

Editado por Servicios Académicos Internacionales para eumed.net
Derechos de autor protegidos. Solo se permite la impresión y copia de este texto para uso Personal y/o académico.

Este libro puede obtenerse gratis solamente desde
<http://www.eumed.net/libros-gratis/2015/1449/index.htm>
Cualquier otra copia de este texto en Internet es ilegal.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

“ENFOQUE ACTUAL DE LA TEORIA GENERAL DEL CONTRATO”

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO
QUE PRESENTA:

VÍCTOR AMAURY SIMENTAL FRANCO

CIUDAD DE MÉXICO A 14 DE ENERO DE 2008

CONTENIDO

RESUMEN

PRIMERA PARTE. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-SOCIAL DEL CONTRATO.

PREÁMBULO.

CAPITULO PRIMERO. PREHISTORIA Y EDAD ANTIGUA.

1.0 Prehistoria.

1.1 Las Primeras Civilizaciones del Medio Oriente.

1.1.1 Mesopotamia

1.1.2 Otras Civilizaciones Antiguas.

1.1.2.1 Los Egipcios.

1.1.2.2 Los Hebreos.

1.1.2.3 Los Griegos.

1.2 Roma.

1.2.1 El formalismo Romano.

1.2.2 El consensualismo en Roma.

1.2.3 El sistema contractual Romano.

1.2.3.1 Los elementos del contrato en Roma.

1.2.3.2 Clasificación Romana de los contratos.

CAPITULO SEGUNDO. EDAD MEDIA.

2.1 Principio de la Edad Media.

2.2 La Alta Edad Media.

2.3 La Baja Edad Media.

CAPÍTULO TERCERO. EDAD MODERNA.

3.1 Entorno histórico-social del inicio de la Edad Moderna.

3.2. España.

3.3 Otros Países de Europa Occidental.

CAPÍTULO CUARTO. EDAD CONTEMPORÁNEA.

4.1 Liberalismo.

4.2 Socialismo.

4.3 Doctrina social de la Iglesia Católica.

4.4 Reflexiones finales.

SEGUNDA PARTE. TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS.

SECCIÓN PRELIMINAR. NATURALEZA FILOLÓGICA DEL CONTRATO.

CAPÍTULO PRIMERO. DEFINICIÓN DE CONTRATO.

1.1 Teoría del acuerdo.

1.2 Definiciones jurídico-doctrinarias de contrato.

1.2.1 Definiciones de contrato de autores extranjeros.

1.2.2 Definición personal de contrato

CAPÍTULO SEGUNDO. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO.

2.1 Contenido de la Teoría General del Contrato.

SECCIÓN PRIMERA. EL CONTRATO COMO ACTO JURÍDICO FUENTE DE OBLIGACIONES.

CAPÍTULO PRIMERO. EL CONTRATO ESPECIE DEL ACTO JURÍDICO.

1.1 El Hecho Jurídico.

1.2 El Acto Jurídico.

1.2.1 Especies de Acto Jurídico.

1.2.1 El Convenio y el Contrato.

CAPÍTULO SEGUNDO. ELEMENTOS DEL CONTRATO

2.1 Elementos esenciales del contrato.

Introducción.

2.1.1 Objeto.

2.1.3 Consentimiento.

2.2 Elementos de validez.

2.2.1 Capacidad.

2.2.2 Ausencia de vicios en el consentimiento.

2.2.3 Objeto, motivo o fin lícitos.

2.2.4 Formalidad.

2.3 Eficacia de los contratos.

CAPITULO TERCERO. EL CONTRATO NORMA JURÍDICA.

3.1 La otra cara de una misma moneda

3.2 Diferentes ámbitos del contrato.

3.2.1 Ámbito material del contrato.

3.2.2 Ámbito temporal del contrato.

3.2.3 Ámbito espacial de los contratos.

3.2.4 Ámbito personal de los contratos.

TERCERA PARTE. PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE AUSENTES.

CAPÍTULO PRIMERO. LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE PERSONAS NO PRESENTES.

1.1 Contratos celebrados entre sujetos presentes.

1.1.1 Diferencias con los contratos celebrados entre personas no presentes.

1.2 Solución legal al contrato realizado entre ausentes.

1.2.1 Teléfono.

1.2.2 Correo.

1.2.3 Telégrafo.

1.2.4 Otros medios electrónicos.

1.2.4.1 Fax.

1.2.4.1 Internet.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA REVOLUCIÓN DEL INTERNET.

2.1. Características del Internet.

2.1.1. Orígenes.

2.1.2. Nociones y Concepto.

2.2. Efectos que tiene sobre la sociedad contemporánea.

2.2.1. En las relaciones sociales.

2.2.2. En la economía.

2.2.2.1. En el núcleo familiar.

2.2.2.2. En las empresas.

2.2.2.3. A nivel gubernamental.

CAPÍTULO TERCERO. PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS VÍA INTERNET.

3.1. Inseguridad jurídica de las partes.

3.1.1. Criptografía y firma digital.

3.2. Imposibilidad de constatar la capacidad del contratante.

3.3. La vulnerabilidad de los datos.

3.4. El error y el fraude.

3.5. Problemas relacionados con la autenticación y el tiempo.

3.6. Ventajas inherentes al Internet como medio para la celebración de contratos.

CUARTA PARTE. PERSPECTIVAS DE LOS “CONTRATOS” REALIZADOS VÍA INTERNET.

CAPÍTULO PRIMERO. DECADENCIA DEL CONTRATO Ó DECADENCIA DE LA VOLUNTAD.

1.1 Decadencia del contrato

CAPÍTULO SEGUNDO. SITUACIÓN VIGENTE EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA RESPECTO DE LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.

2.1 Solución en la legislación vigente en México.

2.2 En el Código Civil Federal y Código Federal de Procedimientos Civiles.

2.3 En el Código de Comercio.

2.4. En la Ley Federal de Protección al Consumidor.

CONCLUSIONES

RESUMEN

El trabajo se divide en cuatro partes, en la primera se hace un recorrido histórico de la evolución del contrato, haciendo referencia al periodo prehistórico, primera vez que en un trabajo de este tipo se aborda esta cuestión, posteriormente se realiza la descripción de la Edad Antigua, la Edad Media, Edad Moderna y época contemporánea.

En la segunda parte se analiza la teoría general del contrato, debido a la extensión de la misma, se divide en dos secciones, en la preliminar se vincula al contrato con su significado gramatical y en la primera en el rubro jurídico, en esta sección a su vez se abordan los dos aspectos desde los cuales, jurídicamente, puede ser estudiado el contrato: como acto jurídico y como norma jurídica.

En la tercera parte se estudia al contrato bajo la problemática que significa el advenimiento de las TICs, así se describe la reglamentación vigente de los contratos celebrados entre personas no presentes en México.

Finalmente en la cuarta parte se aborda de manera específica los problemas derivados del contrato realizado por internet y alternativas de solución.

PALABRAS CLAVE: Contrato, convenio, internet, derecho civil, México.

PRIMERA PARTE. Evolución Histórico-Social del Contrato.

Preámbulo.

Fue decidido realizar el análisis del contrato desde el punto de vista histórico conjuntamente al sociológico, porque todo acontecimiento histórico es causado por fenómenos sociales, y en sentido inverso, los acontecimientos históricos han influido en la sociedad para generar lo que conocemos como progreso humano.¹

Por Edad Antigua nos referimos al período histórico comprendido desde la invención de la escritura (es decir el inicio de la Historia propiamente dicha de la Humanidad) hasta la caída del Imperio Romano de Occidente, con lo cual da inicio la Edad Media. Debemos advertir que aun cuando partimos desde la Edad Antigua para dar inicio al estudio formal de la institución que motiva el presente trabajo, no debe negarse que diversos grupos humanos habían alcanzado un alto grado de desarrollo antes de la invención de la escritura, es decir mucho antes de entrar formalmente a la Historia de la Humanidad, por lo cual como una tesis que, consideramos original, ofrecemos una referencia a la etapa prehistórica del hombre en lo relacionado al acuerdo como género y en específico al contrato.

Rosas Benítez, consolida lo antes expresado, cuando expone que “no puede sostenerse que algún estado de civilización humana haya carecido de principios jurídicos, por rudimentarios que se les suponga... Por el contrario, la vida humana situada en cualquier etapa que al azar se elija,

¹ Diversas opiniones consideran que el hombre no ha progresado nada, desde los aportes generados por las grandes civilizaciones antiguas, ya sean la Egipcia, la Mesopotámica, la Griega, etc.; la bestialidad con la que el actual *Imperio mundial* ha actuado en contra del género humano, justifican dicha apreciación. El grave deterioro causado al ambiente es otra prueba fehaciente del retroceso –avance- humano.

estará siempre determinada por relaciones interhumanas, aún cuando sean del todo primitivas... el derecho está presente en la naturaleza social del hombre y sus manifestaciones siempre serán necesarias".²

Capítulo Primero. Prehistoria y Edad Antigua.

1.3 Prehistoria.

Las hipótesis más aceptadas científicamente sobre la aparición del hombre³ sobre la Tierra apuntan a que, esto fue hace unos 40 000 - 35 000 años⁴ aproximadamente, y por otro lado la "historia" del hombre data desde, alrededor de 5 000 a 6 000 años; es decir, el mayor período de tiempo de existencia de la humanidad ha pasado en la etapa conocida como prehistoria; sin embargo, durante tan largo estadio el ser humano sentó las bases para salir de la barbarie originaria, o sea que realizó múltiples descubrimientos y aplicación de los mismos que le permitieron llegar a la brillantez que el mundo antiguo legó a la posteridad; por lo cual podemos positivamente inferir que las necesidades humanas, dadas las adversas condiciones en las que se desenvolvía el ser humano de los primeros tiempos, requerían para lograr subsistir del trabajo común, de la suma de esfuerzos individuales en beneficio de la colectividad, en otras palabras: *un acuerdo de voluntades (es decir múltiples acuerdos)*, de la gran socialización humana.⁵ Las razones anteriores justifican que debamos

² Rosas Benítez, Alberto, *Historia del Derecho*, Facultad de Derecho Universidad de Guadalajara, sin año de edición, pág.19. Fuente consultada en la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

³ Entendiendo por hombre a la especie homínida *homo sapiens* y no a sus antecesores *homo*.

⁴ *Historia Universal Salvat*, edit. Salvat, Barcelona, 1990. Tomo I. Pág. 367.

⁵ Cfr. Engels, Federico, *El papel del trabajo en la transformación del mono en Hombre*, Ed. Exodo, México 1999. pp. 6,5,7.

analizar nuestro objeto de estudio (el contrato) tanto desde el punto de vista histórico como sociológico.

La civilización humana es producto y consecuencia de la inteligencia del hombre, pero es válida la pregunta sobre si la inteligencia humana no es producto a su vez, de la sociabilidad del hombre. La interacción, la sociabilidad han retroalimentado la capacidad intelectual de nuestra especie. Son meras especulaciones determinar que ha influido más en el desarrollo intelectual que como especie hemos alcanzado; lo que está fuera de duda es que la capacidad de trabajar en equipo nos permitió sobrevivir en condiciones de franca desventaja ante las otras especies animales, prácticamente sin tecnología⁶, el hombre gracias a su sociabilidad e inteligencia se sobrepuso a las condiciones ambientales y pobló todo el planeta.⁷

Para las diversas ciencias abocadas al estudio del hombre de la antigüedad, si la humanidad sobrevivió fue por una razón: el entendimiento, es decir el acuerdo de voluntades, el convenio social primitivo; aquel que permitía disponer a favor de sus miembros de los satisfactores indispensables para subsistir; aquel que dispuso la incipiente división del trabajo, en torno a las capacidades del individuo (edad, sexo, vigor, experiencia, etc.) y a las necesidades de la comunidad. Todo esto sin lugar a dudas nos habla de que el género acuerdo ha acompañado a la humanidad desde su origen.

El acuerdo de voluntades primigenio al que aludimos se dio al interior del grupo, dirigido por los miembros de la tribu o clan hacia ellos mismos, pero

⁶ Los utensilios y herramientas diversas que el hombre prehistórico usó pueden ser consideradas como una tecnología primitiva.

⁷ *Historia Universal Salvat*, Tomo I p. XX.

los encuentros que se daban entre unos grupos y otros también debían concluir en acuerdos; la falta de entendimiento absoluto entre los primeros grupos humanos hubiera finalizado en el autoexterminio de la especie; sin embargo, nuestra propia existencia comprueba la prevalecencia del entendimiento, del acuerdo sobre la discordia.

En su momento, el pastoreo y posteriormente la agricultura en mayor medida, fueron descubrimientos que significaron pasos agigantados rumbo a la civilización; pero tales descubrimientos no fueron fruto del azar, sino del frecuente intercambio de bienes e ideas que los pueblos prehistóricos llevaron a cabo, por su capacidad comercial; científicamente se reconoce que el avance cognoscitivo que llevó al surgimiento de las Civilizaciones de la Antigüedad se debe en gran medida a la gran retroalimentación generada por el comercio. Es bastante ilustrativo lo que al respecto nos dice Guillermo F. Margadant: "La agricultura sedentaria añade al panorama jurídico el derecho de propiedad y posesión. La prosperidad de los sectores sedentarios atrae a los invasores. De la guerra nace la esclavitud de los conquistados y así se complica la estratificación social... Esta división del trabajo... provoca la necesidad de un comercio..."⁸

Sin lugar a dudas, el acto mercantil por excelencia fue el intercambio o trueque (precedente aún vigente en varias regiones del planeta, del actual contrato de permuta). Las razones anteriores sirven para afirmar que los antecedentes más remotos del contrato podemos ubicarlos en los albores de la humanidad y que éste es un acto social antes que jurídico, determinante para el devenir de la humanidad.

⁸ Margadant S., Guillermo Floris, *Introducción A La Historia Universal Del Derecho*, Tomo I. Universidad Veracruzana, México 1974. p. 34.

1.4 Las Primeras Civilizaciones del Medio Oriente.

Alrededor del 3400 A.C. en la región conocida como Mesopotamia, surge la escritura y con ello inicia la etapa histórica de la humanidad.⁹ Si bien los precedentes directos sobre el contrato moderno provienen de Roma, ésta creó sus instituciones sociales y en consecuencia jurídicas, gracias a los intercambios culturales que tuvieron principalmente con los Griegos y los Etruscos quienes a su vez, también fueron influenciados por otras culturas (las primeras grandes civilizaciones del Medio Oriente, en especial las asentadas en la región Mesopotámica y Egipto), que nos remiten al gran principio lógico-jurídico de que *la causa de la causa es causa de lo causado*; en este sentido, aquellos pueblos que alcanzaron primeramente el grado de civilización, fueron también quienes regularon el acuerdo de voluntades o contrato por vez primera.

El hecho de que ni esas primeras civilizaciones ni los romanos hayan regulado sistematizadamente la materia de los contratos, no es óbice para reconocer que aunque casuísticamente, tales pueblos conocieron, aplicaron y regularon el acto jurídico que hoy en día denominamos contrato, ya que dieron los primeros pasos para regularlo bajo una concepción de justicia y legalidad.¹⁰

⁹ Cfr. Asimov, Isaac, *El Cercano Oriente*. Historia Universal Asimos, Alianza Editorial, México, 1983. p. 29.

¹⁰ Cfr. Rosas Benítez, Alberto. Op. cit. p.131. "Los egipcios, babilonios, asirios, hebreos e hititas, practicaron (sic) actos jurídicos que aunque se asemejan a contratos propiamente dichos, no los son en el fondo, pero en cambio usaron otros muchos cuya identidad contractual no deja lugar a dudas, pues la voluntad de las partes se hizo presente especificando la manera en que se obligaban ... Sin embargo, dichos pueblos no llegaron a tener un concepto teórico y doctrinario sobre la naturaleza general de los contratos, no

Se reconoce plenamente que el Derecho en un principio¹¹ estuvo constituido por un conjunto de reglas (con carácter de normas jurídicas) seguidas y respetadas consuetudinariamente. Sin embargo, los abusos en el ejercicio del poder motivaron que desde tiempos antiguos se optara por escribir el Derecho, por lo que encontramos fuentes escritas de gran antigüedad que reflejan la existencia del contrato desde los albores de la civilización.

Entre los contratos que tuvieron un estatus como tal en las grandes civilizaciones antiguas del Medio Oriente, se encuentra el *arrendamiento*; en Mesopotamia era común y corriente entregar la posesión de bienes inmuebles a cambio del pago de un precio. Este contrato no tuvo un desarrollo similar en los pueblos coetáneos de los mesopotámicos, porque tenían una concepción de la propiedad familiar bastante afianzada que impedía transacciones de esta naturaleza.

