENTALES DE LOS CONTRATOS

De acuerdo con nuestro ordenamiento civil de 1928, para que todo contrato exista o valga en el campo del derecho, debe reunir los elementos de existencia y cubrir los requisitos de validez que anteriormente hemos señalado, pero además, atendiendo a su naturaleza particular, encontramos que también pueden poseer los siguientes elementos:

- 1) Elementos esenciales,
- 2) Elementos naturales,
- 3) Elementos accidentales.

1) Los elementos esenciales:

Son aquéllos que la Ley establece como propios de un acto jurídico en particular, de tal forma que si esos elementos no se encuentran pactados de manera expresa por el autor del acto, o por las partes que intervienen en el contrato, quedan establecidos por la Ley. Tal es el supuesto en una compraventa, en el que no se pacte el traslado de dominio, éste se tiene por pactado, porque la Ley considera como esencia de ese contrato el traslado del mismo.

2) Los elementos naturales:

Son elementos naturales, aquellos que normalmente acompañan al negocio jurídico de que se trata, se entienden implícitos en él; es decir como se explica el maestro Castañan son "aquellos que derivan de la naturaleza de cada negocio y acompañan al mismo aún sin ser objeto de especial declaración de voluntad; pero pueden ser excluidos por determinación de las partes, es decir son aquéllos que sin

ser esenciales a la vida del acto, se desprenden del régimen legal complementario del tipo de contrato, no obstante que las partes nada hayan establecido al respecto, bien pudiendo ser excluidos por voluntad de los contratantes.

Como ejemplo de lo anterior encontramos a la figura de la gratitud en el contrato de mandato o la evicción en la compraventa. Y en especial a este tipo de elementos se refiere en su artículo 1839 del Código Civil vigente.

3) Los elementos accidentales:

En cuanto a los elementos accidentales, cabe hacer la observación de que en realidad no lo son del acto jurídico, sino de las obligaciones y derechos que de el mismo se producen.

Se refieren a aquéllos elementos que los contratantes introducen por propia voluntad en el contrato, de manera expresa, sin que la Ley los presuma pactados y sólo forman parte del acto o contrato si las partes los han establecido.

De lo anterior se desprende que los elementos accidentales están constituidos por las modalidades que libremente las partes establecen en el acto o negocio jurídico, o sea el plazo o término, la condición, y en algunas circunstancias el modo. De tal suerte de que si no existe esta estipulación no se entenderán comprendidos en el acto de que se trate.

F. LEGITIMACION EN EL CONTRATO

Hay veces que aunque el contrato en sí mismo sea válido e inimpugnable, porque tenga todos los elementos de existencia y de validez ya indicados, sin embargo, dicho contrato no puede producir los efectos que le son propios. Esta ineficacia del contrato en cuestión, obedece a que la falta de un presupuesto de

eficacia, el cual puede ser de distintas clases: un presupuesto voluntario, como la condición, o bien un presupuesto legal, como la legitimación.

Un presupuesto voluntario de eficacia consistente en una condición, mientras que el presupuesto legal de eficacia se refiere a la legitimación contractual.

De lo anterior se desprende que además de los elementos de existencia y de validez del contrato en sí, existe la legitimación contractual como presupuesto legal de eficacia y por ende, se producen los efectos propios del contrato; consecuentemente, para vender una casa no basta tener capacidad de ejercicio, sino que es indispensable que ser el legítimo propietario del inmueble y tener la facultad de disponer de ese derecho o legitimación para obrar.

Es importante no confundir la legitimación para contratar con la capacidad de contratar en general a que se refiere el artículo 1798 del Código Civil, toda vez que cuando falta la legitimación para contratar, no puede celebrarse el contrato de que se trata, ni por sí, ni por medio de representante; en tanto que cuando falta la capacidad en general es posible el contrato por medio de representante; por ello la legitimación para contratar, más bien se asemeja a la falta de capacidad de goce, y no a la falta de capacidad de ejercicio.

Ordinariamente la falta de capacidad es causa de nulidad relativa y puede convalidarse el contrato por confirmación y por ratificación; en tanto que la falta de legitimación para celebrar un contrato determinado provoca una nulidad absoluta.

G. MODALIDADES EN EL CONTRATO

Generalmente la voluntad de los sujetos que intervienen en la voluntad de un acto jurídico se manifiestan lisa y llanamente, sin que el sujeto subordine los efectos de su declaración a ningún otro acontecimiento.

a determinadas limitaciones, y precisamente estas limitaciones se les denomina modalidades.

La modalidad debe ser general, lo cual quiere decir que debe aplicarse a cualquier clase de hecho o acto jurídico. En la doctrina se entiende por modalidad a la forma o manera de presentar una cosa, una forma que puede ser cambiante, sin que varíen los elementos esenciales de la cosa.

Para nosotros las modalidades serán las características o situaciones, que afectan al nacimiento o la terminación de un acto o negocio jurídico.

Las modalidades no son elementos esenciales del contrato, ni lo acompañan normalmente, no van implícitos en la naturaleza del acto, sino que se incorporan al contrato por voluntad de las partes. Las obligaciones que no contienen ningún tipo de modalidad se les denomina puras o simples.

La generalidad de los tratadistas incluyen a la condición y al plazo o término, sin embargo existen otros que contemplan tres tipos de modalidades: condición, plazo o término y la carga o modo.

1. LA CONDICION

"Proviene del latín *conditio-onis*, entre otras acepciones se le atribuye el de calidad o circunstancia con que se hace o promete una cosa"⁽⁴⁹⁾. Modalidad de las obligaciones consistente en un acontecimiento a futuro e incierto de cuya realización depende la existencia o resolución de un obligación.

El Código Civil en su artículo 1938, se refiere no al concepto de condición, sino al de la "obligación condicional" y así marca:

"La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto".

(49) Instituto de Investigaciones Jurídicas, op. cit., pág. 584.

"La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto".

"Cuando la eficacia del acto o la cesación de sus efectos, se sujeta a la realización de un acontecimiento futuro e incierto, la modalidad se denomina condición"⁽⁵⁰⁾.

De manera general nosotros denominaremos como condición, al acontecimiento futuro del que depende la eficacia o bien la resolución de los efectos del acto jurídico.

1.1. CLASIFICACION DE LA CONDICION

Nuestro ordenamiento jurídico vigente regula 2 tipos de condición:

- a) La condición suspensiva
- b) La condición resolutoria
- a) Condición suspensiva:

Con base al contenido del artículo 1939 del Código Civil, se puede definir como el acontecimiento futuro cuya realización es incierta, de la que depende que el acto jurídico produzca efectos.

- b) Condición resolutoria:

Tomando en cuenta lo preceptuado por el artículo 1940 del ordenamiento jurídico anteriormente citado, podemos afirmar que es resolutoria la condición, cuando de su realización depende que cesen los efectos del negocio.

Los efectos producidos por la condición, bien sea suspensiva, bien sea resolutoria, una vez realizada, se retrotraen al momento en que se realizó el negocio y operan en el futuro, desde ese momento.

La condición desde el punto de vista de su origen puede ser: potestativa, causal o mixta.

⁽⁵⁰⁾ GALINDO Garfias, Ignacio, opus citatus, pág. 272.

Se refiere a que su realización exclusivamente depende de la voluntad de una de las partes; no obstante en ningún caso el cumplimiento de la obligación puede dejarse en exclusiva a la voluntad del deudor.

b) Condición causal:

Este tipo de condición depende de las circunstancias enteramente fortuitas, ajenas a la voluntad de las partes, o bien inclusive que dependa de un tercero.

c) Condición mixta:

Nos referimos a este tipo de condición, si la realización de la condición depende de la voluntad de las partes pero al mismo tiempo de otras circunstancias ajenas a esa voluntad.

Atendiendo a la naturaleza de la condición, puede ser: positiva o negativa:

a) Condición positiva:

Es aquella que depende de un cambio en el estado existente de cosas, es decir consiste en que se supedita el cumplimiento del acto, a que un acontecimiento se llegue a realizar.

b) Condición Negativa:

Es aquel tipo de condición en el que se supedita en su exigibilidad o resolución, a que no sucederá

1.2. REQUISITOS DE LA CONDICION

Es característica fundamental en la condición de que estemos hablando de un acontecimiento futuro, incierto, posible, lícito y estipulado por las partes.

a) Futuro.- Que significa que no se puede estipular como condición un hecho

pasado, ya realizado, aunque las partes lo ignoren.

b) Incierta.- Se refiere a que su realización sea aleatoria, es decir que su realización pueda o no tener lugar.

c) Posible.- Nos referimos a que sea factible su realización, por lo tanto no es considerada como condición, algo que sea imposible ya que la condición imposible física o jurídicamente destruye la obligación.

d) Lícito.- Es nula la condición que establezca efectos que dependan de un acontecimiento que vaya en contra de la moral o de las buenas costumbres o bien de las leyes de orden público. La ilicitud se refiere a los actos que violan las leyes de orden público o contrarias a la moral u buenas costumbres.

2. EL PLAZO O TERMINO

Es una de las figuras del derecho que se consideran como "modalidad". Se llama término o plazo, al momento futuro de realización cierta, en el que el acto jurídico debe comenzar a producir efectos (término inicial) o debe cesar de producirlos (término final).

El artículo 1953 del Código Civil al respecto establece:

"Es obligación a plazo, aquella para cumplimiento se ha señalado un día cierto".

Para nosotros el plazo o término queda definido como el acontecimiento futuro de realización cierta, del que se desprende la exigibilidad o terminación de derechos y obligaciones.

2.1. ELEMENTOS DEL PLAZO

El Código Civil no nos da una definición aceptable del "plazo", pero en base a la doctrina, se distinguen dos requisitos del mismo: 1) Un acontecimiento futuro y 2) La certidumbre.

1) Acontecimiento futuro.- Es menester que se trate de un acontecimiento futuro entendiéndose por él, lo que vendrá, más no lo que haya sucedido. Debe ser un acontecimiento factible de que se suceda, y que necesariamente ha de llegar.

2) La certidumbre.- Nos referimos a que el acontecimiento necesariamente deberá llegar tarde o temprano, o el día establecido, pero éste siempre será un plazo fatal y con la obligación se volverá exigible o se extinguirá, según sea el caso. Esto implica que la realización se debe verificar en un día determinado, que necesariamente tiene que llegar.

2.2. CLASIFICACION DEL PLAZO

a) Plazo suspensivo y resolutorio:

- Plazo suspensivo.- Se le denomina al acontecimiento futuro de realización cierta, al cual se le supedita el cumplimiento de una obligación.

- Plazo resolutorio.- En este caso nos referimos al acontecimiento futuro de realización cierta del cual depende la extinción de la obligación.

b) Plazo cierto e incierto:

- Plazo cierto.- Hablamos del acontecimiento futuro de realización cierta en un día fijo, exacto que fue anteriormente determinado.

- Plazo incierto.- Se le denomina de esta forma al acontecimiento futuro de realización cierta, en una fecha que no se sabe con exactitud, pero que irremediamente llegará.

c) Plazo expreso y tácito (se refiere a una subclasificación de los plazos suspensivos y resolutorios):

- Plazo expreso.- Es cuando de manera expresa determina que debe cumplirse o extinguirse la obligación desde el nacimiento del acto.

- Plazo tácito.- Con este se indica que el acontecimiento a futuro de realización cierta para el cual no se haya establecido un tiempo determinado, al momento de crear el acto, pero el cual debe transcurrir razonablemente.

d) Plazo voluntario y legal (es una subclasificación de los plazos suspensivos y resolutorios):

- Plazo voluntario.- Es el acontecimiento futuro de realización cierta, que el o los sujetos que intervienen en el acto, de manera deliberada, señalan para el cumplimiento o resolución de éste.

- Plazo legal.- Se refiere al acontecimiento futuro de realización cierta que la ley establece en sustitución de la voluntad de el o de los sujetos que intervinieron en el acto, para que éste se cumpla o se resuelva.

e) Plazo judicial y prorrogado por mandato de ley (son una subclasificación del plazos suspensivo y resolutorio):

- Plazo judicial.- Este tipo de plazos se refiere a aquel acontecimiento futuro de realización cierta que marca la autoridad judicial para el cumplimiento o resolución de una obligación, que fue materia de un juicio.

- Plazo prorrogado por mandato de ley.- Con fundamento en el artículo 2486 que a la letra dice:

"si después de terminado el arrendamiento y su prorroga, si la hubo, continúa el arrendamiento sin oposición en el goce y uso del predio, y si éste es rústico se entenderá renovado por otro año".

Se estipula que este tipo de plazo que se refiere al acontecimiento futuro de realización cierta que determine la ley, para que continúe con vigencia un acto que llegó al fin de un plazo convencional, ante el silencio de los otorgantes, en virtud de las necesidades sociales.

Los efectos del plazo o término de carácter suspensivo produce los efectos de que el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación; pero tendrá facultad el acreedor para realizar los actos necesarios para la conservación de su derecho.

Por lo que respecta al deudor que paga anticipadamente, carece de derecho de reclamar del acreedor la devolución del pago hecho por él. Sólo tendrá derecho a exigir los intereses o los frutos que le hubieren producido antes del vencimiento del pago, si se ignoraba la existencia del plazo.

3. EL MODO O CARGA

"Es una declaración accesoria de la voluntad, que se agrega a los actos con carácter gratuito, por medio de la cual se impone al beneficiario la obligación de realzar una prestación que debe realizarse en forma paralela al provecho o beneficio recibido"⁽⁵¹⁾.

(51) *Ibidem*, pág. 279.

Por su parte atinadamente el Lic. Gutiérrez y González rectifica en su cuarta edición la posición que había sostenido anteriormente en las tres primeras ediciones de su libro "Derecho de las obligaciones" de tal forma que define el modo o carga, como "una cláusula considerada en lo general y equivocadamente como modalidad"⁽⁵²⁾.

La legislación argentina contempla al modo o carga como una cláusula por medio del cual se impone una obligación excepcional al adquirente de un derecho, sin hacer distinción de si éste se adquiere a título oneroso o gratuito y por ello para mayor claridad de la idea, se puede decir que la carga o modo es toda obligación excepcional que se impone al adquirente de un derecho, sea a título oneroso o gratuito.

Por lo anterior, se desprende que el modo o carga puede aplicarse tanto a los actos gratuitos como las donaciones; como a los actos onerosos, aunque en realidad es menos frecuente, ya que como la misma palabra lo señala "carga" sugiere la idea de una restricción, aminoramiento o merma, lo cual no es común que acepte quien acepta un derecho a título oneroso.

En nuestro derecho civil, la carga ha sido entendida como un deber que se impone a un sujeto que recibe una liberalidad; por eso, el campo de aplicación será en los actos jurídicos de liberalidad entre vivos (donaciones) o bien por causa de muerte (herederos o legatarios). El que realiza un acto de liberalidad puede que tenga interés en que ese acto se sujete a la condición de que se realice determinada conducta para beneficio del sujeto, en este caso hablamos de cargas, en las donaciones que convierten a la donación en onerosa, en función de la imposición de ciertos gravámenes; no es su finalidad el satisfacer caprichos absurdos del donante y por eso la ley señala que si la donación se hace con la carga de pagar las deudas del donante, sólo se entenderán comprendidas las que existan con fecha auténtica al tiempo de la donación, pero sólo lo que importe la cantidad concurrente con los bienes donados.

(52) GUTIERREZ y González, Ernesto, ob. cit., pág.

3.1. CARACTERISTICAS DE LA CARGA O MODO

a) Impone una obligación.- Es decir que con motivo de esta cláusula el deudor en el mismo acto "debe cumplir" y el acreedor le "puede exigir" una determinada prestación, que al efecto se pacte.

b) Debe ser introducido por voluntad del disponente.- No siendo una contra prestación, sino como una limitación de la liberalidad, que por la carga modal se ve disminuida.

c) El gravamen impuesto al heredero, legítimo o donatario.- Nace por efecto de la aceptación.

d) Las obligaciones se imponer al adquirente.- Lo cual significa que el modo tiende a limitar o aminorar un derecho y por ello no se concibe sino más bien como una imposición hecha al adquirente de éste, sin tomar en cuenta si fue la adquisición a título oneroso o gratuito. Y que pese a que de su cumplimiento no depende la existencia del acto de liberalidad, es sin embargo coercible, con fundamento en el artículo 2236 del Código Civil.

e) El modo debe ser posible y lícito.- Pues la imposibilidad tanto física como jurídica y la ilicitud del hecho que debe realizar el beneficiario, convierten al acto modal en puro y simple. No producen la nulidad del acto a título gratuito. Desaparece la modalidad, pero el acto de liberalidad es plenamente válido.

CAPITULO TERCERO: LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

I. LA VOLUNTAD Y LA DECLARACION

En el ámbito del derecho privado, existe un amplio sector que asegura a los individuos una esfera de libertad y autonomía, que les permite regular sus propios intereses en sus relaciones con terceras personas. Dentro de ese campo de libertad jurídica, la voluntad de los particulares puede crear válidamente, relaciones normativas obligatorias y puede asimismo, crear derechos y situaciones jurídicas a favor, o en contra de los autores del acto que se haya realizado.

Así pues, el negocio jurídico, es el instrumento que reviste mayor importancia, a través del cual se manifiesta esa autonomía de la voluntad, en el campo del derecho.

Como es sabido no toda declaración de voluntad es un negocio jurídico, ya que los efectos reconocidos en el ordenamiento positivo, sólo llegarán a producirse, cuando el contenido de la voluntad de los particulares merezca ser jurídicamente protegido y no cuando recaen en motivos indiferentes para el derecho.

Por lo anterior, el poder de la voluntad, la llamada autonomía de la voluntad o autonomía privada, significa que el ordenamiento jurídico, permite a la voluntad de los particulares regular sus propios intereses privados, en aquellos casos en que el derecho objetivo no ha optado por regularlos imperativamente .

La declaración de la voluntad negocial, es precisamente la exteriorización de lo querido por el autor del acto y esa declaración puede realizarse en forma oral, escrita, o por medio de signos o gestos, siempre que el medio que emplee para declarar la voluntad sea idóneo, para expresar claramente, que es aquéllo que el sujeto quiere efectivamente declarar.

II. ANTECEDENTES DEL DOGMA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

En realidad el dogma de la autonomía de la voluntad no tiene una historia muy precisa, por lo tanto son diversas las versiones que existen en torno a ella; razón por la cual nos referimos de forma somera a los datos que tenemos como antecedentes.

El dogma de la autonomía de la voluntad suele decirse que surgió durante el auge de la pugna del liberalismo económico y el individualismo del siglo pasado, bajo el amparo del pensamiento del gran político Rousseau; sin embargo los primeros orígenes de esta figura, los encontramos en las constantes luchas del hombre contra el sistema absolutista y precisamente es en Grecia, donde comienza a observarse que el hombre es un mero instrumento del Estado; de ahí nos transportamos a la época del Imperio Romano, en donde surge escuetamente la primera manifestación de una sensible superación entre el Estado y el individuo, ya que se forman las figuras de las *civitas* y del *paterfamilias*, (como centro de imputación de normas de derecho público el primero y, el segundo de las normas de derecho privado) no obstante, todavía era exagerado el formalismo, que rodeaba a la actuación individual y la voluntad del individuo, lo cual constituía una causa remota de la obligación.

Posteriormente citaremos al célebre pensador Grocio quien expone su teoría en términos que pueden ser reducidos al principio del *pacta sunt servanda*, es decir, que se consideraba que las relaciones jurídicas emanadas del libre ejercicio de la libertad, eran como un compromiso ilimitado, e incluso, era válido pactar el absurdo de darse como esclavo.

La voluntad y la libertad siguen su desarrollo histórico, hasta llegar al auge de la contienda del liberalismo económico sobre el individualismo del siglo pasado; precisamente bajo el amparo del pensamiento del político Rousseau, quien expuso en su teoría que el propio Estado era producto del contrato celebrado entre los hombres, mediante el cual cedían a un ente superior una parte de sus derechos a

cambio precisamente, de tener una seguridad, que implica el hecho de tener una vida organizada.

Oportuno es señalar, que Rousseau nunca estuvo conforme en que a través de un acuerdo de voluntades se pudiera llegar a disponer de la persona misma, por que inclusive ésto es contrario a los fines de la naturaleza del hombre mismo.

No obstante de ser Rousseau quien expresa la autonomía de la voluntad con un riquísimo contenido, es Domat quien desde el punto de vista jurídico formuló la autonomía de la voluntad, dando los elementos básicos que sirvieron para la redacción del famoso artículo 1134 del Código Napoleónico.

Es en el Código Civil francés, en donde con las reservas del caso, se acepta que se plasma este principio, que a la letra establece:

"Los convenios legalmente celebrados, tienen fuerza de ley entre quienes lo celebran".

"No pueden ser revocados sino por mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza".

"Deben ser cumplidos de buena fe".

Aunque el maestro De Buen Lozano no considera que este famoso principio se encuentre contenido en el artículo anterior, añade que "la autonomía de la voluntad constituye jurídicamente hablando, el reflejo de una tendencia, pero en absoluto ha merecido quedar consagrado de manera expresa, sino de modo implícito, en cada una de las normas legales que por el contrario sí señalan categóricamente las limitaciones a ese principio"(1).

(1) DE BUEN Lozano Néstor, La Decadencia Del Contrato, Edit. Porrúa, 1986, pág. 212.

III. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA DOCTRINA

Es importante tomar en cuenta los estudios que los juristas han realizado en relación al alcance de la voluntad de las partes en el contrato.

Los Mazeud por su parte sostienen que "la voluntad de las partes les otorga la posibilidad de contratar, de no contratar, de fijar las condiciones del contrato, y modificar el contrato a su conveniencia e, inclusive, poner el término"(2).

De tal suerte que la voluntad contractual implica según Los Mazeud(3):

- 1) Libertad para contratar
- 2) Libertad para no contratar
- 3) Libertad para determinar las condiciones del contrato
- 4) Libertad para dar por terminado el contrato

1) Libertad para contratar:

Se entiende por ésta la facultad que tiene el sujeto para celebrar un contrato respecto de un determinado objeto, por consecuencia no existirá esta libertad cuando un objeto cualquiera esté fuera del comercio jurídico, siendo el caso de los bienes de uso común, en este caso resulta evidente la falta de libertad para contratar.

Cuando una persona con plena libertad puede decidir acerca de celebrar un determinado contrato, es evidente que habrá ejercitado el principio de la autonomía de la voluntad.

(2) LOS MAZEUD, citado por De Buen Lozano Néstor. opus citatus, pág. 213.

(3) Ob. cit., pág. 221.

2) Libertad para no contratar:

Este tipo de libertad para no contratar, nos autoriza para no aceptar una determinada policitación; pues cuando se nos obliga a contratar se viola la autonomía de la voluntad, salvo que la celebración del mismo sea el resultado de un acuerdo previo o espontáneo, que hemos incumplido.

3) Libertad para determinar las condiciones del contrato:

Cuando las partes contratantes pueden libremente, establecer las condiciones que estimen oportunas, se dice que se puso en juego el principio de la autonomía de la voluntad, por lo tanto es de considerarse lo siguiente:

"No existirá contrato, cuando el clausulado esté determinado previamente y no exista otra posibilidad que la de aceptar, o no esas condiciones inderogables, o bien, fuere imposible establecer modalidades".

4) Libertad para modificar el contrato:

Como consecuencia de la facultad de poder fijar las condiciones y modalidades desde un principio, existe la posibilidad de modificarlas posteriormente, siempre y cuando estén de acuerdo las partes contratantes, de lo contrario, no estaría actuando la autonomía de la voluntad.

5) Libertad para dar por terminado el contrato:

Si en virtud de un mutuo consentimiento, se dá por terminado una relación jurídica existente, se puede presumir que se ejerció la autonomía de la voluntad de los contratantes.

No obstante, si esta relación continúa aún en contra de la voluntad de cualquiera de las partes, esa relación jurídica ya no merecería el carácter de contrato, considerándose que debe de quedar incluida aquí, la prórroga que indefinidamente puede otorgar el Estado por razones de orden público.

Por lo que toca a los autores nacionales Borja Soriano expone que la noción de la libertad individual se expresa habitualmente diciendo que "todo lo que no está prohibido está permitido" agregando que a ésto se le llama principio de la autonomía de la voluntad⁽⁴⁾.

Sin embargo, lo anterior es insuficiente, porque no se puede aceptar abiertamente que todo lo que no está prohibido está permitido, porque este autor no considera la existencia de ciertos derechos políticos o de algunos derechos que derivan de la patria potestad, que están permitidos, pero que al mismo tiempo deben necesariamente cumplirlos.

Por su parte, el tratadista Sánchez Medal considera que en la doctrina general de los contratos, existe un principio que expresa el contenido del dogma de la autonomía de la voluntad en forma concisa y clara, y este principio es que:

"La voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos"

Sin embargo, este principio en la actualidad no es muy afortunado, ya que en la celebración de los contratos podemos encontrar diversas limitaciones como anteriormente hemos señalado, y que posteriormente profundizaremos en un tema subsecuente.

(4) BORJA Soriano, Manuel, Teoría General de Las Obligaciones, Edit. Porrúa, México, 1985, pág. 186.

Finalmente, el brillante tratadista venezolano Gert kummerov reconoce que "lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido", y establece algunos principios⁽⁵⁾:

- a) Los individuos son libres para obligarse o para no hacerlo.
- b) Los individuos son libres para discutir las condiciones del contrato, determinando su contenido, su objeto y sus efectos, con la única limitación del respeto del orden público y las buenas costumbres.
- c) Los individuos pueden escoger las normas que mejor convengan a sus intereses, rechazar las supletorias y atenerse sólo a las reglas tipo.
- d) En principio, ninguna formalidad se establece para la manifestación de la voluntad ni para la prueba; las solemnidades son excepcionales.
- e) Las mismas partes pueden determinar los efectos de las obligaciones; es decir, si algún conflicto surgiera entre ellos con motivo de una violación de la norma creada, el órgano estatal limitaría su misión a descubrir la intención de las partes, aplicando la sanción que las propias partes exijan, sin entrar a examinar si tal sanción recibe efectiva realización en lo práctico.
- f) Los intereses individuales libremente discutidos concuerdan con el bien público.

Esta teoría aunque exagerando tal vez en algunos puntos relativos a la forma y en cuanto a la afirmación de que el acuerdo de intereses produce un resultado concordante con el interés público; no obstante, es la que más atinadamente esquematiza la autonomía de la voluntad.

(5) KUMMEROV Gert, Manuel, Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1968, pág. 46.

IV. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LOS ANTERIORES CODIGOS CIVILES (1870-1884)

El sistema que en materia de contratos se maneja en los Códigos de 1870 y 1884 es prácticamente el mismo, razón por la cual nos referiremos sólo a una de estas legislaciones entendiendo que lo que se exprese para uno, se entienda para ambos, salvo que específicamente se aclare lo contrario.

No es fácil aceptar que nuestra legislación descansa en el famoso principio de la autonomía de la voluntad y que éste se encuentre plasmado en el artículo 1535 del Código de 1870 y en el 1419 del Código de 1884, a pesar del definitivo corte liberal que tienen, ya que en éstos preceptos sólo se señala de forma muy escueta que la libertad de un sujeto contratante, no le permitirá dejar de cumplir un convenio legalmente celebrado, ni modificarlo, ni darlo por terminado unilateralmente.

Con mucha tolerancia el contenido del artículo 1310 del Código de 1884, podría interpretarse como el exponente del principio de la autonomía y el cual faculta a las partes contratantes, para establecer las cláusulas que crean convenientes.

Definitivamente es más fácil encontrar en ambas legislaciones las limitaciones que existen en torno a la autonomía de la voluntad, que algún precepto en el que se plasme concretamente.

Por lo anterior, se podría concluir que el dogma de la autonomía de la voluntad, es un principio que se encuentra implícito, latente en todo el articulado de ambos ordenamientos, pero definitivamente no se expresa en ninguna disposición especial.

De Buen Lozano sostiene que "la autonomía de la voluntad responde a una corriente filosófica y el legislador, presumiendo su aplicación general, prefirió

establecer sus límites y no formular un concepto quizás demagógico, que en cierto modo lo es el artículo 1134 del Código Napoleónico"(6).

V. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL CODIGO VIGENTE

La Comisión Redactora del Código vigente y del Informe Presidencial en que se realizó el Código Civil de 1928, al reglamentar los contratos como las demás materias, introdujo varias innovaciones y reformas inspiradas en la idea capital de socializar cuanto fuese posible, el derecho civil, preparando el camino para que se convierta en un derecho privado social, pero teniendo sin embargo como meta fundamental, el tratar de armonizar los intereses individuales con los sociales, haciendo lo posible por corregir los excesos de individualismos que sufría el Código de 1884.

Con el antecedente de que el Código Civil que actualmente nos rige, tiene un carácter social y que en temas como el de la propiedad; el de la responsabilidad y de determinados contratos como lo son la compraventa; el arrendamiento; y el de aparcería que tienen una regulación especial, no obstante, se deja influir en todos sus demás capítulos por el carácter liberal de los anteriores códigos.

En materia contractual se pueden observar que el artículo 1839 reproduce el contenido del artículo 1310 del Código de 1884 anteriormente citado, en el cual se expresa la facultad de los interesados para actuar conforme a su voluntad, aunque siempre con determinados límites.

Por lo que toca a las declaraciones de tipo general, relativas al predominio de las leyes prohibitivas o de interés público; a la irrenunciabilidad de ciertos derechos; y a la forma de renunciar; se encuentran preceptuadas en los artículos 6, 7, y 8, del Código actual, que con algunas modificaciones de forma, reiteran lo dispuesto en el código precedente.

(6) DE BUEN Lozano Néstor, opus citatus, pág. 218.

En base a lo anterior, podemos observar que las nuevas tendencias no han influido en el criterio general del Código de 1828 y entre los pocos casos en el que la autonomía de la voluntad, deja paso al interés social dentro del Código vigente se ubica en el artículo 2751 que establece:

"El propietario no tiene derecho de dejar sus tierras ociosas, sino el tiempo que sea necesario para que recobren sus propiedades fertilizantes. En consecuencia, pasada la época que en cada región fije la autoridad municipal conforme a la naturaleza de los cultivos, y el propietario no las comience a cultivar por sí o por medio de otros, tiene obligación de darlas en aparcería conforme a la costumbre del lugar a quien las solicite y ofrezca condiciones necesarias de honorabilidad y solvencia".

De aquí podemos observar que cuando se establece la obligatoriedad para contratar, desaparece la autonomía de la voluntad.

VI. LIBERTAD EN EL CONTRATO

Cuando la autonomía de la voluntad tiene por efecto crear negocios jurídicos bilaterales, en el campo patrimonial, nos hallamos ante la LIBERTAD DE CONTRATAR y ante la LIBERTAD CONTRACTUAL, consecuentemente, debe de reconocerse que en nuestro derecho todavía existen estos principios referidos.

La libertad de contratar y la libertad contractual, a primera vista podría pensarse que se trata de instituciones idénticas o al menos semejantes; pero como lo veremos posteriormente, se trata de nociones completamente distintas, y que una vez más, se trata de una falta de precisión en la terminología jurídica.

A. LIBERTAD DE CONTRATAR

La libertad de contratar se relaciona exclusivamente con el momento de la celebración del contrato y de sus estipulaciones; es decir, para celebrar o no celebrar el contrato, y para escoger a la persona con la que se va a contratar. En resumen, consiste en la necesidad de respetar la voluntad de los contratantes, en el momento de la celebración para que espontáneamente, decidan si contratan o no; la situación opuesta será la obligación de contratar.

El contrato por definición es acuerdo de voluntades; luego entonces, se funda en la libertad de contratar. Nadie puede estar forzado a contratar y en el supuesto contrario se pone en tela de juicio la existencia de un contrato válido.

B. LIBERTAD CONTRACTUAL

La libertad contractual es una figura enteramente diferente a la anterior y se refiere a la forma y contenido del contrato la libertad contractual está consagrada en nuestro ordenamiento civil, tanto por lo que hace a la forma (1832 y 2014) como por lo que toca al fondo (1839 y 1858) del contrato.

La justificación se encuentra en la propia definición del contrato, en cuanto presupone un acuerdo de voluntades es decir que la libertad contractual tiene como finalidad impedir que una parte imponga a la otra, en forma unilateral, las cláusulas del contrato (este principio es acogido en nuestro Código Civil por los artículos 1796, 1807 y 1839).

Hay libertad contractual en cuanto a la forma, porque gracias a la influencia del derecho romano, hoy en la actualidad existe la regla general de la consensualidad o ausencia de formas obligatorias en la formación de los contratos.

Existe libertad contractual en cuando al fondo, cuando pueden introducirse en los contratos las cláusulas y condiciones que las partes libremente convengan (1839) y pueden celebrarse figuras de contratos distintos de los expresamente reglamentados (1858), sin perjuicio de que existan limitaciones, unas de carácter general y otras de índole particular, a la libertad contractual

Y a esta libertad contractual que tienen las partes para establecer el contenido del contrato se le denomina, autorregulación, y en uso de esa libertad, los contratantes pueden hacer su propio contrato, dejando de lado -si lo estiman conveniente- todas las reglas de derecho civil que no importen la violación a un interés de orden público o que hayan sido dictadas en resguardo de las buenas costumbres: es decir, de las normas imperativas.

Tanto la libertad de contratar como la libertad contractual, siguen siendo principios admitidos por nuestro Código Civil, que distan de las exageraciones del dogma de la autonomía de la voluntad de los inicios del siglo pasado, así como también de lo que es el reciente movimiento del "dirigimos contractual" o publicación del contrato. Aún en nuestros días la libertad contractual debe considerarse la regla y el límite, la excepción; y por lo tanto como límite que es, para que tenga vigor, debe ser declarado expresamente.

El dogma de la autonomía de la voluntad sostenía en la época de su máximo esplendor, que salvo muy pocas excepciones la mayoría de las obligaciones contractuales nacían de la voluntad soberana de dos partes libres e iguales y, segundo, que eran justas todas esas obligaciones creadas por la voluntad de los contratantes.

A través de la historia observamos que los grandes abusos de los patrones frente a sus trabajadores provocaron importantes movimientos sociales, donde el nacimiento al derecho laboral, como rama independiente del derecho civil en México. De esta forma se fue demostrando como la supuesta igualdad jurídica entre

las partes, no siempre es suficiente para conseguir la libertad y la custodia en el contrato en vista de las desigualdades económicas en que en la práctica se dan entre una y otra parte,

Por otra parte el surgimiento y difusión de los contratos de adhesión que posteriormente se analizarán, han sido causa considerable del debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad. Asimismo, las necesidades sociales y los requerimientos de las grandes mayorías de la población obligan al Estado a intervenir en la formación y ejecución de grandes tipos de contratos, teniendo como ejemplo de estos últimos: las leyes moratorias de los pagos, las leyes protectoras de los inquilinos; y las disposiciones que el gobierno ha fijado como precios máximos a los artículos de primera necesidad, la Ley Federal de Protección al Consumidor y la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, etcétera.

No obstante la trascendencia de los cambios anteriores, no se ha llegado al extremo de desaparecer la libertad contractual, sino que significaron limitaciones a la misma y fue una de las causas que originaron el llamado "dirigismo contractual", que tiende a hacer prevalecer los requerimientos de la sociedad sobre los intereses puramente individuales, pero no de una forma total en esta materia, sino a propósito de determinados contratos y con respecto a ciertos objetos.

VII. ALCANCE Y LIMITES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Como anteriormente hemos observado en el desarrollo de este capítulo, los negocios jurídicos tienen su origen en la voluntad de los particulares o voluntad privada; y en principio, los particulares son libres para realizar y regular los negocios jurídicos, según sus deseos, sus relaciones en el ámbito del derecho privado; y en términos muy generales, esta libertad para obligarse por decisión propia, se le ha denominado como autonomía de la voluntad.

No obstante, tal autonomía tiene limitaciones a la voluntad de la persona, es decir, que no se actúa en forma soberana pues existen ciertas restricciones en el ámbito de respeto a la libertad de los demás, en el interés general y en las buenas costumbres.

Así pues, el derecho no podría permitir, pues fallaría a su propia función y naturaleza, que una persona a través de la realización de un acto jurídico se propusiera la consecución de fines reprobables desde el punto de vista de la moral o contrarios al interés público. Esta limitación se encuentra precisamente consagrada en términos generales en el artículo 60 del Código Civil de 1928, según el cual:

"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero".

Lo anterior quiere decir, que los particulares pueden estipular en sus contratos todo lo que no sea contrario a una ley, y aún pueden convenir en lo que sea contrario a una ley, si ésta no es de interés público, sino solamente supletoria de la voluntad de las partes.

Podemos sintetizar que la cuestión de los límites del principio de la autonomía de la voluntad, confiere a la voluntad particular, la atribución de crear negocios jurídicos, sin sobrepasar el ordenamiento coactivo, brindándonos su contenido y su eficacia jurídica.

Una vez analizado lo anterior, valdría la pena establecer cuáles son los límites a la autonomía de la libertad, es decir, el freno para esa facultad de ejercer la voluntad contractual:

a) La voluntad es libre de elegir, en un contrato, en relación con todo aquello que la ley no le prohíbe o le ordena.

b) No obstante que no se incluyan cláusulas referentes a los elementos naturales del contrato, estas se entienden implícitas.

c) Son inderogables las normas relativas al orden público y a las buenas costumbres, por voluntad de los particulares.

d) Las consecuencias derivadas de la buena fe, el uso o la ley resultan aplicables en los contratos, por encima de lo que se hubiera pactado.

f) El valor o cuantía de la cláusula penal no podrá rebasar el monto de la obligación principal.

Por lo que toca a las restricciones a la autonomía de la voluntad plasmadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico vigente podemos resaltar las siguientes:

El Código Civil en su parte dispositiva ha sometido el principio de la libertad contractual, al interés y orden público, así como a la moral y a las buenas costumbres, subordinando el interés individual a éstos.

La segunda limitación se encuentra consignada en el artículo 8 del citado ordenamiento, en el que señala que la voluntad de las partes, no puede manifestarse en contra de las leyes de interés público o prohibitivas.

En el artículo 6o. anteriormente citado se dispone que la voluntad de las partes no puede sobreponerse a la ley, ni a la colectividad, en cuanto que las leyes imperativas no pueden ser renunciadas, mientras que las interpretativas son susceptibles de renuncia por parte de los contratantes.

Respecto del abuso del derecho en detrimento de la colectividad, se pronuncia el artículo 16 del Código Civil declarándose en favor de esta última; y el artículo 840 del citado ordenamiento limita el ejercicio de un derecho de propiedad, cuando con éste se cause daño a algún tercero, sin que reporte beneficio para el titular.

Por su parte el artículo 147 hace hincapié en la supremacía del interés público y las buenas costumbres.

VIII. LIMITACIONES EXTRAORDINARIAS A LA VOLUNTAD CONTRACTUAL

Las condiciones de orden público y de las buenas costumbres son preceptos que normalmente han limitado a la voluntad contractual y que incluso, en épocas del máximo esplendor del liberalismo no se han dejado de aplicar.

No obstante, aún estando en pie la estructura liberal del contrato, es indiscutible que su estabilidad es cada día más dudosa, puesto que la evolución del pensamiento económico y político, condujo a la necesidad de aplicar algunas instituciones, que sin destruir totalmente el principio de la autonomía de la voluntad, si la mermaron de una manera significativa.

El legislador creó diversas normas de carácter especial en el ámbito administrativo; y al mismo tiempo, se concedieron ciertos márgenes de discreción al juez, incluyendo la jurisprudencia, de tal suerte que se dio pauta para el surgimiento de un grupo de figuras jurídicas que tienen un matiz eminentemente social. Algunas de ellas tuvieron como origen el ser respuestas a problemas de la época, como es el caso de la moratoria; otras nacieron en los mismos ordenamientos jurídicos como la figura del abuso del derecho; otras como la teoría de la imprevisión que goza de un singular apoyo en la jurisprudencia francesa; el término de gracia, y la prórroga forzosa.

Definitivamente que los preceptos anteriores constituyen frenos indiscutibles a la voluntad contractual, convirtiendo muchas veces en una simple fantasía el principio de la autonomía de la voluntad, unas afectaron el ejercicio excesivo de derechos subjetivos; y otras (las figuras más recientes) han destruido elementos básicos de la contratación, por causas supervenientes no previstas por las partes, de ahí el nombre de limitaciones extraordinarias a la voluntad contractual.

A. LA MORATORIA

Entiéndase por ésta a la medida legislativa de alcance general que la autoridad aplica con la finalidad de permitir que algunas obligaciones queden lícitamente incumplidas, sin que se finque responsabilidad alguna a cargo de los deudores.

La característica fundamental de la moratoria es, que se trata de una medida tomada por el poder público, por motivos especiales de evidente gravedad, tales como incendios de gran trascendencia, inundaciones, guerras, terremotos, que afecten a todo el país o sólo en parte de él, según las circunstancias.

Generalmente la moratoria se otorga a favor del deudor, aunque en México se dio el caso de que en 1916, el papel moneda sufrió una depreciación, razón por la cual se extendió en favor del acreedor a quien se le pretendía hacer el pago con el papel devaluado. De cualquier modo sean justificadas o no las moratorias, atentan en contra de la autonomía de la voluntad, pues la conducta del Estado, deja sin efecto algo tan trascendental para la vigencia del contrato, como lo es el plazo para cumplir las obligaciones.

B. EL PLAZO DE GRACIA

Tiene su primer antecedente en la Ley de las XII Tablas y aunque no se contempla en los Códigos Civiles anteriores, en el artículo 21 del Código Civil vigente si se regula:

"La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el ministerio público eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público".

En síntesis, entendemos por plazo de gracia a aquél, que una vez vencida una obligación, puede otorgar el acreedor al deudor o bien el juez en el caso de que se halle legislativamente previsto.

En nuestra legislación, se contempla la facultad del juez para decretar el plazo de gracia, cuando el interesado haya confesado la demanda, una vez que se haya procedido al embargo de bienes para garantizar el interés al acreedor.

El efecto del plazo de gracia, sólo se produce en relación a la fecha de cumplimiento de la obligación, pero no se aplica como limitación al pago de intereses, aunque si se pueden reducir las costas.

De tal suerte, que esta figura constituye una considerable violación del principio multicitado, ya que en la etapa de cumplimiento del contrato se ve intervenido por una voluntad ajena, que es la del juez.

C. LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO.

Siendo una respuesta en contra del individualismo, surge en materia de propiedad y de responsabilidad, La Teoría del Abuso del Derecho, que hoy en nuestros días ya se mancha en el ámbito contractual, pues existen autores que sostienen que se utiliza para controlar el goce y el ejercicio de los derechos derivados de los contratos, siempre y cuando, este ejercicio no sea ilícito o ilegítimo; impidiendo de este modo que las partes se sirvan de los derechos que los contratos produzcan, una finalidad distinta de la cual fueron originalmente pactados. En nuestro país hay varios casos, entre los que se puede citar el artículo 840 que al respecto indica:

"No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad al propietario".

Y por su parte el artículo 1912 indica que:

"Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro hay obligación de indemnizarlo, si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin la utilidad para el titular del derecho".

El Estado puede poner trabas a la conducta de los contratantes, so pretexto del "abuso del derecho", no existiendo ningún inconveniente en llevar al terreno contractual esta limitación, ya que el ejercicio del derecho, puede tener su origen en la figura de un contrato.

En definitiva puede establecerse, que el ejercicio del abuso del derecho tiende a quebrantar gravemente el principio de la autonomía de la voluntad.

D. LA TEORIA DE LA IMPREVISION

Sin que exista duda alguna La Teoría de la Imprevisión o de la Excesiva Onerosidad Superviniente, representa la institución que más limita el alcance de la autonomía de la voluntad.

Nosotros definiremos a la Teoría de la Imprevisión como una serie de especulaciones científicas que tienen como finalidad justificar el incumplimiento total o parcial de un contrato en atención a la presencia de circunstancias extraordinarias no previstas en el momento de su celebración.

Esta teoría se encuentra implícita en la cláusula "rebus sic stantibus" que significa siempre que las cosas estén igual, que en la práctica forense de la época del medievo se consideraba sobrentendida 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.

Los códigos mexicanos no han recogido literalmente la teoría de la imprevisión, pues en ellos se contempla, la imperiosa obligación de cumplir puntualmente los compromisos legalmente celebrados; no obstante en el artículo 2455 del Código vigente admite la posibilidad de una rebaja de la renta en materia de arrendamiento de fincas rústicas, en el supuesto de que sobrevenga una situación extraordinaria. La Teoría de la Imprevisión está fuertemente enraizada en la teoría del derecho contemporáneo, ya sea en base en a reglas generales, o en disposiciones específicas, y aunque no se presente comunmente en la práctica; esta figura también ha limitado el alcance de la autonomía de la voluntad, aunque sería exagerado el poner en tela de juicio a la teoría del contrato.

E. EL ESTADO DE NECESIDAD

Su antecedente puede encontrarse en el derecho romano bajo la figura de la *Lex Plateria* y en la *in integrum restitutio*, la primera consistía en otorgar una acción pública contra quien hubiere engañado a un púber menor de veinticinco años y a éste se le concedía una acción restitutoria. Y en la figura de la *in integrum restitutio* se apoya en cierta medida la lesión por primera vez. Tratándose de una institución del derecho pretoriano en la que cuando alguien obtenía un daño con la realización de un acto jurídico válido conforme al derecho civil, pero contrario a la

equidad, existía la facultad de poder exigir a través de la *in integrum restitutio* la devolución de las cosas a su estado anterior.

Los Códigos de 1870 y 1884 siguiendo el modelo francés suprimían al estado de necesidad como causa general de rescisión, pero sosteniendo que la sociedad debe proteger al ignorante y al miserable, cuando es impunemente explotado, la Comisión Redactora del Código Civil vigente establece en el artículo 17 que:

"Cuando alguno, explotando la sumia ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que el por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación".

Del precepto anterior se desprende que cuando además de la notable desproporción en las prestaciones, se produce una situación de inferioridad de una de las partes, que hace a la otra ponerse en ventaja. Erróneamente el precepto anteriormente citado menciona el término de "miseria" en vez de el de "necesidad" pues a pesar de ser la primera, una variante de la segunda, no comprende todos los casos de necesidad que requieren de una protección jurídica.

Dentro de las corrientes modernas de carácter proteccionista se encuentra como eje principal, el concepto de estado de necesidad, aún cuando no se plasmase concretamente, pues tal es el caso, de la fijación de tarifas máximas y el establecimiento de reglas y condiciones especiales en determinados servicios, así por ejemplo, la figura del contrato por adhesión que pone en juego el estado de necesidad, imponiendo ciertas limitaciones, para que uno de los contratantes pueda aceptar algo que verdaderamente le favorezca o deseé.

El licenciado Nestór De Buen Lozano por su parte plasma en su obra "La Decadencia del Contrato", que el concepto de estado de necesidad tiene una gran trascendencia jurídica ya que ha venido a romper con el esquema tradicional de hechos jurídicos ajenos a la voluntad del hombre, y a los actos jurídicos

voluntarios, e involuntarios, pues sería más apropiado agregar una tercer variante referente al "acto jurídico necesario" en la que se podrían enmarcar a todas las instituciones jurídicas denominadas ficciones contractuales, pero que estrictamente no encajan dentro del acto jurídico que en principio tenía el carácter de voluntario, pues este elemento esencial, ha sido desplazado por la situación especial de necesidad.

F. PRORROGA FORZOSA DE LOS CONTRATOS

Se trata de un procedimiento primario de intervencionismo por parte del Estado en materia de contratos, pues el Estado frente a unas condiciones de emergencia, hace perdurar una relación jurídica más allá del término convenido, siendo una figura muy similar a la moratoria, que se le denomina vulgarmente congelación o prórroga.

En nuestro país se tomó como una medida de postguerra a partir de la última conflagración mundial, que no obstante de tener sus profundos errores técnicos del decreto que la contiene, siguió teniendo vigencia hasta su decreto derogatorio de 30 de diciembre de 1992. Esta figura del derecho limita la posibilidad de establecer modalidades en el contrato, cuando por mandato estatal desvirtúa el acuerdo previo y deja al arbitrio de la parte supuestamente más débil, el cumplimiento en los términos del pacto o su extensión indefinida, de tal suerte que la voluntad inicial, que nació con el contrato, y que previó su desarrollo posterior y su conclusión, deja de tener vigencia.

En conclusión, expresaremos que la institución de la prórroga forzosa destruye totalmente la voluntad, desintegrando al consentimiento, es decir, al acuerdo de voluntades, dejando factible para una de las partes, lo que no hubiese podido realizar sin el concurso de ésta figura, por lo tanto, cuando en el contrato media ésta figura, dudosamente se puede evocar la institución del contrato.

IX. FICCIONES CONTRACTUALES

No obstante los diversos obstáculos que han ido surgiendo en la trayectoria del contrato, en nuestro mundo actual se le sigue considerando al contrato como la llave mágica para la consecución de determinadas finalidades, en él, el objetivo fundamental es el de satisfacer los diversos intereses de las partes. De esta forma observamos, que nominalmente el contrato sigue figurando en los códigos para referirse a formas jurídicas, que estructuralmente muy poco tienen ya en común con el contrato.

Las diversas figuras jurídicas que se han venido imponiendo para reducir el valor de la voluntad a su mínima expresión, son figuras que en un principio fueron verdaderos contratos y que en la mayoría de los casos eran celebrados por los particulares entre sí, dando con ello origen a relaciones de derecho privado; pero que debido a las muchas ventajas del contrato como instrumento jurídico, se desarrolló y sobrepasó los límites del derecho privado, para extenderse a la del derecho público, hasta llegar a la hipérbole de que actualmente los tratados entre los Estados toman la estructura de un contrato.

El hecho de calificar como contratos a tales instituciones jurídicas, tiene como objetivo resaltar el origen de su naturaleza jurídica, sin embargo, las diversas causas que ya hemos apuntado, nos hacen dudar que en *stricto sensu* han dejado de ser un contrato.