Por otra parte, la *compraventa* y su pariente próximo la *permuta* fueron usualmente practicadas por los pueblos de la antigüedad; existió asimismo una forma contractual equiparable al *depósito* lo cual salta a la vista en algunos textos bíblicos y en disposiciones del Código de Hamurabi, en las que se contemplaban "sanciones al depositario por el deterioro o pérdida del bien dado en depósito. La sanción consistía en la restitución equivalente al valor del bien, más un quinto, si en el daño hubo culpa..."¹². El *préstamo* o *mutuo* también fue un contrato bastante frecuente, aunque

obstante que la necesidad social y el grado de civilización que habían alcanzado, los impulsara a trabar relaciones de tipo contractual bien definido".

¹¹ La Historia y los estudios en torno a la etapa Prehistórica confirman que todo pueblo, que toda civilización en sus orígenes tuvieron ordenamientos de perfiles consuetudinarios. Hoy en día múltiples comunidades indígenas son muestra de ello, y aún más el sistema jurídico anglosajón se distingue por ser un ordenamiento jurídico de tipo consuetudinario.

¹² Rosas Benítez, Alberto, *op. cit.*, p. 135 y ss.

en algunos pueblos estuvo restringido por las limitaciones contractuales que se daban entre los miembros de tales comunidades (tal es el caso de los Hebreos, quienes tenían prohibido el cobro de intereses *supra* 1.1.2.2); y finalmente como muestra del incuestionable avance jurídico de tales sociedades tenemos que conocieron contratos de garantía tales como la *fianza* y la *prenda*, que tuvieron una reglamentación bastante destacada.

Previo al estudio de las peculiaridades que nos ofrecen algunos pueblos representativos del mundo antiguo, debemos advertir que se omiten civilizaciones¹³ como la China, la Persa y la Hindú, debido a la escasa información relativa a la regulación jurídica que seguramente tuvieron en sus relaciones contractuales.

1.4.1 Mesopotamia

Como ya vimos la escritura surge en Mesopotamia. Asimismo, las legislaciones más antiguas de las que se tiene conocimiento corresponden al fruto del pueblo Sumerio; lamentablemente, de las mismas sólo se conservan fragmentos aislados en los que constan registros de compraventas y aunque los términos, las condiciones y su alcance se desconocen, ¡lo trascendente es que ya existía la compraventa reglamentada como tal, en el año 2275 A.C.!

¹⁴

Aun cuando la más grande obra codificada de la antigüedad que nos llega a nuestros tiempos “el Código de Hamurabi” (hacia 1700 A.C.), no representa el nivel más alto de cultura jurídica de las primeras civilizaciones,

¹³ En América también existieron antiquísimas civilizaciones (Olmecas, Teotihuacanos, Mayas, etc.), de las que también hemos de excluir cualquier información al respecto, por carecer de fuentes fidedignas que nos permitan ir más allá de meras especulaciones.

¹⁴ Cfr. Margadant S., Guillermo Floris, *op. cit.*, p. 38.

tal y como nos dice Margadant: "...cuando Hamurabi dicta su famoso código babilónico, que se conoce con bastante detalle, se observa, a menudo, un retroceso respecto de los derechos sumerio y acadio de aquellos fragmentos. Así, en caso de daño, Hamurabi establece como sanción la *ley del talión*, en tanto que el derecho sumerio, anterior a él, estaba basado en el principio de la reparación del daño."¹⁵ Sin embargo si representa en gran medida al sistema jurídico-social de la época y en lo concerniente al contrato es una magnífica fuente; al respecto, Asimov señala: "El Código tiene un fuerte carácter comercial, lo que muestra una vez más que la base de la civilización mesopotámica era el comercio. Afirmar la absoluta santidad de los contratos y estipula cuidadosamente la manera en que los bienes pueden ser poseídos, vendidos o transferidos. Regula el comercio, los beneficios y los alquileres. Prohíbe el engaño en el peso, los artículos de mala calidad, la mala artesanía y los fraudes comerciales en general"¹⁶. Margadant coincide plenamente con Asimov al afirmar que "Es obvio que se trata del derecho de un país comercial; las relaciones entre comerciantes y comisionistas o portadores son minuciosamente reglamentadas. Se consigna también el principio de la *actio redhibitoria*¹⁷ en relación con los esclavos. Todo comprador debe tener en cuenta la reputación del vendedor, ya que prevalece el principio de que el comprador, poseedor de buena fe, no está protegido contra la reivindicación por parte del verdadero propietario. Los contratos deben de hacerse con testigos, a la luz de una plena publicidad; si no se observa tal publicidad, el comprador de una cosa robada corre el riesgo de ser equiparado a un ladrón y de ser muerto."¹⁸

¹⁵ Ibíd. p. 40.

¹⁶ Asimov, Isaac. op. cit. p. 64

¹⁷ La *actio redhibitoria* es el derecho que tiene el comprador para rescindir el contrato por vicios ocultos en el objeto materia del contrato. Cfr. Margadant S., Guillermo F. op. cit. p. 42 Nota al pie.

¹⁸ Ídem.

Es digno de destacar el calificativo que se le da al matrimonio¹⁹ “También los matrimonios eran considerados como una forma de contrato, y se establecían normas para el divorcio y la adopción de hijos. Aunque un hombre podía divorciarse de su mujer a voluntad, debía devolver la dote que ella aportaba al matrimonio.”²⁰.

También fueron reglamentadas ciertas actividades que hoy en día constituyen algunas especies de contratos tal y como lo es el contrato de prestación de servicios profesionales, “Si un carpintero construía una casa que se derrumbaba y mataba al propietario, se le condenaba a muerte. Pero había atenuantes por accidente...El código es muy detallado en lo que respecta a la profesión médica ... Se regulaban los honorarios y la ética de médicos y cirujanos. Un cirujano torpe podía perder la mano que había empuñado el cuchillo.”²¹

1.4.2 Otras Civilizaciones Antiguas.

Como podemos apreciar en la región de Mesopotamia, el intercambio mercantil, y por consiguiente la idea del contrato había permeado en su cultura, y en consecuencia en los pueblos circunvecinos, en especial los Egipcios y posteriormente en el pueblo Hebreo. Todo el espacio territorial que constituye al Medio Oriente estuvo densamente poblado por variados pueblos, cada pueblo (o cultura) constituía una nación, algunas

¹⁹ Destacamos esta circunstancia porque hoy en día en México a razón de la normatividad en torno al matrimonio la gran mayoría de los tratadistas concuerdan en desconocer la naturaleza de contrato al matrimonio tema del cual abordamos su estudio pormenorizado en el parágrafo WwXwX.

²⁰ Asimov, Isaac. op. cit. p. 64.

²¹ Ídem.

destacaron sobre otras, y algunas han sobrevivido como naciones hasta nuestros días.

1.4.2.1 Los Egipcios.

Poco es lo que se sabe respecto al primitivo derecho egipcio, los textos que debieron existir fueron destruidos, existen teorías fundadas en ciertos aspectos de su vida jurídica, pero nada en lo concerniente a nuestro objetivo, el contrato. Del Imperio Nuevo se tiene más información, sin embargo no deja de ser vaga, ya que deducciones lógico-históricas nos harían llegar a los mismos resultados, sin embargo Margadant nos ilustra fehacientemente algunos aspectos que vale transcribir "...se conservan normas... con algunos datos de interés jurídico y el requisito de la forma escrita para los contratos..."²² Los datos que se tienen hacia el año 500 A. C., confirman que "Los contratos se celebran por escrito, en presencia de muchos testigos, y deben registrarse públicamente. Los registros públicos, detallados, también contiene datos sobre la propiedad inmueble. El hecho de que el comercio estuvo en manos de los griegos, parece haber constituido un impedimento para el desarrollo de un derecho egipcio de contratos y obligaciones."²³ Todo lo anteriormente expuesto nos sirve como fundamento para colegir que el pueblo egipcio conoció la figura del contrato ya con ciertas peculiaridades que alcanzarían otros pueblos posteriormente en especial los Romanos, a su vez vemos confirmada la regla de la gran formalidad que debieron cumplir quienes contrataban en aquellos tiempos.

²² Margadant S., Guillermo F. op. cit. p. 47.

²³ Ibíd. p. 48.

1.4.2.2 Los Hebreos.

Aunque para los efectos del presente estudio reconoceremos a los hebreos como una unidad, en realidad en la antigüedad no lo fueron, estaban constituidos por variadas tribus que, aunque compartían muchos rasgos culturales, no constituían una unidad política; los pueblos hebreos tuvieron inicialmente como principal actividad económica el pastoreo, con el tiempo complementaron esta actividad con la comercial; por otro lado las tribus que al paso del tiempo alcanzaron mayor predominio sobre sus vecinas fueron aquellas que tenían en común una religión monoteísta, la normatividad jurídica de tales pueblos estaba (y sigue estando) íntimamente ligada a su religión. "La antigua legislación hebrea, codificada en diversas épocas entre 900 y 600 a.C., se encuentra sobre todo en el libro *Levítico* y en el *Deuteronomio* (que contiene, Inter. Alia, el *Decálogo*)"²⁴.

En lo relacionado al contrato, encontramos una norma, de una gran peculiaridad, el que cada siete años debían ser perdonadas entre sí las deudas que tuviesen los hebreos (Deut. 15). "Si un miembro de la sociedad necesitaba un préstamo, el eventual acreedor no debía tomar en consideración la eventual cercanía del séptimo año.

El embargo no podía recaer sobre ciertos objetos necesarios al deudor (Deut. 24.6); entre ellos, los hebreos no podían cobrar intereses (Deut. 23.19) y la *gestio negotiorum* era obligatoria (Deut. 22).

Además, cada cincuenta años se anulaban retroactivamente las operaciones de compraventa respecto de inmuebles rurales, ya que

²⁴ *Ibíd.* p. 50.

Jehová era el verdadero propietario de la tierra y los hebreos eran sus usufructuarios, bajo condición de que cada cincuenta años regresará a la original distribución de los naipes del juego (año del Jubileo, *Levítico 25*; el precio de la venta de inmuebles solía ajustarse según la mayor o menor cercanía de este año)."²⁵.

1.4.2.3 Los Griegos.

Grecia es reconocida como la madre de la cultura occidental, los picos culturales que alcanzo en prácticamente todas las áreas del conocimiento humano, exceptuando los relativos a la ciencia y tecnología, siguen sin ser superados por el mundo contemporáneo. Los griegos fueron conquistados militarmente por los romanos, sin embargo el pueblo romano cayo sucumbido por el gran nivel cultural de Grecia, y ello condujo a una de las más grandes conquistas culturales que reconoce la historia, en donde el pueblo conquistado termina influyendo más en el conquistador.

El ámbito jurídico no escapo a esta situación, y así el Derecho Griego, mucho más avanzado y refinado que el rudimentario derecho primitivo romano, significo el aporte necesario para que al paso del tiempo el Derecho Romano se convirtiera en la estructura en torno a la cual se cimentó una de las grandes corrientes jurídicas del mundo moderno.

Lamentablemente se carece de suficiente material para darnos una verdadera idea del Derecho Griego de la antigüedad y más aun en lo tocante a la materia de obligaciones, y en especial a la de contratos; podemos inferir por datos histórico-culturales genéricos y por fuentes indirectas algunos aspectos que son dignos de consideración. Margadant

²⁵ Ídem.

al respecto es demostrativo “Especialmente en las relaciones surgidas entre acreedor y deudor... sobreviven hasta hoy algunos términos como documento *quirografario* (reconocimiento de una deuda por puño y letra del deudor, aunque con el tiempo esta denominación llega a significar el reconocimiento de una deuda no garantizada mediante prenda o hipoteca); la *hipoteca* y la palabra de *hiperrocha* o sea demásía, concepto ligado al anterior; el *anatocismo* (cálculo de intereses sobre intereses); la *anticresis* (prenda en la que el acreedor obtiene el derecho de usar y disfrutar el objeto garantizante, mediante renuncia a los intereses o reducción de ellos); así como, por último, la expresión *sinalagmático* (que fue traducido a la terminología romana como bilateral). Todo ello sugiere que el derecho privado griego había desarrollado el tema de las obligaciones y los contratos en forma tal, que llamó la atención de los juristas romanos.”²⁶

1.5 Roma.

Hablar de una institución jurídica en específico (en este caso del contrato) y del tratamiento que el Derecho Romano le dio, nos acarrea problemas difíciles de solventar, de entrada por el hecho de que por Derecho Romano se entiende mucho, ya que tuvo una vigencia plena hasta el 476 de nuestra era, en la parte occidental del Imperio Romano, y en la parte oriental (bizantina) todavía diez siglos más (1453), y aún posterior a esta fecha el conjunto de reinterpretaciones que se han hecho y que bajo una óptica bastante circunscrita incluiría, por lo menos, a la *pandectística alemana*; al problema que significa señalar una fecha límite de vigencia temporal del “Derecho Romano”, se le debe añadir el incluso más problemático de definir cuándo da inicio (retrotrayéndonos a fechas

²⁶ Ibíd. p. 78.

perdidas en la historia²⁷⁾ ya que el año de 753 a. de J.C. sin lugar a dudas constituye más una fecha mítica que una fecha verídica respecto a la fundación de Roma; por otro lado dentro de este inmenso lapso de tiempo es lógico entender que el tratamiento dado a las instituciones jurídicas que integraron este ordenamiento jurídico fue diverso, ello debido a innumerables causas sociales, políticas, económicas, etc.

Estamos hablando de la evolución histórica enfocada en una sola de las manifestaciones humanas en este caso el Derecho, y en particular el contrato; es por ello que, en la medida de lo posible, cuando se aborden temas del tratamiento que los romanos dieron al contrato lo haremos tomando en cuenta las puntas intelectuales que alcanzaron (es decir aplicando el conocimiento aportado por el Derecho Clásico Romano, que en gran medida correspondió a la etapa conocida como Principado o Diarquía –la primera fase del Imperio Romano–²⁸⁾ y en menor medida a la fase final del Imperio Romano de Occidente, época en la que, la tarea de aglutinar en un cuerpo sistematizado todo el *Iuris* correspondió a juristas posclásicos (en especial Justiniano). Sin menoscabo de apuntar datos peculiares de otras fases de la historia del Derecho Romano.

Es apodíctico que Roma constituye la gran fuente en torno a la cual se han alimentado la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo

²⁷⁾ Y esto es así porque el pueblo Romano (como prácticamente todo gran pueblo en la Historia de la Humanidad) “rescribió” su historia al convertirse en la gran nación conquistadora y dominadora del “mundo”, en este caso, lo relativo a sus orígenes desde el punto de vista “histórico-oficial” de Roma, nos remiten a simple y llanamente a la leyenda, seguramente los modernos descubrimientos arqueológicos y paleontológicos aporten datos más fidedignos de los primeros tiempos de los romanos, que lo que ellos mismos desde la República hayan sabido sobre si mismos.

²⁸⁾ Consideramos que la división histórica de Roma en: “Monarquía, República e Imperio (subdividido a la vez en Alto Imperio –conocido también como Principado o Diarquía- y Bajo Imperio). Durante el Bajo Imperio (Autocracia) la unidad del Imperio Romano es fragmentada, para dividirlo en Imperio romano de Occidente e Imperio Romano de Oriente, el primero caerá bajo la dominación extranjera en el 476 d. de J.C., el de Oriente sobrevivirá con variantes marcados respecto a su origen hasta la conquista Turca en 1453 d. de J.C.

occidental, sus juristas culminaron una excelsa Teoría de las obligaciones y, sistematizaron (aunque fuese casuísticamente) en gran medida la materia de los contratos, arrojando múltiples principios que aún hoy en día constituyen la base de la contemporánea Teoría del contrato.

El origen etimológico de la palabra contrato²⁹, también procede de Roma (del latín *contractus*), pero igualmente en Roma el contrato sufrió una constante evolución, tal y como veremos más adelante; por otro lado encontramos que los romanos (o en su caso los neoromanistas) fueron los que vislumbraron posiblemente primero, que el contrato no sólo es un acto jurídico fuente de obligaciones, sino que también, a su vez, establece una norma jurídica individualizada, "...se dice que los contratos son ley para quienes los celebran (*lex inter partes*)".³⁰

Los romanos no elaboraron una definición de contrato³¹, el tratamiento que le dieron a este fue más de tipo casuístico que genérico, en consecuencia tal y como lo expresa Fernández de Buján³², tampoco "elaboraron una categoría general y abstracta que recogiese esta noción jurídica"³³ y como todas las instituciones que conforman lo que hoy denominamos como Derecho Romano, su desarrollo fue de manera

²⁹ *Contractus* es la expresión sustantivizada del verbo *contrahere* que significa contraer: Contrato significa entonces, "lo contraído". Cfr. Fernández de Buján, Federico. SISTEMA CONTRACTUAL ROMANO. p. 103.

³⁰ Si bien, esta idea de considerar al contrato no solamente como un acto jurídico fuente de obligaciones, sino a su vez como una norma jurídica individualizada sería en exceso aventurado atribuirlo a los romanos, el autor mexicano Eduardo García Máynez le da un soporte latinizado a tal supuesto en su obra Introducción al Estudio del Derecho. 47ª Edición. Ed. Porrúa. 1995, p. 85.

³¹ Sin embargo en el Digesto refiriéndose a la convención podemos encontrar lo siguiente: "conviene lo que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar; así también lo que, por diversos movimientos del ánimo, consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer". Digesto libro 11, ley 1, párrafo 3, título 14.

³² En el mismo sentido cfr. Dizionario Giuridico Romano. pp.124 y 125 Edizioni Simone. Nápoles, Italia, 2003.

³³ Fernández de Buján, Federico. Ob. cit. p. 109.

paulatina, hasta culminar en el pedestal en torno al cual se han construido las modernas teorías jurídicas, en este caso las contractualistas.

Los grandes romanistas coinciden en atribuirle al *nexum* la categoría de ser el acto prístino con los atributos jurídicos necesarios para concederle la calidad de contrato, en otras palabras, para muchos es el antecedente más antiguo directo del contrato moderno. Básicamente el *nexum* consistió en un forma primitiva de préstamo, se discute la naturaleza contractual de esta figura, toda vez que el antiguo Derecho Romano contemplaba como sanción para el incumplimiento en este acto, una especie de maldición que se refleja en torno a la siguiente manifestación: “si el deudor no me reembolsa, sea *damnatus*”. Contemporáneo del *nexum* es la *mancipatio*, inicialmente puede equipararse a una compra-venta, es decir fue el modo arcaico de adquirir la propiedad. “Este modo de solemne de adquirir es sólo eficaz respecto de *res Mancipi* y entre ciudadanos romanos...se requiere para él la presencia de cinco testigos, las dos partes, un *libripens* (portabalanza), una balanza y un pedazo de bronce (símbolo del precio, recuerdo de una época premonetaria)”³⁴.

1.5.1 El formalismo Romano.

La historia del Derecho nos muestra que en toda sociedad que emprende la elaboración de un orden jurídico sistematizado, y que además ha sufrido por la violación de las normas jurídicas a manos de quienes hasta ese entonces han detentado el poder público, presenta una extrema rigidez en dichas normas jurídicas y en las manifestaciones de las mismas. Los romanos no escaparon a esta regla, ni tampoco una de sus manifestaciones, en este caso el contrato. Es por ello que en los primeros

³⁴ Margadant S, Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge. 1983. p. 263.

tiempos³⁵ en Roma el convenio (el acuerdo de voluntades en sentido lato) no es suficiente para generar obligaciones, es decir para que tenga relevancia jurídica, para que tal acuerdo de voluntades generara consecuencias jurídicas era menester, que dicho acuerdo fuese manifestado conforme a las reglas, formulas (formas) que la ley exigía, si se omitía el cumplimiento de tales disposiciones, la sanción podía variar dependiendo del tipo de transgresión, desde una nulidad (convalidable en algunos casos) hasta la inexistencia, sin embargo la sanción más grave era que dejaba de producir una situación jurídica amparada por acciones procesales (otro aspecto de la inexistencia).

Esta realidad que ofrecía la manera de contratar en la época arcaica del Derecho Romano en el sentido de que la forma³⁶ representaba el elemento esencial del contrato, sin la cual carecía de acción jurídicamente protegida para exigir en dado caso su cumplimiento, es originada por diversas causas: en los albores del surgimiento del Derecho en cualesquiera sociedad, las normas (jurídicas) que integran el incipiente ordenamiento jurídico en cuestión están de tal manera ligadas a las norma religiosas y de carácter estrictamente social que es difícil distinguir en donde terminan unas y donde empiezan otras, esta realidad a su vez es originada por otra, en este caso la suprema autoridad que regularmente

³⁵ El Derecho romano constituye una gran complejidad en cuanto a su estudio, porque incluye la normatividad jurídica que rigió a Roma durante prácticamente diez siglos y más aún se siguió desarrollando durante por lo menos otros cuatro, a través del Imperio Romano de Oriente (Constantinopla) y en Europa por medio de los Glosadores y los Postglosadores. Refiriéndonos únicamente al período que coincide con Roma como unidad histórico-política, consideramos que la división propuesta por Jorge Adame Goddard en tres etapas: arcaica, clásica y posclásica ofrece validez para nuestro objeto de estudio.

³⁶ En este sentido entendemos por forma a lo que hoy la doctrina ha denominado solemnidad, que no es otra que una forma elevada a la categoría de solemne y que tiene como una de sus características el que sea un elemento de existencia del acto jurídico en cuestión con las consecuencias que acarrea, en su caso, la omisión de tal elemento en la celebración del acto referido, que sería la inexistencia jurídica del contrato.

concentra en torno a un solo órgano estatal-político (ya sea este unipersonal o colegiado) las funciones en estricto sentido de orden público-gubernativo (administrativa-ejecutiva, jurisdiccional y legislativa) además de las de corte religiosa. Otra razón que llevo a dar tal jerarquía a la forma como elemento esencial lo son las características que como pueblo tenían los romanos, un pueblo constituido, principalmente, por agricultores, pequeño-propietarios con el correspondiente apego a la tierra y a los productos que de ella obtenían, más enfocados al autoconsumo que al intercambio comercial, razón que tenía como consecuencia una lógica desconfianza hacia actividades que, en general, realizaban poco. El conjunto de las razones de carácter eminentemente social, antes expuestas, originaron un excesivo formalismos en aquellos primeros contratos.

Este formalismo al que hemos aludido, diferente al contemporáneo, primeramente se reflejo en torno a formulas verbales, si durante la celebración del contrato en cuestión se omitía el cumplimiento de tal forma, tal acuerdo carecía de acción judicial para reclamar su cumplimiento. En tiempos posteriores, si las partes se apartaban de dichas formulas, “el negocio no se podía considerar como contrato *verbis*. En algunos casos, podría tener validez como alguna otra forma de contrato; en otros, sería un pacto vestido; pero con frecuencia, no sería más que un pacto nudo”³⁷. De conformidad con la alta religiosidad que distinguió a los romanos, estas formulas que dieron origen a los contratos verbales, tuvieron como fuente a operaciones religiosas que posteriormente serían secularizadas; la *stipulatio*, el contrato verbal por excelencia es el mejor ejemplo de lo anteriormente expuesto. Los otros contratos verbales más

³⁷ Margadant S., Guillermo F. op. cit. p. 383.

comunes fueron: *la dictio dotis*, *la promissio iurata* y el *negotium per aes at libram*.

Sin embargo el crecimiento de Roma, el dominio sobre toda la península itálica y la posterior conquista de la Helade (Grecia) significarían un repunte extraordinario en las actividades culturales, el derecho no escaparía a tal situación y evolucionó de manera tal que aquella incipiente y rígida reglamentación de los contratos en los tiempos del arcaico Derecho Romano cambió para dar origen, sin lugar a dudas a la fuente en torno a la cual brotaron los fundamentos que conforman la gran comunidad del Derecho contemporáneo que rige en la mayor parte del mundo.

1.2.2 El consensualismo en Roma.

El paso dado entre el formalismo (elevado a solemnidad) que rigió al contrato romano y el consensualismo tuvo como punto intermedio el reconocimiento de los contratos reales; estos contratos ya no requerían como elemento esencial para el reconocimiento de eficacia jurídica a la solemnidad, simplemente con la entrega de la cosa objeto del contrato se perfeccionaban. Coincidimos con Néstor De Buen en cuanto a que esta especie de contratos, "si bien no sancionan situaciones nuevas, ya que no cabe duda de que antes que aparezcan en la vida jurídica como figuras nominadas, existían las necesidades y las operaciones mismas que las identifican, en cambio las resuelven con mayor eficacia"³⁸

La sucesiva, y lógica, evolución que tuvo el Derecho Romano, en el contrato derivó en el reconocimiento de "exaltar el acuerdo –*conventio*,

³⁸ De Buen Lozano, Néstor. La Decadencia Del Contrato. Ed. Porrúa. 2000. p. 9.

consensus-, erigiéndolo en requisito dominador. En el Derecho justiniano, contrato es todo acuerdo capaz de constituir a una persona en deudora de otra. Refiérese el acuerdo a toda suerte de negocios, ya se encaminen a la constitución de obligaciones o de derechos reales, ya a la modificación o extinción de cualquier relación jurídica."³⁹

En los contratos donde el elemento forma ha ya perdido su papel predominante para la perfección del contrato, "el consentimiento opera...de tal modo que bastará que se establezca sobre la cosa y el precio para que surja la obligación, aun cuando ésta pueda quedar aplazada o condicionada por voluntad de las partes"⁴⁰.

El consensualismo significó, indudablemente, un avance significativo en la evolución del contrato, el cual se despojo de los pesados ropajes a los cuales estaba ceñido en las épocas preclásicas del Derecho Romano, sin embargo no todos los contratos fueron susceptibles de hacer a un lado el complejo, y a veces hasta risible, sistema formal (hoy diríamos solemne) al cual estaba constreñido la contratación en la Roma antigua.

1.2.4 El sistema contractual Romano.

Si bien es cierto que los Romanos no crearon, como tal, una Teoría General del Contrato, como ya antes explicamos, el complejo tratamiento que le dieron al contrato y a todos aquellos actos que de una u otra manera tendrían bajo la actual visión jurídica la categoría de contratos; si contribuyeron indirectamente a la elaboración de la actual Teoría General del Contrato, lo cual es motivo de un análisis profundo, más aún que las

³⁹ Iglesias, Juan. Derecho Romano. Instituciones De Derecho Privado. p. 401.

⁴⁰ De Buen Lozano, Néstor. op. cit. p. 11.

fuentes históricas nos ofrecen abundante información al respecto, por lo que es posible ofrecer una imagen muy cercana a una Teoría contractualista de Roma.

Existieron diversidad de “acuerdos de voluntades que generaban consecuencias jurídicas”, es decir al lado de los *contractus*, existieron diversos convenio y pactos (acuerdos de voluntades que generaban consecuencias jurídicas) actos estos últimos que fueron absolutamente diferenciados del contrato; en cambio la figura del *contractus* enmarco un concepto mucho más restringido del que hoy le atribuimos al contrato contemporáneo.

Como ya hemos dicho el Derecho Romano nunca ofreció una reglamentación genérica de los contratos, sino que los reguló de manera casuística⁴¹; los actos que a la luz de la doctrina y teoría contemporánea les daríamos el carácter de contrato, no necesariamente tuvieron tal categoría en Roma.

La evolución del contrato romano, de la cual hemos hecho un breve esbozo, nos muestra que esta institución tuvo grandes cambios, en sus primeras manifestaciones representado por el *nexum*, fue excesivamente formal, y restringido a muy pocas situaciones humanas, poco a poco se abrió paso para sustentar bajo su concepto a una mayor diversidad de

⁴¹ cfr. Messineo, Francesco. Doctrina General del Contrato. 1952. Pág.50. “el concepto moderno del contrato se deriva no del “*contractus*” de los romanos, sino del nudo pacto (*convenio*) reconocido por el derecho pretoriano que originalmente, es decir, en el derecho romano más antiguo indicaba el elemento voluntario y no lo que los romanos llamaban “*contractus*” que era el vínculo que mediaba entre dos personas, tuviese éste su origen en un hecho voluntario o en otro hecho no voluntario, y era, un vínculo que se producía tan sólo con relación a un contenido determinado, al cual correspondían figuras igualmente determinadas (o tipo) de contratos (sistema cerrado: *numerus clausus*). Sólo aquellas determinadas figuras de contratos engendraban acción, esto es, eran reconocidas por el ordenamiento jurídico y protegidas contra su cumplimiento.

hechos humanos, así como también fue siendo despojado de la excesiva carga de solemnidad bajo la cual estuvo inicialmente supeditado.

1.2.4.1 Los elementos del contrato en Roma.

Siguiendo lo expuesto por Guillermo F. Margadant los Romanos consideraron como elementos esenciales del contrato a los siguientes: sujetos, objeto, consentimiento, causa y forma. "Cada uno de ellos puede dar lugar a particularidades especiales del contrato, y, en consecuencia, a rasgos peculiares de la obligación que nació del mismo... cada elemento es susceptible de ciertos vicios"⁴², que pueden afectar al contrato y en consecuencia a la obligación resultante del mismo y por ende a la sanción jurídica que tal omisión debía imponerse.

Ya sea en su caso una nulidad absoluta o relativa, en la interpretación que los romanistas hacen de la teoría de las nulidades que reguló en Roma, se da un debate para discernir si ellos crearon la categoría de la inexistencia como una sanción aún más severa que la relativa a la nulidad absoluta.

Como bien expone Margadant, similar a la situación que la realidad contractual contemporánea presenta, los elementos esenciales que conformaron al contrato romano, no necesariamente debieron coexistir todos simultáneamente, es decir de manera excepcional, fue posible que algunos contratos no contaron con todos los elementos, o que en su caso, fuere subsanada la omisión en un momento posterior a su celebración. "Determinados contratos, empero, recibieron del derecho clásico una exención especial del requisito de la forma (los contratos consensuales), y

⁴² Margadant S., Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. p. 317.

el derecho preclásico dio poca importancia a los requisitos del consentimiento y de la causa. Además, para ciertos contratos clásicos era necesario contar con algún elemento, no esencial para otros contratos (así, el precio era un elemento esencial de la compraventa).

En vista de las particularidades antes anotadas respecto de determinados tipos de contratos, se ha llegado a definir, para cada contrato, cuáles son los *essentialia negotii* sin los que el negocio no puede existir, cuáles los *naturalia negotii* que valen en una forma prefijada por la ley, mientras las partes no los modifiquen *expressis verbis*, y cuáles los meros *accidentalia negotii*, que no valen si las partes no los incorporan expresamente a los contratos.”⁴³

1.2.4.2 Clasificación Romana de los contratos.

Es posible encontrar clasificaciones del contrato bajo un criterio netamente romanista, no obstante que los grandes juristas clásicos y posclásicos de Roma⁴⁴, seguramente desconocieron algunas “especies” de contratos que permiten hoy en día, ofrecer clasificaciones “romanas” del contrato diferentes y más complejas a las ofrecidas por ellos mismos, sin que por ello dejen de ser verdaderas, en cuanto a que atienden a la realidad histórica y social de la evolución de esta figura jurídica en Roma.

⁴³ Ibídem. pp. 317 y 318.

⁴⁴ Suena increíble, pero es cierto que el investigador contemporáneo tiene posibilidad de allegarse más información concerniente a la arcaica regulación jurídica de Roma, que los mismos juristas romanos, una de las causas de esta situación, lo fue, la firme creencia en el mito y la leyenda por parte del pueblo Romano y que en consecuencia desvirtuaba la historia, un ejemplo claro de ello es la leyenda en torno a la cual fue fundada Roma, situación que por simple lógica esta mucho más cerca de la fantasía de un hecho verdaderamente histórico..

Por otro lado autores romanistas contemporáneos también nos ofrecen diversas posibilidades respecto a la clasificación de los contratos, nos encontramos ante un problema común a prácticamente cualquier institución jurídica, el relativo a su clasificación, porque habrá tantas clasificaciones diversas, como criterios se apliquen para tal fin.

En consecuencia ofreceremos aquellas clasificaciones que se puedan derivar directamente de las fuentes históricas de Roma, para posteriormente ofrecer las que tienen una mayor apreciación por la doctrina moderna, y finalmente desplegar nuestra propia versión contenida en el esquema que al efecto presentamos.

Sabemos a través de las *Instituciones de Gayo*, que los juristas romanos clasificaron los contratos en las siguientes categorías: reales, verbales, literales y consensuales.⁴⁵ "Tal clasificación atañe a negocios del *ius civile* vigentes en la época clásica. Fuera de ella quedan el *nexum* –figura que en la historia de la *obligatio* ocupa una posición especial, no bien conocida por los mismos juristas romanos–, así como los contratos innominados –acogidos éstos a la sanción pretoria".⁴⁶

Juan Iglesias nos comenta que es de añadirse un quinto miembro, los contratos que se forman *re et verbis*, una combinación que requiere la formula verbal aunado a la entrega de la cosa.⁴⁷

Margadant⁴⁸ ofrece una clasificación tripartita de los contratos, en categorías que a la vez tienen subdivisiones:

⁴⁵ GAYO, 3, 89: *Et prius videamus de his, quae ex contractus nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensus.* Citado por Iglesias, Juan. *Derecho Romano*. p. 402.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Íd.

A) Contratos nominados, subdivididos en:

- a) Contratos verbis;
- b) Contratos literis;
- c) Contratos reales; y
- d) Contratos consensuales.

B) Contratos innominados, subdivididos en:

- a) *Do ut des* (doy para que des, como la permuta);
- b) *do ut facias* (doy para que hagas);
- c) *Facio ut des* (hago para que des)⁴⁹;
- d) *facio ut facias* (hago para que hagas, es decir un intercambio de servicios).