Entre las instituciones jurídicas que el maestro Nestór De Buen Lozano reconoce como ficciones contractuales ubicamos a los actos creadores de estado civil tal como es el caso del contrato de matrimonio y el de adopción; en segundo lugar está el llamado contrato de trabajo, que nuestra ley regula en tres grupos: individual, colectivo y colectivo de carácter obligatorio (contrato-ley); en tercer lugar se considera al acto colectivo, que da origen a la sociedad y por último se reconoce al contrato por adhesión; el cual en la realidad está en amplia discusión por varios tratadistas, el hecho de que sí estos actos jurídicos son contratos o no.

A. EL CONTRATO DE ADHESION

En la práctica es muy común denominar como "contrato de adhesión" aquel tipo de contrato en el que una de las partes no sólo desempeña el papel de la parte que se limita a "adherirse" a la oferta de la otra, sin tener la posibilidad de formular una "contraoferta", sino que tampoco cuenta con la libertad e igualdad económica que le permitan rechazar esa oferta, tal como ocurre con los servicios públicos onerosos y, particularmente, con aquéllos que fueron objeto de concesión administrativa, cuando de por medio existe un monopolio legal o de hecho. El llamado contrato de adhesión, asume esa característica, donde el acuerdo tiene una esfera de desenvolvimiento muy reducida: pues sólo se tiene la libertad jurídica, -no la libertad económica- de adherirse o no a la oferta que la otra parte formula.

Tratándose de un monopolio de derecho (de jure), el Estado interviene, regulando ese monopolio, con lo cual se restablece el desequilibrio existente; tal es lo que ocurre cuando se procede a la regulación de determinados servicios a través de la fijación de las tarifas por parte del Estado.

Hasta aquí, hemos analizado algunas de las figuras jurídicas denominadas ficciones contractuales, en las que se patentiza la intervención legislativa, tendiente a dar al contrato un contenido más acorde con el interés social. Ello nos acerca a profundizar más en el contrato de adhesión en nuestro tema próximo, toda vez que en la generalidad de los contratos de prestación de servicios turísticos, nos vamos a encontrar con esta figura.

B. ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE ADHESION

Desde principios del siglo (a partir de Salelles 1901) hasta nuestros días se ha discutido ampliamente por los más destacados juristas de todas las épocas, el problema de la naturaleza jurídica del contrato de adhesión, es decir si estos actos jurídicos participan efectivamente o no de la calidad de contratos.

Tal duda ha surgido desde que empezó a darse una nueva categoría de actos jurídicos, por parte de la costumbre, el tráfico comercial y después por algunas leyes, que han dado el tratamiento de contrato, a ciertas figuras no obstante que no encajan exactamente en el cuadro señalado para esta clase de actos, por la teoría clásica del derecho.

En la discusión se han registrado dos grandes tendencias:

Un grupo sostiene la efectiva contractualidad de tales actos jurídicos.

Un segundo grupo se pronuncia por el extremo opuesto, negando toda calidad de contrato a esas convenciones. Dentro del segundo grupo, hay quienes sostienen que no sólo no son contratos, sino que se trata únicamente de declaraciones unilaterales de voluntad. En el mismo grupo y coincidiendo con los anteriores en negar que se trata de contratos verdaderos, hay una nueva teoría en el sentido de que estos actos constituyen simple guiones administrativos.

Sin embargo, en cuanto a la figura del contrato de adhesión el único interés práctico que en materia de interpretación se ha encontrado, es que corresponderá al juez indagar si tal u otra cláusula objeto del litigio ha sido realmente aceptada por las partes, teniendo los tribunales el poder suficiente para establecer además, si dichas cláusulas concuerdan con las cláusulas esenciales que constituyen la trama misma de la operación, y sin han sido conocidas y aceptadas por las partes. Al respecto podemos observar la regulación que establece el artículo 1857 de nuestro Código Civil, mismo que no sólo se aplica a los contratos de adhesión, sino a todo tipo de contrato:

"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 deudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no

pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo".

El diccionario de derecho privado de la editorial Labor define los contratos de adhesión, diciendo que "son aquéllos en los que una de las partes fija sus condiciones rígidas e inderogables (cláusulas) y se las impone a la otra que no hace sino aceptarlas, adhiriéndose de esta manera al contrato.

C. LINEAMIENTOS GENERALES DEL CONTRATO DE ADHESION.

De acuerdo con la tradición y técnica del contrato de adhesión éste sigue teniendo las mismas características, elementos y etapas en su celebración que el contrato clásico en general, sólo que el contrato de adhesión tiene ciertas particularidades especiales que lo distinguen del contrato en general; desde el punto de vista de la doctrina clásica, el contrato de adhesión cuenta con una técnica privativa que no tienen los demás contratos.

En efecto, en todo contrato encontramos el concurso de dos voluntades y previamente a este acuerdo, una serie de actos de carácter no muy común, sino de forma individual y subjetiva de cada una de las partes que intervienen en la celebración del contrato: tales como el acto psicológico volitivo-interno, y la expresión adecuada o no, de este acto volitivo.

Este acto psicológico volitivo-interno se traduce en la expresión misma del ejercicio de la voluntad en su elección interna, lo que implica el ejercicio del libre albedrío lo cual es la base principal de la celebración del contrato, porque es el principio interno en donde se funda o donde nace el consentimiento del individuo celebrante de una parte; es decir, del elemento más importante, de tal suerte que si no hay consentimiento, o si este consentimiento no está acorde con la intención del contratante, no hay acuerdo de voluntades y sin este elemento es absolutamente imposible que haya contrato.

En la doctrina clásica del contrato se establece una polarización en la relación jurídica que se establece en la celebración del contrato, que responde al significado del enfrentamiento de las partes contratantes.

En el contrato de adhesión existe igualmente una diferencia de voluntades, sólo que en el contrato por adhesión una de las partes, por lo regular es una empresa, sin que con éllo se excluya la posibilidad de una relación de adhesión exclusivamente entre particulares; pero en el contrato por adhesión, la parte que establece las condiciones rígidas e inderogables tiene siempre dos razones de la misma fuerza para hacer tal fijación: son inderogables, por una parte, porque el esquema en que están contenidas, está formulado por anticipado de acuerdo con una reglamentación legal existente y sometidos, casi siempre a la aprobación de la autoridad administrativa (como era el caso de los contratos de adhesión del Sistema de Tiempo Compartido que para su validez están sometidos a la aprobación previa de la Procuraduría del Consumidor), de suerte que cualquier modificación aún para un caso particular, debía ser sometida a la aprobación administrativa, y ésta es al mismo tiempo la razón por la cual el contrato de adhesión siempre tiene un carácter general; además sin que sea ésta la única; otra de las razones por las cuales la fijación de las condiciones es unilateral, es porque una de las partes que fija las condiciones por lo regular es la más fuerte, porque está en mejores condiciones económicas o intelectuales y debido a éllo es que en determinado sentido es propio de ella la fijación de las condiciones o cláusulas del contrato; esta situación ventajosa es, casi siempre, de carácter económico.

El acuerdo de voluntades en el contrato de adhesión, se lleva a cabo igualmente que en cualquier contrato en general, sólo que en el primero, se suprime la discusión que se lleva a cabo en el tipo de contrato en general, pero si hay consentimiento, porque de no haberlo, no habría negocio jurídico, y tan lo hay, que las leyes se ocupan de él, pues, es también común que no haya discusión entre las partes, porque una de ellas, la que goza de una situación ventajosa predispone las condiciones generales y no se trata de una fijación en términos de una simple propuesta, porque ésta puede ser modificada, si el contratante que recibe la propuesta logra imponer determinado punto de vista propio, sobre la celebración del negocio; y por otra parte en el contrato en general la propuesta inicial es una

simple tentativa de carácter provisional y sujeta siempre a ajustes entre los contratantes y muy excepcionalmente, el contrato se celebra de acuerdo con la propuesta inicial, hecha por el que originalmente tomó la iniciativa.

En el contrato de adhesión también hay una propuesta inicial para la celebración del mismo, pero en este caso no se trata de una propuesta sujeta a un elástico movimiento de estira y afloja para llegar al acuerdo de voluntades, porque en este caso, la propuesta está hecha sobre la base de las condiciones ya fijadas, el estire y afloja de los contratantes se reduce a la pura aceptación o rechazo de la celebración del contrato, mientras que en el contrato en general, podemos distinguir otras etapas desde la propuesta hasta la conclusión definitiva del contrato; en el contrato en general, puede suceder que el destinatario de la oferta simplemente rechace la celebración del contrato, sin más detalles de ajuste o discusión, o bien acepte provisionalmente la propuesta, pero mediante ciertos ajustes, o que acepte al mismo tiempo la celebración del contrato y las condiciones que se le proponen, sin discutir ni la una, ni las otras, en cambio en el contrato de adhesión, no hay toda esa serie de circunstancias o etapas en su celebración o mejor dicho al aceptarse la celebración, se aceptan las condiciones ya establecidas sin discusión debido a que no están sujetas a ajuste alguno.

La técnica, en el caso del contrato de adhesión, es diferente y tiene sus peculiaridades especiales, las que no concuerdan con la técnica usada en el caso del contrato en general; ya que en el caso del contrato de adhesión, la rigidez se debe en gran parte, o en todo, a que esa técnica está fijada por la ley especialmente, por la necesidad de la organización y disciplina de tales contratos, que no responden exactamente a la noción y celebración de los contratos en general, y por otro lado, se debe a la necesidad de adaptación a las condiciones naturales y propias del elemento, porque exigen una rapidez fuera de lo común y una simplicidad especial, razón de más por lo que no pueden estar sujetos a la misma reglamentación.

Principiemos por pensar en la elaboración de las condiciones generales del contrato o en su caso, de los términos de la proposición u ofertas de la celebración del contrato: en principio, en el contrato en general quién fija las condiciones primeramente es el proponente, y son una cosa simultánea, la oferta y la exposición

de las condiciones, lo que no sucede en el contrato por adhesión, porque las condiciones de contratación son originalmente fijadas por la ley y solo secundariamente por él que redacta los formularios o libelos en que se establecen los términos de los contratos de adhesión.

Por otra parte, la elaboración de las condiciones generales, a que se sujeta al contrato de adhesión, no implica necesariamente su celebración, sino simplemente un acto indiferente, tendiente cuando mucho a tener en un momento dado las condiciones en su adecuado medio de publicidad, para la gama de posibles solicitantes u oferentes de la celebración de contratos, mediante la solicitud de los servicios de una empresa o persona que ha impreso las condiciones fijadas por la ley, acondicionándolas a su plan de actividad y tratando siempre de encontrar la manera más atractiva posible de presentarlas, y de conseguir la mayor ventaja y protección que sea factible, buscando sutilmente las ventajas que la ley le pueda proporcionar, a fin de escurrirse por alguna hendidura a la rigidez en que le mantiene la ley.

Dentro de la doctrina Planiol ha establecido ciertas características que son aplicables a los contratos de adhesión:

a) Tienen la forma de una oferta de carácter general.- Es decir, hay una oferta dirigida al público en general para que celebre el contrato, pues se ofrece el contrato con sus condiciones, si una persona del público acepta la policitación de carácter general, en este momento hace que su voluntad se adhiera a la del oferente y el contrato se perfecciona.

b) Es una oferta que se realiza en términos fijos.- Es decir, se toma o se acepta el contrato como ha sido ofrecido o no se acepta, ya que aquí no existe la posibilidad de discusión.

c) Siempre hay una de las partes contratantes que es más fuerte.- Por lo general el contratante, policitante y oferente, goza de un poder económico considerable, es la parte fuerte dentro del contrato.

d) En un gran porcentaje estos contratos encubren la prestación de un servicio público, aunque también tienen amplio auge dentro de la contratación entre particulares.

D. EJECUCION DE LOS CONTRATOS DE ADHESION

Con relación a este punto son varias las proposiciones que debemos examinar y tomar en cuenta. En principio, para la obligatoriedad de las condiciones generales, éstas son establecidas y además de su obligatoriedad propia que les viene de la ley, éstas son igualmente obligatorias porque deben estar elaboradas conforme a un modelo de conducta que deben observar, ateniéndose a la buena fe, que deber regir a los contratantes en todas sus actividades previas a la conclusión del contrato; por esto, en determinadas ocasiones, no es necesario que haya una declaración expresa y específicamente aprobatoria sobre cada una de las cláusulas que contienen las condiciones generales del contrato, previamente establecidas, sino que es suficiente que éstas estén de tal manera expresadas en el formulario, que puedan ser conocidas por el adherente.

Son obligatorias, por otra parte, no sólo aquellas cláusulas que se expresan en el escrito o formulario impreso que contiene las condiciones generales, sino que también, aquéllas que son necesarias de acuerdo con la naturaleza propia del contrato. El contrato de adhesión es una reglamentación, que una vez firmado el formulario impreso que contiene las condiciones generales, adquiere una particularidad de suerte que tales condiciones valen tanto como una ley dispositiva particular creada por la facultad legislativa que cada individuo lleva consigo, respecto de la reglamentación de sus intereses particulares y que le viene en virtud de su autonomía contractual regida y limitada sólo por el interés general.

Otro aspecto de la ejecución de los contratos, es aquélla que puede presentarse cuando hay controversia o contradicción entre las cláusulas elaboradas por las partes y las previamente establecidas en el formulario impreso de antemano que contiene las condiciones generales del contrato de adhesión.

En este caso, como un efecto de la autonomía contractual y de la autonomía de la voluntad de los individuos contratantes, debe prevalecer la fuerza de las cláusulas elaboradas por las partes sobre las cláusulas contenidas en las condiciones generales preestablecidas a la celebración o primeras negociaciones previas a la conclusión del contrato, deben por tanto, prevalecer las cláusulas elaboradas por las partes, siempre que estén fijadas en una igualdad de condiciones y de común acuerdo y no establecidas a capricho por una sola de las partes, en cuyo caso carecen de fuerza tales cláusulas.

E. EFECTOS DEL CONTRATO DE ADHESION

Como en todo contrato, en el contrato de adhesión es necesario que las partes celebrantes hayan tenido pleno conocimiento o por lo menos, el adherente o solicitante del servicio al momento de la conclusión del contrato, para que éstas puedan ser eficaces y obligatorias, ya que éste es un efecto de todo contrato, pero especialmente, en el contrato de adhesión, porque el proponente se encuentra en una situación particularmente grave, dada la naturaleza del contrato, por la fijación de las cláusulas de una forma anticipada y unilateralmente por su contraparte, lo que pone a dicha parte en una situación ventajosa respecto del adherente.

Pero este conocimiento necesario para el adherente de las condiciones generales en el momento de la conclusión del contrato, debe estar sujeto a un límite y a una regulación que permita fijar el criterio a seguirse al determinar si tales cláusulas fueron o no conocidas por el adherente, puesto que una prueba en tal sentido resultaría casi imposible.

Dos elementos deben tomarse en cuenta para la apreciación del conocimiento de las condiciones generales por parte del adherente en el momento de la conclusión del contrato, para estimar a su vez, la eficacia o ineficacia de tales condiciones; por una parte, deben tomarse en cuenta las condiciones particulares y propias del adherente subjetivamente y, por otro lado, los usos y las costumbres del tráfico comercial del lugar.

El criterio propuesto en la circunstancia de que el adherente en el momento de la conclusión del contrato, haya conocido efectivamente las condiciones generales a que estaba sujeto el contrato, aprobándolas por escrito, haciendo referencia a cada una de ellas o bien que se suponga que con el uso de la diligencia ordinaria hubiera podido conocerlas, aún cuando de hecho no las haya conocido; es suficiente la posibilidad del adherente para conocerlas, para que éstas sean obligatorias.

Como antes lo hacíamos notar, el orden jurídico limita los efectos del contrato de adhesión en una forma particular, porque reglamenta este contrato en forma más rigurosa y estricta que el contrato en general, y ello obedece a la inseguridad y desequilibrio que se establecería en caso de que se abandonara a los contratantes al libre juego de sus fuerzas.

F. JURISPRUDENCIAS RELATIVAS AL CONTRATO DE ADHESION

Antes de concluir con nuestra opinión acerca del contrato de adhesión, creemos conveniente plasmar algunas de las jurisprudencias más relevantes expresadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a este contrato:

La Jurisprudencia Civil que se cita con título PROMESA DE VENTA; en la página 379 del volumen XLI de la Quinta Epoca emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a la letra dice: PROMESA DE VENTA.- La promesa de venta es un contrato unilateral, en el cual una persona contrae la obligación de vender un bien a otro, para el caso de que éste se decida adquirirlo, como podría comprometerse aún cuando sea poco usado a comprar una cosa para el caso de que otro se decidiera a venderla. Concurriendo las dos promesas de comprar y de vender se está en presencia de una concordancia de voluntades, que llevan a una compraventa completa, o mejor dicho, que entraña los elementos

originales de la compraventa. De hecho, la promesa de venta no es una venta bajo condición suspensiva, porque el consentimiento de una de las partes, o sea, el comprador, puede ser una condición, ya que entraña un elemento esencial del contrato, y por condiciones sólo pueden entenderse los elementos accidentales que es posible eliminar, sin que se afecte propiamente la validez del convenio, y así, desde el momento en que el beneficiado con la promesa da su adhesión o consentimiento a la cosa y al precio, se convierte automáticamente en un comprador: la venta es en sus elementos perfecta, puesto que las dos partes han dado su consentimiento, y surge entonces la acción de exigir la satisfacción de las solemnidades relativas para que el contrato sea perfecto en su forma.

La Jurisprudencia Civil que se cita con título ADHESION NO AFECTA LA VALIDEZ DEL CONTRATO RELATIVO A LA ELABORACION UNILATERAL DE SU CLAUSULADO POR UNA DE LAS PARTES; en la página. 92, del volumen LVI de la Octava Epoca emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a la letra dice: ADHESION. NO AFECTA LA VALIDEZ DEL CONTRATO RELATIVO A LA ELABORACION UNILATERAL DE SU CLAUSULADO POR UNA DE LAS PARTES.- El contrato llamado de adhesión supone que de acuerdo con la doctrina que una de las partes fija las condiciones a que debe sujetarse la otra en caso de aceptarlo, por ello dicha circunstancia no afecta su validez, ya que no implica la ausencia de la alternativa para aceptarlo o rechazarlo en forma total o parcial por parte de quien no interviene en su elaboración, por lo que no puede decirse que la voluntad expresada por este se encuentre viciada.

La Jurisprudencia Civil que se cita con Título ENERGIA ELECTRICA CONTRATOS DE SUMINISTRO DE. SON DE ADHESION; en la página 28 del volumen LXVII de la Séptima Epoca, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a la letra dice ENERGIA ELECTRICA. CONTRATOS DE SUMISTRO DE. SON DE

ADHESION.- Es inadmisibile el supuesto de considerar a la celebraci3n de los contrato de suministro de energa el6ctrica, conforme a las normas jurdicas de car6cter dispositivo que consagran el principio de la autonomia de la voluntad en la contrataci3n que incluye por un lado la voluntad de contratar o no, y por otro, la libertad de definir el contenido del contrato celebrado: siendo que, en realidad, en tales contratos, que la doctrina denomina como contratos de adhesi3n o sea, "aquellos en los que una sola de las partes fija las condiciones del contrato a la que debe sujetarse la otra en caso de aceptarlos" (Planiol Marsel), Traited de Droit Civil T. II, p6rrafo 972, 9a. edici3n 1923), como son por ejemplo, el contrato colectivo de trabajo, el de seguros, el de distribuci3n de agua, el de suministro de gas, y de electricidad, las ofertas al p6blico etc., que no tiene los trazos del contrato cl6sico, no existe la igualdad de los contratantes, como se hace suponer seg6n la teorfa de la autonomia de la voluntad, pues por un lado se encuentra un particular, y por el otro una potencia econ3mica en la mayorfa de las veces, que impone las condiciones generales que se proponen a todo el p6blico en los mismos t6rminos y que son sometidas a su aceptaci3n o rechazo; excluyendo toda posibilidad de admitir que las partes puedan, por su voluntad y a6n por mutuo acuerdo variarlas o modificarlas: m6xime cuando estas condiciones generales son impuestas por disposiciones legales de car6cter imperativo o impuestas por disposiciones legales de car6cter imperativo o coactivo y de eminente inter6s p6blico y de servicio social que impiden, restringen o modifican la autonomfa de la voluntad de los contratantes. Asf, la Ley de la Industria El6ctrica (en relaci3n con los artfculos 27, p6rrafo VI, 73, fracci3n X, de la Constituci3n) en su artfculo 3o. eleva a la categorfa de orden p6blico la generaci3n, la transformaci3n, distribuci3n, exportaci3n, importaci3n, compraventa, utilizaci3n y consumo de energa el6ctrica, y las dem6s actividades relativas a estos objetos, al decir "se consideran de utilidad p6blica todos los actos relacionados con la industria el6ctrica"; y en su artfculo 36, expresamente ordena: "La venta de energa el6ctrica s3lo podr6 efectuarse de conformidad con tarifas fijadas y contratos aprobados por la Secretarfa, la que estar6 facultada en los t6rminos del reglamento, para revisar unos y otros a fin de modificarlos, o de fijar

nuevas tarifas y aprobar nuevos contratos, para la mejor satisfacción del servicio de que se trate". Luego entonces, en materia de contratos de suministro de energía eléctrica no hay libertad de contratación, sino que como lo previene el artículo 36 citado los contratos no sólo deben celebrarse conforme a las tarifas fijadas por la Secretaría de Industria y Comercio, sino que deben ser sometidos, previamente a la aprobación de ésta, la cual tiene, además, la facultad de revisar unas y otros a fin de modificarlos por lo tanto, en esta clase de contratos no prevalece la autonomía de la voluntad de las partes sobre las normas jurídicas de carácter estatutario que deben regir las relaciones de los contratantes, como lo son un particular y la Comisión Federal de Electricidad, organismo descentralizado. Y tan es así, que la misma Ley de la Industria Eléctrica, en sus artículos 46, fracción I, y 49 establece una sanción administrativa a las "empresas" que venden energía eléctrica, cuando cobran cuotas diferentes a las señaladas en las tarifas o contratos de suministro de energía eléctrica aprobadas por la Secretaría y dispone que la imposición de dicha sanción no libera al usuario de la obligación de pagar la energía consumida indebidamente. Así pues, existiendo disposiciones legales de carácter imperativo y de eminente interés público que excluyen toda posibilidad legal de que las partes modifiquen libremente el precio de la energía sin violar dichas normas, si ambos contratantes, contraviniendo las disposiciones legales, de común acuerdo modifican el precio señalado en sus contratos, efectuando un descuento sobre el importe de la energía, fijado en la tarifa oficial, número seis en vigor desde el día dieciséis de octubre de mil novecientos cincuenta y seis, ni ese convenio, ni su cumplimiento voluntario por ambas partes, generan a favor de los particulares su pretendido derecho de seguir pagando el fluido con el aludido descuento y no conforme a la susodicha tarifa. Porque según los artículos 6, 8, y 10 del Código Civil Federal, la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla; sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público; los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, salvo que

la ley ordene lo contrario; y contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre, o práctica en contrario.

La Jurisprudencia Civil que se cita con título COMPRAVENTA INFORMAL, CONTRATO DE; en la página 3462 del volumen XLIII de la Quinta Epoca, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a la letra dice: COMPRAVENTA INFORMAL, CONTRATO DE.- De acuerdo con la teoría la promesa de venta puede ser un contrato unilateral. Mediante el cual, una persona contrae la obligación de vender un bien a otra para el caso de que ésta se decida a comprarlo, y de la misma manera, alguien podría comprometerse a comprar una cosa para el caso de que otro se decidiera a venderla, dándose entonces lugar a una promesa de compra. Cuando concurren las dos promesas, la de vender y la de comprar existe la promesa bilateral de compraventa; pero cuando el contrato comprende la entrega inmediata de la cosa versan sobre la entrega futura de la misma, o se recibe el precio total o parte del él: esta congruencia de voluntades lleva necesariamente a una venta completa, o mejor dicho entraña los elementos de la compraventa, y las partes tienen derecho a que el respectivo contrato solemne, se otorgue en los términos de la ley, de acuerdo con las disposiciones que fija al efecto el Código de Procedimientos Civiles. De aquí que la teoría asiente que la promesa de venta unilateral, estrictamente considerada, no obliga sino a la persona de quien emana y no aquélla en cuyo favor ha sido hecha, y hasta que ésta acepta la proposición, surge la promesa bilateral, y si se pacta la obligación de dar o se entrega, la cosa y se paga en su totalidad, o en parte, el precio, se satisfacen los elementos necesarios para la existencia de la compraventa, sin que conste que los contratantes hayan adoptado una terminología defectuosa, que no puede cambiar el sentido de su acuerdo. En la práctica, la promesa de venta se llama opción, pues efectivamente, la crea en favor de quien puede utilizar, o no, el ofrecimiento que le ha sido hecho. Puede existir en ella alguna condición, verbigracia: puede decir que para el caso de que el propietario se decida a vender, avisará al beneficiario y le dará preferencia en igualdad de precio

y condiciones; se dice entonces que hay pacto de preferencia y con el propietario no adquiere obligación sino cuando el beneficiario está decidido a comprar. Nunca la promesa de venta es una venta bajo condición suspensiva, porque el consentimiento del comprador, no puede ser una condición, ya que es un elemento esencial del contrato, y por condiciones sólo pueden entenderse los elementos accidentales que pueden eliminarse sin que se afecte propiamente la validez del convenio. En la promesa de venta unilateral, el beneficiado con ella no es un acreedor, sino desde el momento en que da lo que se da su adhesión o consentimiento; pero si se paga el precio aunque no sea en su totalidad y se pacta la entrega de la cosa o se da esta desde luego la venta existe, puesto que existiendo consentimiento de las partes el contrato tiene realización y entonces surge en nuestro derecho, si no han sido satisfechas las solemnidades exigidas por la ley, la acción de las partes para exigir el cumplimiento de las mismas y para que el contrato sea perfecto: puede decirse pues que en la compraventa se trata de una obligación de dar, y en la promesa de venta sólo de una obligación de hacer, y aún cuando se da al contrato el aspecto de una promesa de venta, desde que se pacta la entrega inmediata o mediata de la cosa, así como el precio y más cuando éste se comienza a pagar, existe una compraventa.