C) Aparte de los contratos nominados e innominados, se deben mencionar a los *pactos vestidos* (pretorios, adyectos y legítimos). "Se parecían en todo a los contratos, sobre todo desde que la introducción de los contratos consensuales demostró que la forma no era un elemento indispensable de los contratos...Sin embargo, los juristas romanos no querían clasificarlos como "contratos"; no pueden olvidar que siempre se trataba de "parvenus", de pactos originalmente nudos que hacía muy poco tiempo habían sido promovidos al rango de pactos vestidos."⁵⁰

Juan Iglesias⁵¹ nos ofrece otros criterios de clasificación en verdad interesantes:

⁴⁸ Margadant S., Guillermo F. op. cit. pp. 380 y 382

⁴⁹ Las categorías "*do ut facias*" y "*facio ut des*" corresponden al mismo contrato, solamente que es observado desde dos ángulos diferentes en una de acuerdo al deudor y en la otra por el acreedor.

⁵⁰ Margadant S. Guillermo F. op. cit. pp. 381, 382 y 383.

⁵¹ Cfr. Iglesias, Juan. Op. cit. pp. 403 y 404.

- A) Contratos bilaterales y unilaterales, conforme a que sean generadas obligaciones para una sola de las partes, como ocurre en prácticamente todos los contratos *verbis y literis*, y en el mutuo, o ya sea para los dos partes, como acontece en el arrendamiento, la permuta, la compraventa, etc. Desde entonces surge la sinonimia entre bilaterales y sinalagmáticos (palabra de origen griego); a su vez estos contratos se dividen en perfectos e imperfectos, según sean prestaciones recíprocas o no.
- B) Contratos *iuris gentium et iuris civile*, lo cual depende de que sean celebrados entre romanos (que entonces aplicaría el *ius civile*) o las partes sean romano y extranjeros o solamente extranjeros (donde regularía el *ius gentium*).
- C) Contratos *bonae fidei et stricti iuris*, en los contratos de estricto derecho el juzgador debe limitarse a resolver con un sí o un no sobre la existencia de la pretensión del actor, mientras que en los contratos de buena fe el juez debe resolver valorando las circunstancias de cada caso en particular.

Nos parece valiosa la clasificación que elabora en torno al conjunto del sistema contractual romano Federico Fernández de Buján⁵² (que incluye contratos, que para ellos no tenían ese carácter, pero que a la luz de la ciencia jurídica contemporánea sí la tienen):

- Contratos unilaterales y bilaterales. Se entiende de entrada que todo contrato es bilateral como acto que le da origen, ya que precisa la presencia de dos o más voluntades; la bilateralidad, en este caso implica, que se generan obligaciones recíprocas para las partes, como lo sería la *compraventa*, por otro lado unilateral será aquel

⁵² Fernández de Buján, Federico. Ob. cit. p. 115.

contrato que sólo genere obligaciones para una de las partes, tal sería el caso del *mutuo*.

- Contratos onerosos y gratuitos. “Se denominan contratos onerosos a aquellos en los que existe equilibrio entre el recíproco interés patrimonial de las partes intervinientes. Son gratuitos, por el contrario, aquellos contratos en los que el interés sólo se puede reconocer expresamente a favor de una de las partes contratantes.”⁵³
- Contratos de buena fe y de derecho estricto. “Se denominan contratos de derecho estricto aquellas relaciones contractuales que dan lugar a un *iudicium stricti iuris*. Esto significa que los efectos jurídicos derivados de los mismo, están protegidos y pueden reclamarse judicialmente por el ejercicio de una acción de derecho estricto. Son contratos de buena fe, aquellos que dan lugar a un *iudicium bonae fidei*. Es decir, los efectos jurídicos de ellos derivados, las obligaciones que surgen de los mismos, pueden reclamarse mediante el ejercicio de una acción de buena fe.”⁵⁴

El criterio abordado en este trabajo es entendible fácilmente por medio del cuadro sinóptico de la página siguiente, original nuestro, en donde esta englobado todo el conjunto de actos (de naturaleza privada) que tienen el carácter de contratos, entendiéndolos como una unidad, aún cuando en Roma se les hubiera negado la categoría de *contractus*.

⁵³ *Ibidem*. p. 117.

⁵⁴ *Ídem*.

Sistema

Derecho

A.- *IURIS CIVILE*.

Aplicable

B.- *IURIS GENTIUM*

I.
PACTOS

a. DESNUDOS. Simples acuerdos, sin vinculación jurídica.

b. VESTIDOS. Generan acción, se asimilan con los contratos a partir de Justiniano.

1. Pretorios.

2. Adyectos.

3. Legítimos.

**Contrac-
tual**

II. CONTRATOS
nominados

a. *Verbis*.

b. *Literis*.

c. Reales.

d. Consensuales.

Romano

Sistema

A. *STRICTI IURIS*

Proce-
sal

Aplica-
ble.

B. *BONAE FIDEI*

III. CONTRATOS
innominados

a. *Do ut des*.

b. *Do ut facias*.

c. *Facio ut des*.

d. *Facio ut facias*.

Capítulo Segundo. Edad Media.

2.4 Principio de la Edad Media.

El principio de una época marca a su vez la conclusión de otra, las fechas, imán que atrae la mente de los pocos avezados en temas históricos, constituyen uno de los problema más difíciles de resolver para el historiador, cuando se trata de marcar el fin y el principio de un ciclo determinado⁵⁵, más cuando esta no es consecuencia de un hecho espectacular, y sin embargo aunque un suceso de grandes magnitudes implique un cambio social de gran trascendencia histórica, el cambio en los modos de vida, en la forma de socializar por parte de una comunidad (más aún por el conjunto de la humanidad a nivel mundial) son lentos y, principalmente paulatinos.

Es así que el paso que el Mundo (Europa en específico) dio de la Edad Antigua a la Edad Media, fue imperceptible a los ojos de quienes vivieron en esa etapa de transición. Prácticamente es unánime la coincidencia de señalar la caída del Imperio Romano de Occidente (476 d. J.C.) como la fecha o momento enfático que indica el paso entre una etapa y otra, hoy

⁵⁵ En esta fase de transición entre el mundo romano con el de la Edad Media, ya instalados en una tiempo que "oficialmente" podemos encuadrar dentro del medioevo, en el Imperio Romano de Oriente, Justiniano en el año 527 es nombrado emperador, en gran medida puede ser considerado el último gran soberano de Roma (aún cuando oficialmente Roma ya había caído a manos de los bárbaros -476-). Además de sus méritos nacionalistas y militares, que lo llevaron a reconquistar África a los vándalos, Italia a los Ostrogodos y parte de España a los visigodos, convirtiendo al Mediterráneo nuevamente en dominio roano, es de destacarse su gran interés por continuar la gran obra romana legislativa, confiando a Triboniano todo lo relativo a la ordenación legislativa y éste publicó el Código (*Códex*), la colección de las Novelas (*Nouvellas*) en la cual figuraban las leyes posteriores a 529 (de ahí su denominación), el *Digesto* o *Pandectas*, resumen de la jurisprudencia (*iurisprudentia*) romana, y un manual para los estudiantes de derecho (*instituta*), conjunto de publicaciones que constituiría más tarde la base de los estudios jurídicos (y gran fuente histórica del derecho contemporáneo). Justiniano también intentó reorganizar administrativamente al Imperio, asegurando la defensa de las fronteras, y fomentar el desarrollo económico y comercial. En el aspecto religioso impuso su autoridad absoluta a la Iglesia.

escuchamos ese enunciado y nos estremecemos de pensar en que de un día para otro dejo de existir la unidad política más importante en la historia de la humanidad, pero no fue así de categórico, el Imperio en su parte occidental, llevaba ya un largo camino de decadencia; múltiples factores llevaron a ese resultado,⁵⁶ lo importante es que el gran espacio territorial al cual le dio unidad política el Imperio Romano de Occidente fue fragmentado en reinos mucho más pequeños, a su vez subdivididos en señoríos feudales, lo cual implicó el aislamiento del hombre, y un retroceso en muchos aspectos similar al vivido en los tiempos prehistóricos.

Pero qué fue lo que sucedió con nuestro objeto de estudio, el contrato, institución que en los postreros tiempos del Imperio Romano de Occidente alcanzó la cumbre, que para prácticamente la generalidad de los tratadistas solamente sería superada por la reglamentación ofrecida por el denominado "*Código Napoleón*" muchos siglos después (en el cual la supremacía de la libertad contractual llegó a su límite máximo). El conjunto de hechos aislados que implicarían el paso de una época de la historia de la humanidad a otra, explican mejor, el porqué de la regresión en muchos aspectos, del contrato (en conjunto con muchas otras instituciones jurídicas) a tiempos arcaicos. Destacando los siguientes:

⁵⁶ Por supuesto la concentración del poder en unas cuantas manos (problema común a todo Imperio), la mala administración, la incursión de tribus bárbaras, etc, pero sin lugar el factor más importante lo constituyó la grave disminución en la tasa de natalidad (a la cual no se le había encontrado una explicación satisfactoria), hasta que estudios relativamente recientes, demuestran que la contaminación por plomo en la sangre – similar, en ciertos parámetros, a la que afecta a la población de las grandes ciudades modernas, incluida por supuesto nuestra Ciudad de México- incidió directamente en el índice de fertilidad de la población romana, la fuente de esta contaminación lo fueron los utensilios domésticos, en especial las copas que al reaccionar químicamente con el vino, permitían la absorción rápida del nocivo metal en el cuerpo humano.

La pérdida del conocimiento,⁵⁷ que englobó, sin excepción, todas las áreas del conocimiento (aunque lógicamente, unas fueron más afectadas que otras); Aunado a la pérdida del saber, tenemos que el poco que fue conservado (en uso) se concentró en un segmento extremadamente reducido de la población (puede aducirse al respecto, que esta situación es común a cualquier momento de la humanidad, y es cierto, bajo cierto parangón, pero al caso en cuestión no, porque la concentración fue en exceso, lo cual impidió la necesaria retroalimentación y en su caso transmisión para la conservación del mismo⁵⁸; El aislamiento de la humanidad en comunidades reducidas, ajenas a cualquier intercambio cultural⁵⁹ clara muestra de esta realidad, es el hecho de que en un lapso de tiempo relativamente corto, la identidad lingüística que representaron el latín (y su versión popular el latín vulgar) para toda la región Mediterránea, se transformaron en la gran variedad de lenguas (Italiano, Rumano, Portugués, Francés, Catalán, Castellano, por mencionar algunas) que hoy existen en esa región, lenguas que se gestaron durante la Edad Media, gracias al aislamiento, y que derivaron en idiomas netamente diferenciados entre si, y de la lengua madre que les dio origen; La invasión de grupos bárbaros⁶⁰ (eslavos, germanos, hunos, etc.) que conquistaron a

⁵⁷ Que si bien puede decirse que se “conservó” a través de la Iglesia, en las pocas bibliotecas que se salvaron de la destrucción, es un hecho que se perdió, tal y como hoy en decimos que existen miles de analfabetas en el mundo, personas que no obstante en miles “saben leer”, no leen, por lo cual se les clasifica dentro del rango de los analfabetas, es por ello, que aunque el conocimiento allí estaba, no era utilizado, mucho menos enriquecido.

⁵⁸ Al respecto habrá quien haga notar, que el hecho de discutir temas pretéritos al tiempo que estamos estudiando, es muestra indubitable de que el conocimiento se conservó, y es verdad, pero fue principalmente a factores ajenos a la realidad histórica-social vivida en esa etapa.

⁵⁹ En ese sentido la humanidad tuvo una regresión al de los tiempos primitivos, donde la tribu, el clan eran ajenos a los “otros” grupos humanos.

⁶⁰ Debemos aclarar en este punto que el uso de la palabra “bárbaro” (indistintamente de su uso en plural, singular, femenino o masculino) tiene una connotación relacionada con su origen histórico y etimológico, es decir más como sinónimo de extranjeros (o sea pueblos diferentes al romano y/o a los conquistados formalmente por ellos) que fue la denominación utilizada por los mismos romanos; que usada (la palabra bárbaro) en un

los descendientes directos de los romanos, con la consiguiente “corrupción” que sufrieron las instituciones jurídicas evolucionadas heredadas de Roma por el intercambio cultural que ello conllevó con las correlativas de los pueblos bárbaros.

La suma de todos estos factores derivó en una época en la cual, efectivamente hubo cambios (que bien sabemos, no todo cambio significa un beneficio) pero fueron de manera sosegada y que inicialmente significaron para el contrato en específico una innegable regresión, a soluciones muchísimo más rigurosas, a una formalidad ya superada y a una limitación franqueada por la concepción dominante, de la vida y de la sociedad, existente en tales tiempos.⁶¹

Siguiendo a Néstor de Buen es posible resumir que “la Edad Media no aporta novedades importantes en la evolución del contrato. Las condiciones económicas precarias en que se desenvuelve, la guerra constante, la escasez de comunicaciones y una cultura que se encierra en los monasterios, impiden que el derecho privado y su institución esencial, el contrato, puedan avanzar en forma notable por encima de la evolución del derecho romano.”⁶² No obstante lo anterior, el Derecho Canónico “enriqueció” de diversas maneras a nuestra institución, en cuanto a que la Doctrina Cristiana sensibilizó las reglas de cumplimiento del contrato, en

sentido despectivo, más cercana al significado del español moderno, punto más que alejado de nuestro deseo en esta elaboración. Los pueblos bárbaros, aludidos como si fuesen una unidad, en los hechos no lo eran así, tenían diversos orígenes, pero principalmente podemos decir que tenían raíces germánicas, eslavas y los hunos.

⁶¹ Es de resaltarse el claro predominio que como institución política tuvo la Iglesia Católica Apostólica y Romana, que históricamente es reconocida como la heredera en múltiples aspectos del Imperio Romano de Occidente, y que como tal impuso su concepción de los valores humanos que debían de ser exaltados en la sociedad, en este caso el predominio de lo espiritual por sobre lo material y del respeto al orden establecido, en el cual la estatificación de la sociedad era una realidad incuestionable sustentada en un sistema de premios y castigos, para el justo y abnegado, no necesariamente recompensados en “esta vida”.

⁶² De Buen Lozano, Néstor. op. cit. Pág. 17.

torno a una concepción mucho más humanitaria del ordenamiento jurídico, veremos que la flexibilización de la norma jurídica no necesariamente incide en un mejoramiento real de las condiciones sociales de la comunidad.

Aun cuando, tal y como manifestamos en líneas anteriores, en general la teoría del contrato no tiene un desarrollo notorio en esta época, hay un aspecto singular que merece atención, el contrato feudal, es complicado discernir si éste contrato dio origen a la forma de desarrollo social de esta etapa de la historia, o si ya, una vez instalada esta concepción de organización social fue legalizada (o legitimada) a través de esta institución.

Paúl Ourliac realiza un estudio pormenorizado del contrato de feudo, cedemos la pluma a tan prestigiado autor en relación a este tema:

“Este contrato se llevaba a cabo por el homenaje. Entrañaba obligaciones a cargo del vasallo y del señor, obligaciones severamente sancionadas por la costumbre.”⁶³

“El homenaje tomó las formas de la *commendatio* franca; ponía frente a frente a dos hombre: uno que iba a servir y otro que deseaba ser jefe; el primero unía y las ponía reunidas en las manos del segundo, símbolo indudable cuyo sentido se acentuaba algunas veces todavía más porque se arrodillaba aquél. Después, jefe y subordinado se besaban en la boca, símbolo de acuerdo y de amistad, y con algunas breves palabras, el

⁶³ Ourliac, Paul. Historia Del Derecho. Tomo I. p. 244.

vasallo se reconocía el “hombre” de su contraparte, el juramente de fe, *sacramentum fidelitatis*.”⁶⁴

“El señor adoptaba a un nuevo vasallo dándole armas o un símbolo (briznas de paja, un bastón); lo reconocía así como a uno de los suyos. Pero en la mayor parte de los casos no se limitaba a esas simples relaciones personales. Generalmente, el homenaje del vasallo tenía como contrafigura la investidura o la entrega del feudo. A veces la investidura era real y se hacía sobre el mismo terreno; cuando se trataba de tierras, el señor las mostraba al vasallo y las recorría con él (enseñanza de la tierra). Otras veces, la investidura era tan sólo simbólica; el señor entregaba al vasallo un objeto material, un bastón, una lanza, que figuraba la cosa concedida.”⁶⁵

“A partir del siglo XII, se sustituyó más sencillamente por un documento; la confesión por la que el vasallo reconocía tener del señor aquello que se contenía expresamente en el documento: la relación, la “enumeración”.

En torno al contrato de feudo, como se sabe (dada la denominación otorgada a un modo de producción, tal y como lo es el *feudalismo*) se constituyó un verdadero modo de vida, que hoy en día ha dejado de existir (tanto ese modo de vida, como su fundamento jurídico y en ese sentido el contrato que le dio denominación).⁶⁶

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Remitimos a la obra especializada de Paúl Ourliac, Historia Del Derecho, en la cual hace un estudio pormenorizado del contrato de feudo.

2.5 La Alta Edad Media.

La Edad Media es dividida en dos grandes segmentos (junto a una inicial etapa de transición) el primero es conocido como la Alta Edad Media, que es cuando quedan por completo en el olvido las reglas de convivencia social dictadas en la época romana, para ser sustituidas por las del nuevo sistema, caracterizado principalmente por el surgimiento de los Señores feudales, por el predominio absoluto de la Iglesia Católica como institución política sucesora en gran medida del Imperio Romano de Occidente, por un sistema de producción prácticamente de autoconsumo y, por supuesto, por el aislamiento geográfico. El inicio de esta fase lo podemos ubicar en el siglo VI d.C. para finalizar entre el siglo XI y XII d.C. tampoco es factible señalar fechas precisas, porque algunas regiones dejaron esta etapa antes que otras.

Entre las peculiaridades del formalismo que imprimió el Derecho Germánico podemos mencionar que el contrato requería una forma audible y visible (Brunner)⁶⁷. "La entrega de una *wadia* (vara) o *fertuca* (tallo) constituye un elemento esencial. La promesa se perfecciona mediante la *palmata* (es decir un apretón de manos) y las palabras solemnes."⁶⁸

La influencia de los germanos y de su derecho menos desarrollado que el Romano, llevan a retornar a un formalismo singular, diferenciado de las prácticas romanas, el derecho se torna consuetudinario; es cierto que el Derecho Romano es visto con respeto y en múltiples regiones es norma positiva (en ocasiones coexisten como derecho positivo tanto el Derecho Romano como las variantes vernáculas del Derecho Germánico).

⁶⁷ Brunner, Heinrich. Historia Del Derecho Germánico. Ed. Labor. 1936. pp. 208 y ss.

⁶⁸ De Buen Lozano. op. cit. p. 19.

De Buen hace alusión a una serie de características a destacar en esta época, relacionadas con el contrato, como el hecho de que, en múltiples contratos reales para perfeccionarse era necesario también la entrega de *arras*, que el contrato celebrado ante la presencia judicial era especialmente preferido, que el documento donde se plasmaba una deuda no solamente era necesario para la constitución del crédito, sino también en el momento del cumplimiento del mismo, porque en dicho documento se acostumbraba indicar la devolución de la *wadia* o la *cautio* que había servido como garantía "si la devolución era imposible, el acreedor libraba una carta mortuoria, una *epístola evacuatoria* que declaraba extinguida la deuda."⁶⁹

Posteriormente ya no fue necesaria la *epístola evacuatoria* el crédito quedaba saldado cuando el concomitantemente al pago de la deuda era entregada la *cautio*, momento en que era invalidado inmediatamente a través de lo que se conoció como *cassatura*, o simplemente era destruida, nos encontramos ya ante los antecedentes primigenios de los títulos al portador.

España es la única región del mundo latino donde el Derecho continuó desarrollándose (en la Edad Media)⁷⁰, esto es a través de las compilaciones. En España dadas las condiciones históricas que vive durante prácticamente toda la Edad Media (diferentes en aspectos de

⁶⁹ De Buen Lozano, Néstor. op. cit. Pág. 20.

⁷⁰ Podemos destacar a las siguientes compilaciones, el *Código de Eurico*, el *Código de Leovigildo*, el *Breviario de Aniano*, la *Lex romana visigotorum*, el *Breviario de Alarico*, la *Lex Theodosi*, y por supuesto los conocidos *Código Gregoriano* y *Hermogeniano*. En conjunto estas últimas, dada su importancia fueron denominados como la *Ley romana de Occidente*, en contraposición al Derecho romano de Oriente (compilado por orden de Justiniano, que en gran medida es la verdadera continuación del Derecho Romano), por supuesto que destaca entre toda la obra legislativa el *Fuero Juzgo*, ya durante la etapa de transición entre la Alta y la Baja Edad Media y en esta última, serán promulgadas otros nuevos ordenamientos.

mucha importancia a las que comunes al resto de Europa)⁷¹, el desarrollo del ordenamiento jurídico es constante y se nota una evolución que trasciende a factores y épocas, por lo cual no palpamos una diferencia absoluta (dentro de la Península Ibérica) entre el régimen jurídico positivo de la Alta Edad Media y la Baja Edad Media.

Empero existen elementos similares (a toda Europa), como el que, en los albores de la Edad Media, expone Levaggi⁷² "el carácter materialista que tienen las obligaciones se debe no sólo a los resabios de apego a los símbolos primitivos, sino también a la técnica rigurosa de la contratación romana. Los únicos contratos a los que se les da validez son a los solemnes. Las Partidas siguen en materia de contratos, como en la mayor parte de sus leyes, la doctrina del derecho común...donde la legislación castellana alcanza una solución original es en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348. la Ley única de su Título XVI se aparta del formalismo (sic) del derecho romano para consagrar...el principio espiritualista, hijo de la moral cristiana y del derecho canónico."⁷³

A nuestro parecer las *Partidas* si marcan una diferencia sustancial respecto a la normatividad previa, además de significar la hispanización de normas

⁷¹ La conquista Árabe de casi toda la península y la posterior lucha de reconquista emprendida por los reinos cristianos, la unificación de poco más o menos de la totalidad de la península en torno a los reinos católicos de Castilla y de Aragón, son las notas peculiares que dan la singularidad hispana respecto del resto de Europa.

⁷² Levaggi, Abelardo. Historia Del Derecho De Las Obligaciones, Contratos Y Cosas. 1982. Pág. 24. Citando a Riaza y García Gallo.

⁷³ Pareciendo que se quiso un hombre obligar a otro por promesa o por algún contrato, o en alguna otra manera, sea tenido de aquellos a quienes se obligó, y no pueda ser puesta excepción de que no fue hecha estipulación, que quiere decir promesa con ciertas solemnidades del derecho; o que fue hecha la obligación del contrato entre ausentes; o que fue hecha a escribano público o a otra persona privada en nombre de otro entre ausentes o que se obligó uno a dar o a hacer alguna cosa a otro; mas que sea valedera la obligación o el contrato que fueren hechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro y hacer contrato con él. **Debe advertirse que el Ordenamiento de Alcalá de Henares es una disposición que por su tiempo de promulgación (1348) correspondería ya al período de la Baja Edad Media, obviamente con las salvedades ya apuntadas para el caso español.**

originalmente romanas; entre los puntos a destacar de las partidas encontramos las siguientes, la palabra contrato ya es mencionada, situación que no acontece en las anteriores compilaciones; incipientemente abordan la teoría general del contrato; son reguladas las problemáticas relativas a la capacidad y del consentimiento viciado, en especial el relativo al error por virtud de la persona, de la cosa o de la naturaleza de la cosa, y se le da un reconocimiento especial a la importancia que la violencia tiene para invalidar una promesa.

2.6 La Baja Edad Media.

Es en este período cuando el Derecho vuelve a presentar un auge en cuanto a su desarrollo, como manifestación humana que es, se ve influido por las variables sociales humanas, el factor económico, la situación política, la cuestión demográfica, los conflictos bélicos, los descubrimientos aportados por la ciencia y la tecnología, la lista es prácticamente innumerable, pero son cuatro (a nuestro entender) las manifestaciones que detonan el renacimiento de la ciencia jurídica: a) El resurgimiento en el estudio de las fuentes romanas; b) el desarrollo del Derecho Canónico; c) el notorio avance de las actividades de comercio; d) El fuerte movimiento migratorio motivado por las cruzadas y por la reconquista de los territorios dominados por los árabes.

El Derecho Romano fue vuelto a estudiar a fondo, primeramente por aquellos que fueron conocidos como los Glosadores (denominados así por las anotaciones marginales –glosas- hechas a las fuentes directas, a fin de hacer entendible el antiguo Derecho Romano y aplicable a las situaciones del momento). Estamos ya en el tiempo donde surgen las primeras

universidades (en especial la de Bolonia), y es en ellas donde el ambiente académico propicia el estudio de las instituciones romanas.

El Derecho Romano vuelve a tener reconocimiento tanto en la práctica como en la doctrina, pero la importancia que adquiere la Glosa supera a las mismas fuentes originales, y lo que no es registrado por los glosadores no tiene valor forense. Posterior a los glosadores, surgió un nuevo grupo de estudiosos, los Postglosadores, quienes durante mucho tiempo fueron demeritados por varias razones, pero que independientemente de los defectos que se les pueda encontrar en su obra, fueron un elemento clave en la difusión del Derecho Romano y en su reintroducción en la vida social de la Edad Media.

Después de un largo período de incubación, la religión cristiana por medio de la Iglesia Católica controló el ámbito religioso de toda Europa, el poder político que este hecho desencadenó, se vio reflejó en todos los aspectos de la vida, como entidad política (que de hecho fue) la Iglesia Católica, promovió el desarrollo del pensamiento, una de estas manifestaciones, el Derecho Canónico, que se vio enriquecido por el pensamiento de los grandes filósofos Santo Tomás de Aquino, principalmente, y en menor medida Guillermo de Ockham y Santo Tomás Moro (quien vivió en plena etapa de transición entre la Edad Media y el Renacimiento –principio de la Edad Moderna-, 1478-1535, pero su pensamiento es todavía representativo del medioevo). Parte del éxito que alcanza el Derecho Canónico es debido a Ramón o Raymundo de Penyafort (1176-1275), “autor de la colección de las *Decretales* realizada bajo el Papa Gregorio IX, y de la *Summa de Poenitentia et de Matrimonio*.”⁷⁴

⁷⁴ De Buen Lozano, Néstor. ob.cit. p. 34.

Siguiendo a Levaggi, colegimos que el Derecho Canónico al liberarse de las cargas formalistas, le da un giro al derecho de las obligaciones, concediéndole acción a los pactos nudos. Santo Tomás, reconoce lo preciso del formalismo por lo cambiante de la voluntad humana, pero aún así enuncia la norma de que toda promesa obliga, siempre que no sea ilícita y que las condiciones económicas no cambien “por su promesa el hombre se obliga respecto de otro hombre”. El criterio se funda en el mandato de que quien no respeta la palabra otorgada, peca.

De acuerdo con Levaggi⁷⁵ son tres las ideas a destacar en cuanto hace a las aportaciones del Derecho Canónico hacia el contrato: 1º, el respeto de la promesa, pero también la necesaria libertad para el contrato, que no existe cuando la voluntad se encuentra viciada o ha sido arrancada por coacción; 2º, la razón, que justifica al acto por su finalidad. Es preciso que la voluntad tenga una causa, pero la obtención de esta debe estar supeditada a una causa razonable; 3º, la moral, que reconoce la importancia de analizar la intención de las partes, en cuanto a lo que los lleva a contratar (objeto y fin), aunque restringido solamente a la ejecución del contrato, el cual no debe convertirse en un vínculo de iniquidad, impidiendo que una de los contratantes lesione a la otra.

Entre los siglos XII y XIII, inicia un repunte de las actividades comerciales (que en estricto sentido, históricamente, nunca volvería a decrecer, salvo los –relativamente- breves lapsos de crisis), las ciudades empiezan a crecer, una nueva clase social esta en ciernes (la burguesía), ciertos aportes tecnológicos llegados a Europa tanto por las Cruzadas, como por los Árabes inciden en la productividad, todo ello en conjunto motivó que

⁷⁵ Levaggi, Abelardo. Ob. Cit. p. 22. Quien reconoce seguir el pensamiento de Ourliac y Malafosse, sin citar mayores datos.

fuese necesario una reglamentación diferente, *ad hoc*, con las nuevas circunstancias y problemática que se estaban generando.

La rapidez, característica del tráfico mercantil, urge de disposiciones que requieran de una formalidad menos solemne, sin menoscabo de la seguridad jurídica. "Resistido por los romanistas, el principio voluntarista tiene mayor aplicación en el campo del derecho comercial que en el del civil."⁷⁶ Esto evidenció una razón más para que la ciencia jurídica volviese a ser motivo de estudio. Las causas que generaron el resurgir del pensamiento jurídico actuaron conjuntamente, es decir, aisladamente no hubiesen incidido en el cambio que se presentó, todas en cierto sentido fueron causa y efecto de las otras, en este sentido, el sentimiento marcial-bélico reflejado en las Cruzadas (a las cuales, la luz de la ciencia ha descubierto más fines comerciales que religioso-espirituales) y por supuesto en la lucha de reconquista emprendida por los reinos cristianos de la Península Ibérica en contra de los Árabes, que significaron un intercambio cultural muy fuerte, que enriqueció sobremanera todos los aspectos culturales de los pueblos europeos, y que se vio por supuesto reflejado en el campo jurídico.

En conclusión podemos advertir un desarrollo bastante similar del contrato en la Edad Media respecto del vivido en Roma, De Buen lo explica claramente: "Hay una época primitiva, que acoge un sistema verbal y solemne; una época de transición en la que las necesidades económicas exigen el contrato real y, finalmente, una tercera etapa en la que el

⁷⁶ *Ibíd.* p. 23.

consensualismo empieza a imponerse para dar lugar a una forma de crear obligaciones y derechos."⁷⁷

“Es indiscutible...que junto a la solemnidad...existe una esencial intervención de la voluntad...es, sin duda alguna, el elemento que permanece y que caracteriza al contrato, tanto romano como medieval. Pueden señalarse algunas limitaciones a la voluntad que habría que encontrar en la prohibición canónica del préstamo con interés. Sin embargo, las necesidades económicas superan ese freno y lo desbordan y ya en la Baja Edad Media la actividad crediticia...constituye una de las manifestaciones más importantes de la vida contractual.”⁷⁸ Al respecto no debe olvidarse que el Fuero Juzgo reguló lo concerniente al préstamo con interés, bajo un perfil delimitativo de la usura.

Capítulo Tercero. Edad Moderna.

El paso entre la Edad Media y la Edad Moderna es marcado por varios acontecimientos históricos que sirven para señalar el principio y el fin de una etapa y otra, existe coincidencia de los historiadores para señalar que corresponde a los siglos XV y XVI señalar la fase de transición de la Edad Media a la Edad Moderna. La Edad Moderna a su vez culmina a finales del siglo XVIII en torno al movimiento revolucionario generado por la Revolución Francesa y la Independencia de los Estados Unidos de América, y por el colapso de las Monarquías absolutistas de Europa.

3.2 Entorno histórico-social del inicio de la Edad Moderna.

⁷⁷ De Buen Lozano, Néstor. ob. cit. p. 37.

⁷⁸ Id.

Podemos reseñar como hechos históricos relevantes de la fase inicial de la Edad Moderna los siguientes: a) La caída del Imperio Bizantino (prolongación directa del viejo Imperio Romano de Oriente) bajo el poderío turco (Imperio Otomano) que tuvo como fecha fatal el 29 de mayo de 1453, curiosamente correspondió a Constantino I generar, por su grandeza como jefe político, una de las denominaciones con las que fue conocida la capital del Imperio Romano de Oriente (Constantinopla), a otro emperador con el mismo nombre (Constantino XI) correspondería la desazón de morir enterrado entre los escombros de dicha capital;⁷⁹ b) La unión de los reinos cristianos de Aragón y Castilla (lo cual constituyó el primer paso para el nacimiento de España como nación) en torno a los conocidos posteriormente como los Reyes Católicos, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, “el reinado de Isabel y Fernando suele considerarse como el inicio de la Edad Moderna en España”;⁸⁰ c) La reconquista absoluta de la Península Ibérica por los reinos católicos de Castilla y Aragón, y en consecuencia la caída del último califato árabe (Granada capituló el 2 de enero de 1492); d) El “descubrimiento”⁸¹ de América por

⁷⁹ Para un gran segmento de historiadores esta es la fecha (29 de mayo de 1453) que indica el fin de la Edad Media y en consecuencia el paso a la Edad Moderna, tal y como hemos seguido en este trabajo y en consonancia con las nuevas corrientes de la Historia, consideramos que señalar una fecha precisa que signifique el paso de una de las grandes etapas de la humanidad a otra no es lo más viable, toda vez que los cambios históricos, sociales y culturales se dan de manera paulatina, en espacios de tiempo laxos.

⁸⁰ García-Pelayo y Gross, Ramón. Enciclopedia Metódica Larousse. Ed. Larousse. México 1987. p. 299.