Por nuestra parte podemos decir en relación a la naturaleza del contrato de adhesión, y en cuanto a la acalorada discusión doctrinaria de que sí éste es un contrato o no, que: en principio observamos que específicamente el consentimiento como acuerdo de voluntades propiamente no existe, y en la gran mayoría de los casos la parte que redacta las bases contractuales es una sociedad o empresa Estatal, que impone a la otra (la parte débil) las cláusulas y condiciones del contrato, sin permitir la menor discusión o modificación, es decir, se plantea el presente dilema: se acepta el contrato tal como está redactado, generalmente un machote impreso; o no hay contrato; y como generalmente se trata del suministro de algo de primera necesidad, como el agua, gas, transportes, luz, energía, y determinados servicios, al particular muchas veces no le queda otra, sino que aceptar en ocasiones contratos con cláusulas leoninas.

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

Por el contrario, en el contrato de adhesión no pasa así, pues la parte fuerte presenta a la débil el documento ya redactado en todos sus detalles, y ésta como es la que necesita del bien o servicio de forma indispensable, no le queda más que adherirse, ya que no podría dejar de contratar, no obstante, no se puede argumentar que no hay acuerdo de voluntades, pues no habría contrato al no existir el consentimiento y por lo tanto, el acto sería inexistente.

Sin embargo, no les falta razón a los tratadistas que impugnan la naturaleza contractual del contrato de referencia, pero lo que en realidad acontece desde nuestro punto de vista, es que se presenta una limitación a la libertad contractual, impuesta por situaciones económicas de monopolio de hecho o de derecho; por otra parte, dada la existencia de millones de interesados en recibir un bien o servicio, sería prácticamente imposible que la concesionaria o parte contratante, discutiera contrato por contrato, toda vez que muchos de ellos son de carácter de servicios públicos.

De esta manera observamos que este tipo de contratos responden a una necesidad de la vida y del desarrollo actual y de la idea del servicio muchas veces de carácter público, ya sea prestado directamente por el Estado o concesionado, verbigracia, pensemos en los imposibilidad de celebrar un contrato previa discusión; para el suministro de luz o de agua, o bien para transportarnos a Cuernavaca, o rentar una habitación por dos noches en el Hotel Acapulco Plaza.

Definitivamente que esta clase de contratos son un producto ineludible de la época, de la organización política y económica, del aumento de la población y de la diversificación de los servicios (públicos o no públicos) prestados. En tales circunstancias, se comprenderá que en la mayoría de los casos el consumidor queda en manos del suministrador del bien o servicio y para evitar, por lo menos en cierta forma los abusos de este último, se exige la intervención del Estado, para reglamentar la prestación del servicio y sobre todo, la fijación de determinadas condiciones o cláusulas protectoras para el consumidor; o bien para la fijación de tarifas, con la mera intención de procurar cierto equilibrio en el contrato.

CAPITULO CUARTO: FACULTADES DEL ESTADO FRENTE AL CONTRATO PRIVADO.

I. ANTECEDENTES

Constitucionalmente se puede observar que el principio general de la libertad contractual tiene como fundamento último los artículos 4 y 5 del texto original de la Constitución de 1917, que consagraban la garantía de libertad de trabajo, de industria y de comercio, (actualmente contemplado únicamente en el artículo 5), no obstante el Constituyente de Querétaro como complemento y reverso de tal garantía individual, estableció la rigurosa prohibición de monopolios de Estado, estableciendo originalmente sólo cinco excepciones en el texto del artículo 28 de la misma Constitución.

De esta forma observamos que en el discurso de apertura del Congreso Constituyente de Querétaro, el General Venustiano Carranza consideraba que la redacción del artículo 28 tenía el objetivo de combatir eficazmente los monopolios, y asegurar en todos los ramos de la actividad humana, la libre concurrencia, ya que según él, ésta es indispensable para asegurar la vida y el desarrollo de los pueblos, de tal forma expresó su deseo que "el Gobierno a su cargo, y las instituciones políticas del país, respondieran satisfactoriamente a las necesidades sociales"⁽¹⁾.

Por otra parte el Constituyente Francisco J. Mújica al razonar el dictamen de la Comisión presidida por él sobre el proyecto de dicho artículo 28, insistió en que la prohibición relativa a todo lo que significa monopolio, debe considerarse un obstáculo en un país como el nuestro en el que debe dejarse el mayor campo posible de libertad, al comercio y a la industria; y solamente como medida de orden para garantizar debidamente los derechos, tanto de las personas como de la Nación misma, debe reservarse a ésta lo relativo a la acuñación de moneda, correos, telégrafos y radiotelegrafía y a los autores artistas, el privilegio de reproducir sus obras por tiempo determinado.

(1) SANCHEZ Medal; De Los Contratos Civiles; Edit. Porrúa, 1988, México, D.F, pág. 17.

Cabe mencionar que José María Lozano en su Tratado de los Derechos del Hombre hizo un comentario al texto similar del artículo 28 de la Constitución de 1857 diciendo que: "establecida en el artículo 4., la libertad que todo hombre tiene para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode y para aprovechar sus productos, era consecuente, natural y preciso de esta garantía, su correlativo que se consagra en el artículo 28. No es un efecto compatible con aquella libertad la existencia de monopolios, concedida por la ley o por la autoridad pública..." añadiendo que actualmente la libertad reconocida de hecho, hace imposible el restablecimiento de monopolios, por que nuestra Constitución en el artículo 28 que examinamos y en el artículo 4. con que tan íntimamente se relaciona, elevan aquélla imposibilidad de hecho a la categoría de una imposibilidad legal"(2).

De tal suerte es evidente que el Congreso Constituyente del año de 1917, tanto como el de 1857, reiteraron con gran énfasis los dos principios fundamentales de libertad del individuo en materia contractual y la rigurosa prohibición de monopolios de Estado, salvo contadísimas excepciones, erigiendo éste doble principio a la categoría de una verdadera "decisión política fundamental".

II. EVOLUCION

El texto original de la Constitución de 1917 de Querétaro, ha sufrido las consecuencias de dos tipos de reformas:

Unas reformas de carácter conservatorio como las que mantienen y respetan las decisiones políticas fundamentales, que fueron proclamadas en su momento por dicho Congreso Constituyente y otras reformas de carácter demolitorio, mismas que niegan y destruyen las decisiones políticas fundamentales consagradas por el Congreso Constituyente Originario.

(2) Locus citatus, pág. 18.

Precisamente una de las últimas reformas de carácter demolitorio del texto del artículo 28, fue la del 3 de febrero de 1983, haciendo que a la inversa de lo establecido en dicho precepto se erigieran como regla general los monopolios de Estado y quedara confinada en calidad de excepción y en forma precaria la libertad de trabajo, de industria y de comercio; y por consiguiente la libertad contractual.

La anterior reforma da una nueva redacción al artículo 28 quedando en los términos siguientes: "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios,..." se rectifica y se contradice en seguida, afirmando que "no constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a las que se refiere este precepto: acuñación de moneda; correos; telégrafos; radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por medio de un sólo banco, organismos descentralizados del Gobierno Federal; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles; y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión".

En síntesis, el texto anteriormente citado se limita a establecer que quedan estrictamente prohibidos los monopolios, pero como los monopolios de Estado no son considerados como tales; luego entonces, no están prohibidos los monopolios de Estado y por tal motivo pueden multiplicarse sin límites a la voluntad sólo del Congreso de la Unión.

Con la mencionada reforma se destruye e invierte el precepto natural de la intervención del Estado en el campo de la economía; es decir, el tradicional paralelismo establecido entre los artículos 4. y 5. Constitucionales del texto original de la Ley Fundamental que establecían la libertad contractual y el artículo 28 del citado ordenamiento que la rigurosa prohibición de los monopolios se transforma, y en lugar de que en principio, tal intervención sea supletoria de la actuación de los particulares, o sea, cuando ésta falta o que parezca deficiente; solamente entonces con la salvedad de aquéllas contadas y excepcionales materias que generen un enorme poder económico y que por ende, deben reservarse al Estado; se ha

dispuesto ahora que la actuación de los particulares en la economía sea puramente provisional o supletoria, es decir, en tanto que el Estado no haya tomado posesión todavía, de la totalidad de la actividad económica que por principio corresponde a él en forma absoluta e irrestricta.

En pocas palabras podemos resumir, que el principio de la libertad individual en materia contractual establecida en los textos originales de los artículos 4 y 5 de la Constitución de 1917; y el principio de prohibición de monopolios de Estado contenida originalmente, en el artículo 28 del ordenamiento anteriormente citado, quedó profundamente mermado con la reforma demolitoria de fecha 3 de febrero de 1983 en cuyo último precepto se erigió en regla general bajo el nombre de "Rectoría Económica del Estado en Areas Estratégicas", y por consecuencia los monopolios de Estado solamente dejaron a la libertad contractual un limitado campo de acción de carácter excepcional y precario.

La redacción del citado artículo 28 es de tal importancia que a él podrán imputársele el surgimiento de las costosas e ineficientes empresas paraestatales.

No obstante, debido al enorme endeudamiento externo e interno del Estado Mexicano, éste se ha visto orillado a deshacerse de una buena cantidad de este tipo de empresas, y reprivatizarlas, con el objeto de reducir el excesivo gasto público, aunque dejando latente la amenaza del Estado Mexicano para que en cualquier momento, éste retome y aumente en el futuro cualquier clase de actividad económica, a la que considere a su criterio "Area Estratégicas".

Por lo tanto, en la medida y proporción en que el Estado engrose y desborde su actividad económica, a través de la creación y diversificación de los monopolios de Estado, en esa proporción directa se estrangulará y se irá adelgazando y extinguiendo la libertad del individuo y el campo de aplicación del contrato, por que ahí donde precisamente desaparece la libertad no puede existir el contrato.

Problemas tales como el desorbitante personal burocrático, el exceso de tramitación, la lentitud en la toma de decisiones y, en general una administración pública no modernizada, implica en ocasiones la ausencia de una sana competencia

por parte de otros agentes económicos, para el aprovisionamiento de algunos bienes o servicios.

En cambio, si el Estado se concreta a preservar las garantías individuales y el régimen jurídico apropiado para que el sector privado y social se desenvuelvan como mejor les parezca y de acuerdo, presumiblemente, a los objetivos de maximización; es decir, dejando en el sector privado y en su caso, en el social, la mayor parte de la producción de los bienes y servicios de la economía; y debido a que este sector, se encuentra o se le puede inducir a una situación de competencia, es presumible que sus recursos se puedan emplear de una manera más racional y eficiente; con lo cual, nos acercáramos al modelo óptimo de máxima eficiencia.

III. NATURALEZA JURIDICA DE LA INTERVENCION DEL ESTADO EN EL AMBITO DEL CONTRATO PRIVADO

Conviene en primer término hacer un paréntesis relacionado a las disposiciones constitucionales que conjuntamente con el artículo 28 conforman lo que los autores han denominado el capítulo económico de la Constitución, es decir, el texto de los nuevos artículos 25, 26, y 27 Constitucionales, y que son los que establecen la política económica del Estado Mexicano, toda vez que la regulación y el comportamiento de las empresas, como es el caso de las empresas de prestación de servicios turísticos, van a diferir bajo cada sistema económico:

Por ejemplo, bajo el sistema de libre mercado, también llamado capitalismo, la forma de empresa predominante es la llamada empresa privada, y bajo el sistema centralmente planificado o socialismo, la unidad de producción básica es la empresa estatal.

Así, en el sistema de economía estatal, primero están las resoluciones del gobierno y sólo después vienen las demandas y exigencias de los consumidores; la economía estatal se instala y se expande al amparo del poder político, sin vinculación efectiva con el proceso económico real.

Sin embargo, existe una tercera postura que recomienda como tercer sistema la economía mixta, que contiene elementos tanto del socialismo como del capitalismo; y que trata de conservar las ventajas de ambos, evitando sus respectivas desventajas. Los autores que se inclinan por esta tercera vía, aseguran que ésta se expresa en el citado capítulo económico de la Constitución Mexicana.

Ahora pasaremos al análisis particular de cada una de las disposiciones que conforman dicho capítulo económico. En el artículo 25 Constitucional se plantean los principios básicos del sistema económico mexicano:

El primero de ellos es el de la "rectoría económica del Estado" del desarrollo nacional; y por lo que se refiere a los fines de tal rectoría, dicho artículo consagra:

- La garantía de que el desarrollo nacional sea integral.
- El fortalecimiento de la soberanía nacional.
- El fortalecimiento del régimen democrático.
- Lograr el pleno ejercicio de la libertad y dignidad de los individuos, los grupos y las clases sociales.

Se introduce luego, el concepto de "sector económico" y uno de ellos es el privado, que está conformado por los medios de producción de la propiedad privada, o sea, el que ejercen los individuos en particular, ya sea directa o como titulares de acciones o cualquier otra forma de participación en sociedades que puedan ser transmitidas a otros individuos. Aquí se establecen las bases de la economía mixta en la que participan diversas formas de propiedad, sin excluirse unas de otras, en otras palabras, se garantiza la coexistencia de la propiedad pública, social y privada, sujetas al interés de la nación, siempre bajo el principio de legalidad.

El artículo 26 Constitucional trata del sistema nacional de planeación democrática, concepto que responde a la "necesidad" de regular Constitucionalmente a uno de los aspectos fundamentales de las sociedades contemporáneas: la planeación.

Por lo tanto, será el Estado el responsable de tal actividad, el cual organizará dicho sistema de planeación con el objeto de que sea dinámico, permanente y equitativo. Así la Constitución plantea además un programa a realizar, es decir, sus objetivos en conjunto constituyen lo que en el artículo 26 se denomina Proyecto Nacional, y son contenidos en él los objetivos que deben determinar la planeación.

Con ellos se prevé que exista un Plan Nacional de Desarrollo, es decir, que se documenten explícitamente, tanto los objetivos a lograr, como las medidas que deben tomarse para tal efecto, y se define que de manera obligatoria, los programas de la administración pública deberán sujetarse a dicho plan.

En cuanto al artículo 28 Constitucional antes referido, y a partir de la reforma aprobada el 3 de febrero de 1983, se enmarcaron expresamente los principios de la participación del Estado en la economía. Este artículo 28 ubicado en el capítulo I denominado "de las garantías individuales", guarda relación con el artículo 5 que consagra la libertad de trabajo, industria o comercio; con el 27 Constitucional que regula la propiedad; con el 73 fracciones X, XVII y XVIII que conceden facultades al Congreso de la Unión para legislar sobre el banco de emisión único; correos y casa de moneda; con el artículo 89 fracción XV que faculta al presidente para conceder privilegios a los inventores etc.

Para concluir, este apartado que se refiere al sistema económico adoptado por el Gobierno de México, podemos expresar que la citada rectoría, aparentemente admite sistemas de economía mixta, al hacer participar a los sectores público, social y privado en algunas actividades; pero el Poder Legislativo, al estar facultado para normar por lo que se refiere al sector social y al privado, pueden quedar reducidos a una insignificante intervención de la vida económica de México.

Por tanto, el régimen de las disposiciones anteriormente citadas, propician la implantación de un completo totalitarismo de estado en materia económica; totalitarismo que desempeñaría el gobierno por medio de la legislación y administración pública federal.

En el artículo 26 de la Constitución se confía el sistema de planificación al Poder Ejecutivo, lo cual trae como consecuencia una centralización política y económica a todos los niveles de un Estado Federal.

En efecto, en el capítulo VIII del Plan Nacional de Desarrollo denominado "de las políticas sectoriales", se presentan los propósitos, estrategias y líneas de acción, de los cuales se derivarán los programas de mediano plazo de carácter sectorial.

Precisamente en el apartado de la política turística se consideró propósito esencial de corto plazo, contribuir a la solución de los problemas nacionales, mediante la captación de divisas y generación de empleos; la estrategia general en el uso intensivo y eficiente de la capacidad instalada, la implantación de una política de precios que permita mantener la competitividad en los recursos financieros; las líneas de acción comprenden: información turística, diversificación de mercados, promoción y publicidad, comercialización, turismo fronterizo, turismo interno, turismo social, planta turística, capacitación, transporte, etc.

Congruentemente con el Plan Nacional de Desarrollo, el programa sectorial de mediano plazo, repite el propósito general, la estrategia y las líneas de acción señaladas en el Plan, y se establecen los tres sistemas de ejecución de la planeación turística:

- El obligatorio
- El coordinado y
- El concertado e inducido

A mayor abundamiento, podemos expresar que si bien la Ley de Planeación sirve de apoyo y fundamento legal a la facultad del Ejecutivo para elaborar un Plan Nacional de Desarrollo, ésta no deja de ser lo que se llama una ley cuadro o ley marco, ya que se conoce como tales, aquéllas que se limitan a citar las directrices por realizar en una materia específica, dejando la ejecución de dichos objetivos al gobierno, auxiliándose con la expedición de decretos.

Con plena conciencia de la indispensable transformación de la realidad nacional y que esa transformación habría de realizarse necesariamente por vía de los instrumentos jurídicos, como corresponde a un Estado democrático de derecho, que es el caso de México; el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Carlos Salinas de Gortari plasma en las recientes reformas Constitucionales: iniciativas de leyes y en las adecuaciones a otras ya existentes; en la expedición de reglamentos o reformas a los mismos durante esta administración; así como en el propio Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994 nuevos e interesantes lineamientos.

Las mencionadas reformas tienden a una reordenación del tamaño del Estado, en virtud de lo cual se desincorporó una serie de entidades y empresas públicas, con la finalidad de adecuar el tamaño de éste a las funciones estrictamente encomendadas por el dispositivo constitucional.

En el texto de la Constitución se deja un número determinado de monopolios al Estado, en virtud de los cuales se establece que esas serán las actividades que dentro del marco de la economía deberán ser ejercidas y operadas directamente por el Estado, reservando a éste su calidad de rector y manteniendo su participación operativa sólo en algunos sectores.

Diversos fenómenos, a veces justificables, y a veces no tanto, hicieron que durante décadas el aparato económico del Estado fuera creciendo de manera desmesurada hasta alcanzar las proporciones de lo inmanejable. Así, la actividad desincorporadora de estos años ha venido a reforzar en la práctica, el mandato constitucional que señala cuáles son las áreas a las que debe abocarse el Estado de manera exclusiva, y que se encuentran vedadas para la acción de los particulares.

Por otro lado vemos que el nuevo Plan Nacional de Desarrollo recoge las propuestas de las dependencias y entidades de la administración pública federal, de los gobiernos de los estados, de los municipios y los planteamientos que han formulado los principales grupos sociales; respondiendo así, a la obligación legal y al compromiso político del Gobierno de la República de enfrentar, con el concurso de todos, los retos del cambio que hoy vive nuestra Nación.

IV. LA PLANIFICACION Y SU PROCESO

Es importante considerar el hecho de que en nuestro país, como en muchos países, la planeación nacional del desarrollo no sólo se lleva a cabo en el nivel económico de la sociedad, sino que inclusive, se le practica en todos los niveles del "cuerpo social" (cultural, político, jurídico y económico-administrativo) sólo basta con hacer mención a la definición de planeación nacional de desarrollo de la Ley Mexicana.

La Planificación del desarrollo turístico está inserta en un sistema de planificación mayor, como lo es el de la planeación nacional. De aquí que los sistemas de planificación son envolventes, siempre y cuando exista un grado de coherencia entre los distintos niveles en que operan: planificación global, planificación sectorial, regional, estatal, etc.

La planeación nacional del desarrollo es una forma de llevar a cabo, el desarrollo y el crecimiento económico de un país, por medio de la armonización y/o concatenación de los esfuerzos de los diferentes sectores (público, privado y/o social) llevados a cabo a través de "vertientes", y fundamentados todos ellos, en valores de índole social, tales como las garantías individuales, los derechos sociales, la soberanía nacional, etc.

A continuación analizamos lo anterior:

- Se habla de armonización y/o concatenación de esfuerzos debido a que, cuando menos en principio, se ha visto que existe cierto grado de complementariedad y/o interdependencia entre los diferentes sectores económicos de la sociedad (por ejemplo, infraestructura urbana del sector público y empresas o instituciones del sector privado o social; carreteras y cierto tipo de bienes producidos por el gobierno como el petróleo, energía eléctrica, etc., e igualmente empresas del sector privado o social que requieran de dichos insumos, etc.).

Cabe hacer notar que se dice "cuando menos en principio", debido a que muchas veces dicha armonización y/o concatenación de esfuerzos no siempre es necesaria de establecer de manera explícita, pues al respecto pueden ya existir suficientes elementos como para que por ejemplo, el sector privado establezca y opere sus empresas, sin necesidad de acuerdo alguno con el sector público. Este es el caso de un industrial que busca abrir una nueva fuente de trabajo en una zona donde ya existe la infraestructura, las comunicaciones y su mantenimiento y los servicios que produce el Estado; y éstos operan de manera regular. Caso contrario sería el del fomento a un nuevo polo de desarrollo, en donde la planeación (el ponerse de acuerdo por adelantado) jugaría un papel preponderante como es el caso de Cancún o Huatulco.

- Se habla de vertientes por la forma de operar de cada sector; por ejemplo, para el sector privado su mecanismo de asignación de recursos es el libre mercado, teniendo o no distorsiones -inducción (subsidios, impuestos) o restricciones (precios tope); para el sector público, lo que se realiza se lleva a cabo por orden directa (vertiente obligatoria) o de manera coordinada con los gobiernos de los estados federales y los municipios "libres y soberanos"; la vertiente de concertación es utilizada para establecer compromisos libremente asumidos y por cumplirse por dos o más partes (contratos). De esta forma, se habla de cinco vertientes; la de libre mercado; la de inducción; la obligatoria; la coordinada; y la de concertación, aunque como se podrá apreciar en la siguiente parte del estudio, la de libre mercado es la que más frecuentemente se debe de utilizar.

Por último, se resalta el hecho de que dichas vertientes tienen su justificación en los valores sociales, debido a que no se puede hacer alusión a hechos económicos, sin hacer referencia al marco jurídico que lo envuelve, ni omitir los principios que los sustentan.

V. CONCEPTO DE PLANIFICACION TURISTICA

Obedeciendo a tal concepto genérico, la planificación será entonces un proceso integral cuyo máximo objetivo es asegurar el desarrollo turístico. Esto implica vincular todos los aspectos relacionados con la oferta, la demanda turística y la organización, de modo que en concordancia con las orientaciones del resto de los sectores de un país, se logren los objetivos específicos del desarrollo turístico.

VI. TIPOS DE PLANIFICACION

En el plano de la economía se conocen dos tipos de planificación: la imperativa y la indicativa. Jurídicamente hablando de plan o planificación imperativa significa aquéllo que es obligatorio, de manera que las empresas (las del Estado) carecen de toda opción que les permita substraerse a sus disposiciones, en cambio, el plan indicativo en teoría es el que no obliga, no constriñe, sino que pretende ser marco de programas de inversión o instrumento de orientación de la expansión económica y del progreso social.

Sin embargo, esta distinción es meramente formal, porque si el plan considera sólo en la publicación de estadísticas una serie de previsiones para orientar a quienes lo leyeran; ciertamente nada habría que objetar al adjetivo "indicativo", lo cierto es que este calificativo abarca algo más amplio, es decir, que a pesar de no ser imperativo, el plan se ejecuta con las variantes que conforman la vida y ésto es por diversas razones: por ejemplo la que es consecuencia del concierto que de la elaboración tiende a prolongarse en la ejecución, el gobierno tiene medios de acción más directos, como las inversiones que controla y ánima a sectores situados anteriormente en la escala productiva; la ejecución del plan esboza problema de los estímulos.

Esas medidas pueden resultar más graves cuando se trata de sociedades de economía mixta, las que al entrar en juego con las de capital privado, la base de intervención del Estado ya no será neutra, sino un proceso discriminatorio fundado en la sola voluntad arbitraria de la administración.

Por lo tanto, se pierde el carácter indicativo, porque la planeación supone inducción, ya que el plan únicamente puede tener sentido si compele a producir y consumir objetos o servicios diferentes, o cantidades diferentes de dichos objetos o servicios que había proveído un mercado libre. En resumen, el plan tendrá sentido únicamente y en cuanto obligue a una modificación en el diseño o modelo de la producción y el consumo.

En el caso de México, la planeación introducida en el texto del artículo 26 de la Constitución se califica como democrática, lo cual significa que pertenece a la categoría de una planificación indicativa, la que de acuerdo con la doctrina, sólo es obligatoria e imperativa para los órganos del gobierno y de la administración centralizada, paraestatal o descentralizada que la establecen, pero requiere de la voluntad de los diversos sectores sociales o privados con los que se concierta o induce, según el caso.

El análisis de las vertientes de la planeación nos sugiere distinguir lo siguiente:

- La dimensión jurídica de la **vertiente de coordinación** que se nutre de los rasgos definitorios de la naturaleza jurídica de los convenios únicos de desarrollo, los cuales se han convertido en instrumentos en los que se acuerdan varias acciones concernientes a la Federación y los Estados en beneficio de la Nación, con la ejecución conjunta de los Planes de Desarrollo Regional.

- La **vertiente de concertación e inducción** se manifiestan por una dinámica que se le imprime a la evolución de la economía y de la sociedad. La función de la inducción es permitir al Estado intervenir y participar en la esfera de los sectores social y privado para conducir a éstos con indicaciones, orientaciones, información, estímulos e incentivos por la vía del comportamiento que la estrategia busca encontrar en las actividades individuales o de grupo. Su carácter de no autoritaria, busca lograr de los agentes privados de la economía un comportamiento determinado, sin ser deseado o visto por ellos, que vaya al encuentro de las metas y objetivos perseguidos por el plan.

Tales acciones de concertación realizadas con los sectores social y privado tendrán temporalidad y campo de acción bien definidos. Para llevar a cabo acciones concretas con los sectores social y privado que sirvan para la consecución de los objetivos y metas del sector turístico, se han establecido tres áreas de concertación:

- Desarrollo de la oferta turística.
- Fomento de la demanda.
- Coordinación del sector con los prestadores de servicios turísticos

Lo anterior se formaliza con "convenios de concertación" en materia de promoción, inversiones, abasto a centros turísticos, promoción y publicidad, información turística, comercialización y capacitación del personal.

Este tipo de "convenios de concertación", en realidad han venido a conformar un nuevo tipo de contrato, que en la esfera del socialismo, se denomina "contrato económico" o "contrato planificado"; cuya característica es el hecho de celebrarse sobre la base de los actos de planificación y regulación de la economía nacional, los que en el marco de una planificación imperativa niegan la voluntariedad contractual del sistema tradicional del contrato, porque el contenido de éste les es impuesto a las partes, es decir, que no pueden acordar sobre su contenido, ya que deben obedecer al plan, lo cual en cierta forma le quita el carácter de contrato.

En cambio, en el régimen de una planificación indicativa, propia de un régimen de economía mixta, se da un contrato que recibe el nombre de "contrato marco" o "contrato cuadro", en donde se respeta la voluntad de las partes que en este caso, sería la de los sectores social y privado; y según la Ley de Planeación vigente en México, una vez celebrados tales convenios de concertación, serán de cumplimiento obligatorio para las partes que lo celebren, en los que se establecerán las consecuencias y sanciones que se deriven de su incumplimiento, a fin de asegurar el interés general y garantizar su ejecución en tiempo y forma.

VII. SITUACION ACTUAL

Modernizar a México es hacer frente a las nuevas realidades económicas y sociales; es por tanto su obligación producir y crear empleos, eliminando obstáculos para fomentar la iniciativa y creatividad de los mexicanos; y la obligación para el Estado de cumplir eficazmente con sus compromisos fundamentales; es decir, la obligación de ser rector en el sentido moderno: conductor, promotor, articulador de las actividades dentro de las cuales cada quien debe perseguir el interés nacional. De esta forma el Estado renueva sus instituciones políticas y sus actividades económicas, no para dictarle a nadie cual es el mejor plan de vida, sino para abrir mayores oportunidades para las decisiones libres de los ciudadanos y de los grupos sociales; sin desatender sus responsabilidades.

Lo anterior significa que en el Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994 se pretende eliminar la incidencia del Estado en las transacciones económicas teniendo los siguientes retos:

a) Evitar el desorden, pues el Estado no debe abandonar sus responsabilidad de rectoría de conducción económica.

b) Eliminar la sobreregulación, pues el Estado no debe intervenir en forma que entorpezca la economía, ni impedir la competencia en perjuicio del consumidor

c) Conducir y alentar al sector privado protegiendo la demanda.

El Estado al llevar a la práctica el Plan Nacional de Desarrollo deberá ejecutarlo bajo los siguientes principios:

a) Establecer normas claras, justificadas, concertadas y estables.

b) Eliminar barreras legales, burocráticas y de hecho.

- c) Disminuir la discrecionalidad pública.
- d) No incidir injustificadamente en decisiones microeconómicas.

Siguiendo los lineamientos anteriormente expuestos, por su parte, el entonces Secretario de Turismo Lic. Pedro Joaquín Coldwell; teniendo en cuenta las consideraciones, propuestas y observaciones de los grupos consultados, instrumentó un programa de modernización, mismo que se desarrolló en base a los siguientes puntos:

- I.- Importancia del turismo en el desarrollo social y económico de México.
- II.- El fortalecimiento de la Secretaría de Turismo como rectora y principal promotora de la actividad turística.
- III.- Desregulación y simplificación turística, es decir, total desburocratización.
- IV.- Descentralización.
- V.- Necesidad de informar y auxiliar adecuadamente al turismo.
- VI.- Promoción, concertación, capacitación, coordinación y gestión como actividades sustantivas de SECTUR.

Posteriormente a la aprobación del programa, se elaboró el proyecto de iniciativa de Ley Federal de Turismo cuyos rasgos principales se señalan a continuación:

I.- Importancia del sector y de la Secretaría de Turismo.- Se destaca la importancia de la actividad turística como una herramienta de desarrollo social, económico y cultural, así como un medio de descentralización del desarrollo y de redistribución del ingreso.

- Se reafirma y fortalece el papel del Estado a través de SECTUR, como rector y promotor del sector turístico.

II.- Concertación, coordinación y capacitación .- Se prevé la acción concertada de los sectores público, privado y social para el desarrollo del turismo. La Secretaría de Turismo fortalece sus funciones de coordinación y concertación sobre las de regulación que últimamente se habían asentado.

- Se incrementan los esfuerzos de SECTUR para ser el principal elemento de enlace y coordinación de todos los agentes turísticos conforme a un plan global.

- Se moderniza la Comisión Intersecretarial de Turismo, permitiendo la incorporación de miembros representativos del sector privado y social, para convertirse así en una Comisión Intersectorial.

III.- Desregulación y simplificación.- Se eliminan todos los trámites ante la Secretaría de Turismo, excepto los de guías de turistas y de buceo, éstos últimos continuarán tramitando sus credenciales ante dicha dependencia con un mínimo de requisitos.

- Se establecen lineamientos y limitaciones a facultades normativas del poder ejecutivo para evitar futuros intentos de sobreregulación turística por medio de disposiciones secundarias.

- Se establecen medidas para evitar la actividad de funciones públicas en el sector Turismo, mismas que constituyen molestias a la actividad civil e impactan a las finanzas públicas.

- Para evitar la sobreregulación, se excluye de la normatividad turística a las arrendadoras de automóviles, a las marinas turísticas, a los establecimientos de tiempo compartido y las transportadoras de personas. Todos estos agentes económicos son regulados y controlados por dependencias federales distintas a la Secretaría de Turismo, por lo que esta área se coordinará con las dependencias

competentes para que la normatividad de las empresas referidas sea conveniente para la actividad turística.

- SECTUR continuará trabajando estrechamente con los empresarios turísticos de dichas actividades, para coordinar programas y esfuerzos, absteniéndose de imponerles regulaciones y controles excesivos.

- Se prevé que el Secretario de Turismo sea promotor ante el Presidente de la República de reformas legales, normativas y operativas de otros ordenamientos y dependencias, para facilitar la operación, la inversión y los flujos de demanda turística. El propósito de esta previsión es el de alentar, simplificar desburocratizar y dar seguridad a la actividad turística en forma global.

IV.- Facultades normativas de SECTUR.- Se establecen las bases para una nueva normatividad turística, limitándose a aspectos fundamentales, con mecanismos de transparencia, simplificación y de concertación obligatorias (normas oficiales mexicanas) esta nueva normatividad regirá la operación de los establecimientos de hospedaje, restaurantes turísticos y sistemas de intercambio vacacional.

- Se expide un reglamento único que sustituye a los ocho que acompañaban a la anterior ley.

- Se normará únicamente la actividad de los agentes de viajes y de los guías de turistas de manera que no impliquen trabas burocráticas.

- Se institucionaliza la participación de SECTUR en los Comités Nacionales de Normalización que afectan la actividad turística (ecología, salud, protección al consumidor, transportación, etc.); Con ello, esta dependencia tendrá derecho a participar en las instancias normativas de otros sectores, en provecho de la actividad turística.

V.- Verificación y sanciones.- En la antigüedad, se procuraba el cumplimiento de la normatividad turística, a través del otorgamiento de permisos previos a la operación (cédula turística), mismos que se expedían después de que la Secretaría verificaba que la empresa turística correspondiente estuviese lista para operar en los términos de las normas aplicables.

- Conforme al nuevo sistema, en el que no existen permisos previos, ni verificaciones previas a la operación turística, serán objeto solamente de una verificación aleatoria que no constituirá barreras de entrada, ni dilaciones en la apertura o modificación de los negocios turísticos. Se eliminan las cargas burocráticas que pesan sobre el sector privado y se fortalece el programa de verificación ordinaria.

- La Secretaría de Turismo conserva facultades sancionadoras ante supuestos de infracción a la Ley Federal de Turismo o su reglamento.

- Se elimina la facultad de sancionar con base a la discrecionalidad de la autoridad, así como todos los demás supuestos de clausura temporal o definitiva.

- Se establecen distintos rangos en materia de infracciones y de criterios para el establecimiento de sanciones.

-Se eliminan la facultad de la Secretaría para seguir procedimientos administrativos y de imponer multas a las empresas prestadoras del servicio turístico, con base a las quejas presentadas por los consumidores. Los turistas deberán acudir a PROFECO, y en su caso, a las instancias jurisdiccionales.

VI.- Información y clasificación.- Para ser efectiva y confiable la información, se establece una reclasificación hotelera por parte de la Secretaría de Turismo, en un plazo perentorio de quince meses, eliminando las categorías de gran turismo y la de clase especial, que dificultaban la armonización de nuestro sistema con los de otros países. La clasificación se llevará a cabo en estrecha coordinación con representantes de prestadores de servicios, consumidores y académicos del turismo.

- Se establece un sistema de clasificación turístico privado, por medio de organismos nacionales de normalización. Esta contemplado un plazo de transición, para que las asociaciones privadas de los prestadores de servicios turísticos, formen y diseñen sus sistemas para lo cual contarán con el apoyo decidido de SECTUR (normas mexicanas).

- Se establece el Catálogo Nacional Turístico que contendrá la oferta turística nacional, y los atractivos con potencial turístico, como instrumento de diagnóstico y planeación y como uno de los auxiliares de información al turista.

VII.- Registro Nacional de Turismo.- Se mantiene el Registro Nacional de Turismo, que continuará concentrando la información estadística de la oferta turística que obtenga el sector público y que comunique el sector privado en forma voluntaria, eliminándose la obligatoriedad de inscribirse en el mismo.

VIII.- Descentralización.- Se descentralizan todos los aspectos operativos a los gobiernos de los estados mediante un esquema que procurará evitar duplicidades normativas y operativas. El programa de descentralización busca una política y una normatividad turística única de cobertura nacional y de descentralización de las tareas operativas a órganos dependientes de los gobiernos de los estados.

- La tarea de descentralización abre espacios de acción a las autoridades locales dentro de un marco normativo federal, y procurará evitar la proliferación de regulaciones turísticas estatales y municipales, por medio de acuerdos de coordinación.

- Este proceso en principio fortalecerá el federalismo mexicano, simplificará las relaciones del sector privado con las instancias públicas, y procurará un marco normativo único para el turismo mexicano.

IX.- Turismo social.- Tomando en cuenta la importancia del turismo en los ámbitos social, cultural, familiar y personal, se establecen compromisos a cargo de SECTUR y de diversas dependencias públicas para facilitar el acceso de la población a los atractivos, instalaciones y servicios turísticos del país, en condiciones adecuadas.

Como puede verse, esta transformación propiciará una Secretaría de Turismo más eficiente, capaz de impulsar y encauzar la actividad turística nacional. La Secretaría mantiene sus funciones normativas, de verificación y sancionadoras, pero las ejercerá empleando mecanismos no burocráticos, ni discrecionales, al mismo tiempo que fortalece sus funciones como Coordinador General del Sector.

Las reformas y adhesiones que contemplan la nueva Ley Federal de Turismo y su Reglamento con respecto a las anteriores legislaciones en la materia turística, han venido a romper con el marco jurídico que propiciaba mercados de competencia de tipo oligopólica, y en algunos casos hasta monopólica.

Lo anterior significa, que con cambios tales como la desregulación; la eliminación de excesivas trabas burocráticas; así como los precios topes; el gobierno lo que está fomentando es que se den las condiciones necesarias para establecer una industria turística bajo un sistema de competencia perfecta, en el que el precio de los servicios turísticos estará determinado por la libre concurrencia en el mercado de prestadores y turistas, es decir, que el precio por los servicios turísticos estará determinado por el libre juego de la oferta y la demanda.

VIII. EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS TURISTICOS DENTRO DE UNA ECONOMIA DE LIBRE MERCADO.

Cuando los economistas hablan de "mercado" no están pensando específicamente en el sitio en que físicamente concurren los compradores y vendedores, sino lo que tienen en mente son la estructura y condiciones generales en que se producen y venden determinadas cosas.

A los fines del análisis del contrato y la teoría de fijación del precio en la prestación de servicios turísticos, ampliaremos el concepto de "mercado" para incluir la peculiar organización, distribución y la demanda de la industria del turismo. Por lo tanto, al analizar la organización de un mercado, tendremos en mente dos aspectos del problema: las condiciones bajo las cuales se desenvuelve la organización, prestación del servicio y las condiciones generales en las que operan los consumidores, es decir los turistas.

A. LIBRE MERCADO

En lo que a la vertiente del libre mercado se refiere, ésta tiene su fundamento en una planificación individual, es decir, que este mercado se rige por la libre competencia; determina lo que debe producirse, lo que no debe producirse; los precios, los fija la ley de la oferta y la demanda; la utilidad es lícita y se ajusta según las demandas del mercado (generalmente es lo contrario al sistema centralmente planificado).

Bajo condiciones normales, el mecanismo del precio logra ajustar la prestación del servicio, a las necesidades de la demanda del mismo. Hemos visto que en circunstancias en las que existe abundancia en la oferta turística, el precio tiende a bajar, permitiendo así a los turistas tener un mayor acceso a los servicios turísticos, con el ingreso monetario disponible. En cambio, en circunstancias en las que es baja la oferta turística, el precio por la prestación del servicio tiende a subir, obligando en esa forma a los consumidores o turistas a ajustar el consumo o demanda, al ingreso disponible.

Este ajuste automático de la oferta turística y la demanda por la prestación del servicio, presupone que el mecanismo del precio se desenvuelva libre de toda intervención, es decir, que de ninguna forma, se pueda interferir con el libre juego de las fuerzas económicas. Ahora bien, el mecanismo del precio no siempre logra con igual eficacia distribuir la prestación del servicio turístico entre los diferentes sectores de la población. En épocas o circunstancias consideradas como anormales,

el libre juego del mecanismo del precio puede crear una distribución inadecuada del servicio.

Precisamente, la política que se venía imprimiendo en el sector turístico (antes de la nueva Ley Federal de Turismo), pretendía ayudar a regular la distribución de la oferta turística, a través de la fijación de precios topes o máximos.

La fijación de dichos precios tenía como propósito permitir cierta oscilación del precio, teniendo en consideración un techo máximo, a fin de que los grupos de ingresos bajos, pudieran tener mayor facilidad para practicar la actividad turística. Esta política permitió una casi nula flexibilidad de los precios, pues ya que éstos sólo podían desplazarse por debajo del límite máximo, lo que contribuyó enormemente al detrimento de la calidad de la prestación del servicio turístico, toda vez que en la mayoría de los casos los gastos de operación eran iguales, o mayores a los precios tope.

B. COMPETENCIA PERFECTA

Para que exista un mercado de competencia perfecta se supone que concurren las siguientes condiciones:

1. Un número ilimitado de pequeñas unidades de producción y consumo;
2. Todas las firmas competidoras producen un bien homogéneo;
3. Libre entrada y salida de firmas al sector industrial;
4. No intervención del Estado en la actividad económica;
5. Perfecta movilidad de los factores de producción;
6. Finalmente, el conocimiento de las condiciones del mercado por los interesados.

Un breve examen de cada una de estas condiciones nos ayudará a entender mejor las conclusiones económicas que se derivan de una situación de competencia perfecta:

1) La primera condición necesaria para que rija un mercado de competencia perfecta tiene que ver con el número y tamaño de las unidades de producción y consumo. Es preciso que tanto las unidades de producción (empresas), como las unidades de consumo (turistas) sean numerosas y pequeñas en tamaño; quedando la producción total prácticamente inafectada por la acción individual de cualquiera de las firmas que procediera duplicando o reduciendo la producción, sin afectar significativamente el volumen de producción total, lo cual significa, que el precio por la prestación del servicio turístico, no podrá ser alterado por la voluntad de las empresas y éstas tendrán que aceptar el precio del mercado como un dato inevitable.

A su vez, las unidades de consumo cuando son numerosas y pequeñas dada su limitada capacidad de consumo, tampoco afectará el precio del producto. Por lo tanto, cada turista se ve obligado a contratar o adquirir la porción que le permita su capacidad de consumo al precio del bien o servicio establecido en el mercado.

2) La segunda condición necesaria para que exista un régimen de competencia perfecta es que existan muchas firmas competidoras que produzcan un bien o presten un servicio homogéneo.

3) Importantes elementos en un mercado de competencia perfecta son la libertad de entrada y salida de las unidades de producción a los sectores económicos. Esta condición asegura que las nuevas empresas podrán entrar a cualquier sector industrial, si las condiciones son atractivas, así como abandonarlo si se tornan desfavorables.

4) La cuarta condición es que no haya impedimentos de ninguna clase a la actividad económica en general; esta condición presupone que el gobierno no intervendrá en forma alguna que pueda afectar, las decisiones en cuanto al volumen de producción, las decisiones del consumidor o el precio del producto.

El principio de no intervención se extiende no sólo a la esfera gubernamental, sino también a las instituciones económicas privadas, tales como

las asociaciones de productores, los sindicatos obreros y otras organizaciones influyentes. Descartando la posibilidad de que las instituciones públicas y privadas influyan colectivamente en las decisiones económicas de las unidades de producción y consumo, la producción, distribución y consumo son procesos que se rigen por el libre juego de las fuerzas económicas del mercado.

5) En quinto lugar, un mercado de competencia perfecta presupone completa libertad de movimiento de los factores en la prestación del servicio (producción), de tal suerte que los productores tendrán perfecta libertad de moverse de los mercados de precios bajos hacia los mercados de precios más elevados. Así como también, los consumidores podrán moverse hacia los mercados de precios más bajos. Esta condición asegura un ajuste inmediato a cualquier cambio que ocurra en las condiciones del mercado.

6) Finalmente, un mercado de competencia perfecta presupone perfecto conocimiento de las condiciones del mercado. Los productores se enterarán rápidamente de cualquier cambio en las mismas, y lograrán un ajuste inmediato a la nueva situación.

De igual modo los consumidores tendrán completa y rápida información de los cambios en el precio del mercado, de esta forma siempre pagarán el precio más bajo que prevalezca en el mercado para el servicio, lo que significa que un prestador de servicios turísticos no podrá mantener un precio más alto que las demás empresas turísticas, puesto que si insistiera en ello perdería todos sus clientes.

Por el contrario, si un prestador redujera el precio para atraer una mayor cantidad de turistas no podría lograr una ventaja permanente, ya que todos las empresas procederían en igual forma. Si existe en verdad perfecto conocimiento de las condiciones del mercado, cuando un empresario reduce el precio del producto, todos los demás harían otro tanto y si alguna ventaja existiera sería de naturaleza transitoria.

Si todas las condiciones que hemos descrito arriba estuvieran presentes en una industria, las decisiones en cuanto al nivel de producción de cada empresa (y por supuesto de todo el sector industrial), el precio del mercado y las cantidades a consumirse estarían determinadas por el libre juego de las fuerzas del mercado. Esta es, precisamente, la característica esencial de una situación de competencia perfecta.

Por lo que respecta al precio por la prestación del servicio turístico, el precio dentro de una competencia perfecta estaría determinado por el libre juego de oferta y la demanda; es decir, la oferta y la demanda vienen a ser los dos determinantes del precio bajo condiciones de competencia perfecta.

Por otro lado, cabe hacer mención el importante cuidado que se debe de tener para no romper el equilibrio que implica un mercado de competencia perfecta en una economía con fuertes tendencias capitalistas; lo que implicaría una competencia imperfecta.

C. COMPETENCIA IMPERFECTA

Competencia imperfecta o competencia monopólica es el mismo nombre con que se ha definido este tipo de mercado en el cual se revela la existencia de ciertos elementos que llevan a una determinada imperfección al mercado. La mejor manera de conocer las características distintivas entre un mercado de competencia perfecta y un mercado de competencia imperfecta o monopólica es analizando las fuentes de la imperfección.

Como recordaremos, bajo condiciones de competencia perfecta no hay nada que pueda inducir a un consumidor o turista a preferir el producto o servicio de una empresa, en detrimento de las demás. Ello es así porque el producto o servicio de una firma, bajo condiciones de competencia perfecta, es idéntico al producto o servicio de las demás.

Dadas las condiciones examinadas en los párrafos anteriores, la homogeneidad del producto o del servicio es lo que asegura la imposibilidad de que los consumidores establezcan preferencia por el producto o servicio de una empresa en particular en detrimento de las demás, pues todas las empresas están en igualdad de condiciones.

El elemento de competencia imperfecta aparece precisamente cuando, por alguna razón, se rompe esta igualdad de condiciones entre las firmas que componen el sector industrial. Cuando en un sector económico una empresa puede inducir a los consumidores a preferir su producto o servicio en perjuicio de las demás empresas que componen la industria, estamos frente a un mercado de competencia imperfecta.

En un mercado de competencia imperfecta prevalecen todas las condiciones que hemos descrito para un mercado de competencia perfecta, excepto la condición de que el producto sea homogéneo. Cada firma en la industria elabora un producto que se diferencia en algo del producto de las demás firmas; a veces esta diferenciación es más aparente que real, pero le da cierta distinción.

Las fuentes de diferenciación del producto o del servicio en una industria, como la del trismo convierten un mercado de competencia perfecta en un mercado de competencia imperfecta o competencia monopólica, las cuales pueden ser diversas.

La importancia del elemento de diferenciación es que se induce en alguna forma a los consumidores a preferir el producto de un empresa en particular por otras razones que no son las diferencias en precios.

Como se recordará, una de las condiciones de competencia perfecta es que los consumidores no tendrán incentivos para preferir el producto o el servicio de una empresa en particular, excepto la diferencias en precios.

Podemos señalar varios elementos de diferenciación del producto o del servicio de una determinada industria turística como suficientes para establecer una situación de competencia imperfecta o monopólica:

1. En primer término se señala el costo de transportación del cliente o turista. Las diferencias en los costos de su transportación pueden inducir a un consumidor o turista a preferir comprar en los mercados más cercanos, o a utilizar los servicios más próximos; el costo de transportación es un elemento adicional al precio del mercado, por el que, el consumidor puede ser inducido a preferir el producto o servicio de una empresa en particular.

2. Por la garantía de buena calidad, asociada con el prestigio de una casa comercial o cadena hotelera de reconocida reputación.

3. En tercer término, las facilidades que brindan los diferentes productores pueden determinar la diferencia, es decir, la rapidez en el servicio, el buen trato, los términos del crédito, etc., son elementos que definitivamente pueden inducir a una persona a preferir el servicio de una agencia de viajes, de una línea aérea, de un establecimiento hotelero o de un restaurante, en perjuicio de los demás que componen la industria; esta condición es claramente significativa en este tipo de ramas del comercio en las que las relaciones humanas juegan un papel determinante.

Nos hemos referido indistintamente al nombre de competencia imperfecta y competencia monopólica para referirnos a una misma realidad, a pesar de que hay tratadistas que consideran que son situaciones distintas, aunque la realidad descrita en uno y otro, se refiere a la ausencia de competencia perfecta y ambas corrientes concluyen en que en la realidad, "cada productor tiene un monopolio limitado" sobre su industria, sobre la base de otros elementos, además del precio del producto.

Mediante este proceso de diferenciación cada prestador de servicios en un mercado de competencia monopólica, se aísla en alguna medida de los demás prestadores de servicios y puede, en esa forma, ejercitar un limitado poder monopolizador sobre los consumidores. En este sentido, el fenómeno de la determinación del precio y el volumen de producción de cada firma se aleja de las condiciones establecidas para un mercado de competencia perfecta; cada prestador puede, en escala limitada, manipular el precio y la oferta de la prestación del servicio.

Circunstancias que precisamente con la nueva legislación turística se pretenden combatir.