⁸¹ En relación al descubrimiento de América, realizado por Cristóbal Colón, se dan varios aspectos polémicos, que vale la pena comentar: 1. En América ya existían verdaderas civilizaciones desde (quizás) miles de años antes que la llegada de Colón, es decir, si bien fue la cultura europea la que llegó a este continente, tanto una civilización como la otra ya tenían historia (o sea que visto desde otro ángulo los originarios de América descubrieron a la cultura europea); 2. Siglos antes de la llegada de la expedición capitaneada por el Genovés es seguro que otros europeos llegaron a América, en particular resaltan los casos de los Vikingos (que entre los años 1000 y 1200, visitaron y dejaron rastros de su llegada a lo que hoy es Canadá, a la península de Labrador) y de monjes irlandeses, de los cuales se tienen sospechas de haber llegado también a América del Norte; 3. Vestigios (de cerámica, principalmente) hacen suponer la llegada de navegantes del Oriente (de origen étnico asiático) siglos antes del arribo europeo a las costas sudamericanas, así como también múltiples asociaciones a la cultura polinesia por

Cristóbal Colón (el 12 de octubre de 1492)⁸² y; e) En términos generales el gran resurgimiento, generalizado principalmente en Italia, del comercio y de las artes, que dio lugar a que este período de la historia sea conocido como el Renacimiento⁸³.

El renacer del hombre que refleja el principio de la Edad Moderna, afectó todas las manifestaciones culturales y sociales, en consecuencia el Derecho también se benefició de esta circunstancia, que visto lo sucedido en la Baja Edad Media, no podemos decir que haya sufrido un total abandono la ciencia jurídica.

El aumento de las transacciones comerciales, el cual se venía gestando desde la etapa previa, influyó para que tuvieran nacimiento nuevas categorías legales y que incipientemente tuviere sus primeras manifestaciones como disciplina jurídica autónoma del tronco civil, el Derecho Mercantil.

parte de grupos indígenas de Sudamérica; 4. Por último aunque es una verdad de Perogrullo, el hombre como especie tuvo sus primeros pasos en el "Viejo Mundo" (en África para ser exactos), a finales de la última Era Glaciar es cuando el hombre llega a América, es decir unos 10,000 o 15,000 años antes que la llegada de Colón, otros hombres sin saberlo, estaban descubriendo un nuevo Continente para la humanidad.

⁸² Es curioso que en el mismo año hayan sucedido dos hechos excepcionales que marcaron el curso de la historia, en 1492 nacen los españoles como pueblo unificado y en ese mismo año, por un verdadero golpe de suerte, un genovés (Cristóbal Colón) "descubre" en beneficio de la Corona Española un inmenso continente del cual no se tenía la más remota idea de su existencia en Europa.

⁸³ El nombre dado a esta época de la humanidad de Renacimiento, es otorgado principalmente, porque son retomadas en su justo valor, las grandes aportaciones culturales que la civilización griega legó a la posteridad, representadas por su tríada de grandes filósofos (Sócrates, Platón y Aristóteles), por sus genios matemáticos (Euclides, Pitágoras), médicos (Hipócrates), en la literatura (Sófocles, Homero, Eurípides, etc.) la lista sería interminable si se les diese el reconocimiento merecido a cada uno de esos genios que marcaron la cúspide del pensamiento humano en la gran mayoría de las disciplinas. Este gran *Renacimiento* de la humanidad se vio reflejado en las magnas manifestaciones artísticas de Leonardo Da Vinci, Miguel Ángel Buonarroti, Donatello, etc. quienes embellecieron, primordialmente, Venecia y Roma.

Las concepciones filosóficas del Mundo tuvieron un giro del cual la humanidad no ha podido desprenderse, de la concepción espiritualista que rigió durante la Edad Media se paso a un materialismo-idealismo, donde el aspecto pecuniario adquirió una supremacía sobre cualquier otra realidad. El capitalismo tomó el lugar del feudalismo como modo de producción, el capital representado por el oro y la plata que España, a través de sus colonias, aportó a la economía mundial fue la meta principal de las “nuevas” naciones que se presentaban en el concierto internacional (España, Inglaterra –posteriormente Reino Unido, por la conjunción de Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda bajo una misma corona- y Francia; Alemania, Italia, y otras naciones europeas se unificarían en tiempos posteriores).

La concentración del poder es la regla y los grandes monarcas son la realidad política a la que el Mundo se ajusta. El poder basto, que detentan las monarquías, da lugar a que sean denominadas como monarquías absolutistas. El control absoluto que el monarca tiene, marca el rumbo en todos los ámbitos sociales, la economía, por supuesto, constituye uno de los más importantes, se justifican las decisiones por cuestiones de “Estado”, el estatismo tiene entonces su carta de presentación. Al sentir de Néstor de Buen “presenciamos, con el mercantilismo, la aparición del estatismo como fórmula de política económica. Surgen las primeras restricciones a la libertad de acción que aún cuando actuando en sentido inverso, pudieran hacernos pensar en el sistema contemporáneo de intervencionismo estatal”⁸⁴

Como vemos, en torno al desarrollo del Derecho Comercial (Mercantil) es en donde la libertad jurídica (en general) alcanza sus más altas

⁸⁴ De Buen Lozano, Néstor. ob. cit. p. 40.

manifestaciones, en consecuencia los contratos (convenios, genéricamente) fueron liberándose de la formalidad heredada de la Baja Edad Media; la formalidad tantas veces satanizada, tiene sin embargo, una gran cualidad, que es ofrecer seguridad para las partes; la disputa entre consensualismo (libertad) y formalismo, en la cual se impondría lógicamente el consensualismo (por la agilidad que genera), se ve equilibrada cuando ponemos en la balanza la seguridad de las partes, quienes en aras de cerciorar el acto celebrado, sacrifican el consensualismo por el formalismo.

No obstante esta formula, tan simple, tienes ciertas acotaciones, en este caso si bien el formalismo no puede ser absolutamente erradicado de la manifestación de la voluntad, vemos que son eliminados los requisitos solemnes, que en realidad son los que obstaculizan el intercambio mercantil.

En toda Europa (y en menor medida en sus colonias) se percibe un auge legislativo (consecuencia obvia del cambio en las relaciones respecto a la situación vivida en la Edad Media) que trata de ofrecer una nueva normatividad tocante a la emergente problemática.

Tal y como, ya antes expusimos, el modo de producción que vino a sustituir al *feudal*, lo fue el *capitalismo*, que como se sabe, tiene como ejes la acumulación de capital, el intercambio comercial y como principal ideología, el liberalismo⁸⁵ (debemos hacer notar que este modo de

⁸⁵ Es de resaltarse que el liberalismo alcanza su despunte ya en una etapa posterior a la Edad Moderna, es decir en la Edad Contemporánea; si bien es en la fase inicial de la Edad Contemporánea cuando alcanza su cumbre el liberalismo, hoy en día (que para muchos indica la fase final del capitalismo) vuelve a tener un repunte con el denominado neoliberalismo, en que se aplican a rajatabla los dogmas liberales en la economía (con

producción, *el capitalismo*, trasciende a dos etapas de la humanidad, es decir abarcó totalmente la Edad Moderna, e incluye desde el inicio de la Edad Contemporánea hasta nuestros días –esta obra la hemos desarrollado entre los años 2004 y 2005-, es por ello que, ideológicamente podemos considerar al liberalismo como la ideología dominante, sin que por ello dejemos de lado al idealismo –Kant y Hegel-, la dialéctica y por supuesto el materialismo dialéctico –Engels y Marx-).

3.3. España.

Vimos que durante la fase final de la Edad Media, fue en España donde la ciencia jurídica tuvo mayor realce, tanto desde el aspecto académico, como de manera destacada, en el legislativo. Ya en la Edad Moderna, la continuidad en el estudio del Derecho por parte de España fue la regla; la labor compiladora fue en realidad extensa, y debe agregarse a *Las Partidas*, los títulos del *Ordenamiento de Montalvo* y las *Leyes del Toro*, la *Nueva* y la *Novísima Recopilación*, y en el aspecto mercantil, el de las *Ordenanzas de Bilbao*⁸⁶.

Es de resaltarse que esta legislación no sólo tenía aplicación en España, sino también en sus colonias ultramar, en específico la Nueva España, y llegaron aun a tener vigencia en el México independiente.

En esta etapa, siguiendo a Néstor de Buen⁸⁷, los recopiladores españoles son influenciados principalmente por el Derecho Romano, entra en franca

una cantidad enorme de excepciones, principalmente llevadas a cabo por el Imperio Estados Unidos de América), pero no así en otros aspectos de la vida social.

⁸⁶ De Buen, Nestor. ob. cit. p. 42.

⁸⁷ Ibíd. p. 43.

decadencia la aplicación del Derecho Visigodo, siendo en Castilla el último reducto donde tiene aplicación normatividad que tenga como base tal derecho, a través del *Fuero Juzgo*.

El derecho canónico, tal como debía esperarse, en una sociedad de una religiosidad tan arraigada como la española de ese entonces, también influyó en la legislación de la época. Es de resaltarse la sistematización que ya la *Novísima Recopilación*, tiene en relación al contrato, "En la *Novísima* se destina a los contratos el Libro Décimo En (sic) particular en el Título Primero denominado precisamente "De los contratos y obligaciones en general" se contienen las disposiciones que desde nuestro punto de vista moderno podríamos calificar de parte general del contrato"⁸⁸.

"De la Parte General, la Ley 1, que tiene su antecedente en el *Ordenamiento de Alcalá*, y la Ley 2, Tít. 16, Lib. 5 de la *Recopilación*, consagran el principio de la preponderancia de la voluntad en la formación de los contratos. Es interesante destacar como se establece categóricamente que cuando haya constancia de que alguien se quiso obligar hacia otro, no podrá invocarse como excepción el incumplimiento de las formalidades o inclusive solemnidades necesarias*. Bastará, pues, el acuerdo de voluntades para que surja a la vida jurídica el contrato."⁸⁹

⁸⁸ Ídem.

* "Pareciendo que alguno se quiso obligar á otro por promisión o por algún contrato, ó en otra manera, sea tenudo de cumplir aquello que se obligó y no pueda poner excepción que no fue hecha estipulación, que quiere decir *prometimiento con cierta solemnidad de Derecho*, o qué fue hecho el contrato ó obligación entre ausentes, ó que no fue hecho ante Escribano público, o que fue hecha á otra persona privada en nombre de otros entre ausente, ó que se obligó alguno, que daría otro, haría alguna cosa; mandamos, que todavía vala la dicha obligación, y contrato que fuere hecho en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro". Ley I, Tít. Primero, Lib. Décimo, *Novísima Recop.*

⁸⁹ *Ibíd.* p. 44.

A la luz de lo anotado a pie de página, podemos afirmar (de acuerdo con De Buen Lozano) que se ve reconocido el principio de que el contrato es un acto generador de obligaciones, independientemente de que previamente haya sido configurado por la ley. Se reconoce la eficacia jurídica de los contratos innominados, de igual manera que en Roma fueron reconocidos los *pactos nudos*.

Ligado al trabajo legislativo, reseñado en los párrafos anteriores, la labor dogmática-docente, también tuvo se desarrolló, la idea de contrato expuesta por Francisco García nos acerca al conocimiento que de tal institución se tenía en los círculos académicos: "Contrato es un legítimo consentimiento de muchos, que sobre alguna cosa convienen;"⁹⁰ es de resaltarse, la importancia que plenamente, ya se le reconoce al consentimiento, como elemento esencial en la celebración de los contratos.

3.4 Otros Países de Europa Occidental.

El resto de las naciones europeas, tuvieron un desarrollo jurídico, en relación al contrato y a la teoría de las obligaciones menos destacado, que el tenido en España. Esta etapa histórica fue notoriamente dominada por Europa, erigiéndose, sin lugar a dudas en el centro de la cultura mundial, en torno al cual giraron las culturas periféricas. América se encontraba sometida bajo el yugo colonial, y solamente hasta la etapa final de este período las Colonias Británicas alcanzarían su independencia (a la postre convirtiéndose en la super-potencia hegemónica de los actuales Estados Unidos de América), Ibero-América se mantendría aún

⁹⁰ García, Francisco. Tratado Utilísimo Y Muy General De Todos Los Contratos, p. 61.

bajo el dominio de Portugal y España durante casi medio siglo más, adentrándose sus movimientos emancipadores ya, a la Edad Moderna. África seguiría sumida en el olvido histórico, siendo tomada en cuenta, únicamente como fuente de materia prima *humana*, lo cual sin lugar a dudas constituye uno de los más grandes crímenes cometidos en contra de la humanidad. Asia se mantendría en un estado de semi-aislamiento, para convertirse ya durante la Edad Contemporánea como la nueva sede de los asentamientos coloniales europeos, principalmente de Inglaterra.

No obstante que, como antes apuntamos, es en España donde se alcanzan los mas altos niveles relacionados con el aspecto legislativo respecto del contrato, en Francia el desarrollo de la ciencia política, conlleva al ulterior desarrollo conceptual del contrato. "Quizá a través del derecho público es donde alcanza mayor relevancia la figura que nos ocupa. La obra de Rousseau, *El contrato social* (1762) rinde homenaje a la libertad individual, como medio adecuado para crear la voluntad general, que se inspira, a su vez, en un interés común. Las leyes serán actos de la voluntad general y el Estado un organismo regido por las leyes emanadas de aquella voluntad general, cuando adopte la forma republicana."⁹¹

Hemos visto que, los fenómenos sociales (y los naturales) tienen una notoria inter-influencia, que los sucesos de trascendencia histórica han incidido de una u otra manera en nuestro objeto de estudio:

Las dos grandes revoluciones armadas del siglo XVIII (la Independencia de las Colonias Británicas y la Revolución Francesa) tuvieron consecuencias directas en el pensamiento humano; al lado de estos dos importantísimos movimientos revolucionarios, se gesto uno que, sin estar fundado en las

⁹¹ De Buen, Néstor. ob. cit. p. 48.

armas, trajo consecuencias tan o más importantes que las debidas a las dos revoluciones antes reseñadas; hablamos de la Revolución Industrial (también conocida como Revolución Inglesa, por haberse incubado y desarrollado inicialmente en esta nación).

Se sabe que la revolución industrial, significo el cambio entre una forma de producir basada en la manufactura por otra basada en la maquinaria, la invención de la maquina de vapor, desplazo como principal fuente de energía productora a la fuerza animal (ya sea animal en estricto sentido o humana). Esto significo un aumento en la producción, y sentó las bases para el desarrollo del capitalismo, entendiéndolo como un fenómeno que conlleva la acumulación de capital en detrimento de la fuerza del trabajo (la famosa plusvalía).

Todo este conjunto de elementos histórico-sociales, para la teoría del contrato le devinieron en el fortalecimiento de las ideas de corte liberal; el dejar hacer, dejar pasar francés tuvo consecuencias directas en el ámbito jurídico; que alcanzarían su clímax en una nueva etapa de la historia de la humanidad.

El desarrollo industrial sumado al intelectual-político aportado por las revoluciones finiseculares del XVIII, afectaron el devenir de la humanidad, el campo jurídico no iba a permanecer inmune a tales eventos, tal y como poco tiempo después afirmaría León Duguit y su discípulo Georges Scelle, a una dinámica social debe corresponder una dinámica jurídica⁹², una verdad incuestionable.

⁹² Citados por: Acosta Romero, Miguel. Teoría General Del Derecho Administrativo. 13ª. Edición. Ed. Porrúa. México 1993. pág.19.

Es por las anteriores consideraciones que podemos concluir que en esta fase histórica de la humanidad quedaron, firmemente asentados, algunos principios que regirían en el desarrollo de la Teoría General del Contrato y que tales fueron, en gran medida aportados por el conocimiento español. Vemos que en esta etapa, el contrato adquiere una fuerza tal, que deja de ser considerado un acto que tenga únicamente inferencia en el campo de las relaciones humanas privadas (Derecho Civil y Derecho Mercantil), trascendiendo al ámbito del llamado Derecho Público, para posteriormente integrarse también al Derecho Social.

Y también en la fase final de esta etapa empiezan a ser notados los primeros atisbos de una regulación divergente para los contratos dependiendo, de que, se trate de contratos puramente civiles o de contratos mercantiles. Reconociéndoseles mucha mayor libertad de convención a los actos mercantiles, en los cuales el elemento consensual es lo primordial, siendo más formalista la regulación relativa a los civiles.

Capítulo Cuarto. Edad Contemporánea.

Se ha reconocido como fecha de inicio de esta última etapa, el año en que triunfa la Revolución Francesa (1789), reiteramos que las fechas para marcar el paso entre una gran fase de la historia de la humanidad hacia otra, no pueden ser dadas rigurosamente, los cambios, aun cuando sean vertiginosos, en el ámbito social siempre tienen un período de difusión, que significan tiempo, años para cristalizarse. La Edad Contemporánea, evidentemente es la continuación de la Edad Moderna, pero no solamente en el aspecto cronológico, lo cual es lógico, sino principalmente en cuanto al proceso del surgimiento de una nueva forma de pensar y actuar de la población, de la nueva clase social (la burguesía) que en esta

fase alcanzaría el predominio absoluto sobre los factores productivos, alcanzando el control del poder en todas sus manifestaciones, económica, cultural, pero sobre todo política.