CAPITULO QUINTO: LOS CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS TURISTICOS

I. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS TURISTICOS

Por fuente debe entenderse el acto jurídico o la situación, donde tiene su origen la relación obligatoria, la cual no nace *ex nihilo*, sino de un presupuesto o título que lo justifica y que legitima la sujeción del deudor al deber de cumplimiento, como la causa justifica al efecto. "Esta causa está constituida por la voluntad del deudor, o sea, por su consciente intención de asumir el deber de cumplir; por lo que se pueden clasificar las obligaciones en voluntarias y legales"⁽¹⁾.

Si nos remitimos al contenido del artículo 32 de la Ley Federal de Turismo observamos que en el mismo se establece que las relaciones entre los prestadores de servicios turísticos y el turista se regirán por lo que las partes convengan, observándose la presente Ley y la Ley Federal de Protección al Consumidor.

En otros términos:

- Dicho artículo indica que los prestadores de servicios turísticos pueden obligarse para con el usuario o turista en base a "los términos convenidos," o sea, conforme a los contratos que lleguen a celebrar con los usuarios.

- "Observándose la presente Ley," es decir, con lo dispuesto en la Ley Federal de Turismo, así como lo dispuesto en:

-"La Ley Federal de Protección al Consumidor"

⁽¹⁾ MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Trad. Santiago Sentis Meledo, Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo IV, Buenos Aires, 1970, p. 21.

Por su parte el artículo 35 de la Ley Federal de Turismo al referirse a las obligaciones de los prestadores de servicios turísticos en su fracción III, señala que "deberán cumplir con los servicios, precios, tarifas y promociones, en los términos anunciados, ofrecidos o pactados".

Asimismo, el artículo 34 establece que:

"Corresponde a la Secretaría expedir las normas oficiales mexicanas relacionadas con la prestación de los servicios turísticos siempre que el contenido de las mismas no sean competencia de otra dependencia de la administración pública federal. Dichas normas tendrán por finalidad establecer:

- I. Las características y requisitos con que deben cumplir los prestadores de servicios turísticos para proteger la seguridad física de los turistas.
- II. Los requisitos que deban cumplir los convenios y contratos que celebren los prestadores de servicios y los turistas.
- III. Las características de la información que los prestadores de servicios turísticos deban proporcionar a los turistas especialmente en lo que se refiere a promociones y ofertas.
- IV. Las garantías que en su caso, deberán otorgar los prestadores de servicios a que se refieren las fracciones I, II y IV del artículo 4 de la presente Ley.

Las normas oficiales mexicanas a que se refiere este artículo que tengan por finalidad la protección al turista, se expedirán en los términos de la ley de la materia, tomando en consideración las particularidades de la prestación del servicio.

La Secretaría participará en los comités consultivos nacionales de normalización, en los que se elaboren normas que puedan afectar la materia turística.

La calidad y la clasificación de los servicios turísticos serán materia exclusiva de normas mexicanas en los términos de la legislación aplicable."

De un análisis detallado de los anteriores artículos, se resume que en dichos artículos se señalan cuatro fuentes principales de obligaciones del prestador de servicios turísticos para con el usuario o turista, a saber:

- 1) El contrato o convenio,
- 2) La Ley (de Turismo y la Federal de Protección al Consumidor),
- 3) Las normas oficiales mexicanas, y
- 4) Las normas mexicanas que en materia turística se expidan considerando las particularidades del tipo de prestación de servicio.

II. EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS TURISTICOS

Este capítulo tiene de hecho el carácter de conclusivo, y recapitulando un poco todo lo que se ha expuesto con anterioridad, podemos afirmar, como ya lo hemos hecho previamente, que es indudable la existencia de lo que podemos llamar legislación turística, e inclusive, se considera que ésta constituye una parte de la legislación administrativa que tiene por objeto específico el turismo, y que en virtud, de ser el turismo un fenómeno de gran complejidad, parte de las normas que lo regulan pertenecen al derecho administrativo, pero también por otro lado, existen un gran número de normas que corresponden al derecho privado, sobre todo si consideramos su objeto.

Lo anterior, nos lleva a la conclusión de lo que podemos llamar "contratos turísticos", que son en un gran número contratos regulados por nuestro derecho

privado y que se utilizan en el tráfico turístico, sin que por ello se modifiquen las normas aplicables; aunque en determinados supuestos, son de contemplar imperativamente normas administrativas que se imponen a la voluntad de las partes. La Ley Federal de Turismo precisamente en los artículos 32, 34 y 35, así como sus correlativos del Reglamento de la misma, disponen ordenamientos jurídicos de esa naturaleza.

Cuando la citada fracción III del artículo 35 señala lo referente a "los términos anunciados, ofrecidos o pactados," es evidente que hay una clara referencia a los contratos o convenios que se celebren entre prestador y usuario o turista; sin embargo, dada la gran amplitud de tal referencia, cabe la reflexión relativa a qué tipo de contratos o convenios se refiere, es decir, si a los regulados por el derecho civil; a los sancionados por el derecho mercantil; o a los contratos del derecho turístico propiamente hablando, los que concretamente ubicaríamos dentro de lo que la doctrina denomina contratos atípicos o innominados, como son el contrato de agencia y el de mediación.

Solamente el artículo 75, fracción VIII, del Código de Comercio califica la actividad de las empresas turísticas como actos mercantiles, y las diversas disposiciones de los Códigos Civiles estatales y del D. F., sobre el contrato de hospedaje son los únicos preceptos básicos y específicos de los contratos turísticos, por lo que para configurar toda la gama de obligaciones privadas del turismo tendremos que ir las entresacando e interpretando del conjunto general de las normas de contratación civil y mercantil.

Lo anterior plantea el problema de que en nuestro sistema jurídico, no existe una teoría general de las obligaciones mercantiles y mucho menos, de los contratos mercantiles; razón por la cual, son aplicables a la materia mercantil lo estipulado por los artículos 2o. y 81 del Código de Comercio, las disposiciones generales del Código Civil en materia de obligaciones y contratos; lo anterior se fundamenta en el artículo 81 de dicho ordenamiento que a la letra expresa:

"Con las modificaciones y resoluciones de este Código, serán aplicadas a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de

los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos".

Consecuentemente, encontramos que la teoría de las obligaciones mercantiles es expresada sólo en unos cuantos preceptos⁽²⁾.

También sirve de base para la remisión de la legislación mercantil, a la civil; el principio de supletoriedad general del Código de Comercio, contenido en su artículo 2o., el cual indica que:

"...a falta de disposiciones a este Código, serán aplicables a los actos de comercio los del derecho común".

Por lo tanto, serán aplicables todas las normas relativas al contrato en general, a los contratos mercantiles, disposiciones como las de clasificación, interpretación, nulidad, elementos del contrato y otros más y no únicamente los que se citan en el artículo 81 del Código de Comercio. La regla expuesta previamente, incluso puede aplicarse a los contratos atípicos turísticos; temas que se desarrollarán en el presente capítulo.

Otra fuente de obligaciones expresamente señalada por Ley Federal de Turismo, es el citado artículo 32 de la propia Ley, el cual tiene el carácter de imperativo, según lo dispuesto literalmente en su artículo 1o. que establece que:

La presente Ley es de interés público y de observancia general en toda la República,...

Lo anterior significa principalmente dos cosas:

1) Por un lado que sus disposiciones son inderogables por voluntad de los particulares y,

2) Por el otro, representan una limitación al principio de la autonomía de la voluntad, ya que obedece a distintas razones que el legislador dictó, con el fin de

(2) TENA, Felipe de J. Derecho Mercantil Mexicano, tomo I, Edit. Porrúa, México, 1986, pág. 386

salvaguardar diferentes fines como pueden ser entre otros, la política económica del Estado, la protección al usuario o turista, etcétera; temas que en su oportunidad se profundizaron en el capítulo tercero, del presente trabajo.

En conclusión, la fuente principal de la reglamentación del contrato, es la Ley (la Federal de Turismo y la Federal de Protección al Consumidor); luego como se señala en la propia ley, en su artículo 34 y 35, las normas oficiales mexicanas y las normas mexicanas en materia de turismo.

En virtud de lo anterior, y con base a los elementos que tenemos, podemos estructurar una definición genérica del contrato de prestación de servicios turísticos, el cual se define como "el acuerdo de voluntades entre el prestador de servicios turísticos y el usuario o turista, cuyo objeto sería una o varias obligaciones de dar, intermediar, o bien la prestación de un servicio o servicios de naturaleza turística a cambio de una remuneración".

A manera de recapitulación es importante señalar algunas de las características comunes a esa diversidad de contratos del derecho turístico, como lo son:

a) La base común jurídica de tales contratos es la teoría general del acto jurídico contenida en el Código Civil para el Distrito Federal.

b) La mayoría de los contratos son atípicos.

c) Las obligaciones principales entre el prestador y las autoridades administrativas están reguladas por un reglamento de carácter administrativo.

Por último, de forma enunciativa más no limitativa se citarán algunos de los contratos pertenecientes al derecho turístico:

- Contrato de hospedaje
- Contrato de transporte turístico
- Contrato de arrendamiento de automóviles

- Contrato de las empresas de sistemas de intercambio
- Contrato de intermediación o de agencia
- Contrato de comisión
- Contrato de suministro de operadoras de marinas turísticas
- Contrato de tiempo compartido
- Contrato de prestación de servicios como guías de turistas

No obstante, la amplia gama de contratos de naturaleza turística, sólo nos avocaremos en el presente capítulo, al análisis de los contratos de prestación de servicios turísticos a los que se refiere la Ley Federal de Turismo publicada el 31 de diciembre de 1992 en el Diario Oficial de la Federación.

III. ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS TURISTICOS EN GENERAL

La relación turística en el ámbito jurídico particular se da siempre como mínimo entre dos partes, consecuentemente la existencia de un "sujeto activo" o sea "turista" frente al prestador de servicios turísticos, ante quien el turista ejercita el derecho subjetivo que la administración protege.

Los elementos personales que intervienen en el contrato de servicios turísticos reciben genéricamente el nombre de acreedor y deudor, los cuales pueden ser personas individuales o personas morales y si bien no necesitan estar determinadas en el acto constitutivo de la obligación, sí requieren imprescindiblemente poder ser determinadas, pues en caso contrario, faltaría un elemento esencial para que la obligación tuviese efectividad.

En el derecho moderno, con frecuencia observamos la indeterminación momentánea de uno de los sujetos, como es el caso de las obligaciones al portador y las ofertas públicas que vinculan al oferente con la obligación de respetar su oferta en determinadas condiciones y que en el derecho turístico es muy frecuente como en el anuncio de viajes y alojamientos en paquetes.

A. EL TURISTA

La definición de turista la extraemos de la nueva Ley Federal de Turismo que nos dice en su artículo 3o:

"Turista es la persona que viaja desplazándose temporalmente fuera de su lugar de residencia habitual y que utilice alguno de los servicios turísticos a que se refiere esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto para efectos migratorios por la Ley General de Población".

Por lo que toca a la Ley General de Población de fecha 11 de diciembre de 1973, encontramos preceptos que tienen relación directa con el turista, así el concepto de "temporalidad" en la internación en el país es básica, para la calificación del turista y conforme a su artículo 42 se define al turista:

"... como el extranjero que se interna al país con fines de recreo o salud, para actividades artísticas, culturales, o deportivas, no remuneradas, ni lucrativas con temporalidad máxima de seis meses improrrogables."

Recoge la Ley General de Población bajo el calificativo de "visitante" y no como "turista" al extranjero que se interna en el país para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lucrativa o no, siempre que sea lícita y honesta por seis meses, prorrogables por una sola vez por igual temporalidad.

B. EL PRESTADOR DE SERVICIOS TURISTICOS

Es también en la nueva Ley Federal de Turismo en su artículo 3o., donde se define al prestador de servicios turísticos en los siguientes términos:

"La persona física o moral que habitualmente proporcione, intermedie o contrate con el turista, la prestación de servicios a que se refiere esta Ley".

Y a su vez el artículo 4 considera como servicios turísticos los prestados a través de:

I.- Hoteles, moteles, albergues, y demás establecimientos de hospedaje, así como campamentos y paradores de casas rodantes que presten sus servicios a turistas.

II.- Agencias, subagencias y operadoras de viajes.

III.- Guías de turistas, de acuerdo con la clasificación prevista en las disposiciones reglamentarias.

IV.- Restaurantes, cafeterías, bares, centros nocturnos y similares que se encuentren ubicados en hoteles, moteles, albergues, campamentos, paradores de casas rodantes a que se refiere la fracción I de este artículo, así como en aeropuertos, terminales de autobuses, estaciones de ferrocarril, museos y zonas arqueológicas.

V.- Empresas de sistema de intercambio de servicios turísticos"

Por su parte el artículo 2o. del Reglamento de la Ley Federal de Turismo en sus diversas fracciones establece que para los efectos de la Ley y de este Reglamento, se entiende por:

- a) Agencia de viajes: la empresa que contrata o actúa como intermediaria en beneficio de un usuario respecto de los servicios que se refiere en artículo 4 de la Ley, así como cualquiera otro relacionado con el turismo (fracción I);
- b) Campamentos: las superficies al aire libre, delimitadas y acondicionadas, en las que pueda instalarse equipo con el propósito de acampar (fracción II);
- c) Restaurantes, cafeterías, bares, centros nocturnos y similares: los establecimientos mercantiles cuya actividad principal es la transformación y ventas de alimentos y que se encuentren ubicados en los lugares señalados en la fracción IV del artículo 4 de la Ley (fracción VI);
- d) Empresas de sistemas de intercambio de servicios turísticos: las que se dedican a promover e intermediar el intercambio

- de períodos vacacionales en desarrollos afiliados, entre los usuarios de los mismos (fracción VII);
- e) Guías de turistas: las personas físicas que proporcionan al turista nacional o extranjero, orientación e información profesional sobre el patrimonio turístico, cultural y de atractivos relacionados con el turismo, así como servicios de asistencia (fracción VIII);
 - f) Paradores de casas rodantes: las superficies al aire libre, delimitadas y acondicionadas, en las que puede instalarse equipo con el propósito de acampar, destinadas al estacionamiento de vehículos y casas rodantes en las que se proporcionan servicios complementarios a éstos (fracc.XV);

Partiendo de los elementos aportados por los anteriores artículos, podemos generalizar que el prestador de servicios turísticos es la persona física o moral que "habitualmente, intermedie o contrate" la prestación de los servicios turísticos enunciados en el artículo 4, es decir, que se obliga entre otras cosas a proporcionar, intermediar o contratar dichos servicios. El término de "proporcionar" se usa como sinónimo de dar o de hacer, lo que significa que el prestador contrae la obligación de hacer con el turista u otro prestador de servicios turísticos, por medio de un intermediario un contrato de prestación de servicios, un acto o serie de actividades en beneficio o en favor de un tercero. La mayoría de este tipo de obligaciones se encuentran reguladas fundamentalmente en los artículos comprendidos del 2011 al 2028 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo que se refiere al "servicio turístico" se debe entender éste como la actividad realizada por una persona física o moral tendiente a satisfacer las necesidades específicas directamente planteadas por el desplazamiento turístico.

Los prestadores de servicios son regulados por el derecho mercantil como sujetos de este derecho y se les cataloga como comerciantes, es decir sin importar que actividad desarrollen e independientemente de la nacionalidad que a las

propias sociedades se les atribuya, lo cual se desprende del texto contenido en las fracciones II y III del artículo 3o. del Código de Comercio.

Asimismo, si nos remitimos al artículo 75 del Código de Comercio podemos observar que se maneja indistintamente la noción de ser y hacer (comerciante y acto de comercio) en una sola noción, al expresar que:

"La Ley reputa actos de comercio: VIII. Las empresas de transporte de personas y cosas por tierra o por agua, y las empresas de turismo".

Del análisis de la disposición anterior se desprenden actos de distinta naturaleza, por una parte, los realizados por las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua, y por otra parte las empresas de turismo. Por lo tanto, debe considerarse que debieron regularse a las empresas de turismo en otra fracción, específicamente en la X, junto con las empresas de comisiones y de agencias de viajes, de oficinas de negocios comerciales, ya que los actos involucrados por éstas últimas comparten la misma naturaleza que las empresas turísticas.

Conforme al derecho administrativo, cabe hacer mención que anteriormente la actividad turística estaba sobrerregulada, lo cual incidía directamente en los prestadores de servicios turísticos, quienes independientemente de su calidad como empresas de comercio, ya sean individuales o colectivas, además debían cumplir con lo señalado por los reglamentos de carácter administrativo que les correspondiesen de acuerdo a su actividad, es decir, que para dedicarse a la actividad turística no sólo se requería reunir los atributos o categorías señalados en la legislación civil o mercantil, sino además, reunir los pre-requisitos que marcaba la legislación turística.

Actualmente en la nueva Ley Federal de Turismo se señala que para ser prestadores de servicios turísticos deberán de cubrirse los requisitos que se fijen por el reglamento respectivo, atendiendo a dos principios básicos:

1.- No deberán constituir barreras a la entrada de nuevos participantes en la prestación de estos servicios en razón de profesión o de capital.

2.- Sólo se establecerán garantías a cargo de los prestadores de servicios, cuando sea necesario asegurar su debida operación, con objeto de proteger al turista. Las garantías que se fijen no deberán constituir una carga económica excesiva para el prestador.

IV. LAS RELACIONES JURIDICAS ENTRE EL TURISTA Y EL PRESTADOR DE SERVICIOS TURISTICOS

Las relaciones jurídicas de carácter turístico entre las partes, sujeto activo o turista y sujeto pasivo o también llamado prestador de servicios turísticos, por lo regular se estructuran como obligaciones de carácter privado y representan la esencia del derecho turístico privado, en los diversos contratos de prestación de servicios turísticos, tales como el contrato de hospedaje, de agencia, etc.

Las obligaciones y en sí el término de obligación dentro del contexto jurídico tiene varias acepciones; pero de manera general se le puede considerar como una palabra correlativa de un derecho, es decir, que la obligación consiste en el cumplimiento o ejecución de un dar, hacer o no hacer en favor de la otra parte, que tiene derecho a que demos, hagamos o no hagamos.

Según Sánchez Medal entre las obligaciones jurídicas hay algunas que derivan de un orden de derecho preestablecido, como es el caso de las obligaciones de derecho público y las que nacen, por ejemplo en el ámbito privado, de la organización familiar; mientras que otras son consecuencia de un hecho particular y concreto, o sea, nacen relaciones transitorias o eventuales a las que se les denomina obligaciones voluntarias, patrimoniales o contractuales, y precisamente a estas últimas son a las que nos referimos en este contexto.

V. EL CONTRATO DE HOSPEDAJE

Actualmente este contrato se encuentra regulado por la legislación civil y por lo que se refiere a lo mercantil, no existe precepto alguno que lo regule, no obstante su profunda esencia mercantil.

A. CONCEPTO

Una sencilla definición de este contrato sería decir que es aquél en virtud del cual una persona llamada "hotelero" conviene con otra llamada "huésped" la obligación de proporcionarle alojamiento por un tiempo determinado mediante un precio.

El artículo 2666 del Código Civil del Distrito Federal define al contrato en los siguientes términos:

"El contrato de hospedaje tiene lugar cuando alguno presta a otro albergue mediante retribución convenida, comprendiéndose o no, según se estipule, los alimentos y demás gastos que origine el hospedaje.

La legislación civil distingue entre contrato tácito y el contrato expreso de hospedaje. Así los artículos 2667 y 2668 del Código Civil del Distrito Federal señalan respectivamente:

"Este contrato se celebrará tácitamente si el que presta el hospedaje tiene casa pública destinada a ese objeto"

"El hospedaje expreso se rige por las condiciones estipuladas; y el tácito por el reglamento que expedirá la autoridad competente y que el dueño del establecimiento deberá tener siempre por escrito en lugar visible".

En tal orden de ideas, el contrato expreso se regirá por las disposiciones del derecho privado, es decir, por las normas del Código Civil, y el tácito por las disposiciones del derecho público, contenidas en los reglamentos de la materia.

B. ELEMENTOS PERSONALES

De los artículos 2666 a 2669 del Código Civil se desprenden los siguientes elementos personales del contrato:

1) El hotelero que es la persona física o moral que habitualmente proporciona al público el servicio de alojamiento en habitación.

2) El huésped, turista o usuario es la persona que viaja desplazándose temporalmente fuera de su lugar de residencia habitual y que hace uso de las instalaciones del hostelero.

C. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE HOSPEDAJE

1. OBJETO: EL ALBERGUE

El artículo 2666 del Código Civil para el Distrito Federal señala, como obligación para el hotelero el proporcionar "albergue con o sin alimentos". Con esta expresión tan genérica o vaga abre al hospedaje la más rica gama de servicios que pueda prestar y concebir el hotelero dentro del término legal de "albergue", lo cual se traduce en una libertad de contenido y forma de celebración que contemplan los artículos 1832 del Código Civil y 78 del Código de Comercio que expresan que en los contratos "cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse"; por lo que desde luego, en el contrato de hospedaje es factible pactar condiciones especiales fuera del reglamento del establecimiento, siempre y cuando estas estipulaciones no sean contrarias, al ordenamiento jurídico del país "artículos 6 y 1830 del Código Civil citado", ni particularmente

al ordenamiento sobre materia turística, lo anterior con fundamento en el artículo 1o. de la Ley Federal de Turismo.

Por lo tanto, concluimos que el objeto de este contrato es complejo por cuanto comprende:

- El uso de los muebles de ajuar de la localidad
- El uso y disfrute de la localidad del alojamiento
- El disfrute de los servicios del hotelero y de la servidumbre que éste tiene empleada.

2. EL TERMINO EN EL HOSPEDAJE.

La fijación del término del hospedaje en la actividad turística es de gran importancia. El artículo 2668 del Código Civil para el Distrito Federal, nos remite a las condiciones estipuladas por las partes, sin más excepciones que la licitud de estas condiciones.

Por lo anterior, el término del contrato quedará fijado en el acto de la contratación, para cuyo efecto en las tarjetas o tarjetones de registro generalmente se hace constar los días de estancia contratados. De no existir esta cláusula contractual y dejarse únicamente a la voluntad del huésped, quedaría trastornado el sistema de reservaciones.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones se puede concluir en las siguientes reglas:

a) Lo que se llama "jornada hotelera", no coincide con la jornada solar.

b) La fijación de un plazo expreso en la duración del hospedaje es inviolable para el hotelero, es decir que no debe ser menor para el huésped el cual está obligado al pago íntegro aunque se ausente antes del tiempo pactado. Los perjuicios que por su incumplimiento sean causados al hotelero deben ser sancionados mediante el pago que de éstos se hayan acreditado a la otra parte.

c) Termina el hospedaje por cumplirse el plazo convenido, por incurrir el cliente en faltas de urbanidad higiene, convivencia u orden.

En el hospedaje sin término o plazo se entiende la continuación del disfrute de los servicios como prórroga de mutuo acuerdo entre las partes, en tanto no sea el huésped requerido por el hotelero o se produzcan casos de rescisión.

El cliente o huésped que no deshaloje la habitación que ocupa antes del final de la jornada hotelera, se encuentra obligado al pago de una estadía más de servicios.

3. EL PRECIO DEL HOSPEDAJE

Es la contraprestación que el huésped o pasajero ha de cubrir en pago del alojamiento y servicios complementarios que reciba.

El precio es un requisito esencial de este contrato y debe ser cierto en todo momento; su determinación esta dentro de la libre concensualidad con las nuevas disposiciones de la Ley Federal de Turismo .

Situación que recientemente ha cambiado toda vez que anteriormente el control administrativo sobre el precio de los alojamientos reflejaba las manipulaciones administrativas apelando un interés turístico que en primer lugar pretendía obtener un nivel de precio competitivo en el mercado internacional de oferta turística. En segundo lugar, condiciones de estabilidad, publicidad y uniformidad que hagan particularmente transparente el mercado de esta industria de servicios.

No obstante lo anterior siempre fue totalmente discutible, toda vez que el turismo no es considerado un artículo de primera necesidad, por lo que la intervención oficial fue contraproducente a muchas iniciativas de mejoramiento y competencia, como ha quedado explicado en el capítulo cuarto del presente trabajo.

D. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO Y FIGURAS AFINES

La doctrina considera al contrato de hospedaje como un contrato de naturaleza múltiple o compleja, porque en él se encuentran características de otros contratos en los cuales se hallan modalidades en sus contenidos.

Así por ejemplo, no se trata de un contrato de arrendamiento de habitación, porque no se obliga al huésped a realizar las reparaciones del local, según lo dispone el artículo 2444 del Código Civil del Distrito Federal y además, se otorga el uso de muebles, ropa y la procuración del aseo.

Tampoco se da el contrato de depósito ordinario o regular, ya que las responsabilidades del hotelero son diversas, y nacen o se originan de la introducción de equipaje, sin el requerimiento de la entrega de este último al hotelero o de sus subordinados, según lo dispone el artículo 2536 del Código Civil para el Distrito Federal.

También tiene la característica de ser un contrato de adhesión porque en la mayoría de los casos las cláusulas estos contratos han sido redactadas unilateralmente por el prestador de servicios turísticos, sin que la contraparte, para aceptarlo, pueda discutir su contenido.

E. CLASIFICACION

1. Es nominado.- Porque en el Código Civil se le designa bajo una denominación especial.

2. Es bilateral.- Crea recíprocamente obligaciones para ambas partes (hostelero y huésped).

3. Es un contrato atípico.- Esto es, carece de una disciplina legal perfectamente configurada.

4. Es oneroso.- Porque cada parte se obliga a una contraprestación que las mismas cumplen.

5. Es conmutativo.- Toda vez que las prestaciones que mutuamente se deben las partes son ciertas desde el momento mismo de celebrarse el contrato.

6. Es consensual en oposición a real.- En cuanto se perfecciona por el mero consentimiento o voluntad de las partes.

7. Es consensual en oposición a formal.- Ya que no es necesario que el consentimiento se manifieste por escrito, pudiendo manifestarse de forma verbal o también puede tratarse de un consentimiento tácito.

8. Es principal.- Porque su existencia validez y cumplimiento no depende de ningún otro contrato.

9. Es de tracto sucesivo.- Porque el cumplimiento de las prestaciones se realizan en un período determinado.

10. Es definitivo.- En virtud de que en este mismo contrato se plasma la voluntad de las partes, sin la necesidad de la existencia de algún contrato posterior.

F. DERECHOS DEL HOTELERO

1. Cobrar el precio o retribución por el servicio prestado en el hospedaje expreso, o tarifa pactada.

2. Limitar su responsabilidad a la suma de \$ 250.00 (DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS 00/100 M. N.) por deterioro o destrucción de efectos

introducidos al establecimiento (artículo 2535 del Código Civil del Distrito Federal).

3. Derecho de retención, ejercido sobre el equipaje del huésped para responder del importe del hospedaje, según lo dispone el artículo 2669 del Código Civil para el Distrito Federal.

G. OBLIGACIONES DEL HOTELERO

1. OBLIGACIONES DE INFORMACION

a) Deberá describir en que consiste el servicio que ofrece, así como la manera de prestarlo.

b) Debe realizar una publicidad razonable.

c) Exhibir en un lugar visible, en el acceso principal del establecimiento el monto tarifa y los servicios incluidos en la misma (artículo 2668 del Código Civil).

d) Todos los documentos, facturas, cartas de precios y anuncios dentro del establecimiento deberán estar en letra legible y en español, sin perjuicio de utilizarse otros idiomas.

e) En caso de ofrecerse servicios de cambio de moneda extranjera y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes sobre la materia, deberá informarse al turista el tipo de cambio al que se toma su moneda. Lo mismo se observará cuando se liquiden las cuentas en el establecimiento con moneda extranjera.

f) Exhibir en lugar visible en cada habitación el reglamento interno del mismo, así como los precios por los servicios adicionales que se presten en el establecimiento.

2. OBLIGACIONES CON EL CLIENTE

- a) Proporcionar albergue en los términos convenidos
- b) Respetar los términos y condiciones ofrecidos o pactados con el turista.
- c) El hotelero cumplirá estrictamente con las tarifas pactadas.
- d) Esta compelido a cumplir las ofertas y promociones en los términos ofrecidos, así como a lo que la legislación del Código Civil y la Ley Federal de Protección al Consumidor imponen en las operaciones concertadas por correspondencia o teléfono.
- e) Transmitir el uso y goce de los bienes objeto de dicho contrato
- f) Contar con los formatos de quejas con porte pagado de la Secretaría.
- g) Estarán obligados a respetar las reservaciones hechas con antelación siempre que hayan sido garantizadas directamente por el turista o por una agencia de viajes.

3. LOS CAMPAMENTOS Y PARADORES DE CASAS RODANTES DEBERAN:

- a) Cumplir con las obligaciones que se señalan para los establecimientos de hospedaje en lo que les sea aplicable.
- b) Contar con las medidas de seguridad que se requieran en las áreas de uso e instalaciones conforme a los lineamientos que señale la norma que expida la Secretaría.

c) Delimitar con exactitud, la superficie destinada al espacio de cada vehículo con los servicios que le corresponde y,

d) Proporcionar al turista que lo solicite la información relativa a las características de las instalaciones, tales como: tomas de agua, drenaje, eléctricas, talleres de servicio, alimentos; así como sobre las poblaciones colindantes, servicios médicos y asistenciales disponibles y cualquiera otro que incida en la prestación adecuada del servicio.

4. RESPONSABILIDAD ACCESORIA DEL HOTELERO

Las responsabilidades accesorias no afectan directamente a la obligación contractual que puede cumplirse sin la presencia de estos actos u omisiones, sin embargo, cuando se producen, obligan al hotelero como consecuencia del propio hospedaje; tal es el caso de las lesiones o daños que en virtud del contrato de hospedaje sufran los huéspedes en su persona o en sus bienes introducidos en el establecimiento.

Al respecto el Código Civil para el Distrito Federal señala los siguientes preceptos más importantes:

"Artículo 1924.- Los patronos y los dueños de los establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si demuestran que en el comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia".

"Artículo 1925".- Los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo".

Cabe señalar que el artículo 1925 agrava la responsabilidad de los hoteleros en cuanto ya no hacen la exclusión de los casos de falta de culpa o

negligencia en el dependiente, casos que exime de responsabilidad el artículo 1924 al referirse en general a los dueños de los establecimientos mercantiles, es decir que el hotelero debe responder de los supuestos daños causados con culpa o sin culpa de sus trabajadores, y sólo podrá librarse de esta responsabilidad cuando demuestre que los daños fueron producto de "culpa o negligencia inexcusable de la víctima" (artículo 1910 del Código Civil).

"Artículo 2535.- Los dueños de establecimientos en donde se reciben huéspedes son responsables del deterioro, destrucción o pérdida de los efectos introducidos en el establecimiento con su consentimiento o el de sus empleados autorizados por las personas que allí se alojen, a menos que prueben que el daño sufrido es imputable a estas personas, a sus acompañantes, a sus servidores o a los que los visiten, o que provienen de caso fortuito, fuerza mayor o vicios de los mismos efectos.

La responsabilidad de que habla este artículo no excederá de la suma de 250.00 pesos 00/100 M.N., cuando no se puede imputar culpa al hotelero o a su personal".

Se nos presenta este precepto como correctivo del antes citado artículo 1925 que señalaba la responsabilidad del hotelero en todos los casos con culpa y sin culpa, mientras que el artículo 2535 en los supuestos de falta de culpa del hotelero o sus dependientes limita el monto máximo de indemnización a sólo la cantidad de 250.00 pesos 00/100 M.N.

"Artículo 2536.- Para que los dueños de establecimientos donde se reciben huéspedes sean responsables del dinero, valores u objetos de precio notoriamente elevado que introduzcan en esos establecimientos las personas que allí se alojen, es necesario que sean entregados en depósito a ellos o a sus empleados debidamente autorizados".

"Artículo 2537.- El posadero no se exime de la responsabilidad que le imponen los dos artículos anteriores por avisos que ponga en su establecimiento para eludirla"

H. DERECHOS DEL HUESPED O TURISTA

1. El derecho esencial del turista es el de ocupar y gozar el albergue.
2. Que se respeten los términos, condiciones y precio convenidos.

I. OBLIGACIONES DEL HUESPED O TURISTA

1. El cliente está obligado a liquidar puntualmente la cuenta causada cuando sea requerido por la empresa.
2. A no hacer ruidos molestos, y en general cualquier acto que perturbe o incomode a los demás huéspedes.
3. A no deteriorar el mobiliario y decoración del inmueble, dándole un destino propio.
4. Dejar en la administración las llaves de los cuartos cada vez que salgan del inmueble.
5. No podrán alojar en sus habitaciones a personas diferentes de las registradas, y en caso contrario se deberá dar aviso previo en la administración .
6. Registrarse en la tarjeta, tarjetón o libro de registro establecido por la negociación.
7. El equipaje y demás bienes que introduzcan los huéspedes en el establecimiento se considerarán propiedad de la persona que haya efectuado el

registro y con los mismos responderán de todos los adeudos que por hospedaje, servicios y obligaciones causen las personas comprendidas en el registro.

8. Hacer del conocimiento del hospedero toda usurpación o novedad dañosa, bajo la pena de pagar los daños y perjuicios en virtud de la omisión de la información.

9. Retribuir la cosa objeto del contrato, según lo estipulado por el artículo 2062 del Código Civil para el Distrito Federal.

J. LAS ARRAS EN EL CONTRATO DE HOSPEDAJE

Se entiende por tal, las cantidades que por vía de señal se entregan a la negociación hotelera para garantizar la reservación; se condiderarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, y representan una especie de garantía para indemnizar al hotelero en el caso de incumplimiento del solicitante. Cuando la negociación hotelera señale o reclame la necesidad de dicho anticipo, la reservación no se convertirá en definitiva, hasta en tanto se efectúe su pago o se acredite haber remitido su importe.

K. ANULACION O CANCELACION DE LAS RESERVACIONES (INDEMNIZACIONES)

Las únicas disposiciones que sobre la materia se contemplan están en el Reglamento de La Ley Federal de Turismo que establecen que toda vez que los hoteleros están obligados a respetar las reservaciones hechas con antelación, siempre que hayan sido garantizadas directamente por el turista o por conducto de una agencia de viajes, y cuando la persona llegue al establecimiento con papeleta, clave o cupón de reservación confirmada y garantizada por una agencia de viajes, aquél estará obligado a su aceptación inmediata o cuando ésto fuere imposible, a la obtención de alojamiento en condiciones y tarifas similares.

La papeleta o cupón de reservación según el artículo 27 del Reglamento citado deberá contener como mínimo lo siguiente:

- I. En su caso, la tarifa a aplicar;
- II. El tipo de habitación;
- III. Los servicios incluidos;
- IV. El número de noches;
- V. Las condiciones y cargos por cancelación, y
- VI. La clave de confirmación del establecimiento de hospedaje y el nombre de la persona que confirmó.

L. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE HOSPEDAJE

Las mismas causales de extinción que atañen a otros contratos de análoga naturaleza proceden en este caso:

1. Por vencimiento del término convenido en el hospedaje.
2. Por mutuo consentimiento de las partes.
3. Por rescisión, es decir que una de las partes puede dar por terminado anticipadamente el contrato de hospedaje, cuando la otra incumpla en alguna de las obligaciones contraídas.
5. Por caso fortuito por hacerse imposible la ejecución del contrato de hospedaje.
6. Por novación es decir que se extingue una obligación preexistente por la creación de una nueva obligación que sustituye a la primera, situación que se actualiza cuando el huésped solicita el cambio de habitación por otra de características más favorables.
7. Por expropiación a causa de utilidad pública, cuando el desarrollo turístico por determinadas circunstancias así se requiera.

8. Por remisión de deuda cuando el huésped paga un el hospedaje por un tiempo determinado por adelantado y posteriormente renuncia a su derecho de hacer uso de las instalaciones del establecimiento.

VI. CONTRATO DE AGENCIA

Es el contenido de los actos jurídicos de las agencias de viajes, el que ofrece la más variada gama de figuras contractuales en las actividades turísticas, pues en la carrera progresiva de los prestadores de servicios turísticos, las agencias de viajes han sobrepasado a las demás actividades congéneres, logrando una diversidad de funciones que desborda los viejos conceptos que al respecto se tenían, sirviéndose en su desempeño de la inmensa libertad y variedades que en las transacciones contractuales permite el artículo 78 del Código de Comercio cuando dice que "en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos en los que quiso obligarse".

A. CONCEPTO

En nuestra legislación tanto civil como mercantil y turística, no se define al contrato de referencia, y en el artículo 2o. fracción I del Reglamento de la Ley Federal de Turismo, sólo se anuncia la actividad que desarrollan las agencias de viajes, consideradas como prestadores de servicios turísticos en el artículo 4 fracción II de la Ley Federal de Turismo.

No obstante, de la doctrina se puede extraer el siguiente concepto: el contrato de agencia es aquel contrato que se celebra entre un empresario y un comerciante, en el que este último asume el encargo de preparar o realizar contratos mercantiles por cuenta del empresario, a cambio de una remuneración o premio, pero gozando de independencia.

B. ELEMENTOS PERSONALES

De la definición anterior se desprende que las partes que intervienen en el contrato de agencia se les denomina: empresario, mandante o representado, y agente o representante.

1. El agente (representante) es un comerciante independiente, que actúa como mediador o comisionista, que tiene un ánimo de permanencia y un afán de lucro y que puede llegar a intervenir en el contrato definitivo o no. La actuación del agente ha de ser de modo independiente, lo cual significa que es él mismo, y no alguno de los prestadores a cuyo favor ejerce sus funciones, quien determina el modo, el lugar y tiempo de desplegar su actividad, lo cual significa que está en libertad de consagrarse a otras actividades e incluso, de servir de agente a diversos prestadores de servicios turísticos, con la posible limitación de que no sean competidores entre sí, y a consecuencia de tal independencia no es considerado como trabajador, pues es totalmente independiente.

El agente siempre será un intermediario, apoderado o simple mediador, que nunca adquiere personalmente (en propiedad) el bien o servicio que promueve.

El agente de viajes hace accesible a los turistas las amplias funciones de las instituciones turísticas y canaliza el paso a ellas, actúa como agente con todo aquel que solicita sus servicios y presenta ante sus clientes los pormenores del viaje de un modo racional. El agente de viajes vive de las comisiones que le proporcionan las instituciones turísticas; la planificación y los preparativos del viaje, la localización de los hoteles y el despacho de las formalidades son servicios suministrados gratuitamente al cliente.

2. El empresario (mandante, representado) por lo general se refiere a un comerciante independiente, es decir un transportista, hotelero, promotor de espectáculos, etc.; debe tener capacidad general para contratar, al igual que el agente, pero el primero puede estar incapacitado para ejercer el comercio en una determinada zona por ciertas circunstancias, por ejemplo, por ser extranjero, en

cambio el agente puede tener capacidad para representarlo y promover negocios mediante poder.

3. El cliente turista o tercero es la persona que viaja desplazándose temporalmente fuera de su lugar de residencia habitual y que utiliza los servicios de una agencia de viajes.

C. ELEMENTOS REALES DEL CONTRATO

Los elementos reales de este contrato son la actividad del agente y la retribución.

1. La actividad del agente, (cuando actúen como comisionistas) cuyo deber principal en la ejecución del contrato es promover o fomentar negocios y concluir contratos por cuenta del empresario, lo que supone la realización de actos jurídicos (de comercio casi siempre) y actos materiales.

2. La retribución o comisión del agente puede ser en dinero o en especie, la cual se fijará mediante acuerdo previo de las partes y cuando se realicen actividades como operadoras mayoristas, es decir a nombre propio, entonces el usuario o turista entregará directamente al agente de viajes la remuneración por sus servicios.

D. ELEMENTOS FORMALES

En realidad no hay disposición que obligue a que dicho contrato revista formalidad alguna para su validez, pero en el caso de que fuere conveniente compararlo con la comisión o con el mandato, no serán aplicables las normas de estos contratos en relación a su forma, pero el contrato de agencia por lo menos deberá ratificarse por escrito antes de que el negocio o los primeros contratos concluyan (artículo 279 del Código de Comercio) o por escritura pública. Además por aplicación analógica de las disposiciones de la comisión y del mandato, el agente puede aceptar tácitamente el encargo conferido mediante la realización de

actos en ejecución del contrato, de acuerdo con lo que disponen los artículos 276 del Código de Comercio y 2574 del Código Civil.

E. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO

1. Es de duración porque generalmente se celebra para plazos largos o por término indefinido, se busca que exista una relación permanente y estable, pues no se trata de un colaborador ocasional.

2. Es un contrato a triunfo porque la comisión o remuneración del agente depende de los resultados.

3. Los gastos operativos normalmente se pagan por el agente y no por el empresario.

4. El agente contratará por cuenta del empresario y puede o no ser su representante, por lo que observamos que hay dos clases de contrato de agencia:

a) Representativa (se asimila a la figura de la comisión)

b) Sin representación (se asimila a la figura de la mediación)

5. El objeto del contrato es promover y concluir negocios y contratos en interés del empresario y del propio agente; el contrato no se agota en actos concretos.

6. El agente normalmente no responde de los servicios prestados, no es un trabajador del empresario.

7. La remuneración del agente depende prácticamente del número de las operaciones que se celebren con su intervención.

8. El agente obra por cuenta del empresario, y puede recibir poder (adicional) para contratar en su nombre.

F. CLASIFICACION

1. Es nominado.- Porque el Código Civil le da una designación en lo particular (artículo 2666).

2. Es bilateral.- En virtud de que existe una obligación por parte del agente de representar al principal en la promoción y celebrar determinadas operaciones, y la de dicho principal por su parte de cubrirle la comisión o participación convenida.

3. Es un contrato atípico.- En cuanto a que ninguna ley lo regula en lo general.

4. Es un contrato oneroso.- Ya que la retribución es un elemento natural del contrato.

5. Es un contrato conmutativo.- En cuanto que los derechos y obligaciones de las partes quedan fijados al celebrarse el contrato, y aleatorio en cuanto a lo que se refiere al cobro de la comisión.

6. Es consensual en oposición a real.- Toda vez que basta el simple acuerdo de voluntades de las partes para que se perfeccione.

7. Es consensual en oposición a formal.- Ya que no requiere en principio de formalidad alguna pero de modo especial como consecuencia de disposiciones legales que así lo exijan, será formal.

8. Es principal.- Porque su existencia, validez y cumplimiento no depende de ningún otro contrato.

9. Es de tracto sucesivo.- Es decir, su ejecución no es instantánea, sino que se prolonga en un plazo generalmente largo de tiempo.

10. Es un contrato preparatorio o preliminar.- Tendiente a lograr contratos a favor del empresario, toda vez que previene una situación, la cual será antecedente de otros contratos.

11. Es un contrato *intuitu personae*.- Pues el empresario contrata con el agente por las cualidades personales y profesionales que posee el agente.

12. Es un contrato de adhesión.- Sobre todo cuando la agencia de viajes funge como operadora o comercializadora de viajes o excursiones tipo "paquete".

13. Es un contrato de naturaleza mercantil (artículo 75 fracción X del Código de Comercio).

G. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO

1. Pagar la comisión en el momento en que se haga el servicio, en los términos pactados por las partes; es importante supervisar que no se inflen las facturas.

2. Facilitar al agente los elementos para el desarrollo de su actividad, como catálogos, listas de precios, descuentos y folletos.

3. Responder de las obligaciones contraídas por el agente con terceros, ya sean turistas u otros prestadores de servicios turísticos.

4. Reembolsar los gastos al agente, sólo cuando así se acuerde expresamente en el contrato; algunas legislaciones como la italiana establecen que el agente no tiene derecho al reembolso de gastos.

5. Si existe acuerdo expreso, se deberán pagar los gastos erogados por el agente (aunque la doctrina considera que la comisión implica ya los posibles gastos).

6. Es posible que se pacte una prima especial para el agente, cuando el empresario viola la cláusula de exclusividad del territorio asignado, y contrata directamente sin la intervención del agente.

7. En relación al pago, éste puede pactarse en cualquiera de las siguientes formas:

- a) Si es mediador, al momento de contestarse o confirmar el pedido.
- b) Si está facultado para contratar, al momento de celebrar el contrato o extender la factura.

Conviene señalar que, en el caso de la agencia y a diferencia de la mediación, la cancelación de pedidos y/o rescisión de contratos, así como las bonificaciones y descuentos, si le afectan a la figura de la agencia, obligándole a devolver la comisión ganada (o compensarla contra futuras comisiones).

H. OBLIGACIONES DEL AGENTE

1. OBLIGACIONES PARA OPERAR

a). Dar aviso de inicio de operaciones a la Secretaría de Turismo o a las dependencias u órganos estatales o municipales de turismo correspondientes, dentro de los ocho días siguientes a que aquéllas inicien, a través de los formatos correspondientes.

b) Para operar deben contar con un ejecutivo que tenga conocimientos y experiencia para el desempeño de la actividad, según las modalidades conforme a las que opera la agencia de viajes.

c) Contar con un local que tenga los elementos indispensables en cuanto al mobiliario y material técnico, así como acreditar la propiedad o presentar el contrato que en su caso tenga celebrado y que permita el uso de dicho local.

2. OBLIGACIONES DE INFORMAR

a) Al promocionar paquetes turísticos deberán especificar al turista los servicios en su material publicitario identificando al prestador; el precio total del paquete; los servicios que incluye; vigencia del mismo; condiciones para modificarlo; número de integrantes del grupo; condiciones de reservaciones y pagos; consecuencias de la cancelación por causas imputables tanto a la agencia de viajes o al prestador de servicios, como al cliente; la existencia de la confirmación escrita de los servicios pactados; y en su caso el tipo de guía que prestará el servicio; así como el idioma utilizado.

b) En su promoción y comercialización deberán señalar con precisión la modalidad bajo la cual se encuentren organizadas.

c) Tener a disposición del público en general, el precio o tarifa de los servicios y productos que ofrecen o comercializan.

3. OBLIGACIONES EN CUMPLIMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO

a) Celebrar convenios de intermediación con los prestadores.

b) Promover o concluir negocios en interés del empresario, buscando cuantas ocasiones propicias se le presenten, sin necesidad de recibir encargos concretos.

c) Seguir las instrucciones generales del empresario, fijadas en el contrato.

d) Otorgar facilidades y un buen servicio a la clientela.

e) Obligar al representado o empresario en los contratos que a nombre de aquél, celebre con terceros o turistas.

f) Transmitir al empresario los derechos y obligaciones contraídos con terceros.

g) Cumplir como operadora con los servicios pactados.

h) Informar al empresario periódicamente o cuando éste lo solicite, sobre su actuación o bien sobre las condiciones del mercado.

i) A efecto de poder concretar su labor de intermediación con otros prestadores de servicios turísticos, celebrarán convenios en los que se haga constar dicha intermediación y los servicios que en ella se comprenden y en los que se consignén los derechos y obligaciones de cada una de las partes, las bases de su operación y su responsabilidad frente al turista.

j) Las agencias de viajes que integren paquetes o excursiones turísticos, deberán contratar, en su caso a aquellos guías que cuenten con la credencial de reconocimiento expedida por SECTUR.

I. MODALIDADES

Las actividades de las agencias de viajes no se limitan simplemente como intermediarios en el viaje individual, pues también organizan viajes colectivos

cada vez con mayor frecuencia, y la separación entre intermediario y organizador, sólo es posible idealmente, pues en la práctica se combinan ambas actividades, lo cual significa que hay intermediarios que se manifiestan como organizadores y viceversa.

Con base en lo anterior, las agencias de viajes podrán operar bajo las siguientes modalidades:

1. Sin representación (mediación)
2. Con representación (comisión)
3. Operadora mayorista
4. Agencia de viajes minorista
5. Subagencia y
6. Pacto de exclusiva

1. Sin representación es cuando la agencia de viajes sirve de mero intermediario entre los turistas y otros prestadores de servicios turísticos entre sí, es decir que todo lo actuado por el agente recaerá directamente en la persona y patrimonio del empresario.

2. Con representación opera cuando el mandatario obra a nombre del mandante o empresario y éste es representado directamente, es decir, que por los actos que realiza el mandatario o agente, el mandante o empresario resulta obligado frente a terceros.

3. La agencia operadora mayorista según el artículo 30 del Reglamento de la Ley Federal de Turismo, tiene como actividad preponderante la integración de paquetes turísticos, los cuales son promocionados y comercializados por ellas mismas o por conducto de agencias de viajes minoristas.

Este tipo de agencias deberán de integrar y publicar anualmente, cuando menos, dos paquetes turísticos, a efecto de que la Secretaría les reconozca esta calidad.

4. La agencia de viajes minorista es aquella, que ofrece y vende al público consumidor paquetes turísticos integrados por la operadora mayorista; servicios de otros prestadores de servicios turísticos o relacionados con ellos; y a solicitud expresa del cliente, integra dos o más servicios turísticos o relacionados con éstos en un solo producto.

El agente de viajes minorista para integrar paquetes turísticos, deberá dar aviso por escrito a la Secretaría, antes de iniciar su promoción y comercialización (artículo 31 del Reglamento de la Ley Federal de Turismo).

5. La subagencia de acuerdo a lo expresado en el artículo 32 del multicitado Reglamento, es la persona física o moral que ofrece y vende al público consumidor exclusivamente servicios turísticos o relacionados con ellos.

Desde el punto de vista mercantil la subagencia es una figura que se produce en el contrato de agencia por medio de la subcontratación, realizada por el agente, como empresario, con otros subagentes, y como requisito indispensable para que opere esta modalidad es necesario que el mandante (empresario) autorice al mandatario (agente), ya sea en forma general o individual, que éste último celebre la subagencia con terceros, con las respectivas limitaciones en cuanto se refiere a la duración, territorio, exclusividad, etc.

6. El pacto de exclusiva es una cláusula que puede insertarse en el contrato por voluntad de las partes en la que ambas renuncian parcialmente a su libertad de contratar o de producir por su cuenta.

En el contrato de agencia, la exclusiva se da:

a) En cuanto al agente:

- Por la zona geográfica;
- En relación a los negocios;
- Por la cuantía;

b) En cuanto al empresario:

b) En cuanto al empresario:

- no contratar con otro agente;
- no contratar con terceros sin el agente;
- evitar vender el producto en la zona de exclusividad del agente;
- utilizar otras vías de distribución.