Esta etapa, tal y como mencionamos parte del fin del siglo XVIII y continúa hasta nuestros días (aunque para algunos historiadores hemos ya, iniciado la siguiente Edad en la historia humana, denominada Postcontemporánea), el capitalismo como modo de producción fue y ha sido cobijado por una corriente ideológico-política conocida como liberalismo⁹³, el liberalismo, que tiene subcorrientes de pensamiento, si bien ha sido la doctrina política dominante hasta el día de hoy, ha convivido (casi siempre en contracorriente) durante la Edad Contemporánea con otras doctrinas del pensamiento político, principalmente el *socialismo* (fundado a su vez en el materialismo dialéctico –marxismo–), la derivada del catolicismo y, en los últimos tiempos la denominada *Tercera Vía* (que no es otra cosa, mas que un capitalismo –liberalismo– controlado bajo ciertos criterios de Estado, formula aplicada durante gran parte del siglo XX por los llamados países del Tercer Mundo, incluyendo a México). Entre el liberalismo y el socialismo se dio (y se seguirá dando) una lucha ideológica irreconciliable, son el fundamento ideológico de dos formas de concebir la organización de la sociedad humana de manera totalmente opuestas, las dos están presentes durante prácticamente la totalidad de esta Edad Contemporánea, con vaivenes entre la expansión y el declive de una y otra sobre el control de la organización de la humanidad.

⁹³ Curiosidad del devenir humano es el hecho de que el liberalismo surge enfrentado al denominado conservadurismo (liberal vs conservador), actualmente aquellos que pregonan el liberalismo (identificado como *neoliberalismo*) son considerados **conservadores**. Es decir la formula : liberal vs conservador, “evoluciono” a liberal = conservador.

Para efectos de este trabajo, debemos hacer una reseña de los elementos más importantes que han engendrado estas doctrinas, en relación al contrato, iniciando con lo relativo al liberalismo.

4.5 Liberalismo.

El liberalismo es ante todo una corriente del pensamiento, es decir, una doctrina política; sin embargo ni los historiadores ni los politólogos se ponen de acuerdo en dar una definición común de liberalismo. Para efectos de este trabajo nos avocaremos a considerar los elementos ideológicos de esta doctrina política que tengan aplicación o ingerencia en nuestro objeto de estudio, el contrato. De inicio debemos considerar tres situaciones que tienen íntima relación entre la historia (en estricto sentido) y el liberalismo (entendiéndolo únicamente como una corriente ideológica del pensamiento): primeramente el liberalismo surge paralelo a la democracia moderna, por ello es complicado discernir en que momento se desasocian, aún cuando el liberalismo a tendido con el tiempo, a convertirse un calificativo de la democracia; segundo el liberalismo, considerándolo como fenómeno histórico, se presenta en tiempos muy diferentes entre regiones, más halla del lógico lapso que transcurre entre el “descubrimiento” y la subsiguiente difusión del descubrimiento (que es algo perfectamente lógico y normal); y tercero las variantes vernáculas que adopto el liberalismo en cada país donde se aplico tal corriente del pensamiento.

Las notas distintivas del liberalismo, en síntesis, son las siguientes:

En un sentido lato, coincide con diversas instituciones democráticas, tales como: el sufragio efectivo, órganos de representación popular, responsabilidad del gobierno, etc.

Es un corriente cuestionadora del poder absoluto y de sus pretensiones divinas, que deseó restringir las facultades del Estado absolutista y defender los valores de la tolerancia y el respeto por la vida privada; defensora de los Estados constitucionales, de la propiedad privada y de la economía de mercado.

También es un movimiento ideológico que surge durante un proceso temporal en los países occidentales, basado en llevar hasta el máximo grado el individualismo por parte de la burguesía en el terreno político, económico y filosófico.

Es una doctrina político-social, ideológica, y económica antirreligiosa y antimonárquica , democrática y parlamentaria, que propugno el respeto al individuo en todos los aspectos de su iniciativa, bregando por la libertad y originado en el siglo XVIII.

Se considera que propugna un ordenamiento natural, no controlado por el Estado, en el que la propiedad y la iniciativa privada, la concurrencia libre y el comercio garanticen la prosperidad económica y el progreso social; *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar) es su lema.

Este conjunto de elementos, por supuesto tuvieron que verse reflejados en los ordenamientos jurídicos de los países en que tuvo vigencia el liberalismo, alcanzando su cumbre representativa en el conocido como

Código Napoleón⁹⁴, una de las máximas obras legislativas de todos los tiempos, por la elegancia, orden, sistematización, pureza de pensamiento, y por las aportaciones que significó para la ciencia jurídica en general y en particular para la Teoría General de las Obligaciones y del Contrato; sin embargo dejó diversas lagunas jurídicas, y en su afán de liberalismo incurrió en excesos que a la larga llevarían a su total revisión .

En esta fase, la preeminencia de la voluntad como elemento preponderante en el perfeccionamiento adquiere su más alta cúspide, simplemente no tiene límite (exceptuando la ilicitud). Siguiendo a Levaggi "basta que la voluntad quiera para que, bajo la única reserva de que no invada la esfera de la voluntad ajena, tenga el poder jurídico necesario para realizarlo (doctrina de la autonomía de la voluntad). Así se reconoce a la voluntad una autonomía contractual casi ilimitada"⁹⁵. El contrato se convierte en la figura jurídica central en torno a la cual gira el resto del ordenamiento jurídico. "La justicia no es ya una exigencia superior a la que los contratantes deben someterse, sino el resultado de la libre competencia... nadie puede estar vinculado sin haberlo querido, y toda vinculación libremente aceptada es justa... la fuerza obligatoria del contrato se impone tanto a las partes como al juez."⁹⁶

El "respeto" dado al concepto de libertad (absoluta) implicó, como se percibe, un exceso en su aplicación, partiendo de premisas no correctas

⁹⁴ No obstante que es plenamente reconocido el Código Napoleón como la obra jurídica cumbre del pensamiento liberal, el Código Argentino obra de Dalmacio Vélez Sarsfield es todavía más individualista que el código francés, así lo comenta Levaggi (Ob. cit. p. 27) "Por el artículo 1137 "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos", y por el artículo 1197, "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". Por incompatibles con esta concepción, quedan excluidas del Código instituciones tales como la prohibición de la usura ..., la lesión... y la restitución integral."

⁹⁵ Levaggi, Abelardo. Ob. cit. p. 25.

⁹⁶ Ibídem. p. 26.

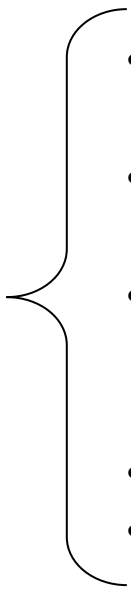
(como la igualdad del hombre, cierta en sí, pero no, en cuanto a la realidad de los hechos, donde existe tanta desigualdad en todos los ámbitos humanos), lo cual devino, en el desprestigio del liberalismo, principalmente en los segmentos más bajos de la sociedad. “Para la economía liberal, el contrato desempeña un papel fundamental, y la libertad de trabajo, libertad de industria, libertad de comercio, son los pilares del nuevo orden económico.”⁹⁷

Comenta De Buen que, posiblemente la norma más importante contenida en el Código Napoleón sea (refiriéndose a la materia contractual) la “contenida en el artículo 1134 en el que textualmente se expresa que: “Los convenios legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes. No podrán ser revocados sino por mutuo consentimiento, o por las causas que la ley señale. Deberán ser ejecutados de buena fe”. Este precepto resume, con una precisión inimitable, muchos siglos de evolución jurídica. de él se dice que plasma el principio jurídico sobre el que descansa toda la sistemática contractual del siglo XIX y parte del actual.”⁹⁸

La “libertad” reflejada en el campo jurídico, representada fielmente por el Código Napoleón, podemos distinguirla en torno a las siguientes características distintivas del contrato en ese momento histórico, que desglosamos en el posterior cuadro sinóptico:

⁹⁷ Ídem.

⁹⁸ De Buen, Néstor. Ob. cit. p. 55.

- 
- Se impone el consensualismo al formalismo como regla de formación de los contratos.
 - La libertad contractual es prácticamente absoluta (solamente limitada respecto de objetos ilícitos).
 - La libertad de contratar también es casi total, restringida únicamente por las limitantes de la capacidad históricamente reconocidas.
 - Es reconocida la fuerza normativa del contrato.
 - Se acepta el principio de *Pacta sunt servandae*, como un axioma inexcusable por los jueces.

Evidentemente un mal tratamiento de cualquier principio que en esencia puede ser benéfico, como lo es la libertad, puede llevar a resultados despreciados. El liberalismo político (consecuentemente jurídico) llevado al campo económico, en ese sentido la igualdad política se refleja en una profunda desigualdad económica. significo la opresión y miseria de la mayoría de la población.⁹⁹ Podemos concluir este apartado con las sabias

⁹⁹ La regla antes expresada, lógicamente también aplicó en México, los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, ambos códigos basados en el Código Napoleón, son de una clara orientación liberal. La regulación que se le da a la materia contractual es prácticamente la misma, variando únicamente la numeración de los artículos, debido a la depuración, que significó el código de 1884. Siguiendo lo expuesto por Néstor de Buen en obra citada, comentaremos los aspectos más relevantes de tales ordenamientos respecto de nuestro objeto de estudio: 1°. Se sigue la regla de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. 2°. La interpretación de los contratos se funda en la voluntad de los contratantes. 3°. Se conceptúa al contrato diciendo que "es un convenio por el que dos o más personas se transfieren algún derecho o contraen obligaciones. 4°. Una vez perfeccionado el contrato éste no sólo obliga a lo convenido, sino, también a todas las consecuencias derivadas de la naturaleza del contrato. 5°. Le reconoce una fuerza normativa al contrato, quizás no tan inflexible como la francesa, expresada de la siguiente manera: "Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos y no podrán revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes; salvo las excepciones consignadas en la ley". 6°. Posiblemente la disposición más liberal sea la correlativa al artículo 544 del Código Napoleón, que textualmente expone "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las que fijan las leyes".

palabras de Néstor de Buen: “El hombre hizo mal uso de la libertad por la que tanto había sacrificado y vuelve la vista hacia sistemas de control que otrora había combatido. Una clase social despreciada –el proletariado– busca su propia salida y mientras lo logra, el pensamiento tiende al socialismo, primero utópico y luego marxista que produce, como reacción, una doctrina social de la Iglesia católica.”¹⁰⁰

4.6 Socialismo.

Igual de complejo es hablar del socialismo como del liberalismo, existe tanta literatura al respecto, es abrumadora la información que navega con bandera de socialismo, que se llega a puntos verdaderamente contradictorios. Al igual que el liberalismo, el socialismo es vanguardia y conservadurismo. Obviamente podemos incluir una definición gramatical de tal vocablo, sin embargo no sería lo más viable, preferimos incluir las aportadas por un diccionario de política el cual nos dice: “...* Concepción del mundo y de la vida que pretende la liberación del trabajo humano frente a los abusos capitalistas, mediante el establecimiento de una sociedad justa en la que no sea posible la explotación del hombre por el hombre. La colectivización de los medios de producción, el reconocimiento de un sector reducido de propiedad privada siempre que no explote trabajo humano, la planificación estatal vinculatoria en todos los sectores, el partido único, son instrumentos de este o aquél socialismo condicionado por circunstancias de tiempo y lugar (*P. L. Verdú*). * Sistema de organización social y económica basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción y en la regulación por el Estado de las actividades económicas y sociales, y la distribución de los bienes. * Conjunto de teorías económicas, sociales y

¹⁰⁰ *Ibíd.* p. 60.

políticas que predicen una transformación del régimen de la producción y de la propiedad privada a fin de realizar mejor la justicia entre los hombre.

* Sistema económico que tiene como finalidad atribuir a la sociedad, y no a los individuos, la propiedad y administración de todos los bienes naturales o hechos por el hombre, para lograr que un ingreso nacional siempre creciente pueda ser distribuido con mayor igualdad, sin disminuir excesivamente la motivación económica de los individuos ni su libertad de elegir su consumo y su ocupación (*A. Francia y otros*). En este sistema existen dos tipos de propiedad: 1) propiedad social, administrada por el Estado en representación de la comunidad y representada por todos los recursos del país y los bienes de producción; 2) propiedad privada, que incluye los ingresos de los trabajadores, sus ahorros procedentes del trabajo, sus viviendas y los bienes de consumo destinados al uso y satisfacción personal. *Teoría que preconiza la reducción de todos los instrumentos de trabajo (bienes de producción) a su propiedad común nacional, la organización de la producción colectiva y la repartición de las riquezas económicas por el Estado.*¹⁰¹

Como vemos es mucho y disímulo lo que válidamente es reconocido como socialismo, en razón de ello delimitaremos el uso que de tal vocablo haremos, en ese sentido entenderemos por socialismo, tanto una doctrina del pensamiento político, como un medio de producción adoptado por un gran número de países durante el siglo XX, a partir de 1989 dio inicio una etapa de retroceso para este sistema de producción, y prácticamente la totalidad de los países europeos de régimen socialista lo substituyeron por uno de tendencia capitalista.

¹⁰¹ Diccionario De Ciencia Política. Ed. Scx. Pp. 335 y 336.

El socialismo real, que es la denominación dada al socialismo efectivamente llevado a la práctica para distinguirlo de aquel visualizado por pensadores que lo concibieron como una posible realidad diferente¹⁰², como régimen social, manifestado a través de una organización política determinada, implica, evidentemente, un ordenamiento jurídico determinado; es de mencionarse que el primer país del Mundo que adopta este régimen político es Rusia, que a raíz de este cambio político se denominó: Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS –siglas en español- o CCCP –siglas en Ruso) esto es a raíz de la “Revolución Rusa” acaecida en 1919; en ese sentido podemos afirmar que el inicio del sistema de socialismo real se da a partir de 1919, alcanzando su mayor auge de expansión una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, que motivo el acrecentamiento del área de predominio soviético a la región geográfica conocida como Europa del Este esto implica, que después de 1945 la República Democrática Alemana -un poco menos de la mitad del actual territorio de Alemania-, Rumania, Hungría, Yugoslavia, Checoslovaquia, Albania, Polonia, además de diferentes repúblicas anexadas a la URSS como Georgia, constituyeron el universo de Estados que “adquirieron” el régimen político, económico y social, Socialista. También se verían influenciados los continentes Asiático (China, Corea del Norte, Vietnam, etc.), Africano y Americano (Cuba, Chile –interrumpido su intento socializante por el Golpe de Estado de Augusto Pinochet- y Nicaragua), y es así que se llegó a la división política del Mundo en dos grandes bloques: el capitalista, el socialista, y un tercero de países que ni eran propiamente capitalistas ni socialistas, denominados como los del Tercer Mundo (también conocidos como países subdesarrollados o países en vías de desarrollo, que tienen un régimen conocido como de Economía

¹⁰² Que efectivamente incidiera en una mejoría notoria en la condiciones de vida de la humanidad, es decir un estadio de vida que llevará a la felicidad.

Mixta, que implica elementos de la economía capitalista con otros de franca tendencia socialista).