La naturaleza de la cláusula de pacto de exclusiva es una obligación "de no hacer", en términos del artículo 2028 del Código Civil, que se centra en:

No contratar con otra agencia

No contratar fuera de la zona

No contratar en exceso de la cuantía

J. NATURALEZA JURIDICA CONTRACTUAL

Como ya se analizó previamente el contrato de agencia es atípico, su figura jurídica es *sui generis* pues posee una connotación propia que lo diferencia de otros contratos afines a él, como lo son: el de comisión, mandato, prestación de servicios, suministro y distribución.

Las normas de los contratos típicos que resultan aplicables supletoriamente son en este orden: las de comisión, las de mandato como contrato de gestión de intereses ajenos, asimismo, el contrato de prestación de servicios, por ciertas obligaciones que el de agencia produce asimilables a esta figura.

K. CAUSALES DE EXTINCION DEL CONTRATO DE AGENCIA DE VIAJES

1) El contrato de agencia puede terminar por diversas causas, mismas que pueden ser acordadas contractualmente por las partes.

2) Por vencimiento del plazo cuando tiene fijado una vigencia; la llegada del término extingue la relación contractual.

3) Por la revocación del contrato con justa causa, porque por lo general es un contrato a largo plazo.

4) Por agotamiento de la materia.

5) Por muerte o extinción del agente, cuando se trate de persona física, toda vez que por naturaleza este contrato es *intuitu personae*; no así, si el agente es persona moral.

6) No cumplir personalmente el encargo, pues para el contrato de subagencia se requiere la autorización del empresario.

7) Por quiebra, por suspensión de pagos o insolvencia del agente.

8) Por violación al pacto de exclusiva.

9) Por no llegar a una cuota de ventas pactada (rescisión).

L. DISTINCION CON OTROS CONTRATOS DE SIMILAR NATURALEZA.

COMISION

1. Es a corto plazo
2. Los gastos los paga el comitente (reembolso)
3. Es revocable en cualquier momento
4. El comisionista recibe instrucciones específicas

AGENCIA

1. Es de duración indefinida
2. Los gastos los paga el agente
3. Sólo con justa causa
4. El agente (representante) recibe instrucciones generales

MEDIACION

1. Es a corto plazo
2. Puede o no ser comerciante
3. Si el contrato avenido se rescinde sólo tiene derecho a cobrar su comisión
4. Cobran gastos

AGENCIA

1. Tiene duración indefinida
2. Es un comerciante
3. La rescisión del contrato avenido le afecta al agente
4. Normalmente no se cobra al cliente.

VII. CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE GUIAS DE TURISTAS**A. CONCEPTO**

Es un contrato en virtud del cual una de las partes denominado "guía de turistas" ofrece sus servicios a otra llamada "turista", consistentes en demostrar y proporcionar los datos históricos o culturales de los principales atractivos de determinado lugar, a cambio de una remuneración.

B. ELEMENTOS PERSONALES

1. Guías de Turistas: Son las personas físicas que proporcionan al turista nacional o extranjero, orientación e información profesional sobre el patrimonio turístico, cultural y de atractivos relacionados con el turismo, así como servicios de asistencia.

2. Turista.- "Es la persona que viaja desplazándose temporalmente fuera de su lugar de residencia habitual y que utilice alguno de los servicios turísticos a que se refiere la Ley Federal de Turismo en su artículo 4 fracción III.

3. Agencia de Viajes.- Según el artículo 2o. fracción I del Reglamento de la Ley Federal de Turismo, es la empresa que contrata o actúa como intermediario

en beneficio de un usuario respecto de los servicios comprendidos en el artículo 4 de la Ley Federal de Turismo.

C. MODALIDADES DE LOS GUIAS DE TURISTAS

Los guías de turistas podrán prestar sus servicios bajo alguna de las siguientes modalidades:

1. Guía general: Persona que cuenta con estudios de guía a nivel técnico, reconocidos en los términos de las leyes de la materia y que puede desempeñar esta actividad a nivel nacional con un dominio global de los atractivos turísticos del país;

2. Guía con licenciatura: Persona que cuenta con estudios de educación superior, vinculados con la actividad turística, y que estén reconocidos en los términos de las leyes de la materia;

3. Guía especializado: Persona que tiene conocimientos o experiencia acreditable sobre algún tema o actividad específica.

D. CLASIFICACION

Toda vez que la actividad de los guías de turistas se encuadra en un contrato de prestación de servicios se le clasifica de la siguiente forma:

1. Es un contrato nominado.- Porque tiene una denominación especial en la Ley.

2. Es sinalágmatico.- Toda vez que en su formación concurren la voluntad de dos o más contratantes, y existen obligaciones para ambas partes.

3. Es típico.- Porque se encuentra regulado por la Ley la cual determina su contenido, sus efectos y sus exigencias formativas.

4. Es oneroso.- Pues en este tipo de contrato se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

5. Es comutativo.- De tal suerte que desde el momento mismo de celebrarse el contrato se conocen las prestaciones que mutuamente se deben las partes.

6. Es consensual en oposición al real.- Porque con el simple acuerdo de voluntades queda perfeccionado.

7. Es consensual en oposición al formal.- No se requiere formalidad alguna para su perfeccionamiento.

8. Es Principal.- Porque no depende de otros contratos para su existencia y validez.

9. Es de tracto sucesivo.- Pues el cumplimiento de las prestaciones que se deben las partes se prolonga en un tiempo determinado.

10. Es definitivo.- Porque en este mismo contrato se plasma la voluntad de las partes, sin que se posponga su concretización a un acuerdo futuro.

E. OBLIGACIONES DE LOS GUIAS DE TURISTAS

1. PARA PRESTAR EL SERVICIO (OBTENER CREDENCIAL)

a) Los interesados deberán presentar el aviso de cumplimiento de requisitos ante la Secretaría o ante las dependencias u órganos estatales o municipales de turismo a que se refieren los artículos 17 y 18 de la Ley Federal de Turismo, en los formatos proporcionados por éstas.

b) La condición de guía reconocido, será indicada claramente en la credencial que, en su caso, la Secretaría expida, señalándose asimismo la actividad, el tema e idioma en que esté especializado.

c) Demostrar conocimientos o experiencia en la actividad que como guía pretende desarrollar, para lo cual deberá presentar título profesional, diplomas, evaluaciones o cualquier otra documentación comprobatoria, según sea el caso; y

d) Acreditar la legal estancia en el país, en el caso de extranjeros.

e) Refrendar su credencial cada cuatro años, para lo cual deberá cumplirse con los requisitos que la Secretaría establezca para comprobar la vigencia de los datos aportados en el aviso inicial, así como la actualización de conocimientos o experiencia. Para tal efecto deberán presentar ante la Secretaría la solicitud de refrendo, en los formatos que le proporcione, dentro de los 30 días hábiles anteriores a la fecha de vencimiento y cumplir con los requisitos señalados en este Reglamento.

2. INFORMACION AL TURISTA

a) Del número máximo de personas que integrarán el grupo que es de 25 personas (el artículo 56 del Reglamento de la Ley).

b) La tarifa que se aplica si el servicio es contratado directamente con él.

c) El tiempo de duración de sus servicios

d) El idioma en que se darán las explicaciones

e) Los demás elementos que permitan conocer con certeza el alcance de dichos servicios.

f) No hacer discriminaciones por razones de raza, sexo, credo político o religioso, nacionalidad o condición social;

g) No transgredir reglas de uso de áreas públicas o privadas, observando conductas escandalosas o violentas en sus sitios de trabajos o se les sorprenda en estado de embriaguez o bajo la influencia de algún narcótico;

h) No hacer cobros en exceso a lo pactado.

G. RELACION GUIAS DE TURISTAS-AGENCIAS DE VIAJES

1. Las agencias de viajes serán responsables en términos de la legislación común, del incumplimiento de los servicios prestados por el guía de turistas, cuando éste preste sus servicios para la agencia. Es decir, que exista una relación laboral;

2. Mediante la subcontratación para servicios específicos;

3. Simplemente de intermediación.

H. DERECHOS DE LOS GUIAS DE TURISTAS

1. Obtener el pago por servicios prestados.

2. Los que obtengan su credencial tendrán acceso a las áreas abiertas al público como museos, zonas arqueológicas, monumentos, y en general a todo sitio de interés turístico, así como a las áreas públicas de recepción de los establecimiento de hospedaje, sujetándose a las modalidades del lugar.

I. OBLIGACIONES DE LA EMPRESA

1. Cuando el guía de turistas preste sus servicios para una agencia de viajes, ésta será responsable del incumplimiento de los servicios prestados por el guía, conforme a la legislación común.

J. DERECHOS DEL TURISTA

1. Saber el número de personas que integrarán el grupo.
2. Conocer la tarifa por el servicio contratado.
3. Informarse del idioma en que se darán las explicaciones.

VII. CONTRATO DE INTERCAMBIO DE ESPACIOS VACACIONALES CELEBRADO CON LAS EMPRESAS DE SISTEMAS DE INTERCAMBIO DE SERVICIOS TURISTICOS.

A. CONCEPTO

Es un contrato en virtud del cual una sociedad mercantil denominada "empresa de sistemas de intercambio de servicios turísticos" obtienen en depósito diversos espacios vacacionales con el objeto de ofrecer a otra persona llamada depositario un espacio vacacional en un desarrollo turísticos distinto al entregado en depósito, con similares características a cambio de una remuneración.

B. ELEMENTOS PERSONALES

De nuestra anterior definición se desprenden los siguientes elementos personales que intervienen en el contrato en cuestión:

1. Las empresas de sistemas de intercambio de servicios turísticos son las que se dedican a promover e intermediar el intercambio de períodos vacacionales en diversos desarrollos turísticos entre los turistas-usuarios que tienen celebrado el respectivo contrato de afiliación a cambio de una cuota.
2. El turista.- Como propietario de los espacios vacacionales a intercambiar.
3. El Desarrollador u hotelero.- Es la persona física o moral que destina su inmueble a la prestación del servicio de hospedaje.

C. ELEMENTOS REALES

1. El contrato de afiliación (artículo 62 fracción II).
2. Cuando menos dos espacios vacacionales en diversos establecimientos de hospedaje.
3. Sistema electrónico o equivalente de reservaciones (artículo 62 fracción IV).

D. CARACTERISTICAS

La ley y mucho menos la doctrina ha definido o dado especial atención al contrato de intercambio de espacios vacacionales posiblemente en virtud de su novedad, no obstante, de un análisis minucioso de la operatividad de este contrato se desprende una mezcla de características que son asimilables a otros contratos ya existentes; tal es el caso del contrato de cesión de derechos, por lo que se refiere al intercambio de espacios vacacionales, que hace el usuario o turista, ya que cede a la empresa de intercambio el período vacacional al que tiene derecho, para que la empresa los maneje en un sistema de inventario de unidades (spacebank), para que la empresa con posterioridad se lo intercambie por otro u otros períodos vacacionales en el mismo establecimiento u otros, traduciéndose la actuación de la empresa en una prestación de servicios. Para que posteriormente

el establecimiento de hospedaje proporcione el servicio de alojamiento, lo que significa encuadrar en un contrato de hospedaje

De acuerdo a la estructura mimética que le otorga el tratadista Gutiérrez y Gónzales a la cesión de derechos podemos decir que el contrato de intercambio de espacios vacacionales se asemeja a la permuta siendo en realidad una cesión de derechos. Se encuadra dentro de este rubro con características de permuta.

E. CLASIFICACION

1. Contrato innominado.- Es innominado porque no obstante que en el Reglamento de la Ley Federal de Turismo en el capítulo XII se hace especial mención a las empresas de sistema de intercambio, pretendiendo regular su actividad; sin embargo no se conceptualiza a este contrato como tal.

2. Sinalagmático o plurilateral.- Toda vez que en la dinámica de este contrato deben de concurrir la voluntad de cuando menos cuatro personas, como lo son: la empresa, el establecimiento de hospedaje y dos depositarios entre los cuales se pueda dar el intercambio.

Cabe señalar que el Reglamento de la Ley Federal de Turismo considera necesaria la participación de los prestadores de servicios (artículo 62 fracción II y 63) para que opere la figura del intercambio.

Y por consecuencia, las voluntades que deben concurrir para la operatividad de este contrato serían cuando menos cuatro (dos depositarios o turistas, la empresa de sistemas de intercambio y un prestador de servicios de hospedaje que deberá tener dos destinos turísticos diferentes y que no se brinde el intercambio por el mismo prestador; lo cual se traduce en una limitación a la figura del intercambio, toda vez que no se considerará como contrato de intercambio de espacios vacacionales cuando el prestador de servicios de hospedaje lo ofrezca directamente a sus usuarios.

3. Es atípico impuro.- Porque es el resultado de la combinación de varios contratos, tales como la cesión de derechos una prestación de servicios y de un contrato de hospedaje.

4. Es oneroso.-Se celebra a título oneroso, toda vez que el turista o usuario al pagar su cuota de intercambio, tiene derecho de exigir por parte de la empresa una prestación de servicios relativa a la reservación del alojamiento.

5. Es conmutativo.- Porque desde la celebración del mismo, las prestaciones que se deben las partes son ciertas.

6. Es consensual en oposición al real.- Porque basta el acuerdo de voluntades de las partes para su perfeccionamiento.

7. Es consensual en oposición al formal.- De acuerdo al ordenamiento turístico no requiere de formalidad alguna para su perfeccionamiento.

8. Es principal.- Ya que su existencia y validez no requiere de la existencia de ningún otro contrato.

9. Es de tracto sucesivo.- Toda vez que el cumplimiento del mismo se extiende en el tiempo, ya que el turista deposita su espacio vacacional y espera, hasta que le es confirmado el intercambio por otro espacio vacacional de similares características al otorgado en depósito.

10. Es un contrato definitivo.- Porque en el mismo se plasma originalmente los recíprocos intereses de las partes, sin necesidad de la existencia de un acuerdo posterior.

F. OBLIGACIONES DE LA EMPRESA

1. OBLIGACIONES PARA OPERAR

a) Constituirse como sociedades mercantiles y tener un domicilio en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos.

b) Celebrar por escrito contrato de afiliación con los prestadores de servicios turísticos.

c) Proporcionar a través de los medios editados, al menos anualmente, información consistente en la descripción de los establecimientos afiliados y épocas en que serán clasificadas las temporadas.

d) Tener un sistema electrónico o equivalente de reservaciones y de depósitos de los periodos vacacionales a ser intercambiados por los usuarios turistas.

2. OBLIGACIONES EN EL CUMPLIMIENTO DE SU OBJETO:

a) Las empresas de intercambio deberán expedir dos tipos de comprobantes de reservación:

- Comprobante de depósito del periodo vacacional al inventario de unidades que contenga el nombre del establecimiento de hospedaje, el periodo de ocupación, la temporada, el número o tipo de unidad o habitación, su capacidad máxima, y el horario de entrada y salida.

- Comprobante de confirmación de intercambio de periodo vacacional que contenga el nombre y domicilio del usuario, del establecimiento de hospedaje, fecha de confirmación, descripción de la unidad o habitación, su capacidad máxima, fecha y hora de entrada y salida y los términos y condiciones de la confirmación.

b) Si el incumplimiento fuese imputable a la empresa de intercambio, ésta pagará el hospedaje del usuario en otro establecimiento de características similares y en la misma localidad, poniendo además a su disposición, en forma gratuita, otro periodo vacacional dentro del plazo que ambas partes convengan, equivalente en temporada, número de ocupantes y otras características al que no se haya cumplido, siempre y cuando el usuario no hubiere logrado el alojamiento en un establecimiento de características similares, como según nos lo indica el artículo 65 del citado Reglamento.

c) Deberán reembolsar el monto proporcional de los servicios que no han sido prestados cuando por algún motivo la empresa de intercambio rescinda el contrato con el establecimiento de hospedaje.

d) Otorgar un espacio vacacional al turista con similares características o al espacio vacacional por el depositado.

3. OBLIGACIONES DE INFORMAR

Las empresas de sistema de intercambio tienen la obligación de informar lo siguiente:

a) Las características de los establecimientos afiliados, servicios que prestan, temporadas y épocas de cierre, con el propósito de permitir al usuario evaluar la posibilidad de intercambio y elegir entre la oferta existente, los destinos turísticos que considere acordes con sus intereses.

b) A los miembros afiliados al sistema, de manera periódica y a través de publicaciones, sobre los establecimientos afiliados, así como las modificaciones realizadas en las instalaciones y servicios de los establecimientos miembros del sistema.

c) A sus afiliados, por escrito y cuando menos con 30 días de anticipación, sobre el cambio de su domicilio legal o comercial, así como de

cualquier modificación referente a la operación de los establecimientos afiliados al sistema de intercambio.

G. DERECHOS DE LA EMPRESA

1. Puede disponer o usar libremente el espacio vacacional otorgado en depósito.
2. Recibir la cantidad convenida por los servicios prestados.

H. OBLIGACIONES DEL TURISTA

1. Pagar el monto de la suscripción y las cuotas de intercambio correspondientes a la empresa de intercambio.
2. Cubrir los gastos pactados con el Desarrollo Turístico.
3. Entregar en depósito su espacio vacacional a la empresa de intercambio.
4. Responder por cualquier daño causado por él o sus invitados y por la reposición de objetos perdidos en la unidad que se le asigne en el intercambio.
5. No deberá exceder la capacidad de ocupación de la unidad asignada.
6. Garantizar las buenas condiciones de uso del espacio vacacional

I. DERECHOS DEL TURISTA

1. Obtener un período o espacio vacacional similar al depositado.

2. Que se respeten las condiciones y términos convenidos en el contrato de intercambio.

3. Cuando la empresa de intercambio rescinda el contrato con el establecimiento afiliado al sistema de intercambio, los usuarios afiliados al sistema de intercambio, podrán optar entre solicitar el reembolso del monto proporcional de los servicios que no han sido prestados o seguir disfrutando de dichos servicios, en el entendido de que tendrán derecho a disfrutar del intercambio, solamente en caso de que hubieran depositado su periodo antes de que se efectuara la rescisión de la afiliación del establecimiento de que se trate y la empresa haya hecho uso del periodo vacacional del usuario en dicho establecimiento.

J. OBLIGACIONES DEL DESARROLLO TURISTICO (LOS ESTABLECIMIENTOS AFILIADOS)

1. Proporcionar el servicio de hospedaje en los términos convenidos.

2. Dar el mantenimiento preventivo correspondiente, a fin de mantener los estándares de calidad para garantizar las buenas condiciones de uso.

3. Deberán respetar las reservaciones hechas por los usuarios y confirmadas por la empresa de intercambio en los términos establecidos en los comprobantes de confirmación respectivos. Asimismo, otorgarán las facilidades necesarias a efecto de que el usuario establezca contacto telefónico con la empresa de intercambio en forma gratuita, en el caso de existir algún problema respecto a la confirmación del alojamiento.

3. En caso de incumplimiento en la reservación y existiendo el comprobante de confirmación de la reservación expedido por la empresa de intercambio, si el incumplimiento es imputable al establecimiento, éste deberá gestionar alojamiento y cubrir inmediatamente la estancia del usuario en otro establecimiento de características similares.

4. Contar con los formatos de quejas de porte pagado de la Secretaría de Turismo.

I.CAUSASALES DE EXTINCION DEL CONTRATO DE INTERCAMBIO DE ESPACIOS VACACIONALES.

Podemos partir del supuesto de que las mismas causas de extinción que afectan a las figuras contractuales que intervienen en la formación del contrato de intercambio de espacios vacacionales, son aplicables en este caso:

1. Por vencimiento del término convenido en el contrato.
2. Por mutuo consentimiento de las partes.
3. Por rescisión, es decir que una de las partes puede dar por terminado anticipadamente el contrato de intercambio, cuando la otra incumpla en alguna de las obligaciones contraídas.
5. En caso fortuito, en virtud de hacerse imposible la ejecución del contrato de intercambio.
6. Por novación, es decir que se extingue una obligación preexistente por la creación de una nueva obligación que sustituye a la primera.
7. Por remisión de deuda cuando el turista paga un servicio de intercambio y posteriormente renuncia a su derecho de hacer uso de las instalaciones del establecimiento obtenido en el intercambio.

L. OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES TURISTICAS

A toda persona que sale o deja temporalmente el lugar habitual de su residencia, con ánimo de volver a la misma, y viaja por motivos que no son propios a su profesión, se le considera, en virtud de este fenómeno convertido en un "turista" y amparado por una Ley protectora del interés público que cuida sus pasos y sus actos. Pero este ser humano encuadrado como "turista", tiene las mismas necesidades de comer, de vestir, de transportarse, de caminar, de esparcirse, etc., como cualquier otra persona. Esto ha llevado a que muchos doctrinarios piensen que no existen restaurantes turísticos, ni transportes turísticos, ni esparcimientos turísticos, sino que simplemente servicios generales de uso común para todas las gentes, servicios que son inclusive utilizados por la gente etiquetada como "turista", como también pueden ser usados por los estudiantes, los legisladores, los militares y otras más.

No obstante lo anterior, el jurista ni el funcionario administrativo, pueden dejarse llevar por esta corriente e ignorar el fenómeno turístico, ni tampoco verse dominado por la euforia con que se vive de que el turismo es la panacea a todos nuestros males.

La verdadera preocupación de los hombres de leyes, es buscar la razón o motivos del tratamiento o consideración especial para los turistas en el uso de los diversos servicios comunes a todas las gentes; y la razón es obvia entendiendo el turismo como una faceta de progreso económico y cultural, y por consecuencia, los motivos saltan a la vista si tenemos en cuenta que las personas que se desplazan para llegar a otros lugares, especialmente si son extranjeros, se encuentran frecuentemente desorientadas debido al cambio de hábitos, costumbres, horarios, alimentos, incluso de legislación e idioma. La postura de un jurista prudente debe ser entonces el de no crear tantas figuras nuevas de contratación turística, sino que dentro de estos servicios de usos común, tratar de ajustar las particularidades del turismo a la contextura jurídica de la figura contractual general existente, en términos de brindar protección a los turistas sin fuero o privilegio sobre los usuarios normales.

Así pues, observamos que el ordenamiento jurídico en materia turística (la Ley Federal de Turismo, su Reglamento, la Ley Federal de Protección al Consumidor, así como las NOMS) se hace referencia a contratos eminentemente turísticos, como lo son: el hospedaje, el de la agencia de viajes, el de los guías de turistas, el de las operadoras turísticas de buceo, y el de las empresas de sistemas de intercambio de servicios turísticos, sin embargo también se refiere a otros que no tienen este carácter, tales como los servicios turísticos prestados por establecimientos de alimentos y bebidas como lo son los restaurantes, cafeterías, bares, centros de esparcimiento y similares; pero en general todos ellos implica la existencia de una parte receptora, el turista, con el que al entrar en relación se cumplen requisitos de contratación y en otros varios casos producen efectos jurídicos entre ambas partes.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS CITADOS:

ARCE Gargollo Javier; Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Trillas, México 1989.

BONNECASE Julián; Elementos del Derecho Civil, Traducción Cajica, Tomo II.

BORJA Soriano Manuel; Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México 1990.

CASTAN Toveñas citado por De Buen Lozano Néstor; La Decadencia del Contrato, Editorial Porrúa, México 1986.

D'ARS Alvaro; Derecho Privado Romano,

GALINDO Garfias Ignacio; Derecho Civil, Editorial Porrúa, México 1989.

GUTIERREZ Y González Ernesto; Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, Puebla 1978.

JORS Paul Kumkel W.; Derecho Privado Romano, Traducción Prieto Castro, Labor Barcelona.

KUMMEROV Gert Manuel; Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas 1968.

LOS Mazeud; Citado por De Buen Lozano Néstor, la Decadencia del Contrato, Editorial Porrúa, México 1986.

OLIVERA Toro Jorge; Legislación y Organización Turística Mexicana, Editorial Porrúa, México 1977.

ORTUÑO Martínez; Introducción al Estudio del Turismo, Textos Universitarios, México 1976.

RAMIREZ Fonseca Francisco; Manual de Derecho Constitucional 4ta. Edición, Editorial PAC México 1985.

ROJINA Villegas Rafael; Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, México 1985.

SANCHEZ Medal Ramón; De los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, México 1988.

VILLORO Toranzo Miguel; Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México 1990.

CODIGOS Y REGLAMENTOS CITADOS:

Constitución Política Mexicana de los Estados Unidos Mexicanos; Edición 102, Editorial Porrúa, México 1994.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Edición 25 Editorial Porrúa, México 1992.

Ley General de Población, Edición 25 Editorial Porrúa, México 1991.

Ley Federal del Consumidor, Edición 22 Editorial Porrúa, México 1992.

Ley Federal de Turismo, Septima Edición Editorial Porrúa, México 1992.

Código Civil Argentino; Citado por Villoro Toranzo Miguel.

Código Civil para el D.F.; Editorial Porrúa, México 1993.

Código Civil para el D.F.; Ediciones Andrade, México 1994.

Código de Comercio; Editorial Porrúa, México 1993.

Reglamento Interior de la Procuraduría Federal del Consumidor; años 1992 y 1994.

Reglamento Interior de la Secretaría de Turismo Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de mayo de 1994.

DICCIONARIOS, REVISTAS Y FOLLETOS UTILIZADOS:

Diccionario Jurídico Espasa Calpe; Fundación Tomas Moro, Madrid 1993.

Diccionario Jurídico Mexicano; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, México 1992.

Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado, Edición 1980, Impresa en México.