Una inferencia lógica nos lleva a la presunción de que los antecedentes del Derecho socialista son de origen liberal (al menos por orden secuencial cronológico). Y es así en la realidad, la terminología liberal-burguesa usada en por el ordenamiento jurídico es aplicada bajo sus respectivas adaptaciones por los Estados socialistas, que en muchos casos llevan a un significado totalmente opuesto al originario de la palabra usada. Ahora veamos lo estrictamente relacionado con nuestro objeto de estudio, el contrato, a la luz del ordenamiento jurídico vigente en la URSS, a manera de ejemplo y como modelo seguido por la mayor de los Estados socialistas. Inicialmente se considera al contrato como la principal fuente generadora de contratos, así lo disponía el artículo 106 del Código Civil al estatuir: *Las obligaciones se derivan de los contratos y de las demás fuentes indicadas en la Ley. Especialmente del enriquecimiento injusto y del daño causado por una persona a otra.* Los artículos subsiguientes del 107 hasta el 151 nos permiten conocer lo que sería el tratamiento genérico dado a los contratos, y de su lectura apreciamos que no existe diferencia de fondo respecto a la legislación vigente en países con un modo de producción diferente y sustentado en la ideología liberal (tal y como sería un caso ejemplificativo México). Pero la práctica se aleja fatalmente de esta sencillez que encontramos en la teoría. Primero porque una lista colosal de bienes se encontraban fuera del comercio, o en su caso sujetos a una restricción comercial que en la práctica hacía inviable tenerlos como objetos validos en una relación contractual. Segundo precisamente en relación a esa seria de bienes (y servicios) respecto de los cuales existía prohibición expresa de tenerlos como objeto de un contrato, encontramos que son comercializados de manera monopolizante por el Estado a través

de diferentes formas administrativas adoptadas ex profeso. Al respecto comenta Ioffe lo siguiente: "... ocupa un lugar preeminente el contrato económico, es decir, el contrato planificado, que se celebra entre las organizaciones socialistas y sirve de vehículo para la distribución de la producción (el contrato de suministro), para la ejecución de determinados trabajos (el contrato de suministro), para la prestación de otros servicios entre las diferentes organizaciones socialistas (el transporte, la expedición, etc.), a fin de asegurar el cumplimiento de la tarea planificada de cada una de ellas y, por tanto, el cumplimiento del Plan de la economía nacional en su totalidad. No es de extrañar, por ello, que la gran mayoría de las disposiciones promulgadas en el período que nos ocupa, concernientes al derecho contractual, se consagren a la estructuración jurídica de las relaciones planificadas-contractuales entre las organizaciones socialistas."¹⁰³

Al lado del conjunto de "contratos" planificados encontramos aquellos denominados genéricamente como *compraventas al por menor*. Ioffe explica adecuadamente esta situación: "Al atribuir gran importancia a dicho contrato, que a raíz de la victoria del socialismo era casi la única forma de servicio a la población prestado por el sistema mercantil socialista, el legislador se preocupó no sólo de su regulación en Derecho civil, sino también de asegurar la observancia más estricta posible, por parte de las sociedades mercantiles, de sus obligaciones hacia los consumidores. El incumplimiento de la principal de dichas obligaciones, la venta de mercancías, con su peso exacto y cabal medida, se considera... como un fraude al Estado y un robo al consumidor, que acarrearán la aplicación de sanciones penales a las personas culpables de los citados

¹⁰³ Ioffe, O.S. Derecho Civil Soviético. Instituto de Derecho Comparado. Universidad Nacional Autónoma de México. p. 247.

actos.”¹⁰⁴ En todo ordenamiento jurídico encontramos relacionadas las distintas ramas que integran la totalidad del árbol jurídico, sin embargo no es frecuente encontrar una mezcla tan aleccionadora (en sistemas jurídicos modernos, como lo fue el soviético) entre una figura netamente del “derecho privado” (civil) con el público (penal). En síntesis el contrato es un concepto jurídico abordado a conciencia por el socialismo real, que sin embargo es adaptado en gran medida a otras instituciones jurídicas conexas sólo tangencialmente a la esencia del contrato, el cual bastante restringido conserva su esencia en la precitada compraventa al por menor, y por supuesto en diversos “acuerdos” no reconocidos “oficialmente” por el sistema gubernamental, pero existentes en la realidad social, bajo el conocido como *mercado negro*.

4.7 Doctrina social de la Iglesia Católica.

La Iglesia Católica se encuentra normada por un conjunto de reglas a la cual se le ha denominado Derecho Canónico; la Iglesia Católica se constituye como una institución social en sumo compleja, de entrada por su antigüedad (dos mil años), segundo por el gran poder político y económico que tiene, y tercero, precisamente su antigüedad refleja una gran organización que le ha permitido llegar hasta nuestros días, sobreviviendo a todo tipo de escándalos de corrupción (en todos los sentidos). El Derecho Canónico, dada su antigüedad en algún tiempo, se constituyó en la normatividad heredera directa, del Derecho Romano. En ese sentido el Derecho Canónico contempló (y contempla) instituciones jurídicas de diversa índole. A su vez este derecho, debido a la inclinación humanística, que por su naturaleza, debe tener, influyó mucho en la modernización de instituciones arcaizantes.

¹⁰⁴ Ibíd. p. 266.

Para este Derecho¹⁰⁵, al menos respecto a la materia contractual, el formalismo no tiene demasiada importancia, por ello desde finales del Imperio Romano de Occidente ofrece formulas diferentes en relación a la Teoría del Contrato respecto a las correlativas impuestas por el Derecho Romano Clásico¹⁰⁶. Resistido por los romanistas, El principio voluntarista, al cual los juristas romanos se opusieron, tiene mayor aplicación en el campo del derecho comercial que en el del civil. Asimismo la Iglesia Católica ha expresado múltiples críticas al sistema capitalista (liberal-burgués) como lo dice Néstor de Buen, si bien ataca en algunos aspectos el pensamiento socialista-marxista (principalmente en el sentido espiritual) pero en aspectos prácticos coinciden en gran medida.¹⁰⁷

4.8 Reflexiones finales.

Consideramos en contrariedad de las tesis fatalistas que hablan de una decadencia del contrato¹⁰⁸, que esta institución jurídica se erige como uno de los pilares de la sociedad contemporánea, que permea a prácticamente todos los ámbitos de la sociedad, que es cierto, debe ser

¹⁰⁵ El Derecho Canónico es el ordenamiento jurídico aplicable y aplicado (normalmente) por la Iglesia Cristiana Católica Apostólica Romana, en ese sentido el desarrollo de este conjunto de normas jurídicas tiene su origen desde épocas muy antiguas, hablaríamos de los siglos iniciales de esta era, pero tiene su verdadero desarrollo a raíz de la caída del Imperio Romano de Occidente, siendo la Iglesia Católica la heredera de la institución imperial; pero no obstante su antigüedad su desarrollo a continuado a lo largo de los siglos y es hoy una referencia obligada dada la permanencia de esta institución social, con personalidad jurídica internacional, es por ese motivo que se le viene a estudiar dentro del período relativo a la Edad Contemporánea de la historia de la humanidad.

¹⁰⁶ Infra apartado 2.3 La Baja Edad Media.

¹⁰⁷ Cfr. De Buen Lozano. op. cit. p. 78 y ss.

¹⁰⁸ Por supuesto destaca en el medio jurídico mexicano la obra del maestro Dr. Néstor de Buen Lozano, pero en el mismo sentido existen una multiplicidad de obras en el extranjero; Argentina en Latinoamérica, como siempre, destaca en la ciencia jurídica, autores como, Marco Aurelio Risolía "Soberanía y crisis del contrato", Federico Videla Escalada "Visión general del contrato", Pascual Marín Pérez "La crisis del contrato", etc., son ejemplo de investigadores que consideran real una decadencia del contrato en los tiempos actuales; a su vez, existen numerosos autores que opinan lo contrario.

revisada a fondo su naturaleza y esencia, pero que en ningún modo implica la decadencia de esta institución, ni en el aspecto cualitativo, y mucho menos en el cuantitativo, el hecho de que se de la superación de la etapa histórica (el liberalismo) que consideró como un fin absoluto a la libertad absoluta (sin contrapesos).

Hoy en día el contrato es una institución jurídica, prácticamente indispensable para la vida de la sociedad mundial, trasciende a todos los ámbitos de la actividad humana, y esta inmerso dentro del marco jurídico de la inmensa mayoría de los pueblos que habitan nuestra planeta (atreviéndonos a sostener que trasciende el concepto de contrato y sus consecuencias a la totalidad de las naciones de la Tierra).

El hombre en su evolución ha sido acompañado permanentemente por el contrato, siendo el contrato una de las más importantes herramientas con las que ha contado la sociedad para superar las graves crisis sociales por las cuales ha atravesado la humanidad, el género acuerdo de voluntades, en sus diferentes manifestaciones (entre ellas el contrato) ha servido como un instrumento eficaz, que permite la subsistencia del concierto sobre las discordia, que en el extremo máximo, significaría la hecatombe de la humanidad.

Tal y como percibimos de lo expuesto hasta este espacio, el contrato manifiesta una permanente evolución (o simplemente cambio) y en consecuencia, esa evolución seguirá la tendencia hacia el futuro, consideramos que el concepto, la idea del contrato seguirá sufriendo alteraciones, sin embargo la esencia permanece y, permanecerá inmutable con el paso del tiempo.

SEGUNDA PARTE. Teoría General de los Contratos.

SECCIÓN PRELIMINAR. Naturaleza filológica del contrato.

CAPÍTULO PRIMERO. Definición de contrato.

Introducción.

La palabra contrato es compleja (como toda palabra) diría cualquier filósofo de la lengua, el objetivo de esta obra es acercar fielmente a la ciencia jurídica con una institución compleja, con un concepto escurridizo, por ello hemos optado por conjugar diversas disciplinas a fin de acercarnos puntualmente a la esencia no sólo jurídica, sino, principalmente social, del contrato.

En ese orden de ideas, una vez recorrido el camino histórico que el contrato ha seguido, debemos ahora con ayuda de otras ciencias desentrañar su esencia gramatical¹⁰⁹.

El contrato, desde el punto de vista (amplio) de la lengua (en este caso española) tiene muchos sinónimos, en ese sentido entendemos que integra junto con otras palabras un campo semántico, un universo acotado (si tal circunstancia es posible). Entonces es una especie de un género, la pregunta es, ¿ese género es el convenio, o el convenio a su vez es la especie de un genera más amplio?.

A nuestro entender el convenio no es el género al cual pertenece la especie contrato¹¹⁰, las dos palabras, los dos conceptos jurídicos, que tales

¹⁰⁹ La definición que el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española ofrece de la palabra filología es el siguiente: **1. f.** Ciencia que estudia una cultura tal como se manifiesta en su lengua y en su literatura, principalmente a través de los textos escritos. **2. f.** Técnica que se aplica a los textos para reconstruirlos, fijarlos e interpretarlos.

palabras contienen, forman parte de un género más extenso, ese género simple y sencillamente es el: ACUERDO.

En consecuencia *a priori*, podemos adelantar que, la relación existente entre convenio y contrato es la de especies próximas, más cercanos a la sinonimia, que a la de género-especie.

1.3 Teoría del acuerdo.

Apuntamos en la introducción inmediata precedente, que el acuerdo es el género al cual pertenece el contrato. Habría que definir la palabra acuerdo, para tener una base en torno a la cual construir nuestra teoría. Veamos lo que al respecto aportan los diccionarios:

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española¹¹¹ (en adelante el Diccionario) ofrece la siguiente definición:

“Acuerdo. (De *acordar*). 1. m. Resolución que se toma en los tribunales, sociedades, comunidades u órganos colegiados. 2. m. Resolución premeditada de una sola persona o de varias. 3. m. Convenio entre dos o más partes. 4. m. Reflexión o madurez en la determinación de algo. *Buen, mal, mejor, peor acuerdo*. 5. m. Conocimiento o sentido de algo. 6. m. Parecer, dictamen, consejo. 7. m. Uso de los sentidos, entendimiento, lucidez. 8. m. *Pint*. Armonía del colorido de un cuadro. 9. m. *Arg*. Pleno de ministros que se reúne para deliberar sobre asuntos de Estado por convocatoria del presidente. 10. m. *Arg*. Reunión plenaria por salas que celebran los miembros de un tribunal de justicia para resolver casos judiciales o administrativos. 11. m. *Arg., Hond. y Ur*. Conformidad que otorga el

¹¹⁰ En el mismo sentido, bajo premisas estrictamente jurídicas, cfr. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, “Convenio y Contrato” México. Ed. Porrúa. 2002. Tercera Edición; quien concluye que por falta de estudio se ha llegado a la simple conclusión de que el concepto de contrato se subsume dentro del concepto de convenio, lo cual, demuestra, no necesariamente es acertado.

¹¹¹ Versión consultada en Internet (en 2006) en la dirección www.rae.es, que es la 22ª. edición correspondiente al año 2001.

Senado a algunos nombramientos hechos por el poder ejecutivo. 12. m. *Col. y Méx.* Reunión de una autoridad gubernativa con uno o algunos de sus inmediatos colaboradores o subalternos para tomar conjuntamente decisiones sobre asuntos determinados. 13. m. *p. us.* Recuerdo o memoria de las cosas.

~ marco. 1. m. *Der.* acuerdo normativo al que han de ajustarse otros de carácter más concreto.

de ~. 1. loc. *adj.* Conforme, unánime. *Estar, ponerse de acuerdo.* 2. loc. *adv.* Con acuerdo o conciliación. *Poner de acuerdo.* 3. loc. *adv.* U. como fórmula para manifestar asentimiento o conformidad.

estar alguien en su ~, o fuera de su ~. 1. *frs. p. us.* Estar o no en su sano juicio o sentido.

volver alguien en su ~. 1. *fr. p. us.* Volver en sí, recobrar el uso de los sentidos, embargados por algún accidente."

Según el diccionario Larousse, acuerdo es:

"Resolución tomada por una o varias personas: *lo hicieron de común acuerdo.* II Unión: *reinaba el acuerdo entre ellos.* (SINÓN. V. Armonía y unión.) II De acuerdo, m. *adv.*, de conformidad, unánimemente: *ponerse de acuerdo.* II Reflexión o madurez en una determinación, conocimiento o sentido de alguna cosa. II Pacto, tratado: *acuerdo comercial hispanoargentino.* (SINÓN. V. Convenio.) II Parecer, dictamen. II Recuerdo, memoria de una cosa. II Juicio, sentido: *estar en su acuerdo.* II Arg. Consejo de Ministros. Confirmación de un nombramiento hecho por el senado. II Mex. Reunión de una autoridad gubernativa con sus colaboradores para tomar una decisión. II *Acuerdo-marco* acuerdo global."¹¹²

El diccionario Inverso Ilustrado de Reader's Digest da la siguiente definición de acuerdo:

¹¹² García-Pelayo y Gross, Ramón. DICCIONARIO LAROUSSE. p. 17.

“Decisión tomada por algunas personas. Sinónimo convención. Antónimo desacuerdo.

- unánimemente: *de acuerdo*.
- que sostienen la misma opinión: *de común acuerdo*.
- escrito oficial del resultado de las discusiones razonadas: *acuerdo*.¹¹³

Hasta este punto podemos deducir que la palabra *acuerdo* tiene diversas sinonimias, pero hasta qué punto verdaderamente, una palabra es sinónimo de otra, el lenguaje utilizado de manera estricta, manifiesta, que aun cuando hay palabras con significados muy similares, cada una tiene matices que la diferencian, y en ese sentido es complicadísimo encontrar dos palabras diferentes con significados idénticos.

Entendemos que *acuerdo* es tanto una acción (siempre plural, es decir, por más de una voluntad, entiéndase la voluntad de más de un sujeto) caracterizada por la comunidad de objetivo; así como, la expresión resultante de tal comunidad de ideas¹¹⁴. En consecuencia la palabra acuerdo asume dos posibles acepciones genéricas, diferentes entre sí, pero que se complementan.

¹¹³ REFERENCIA scx BIBLIOGRÁFICA

¹¹⁴ En ese sentido es de resaltarse las definiciones aportadas por el Diccionario respecto de las palabras: alianza, convenio, pacto y tratado, lista sí no exhaustiva si bastante ejemplificativa de las sinonimias relativas entre sí:

alianza. (*De aliar*). **1. f.** Acción de aliarse dos o más naciones, gobiernos o personas. **2. f.** Pacto o convención. **3. f.** Conexión o parentesco contraído por casamiento. **4. f.** Anillo matrimonial o de esponsales. **5. f.** Unión de cosas que concurren a un mismo fin. B) convenio. (*De convenir*). **1. m.** Ajuste, convención, contrato. C) pacto. (*Del lat. pactum*). **1. m.** Concierto o tratado entre dos o más partes que se comprometen a cumplir lo estipulado. **2. m.** Cosa estudiada por tal concierto. D) tratado. (*Del lat. tractātus*). **1. m.** Ajuste o conclusión de un negocio o materia, después de haberse conferido y hablado sobre ella. **2. m.** Documento en que consta. **3. m.** Escrito o discurso de una materia determinada.

Así lo podemos considerar en torno a lo contenido en el Diccionario Práctico de Sinónimos, Antónimos e Ideas Afines de Larousse¹¹⁵:

1. Acuerdo

Conformidad.

Consonancia.

Unión.

Armonía.

Convenio.

Pacto.

2. Acuerdo

Fallo.

Disposición.

Resolución.

Decisión.

Determinación.

En tal sentido el género ACUERDO se manifiesta a través de una diversidad de actos, de manera que el acuerdo proviene de la voluntad humana¹¹⁶.

Los actos por medio de los cuales se manifiesta el acuerdo, son en exceso diversos, abarcan, prácticamente la totalidad de las actividades humanas, todos los aspectos, sin excepción, de la vida social son tocados por el acuerdo.

En torno a las ideas anteriores es posible decir, que todo acuerdo, implica una unión de voluntades, en consecuencia las definiciones del consentimiento (elemento de existencia del contrato, y del convenio¹¹⁷) como acuerdo de voluntades conllevan un pleonismo. Sin embargo es aceptable, hablar del consentimiento como acuerdo de voluntades, bajo la posibilidad de que existan acuerdos que no conlleven voluntad (es

¹¹⁵ DICCIONARIO PRÁCTICO DE SINÓNIMOS, ANTÓNIMOS, E IDEAS AFINES LAROUSSE. Ed. Larousse. p. 14.

¹¹⁶ En ese aspecto, para una inmensa cantidad de profesionales, en diversas áreas del conocimiento, se niega que los animales tengan voluntad, aún los más desarrollados; por el contrario, otros tantos profesionistas reconocen que los animales pueden llegar, dependiendo de su grado de desarrollo "intelectual", a tener voluntad, para el Derecho, el animal (cual sea) carece de voluntad, en tales circunstancias, los animales no pueden ser sujetos de relaciones jurídicas.

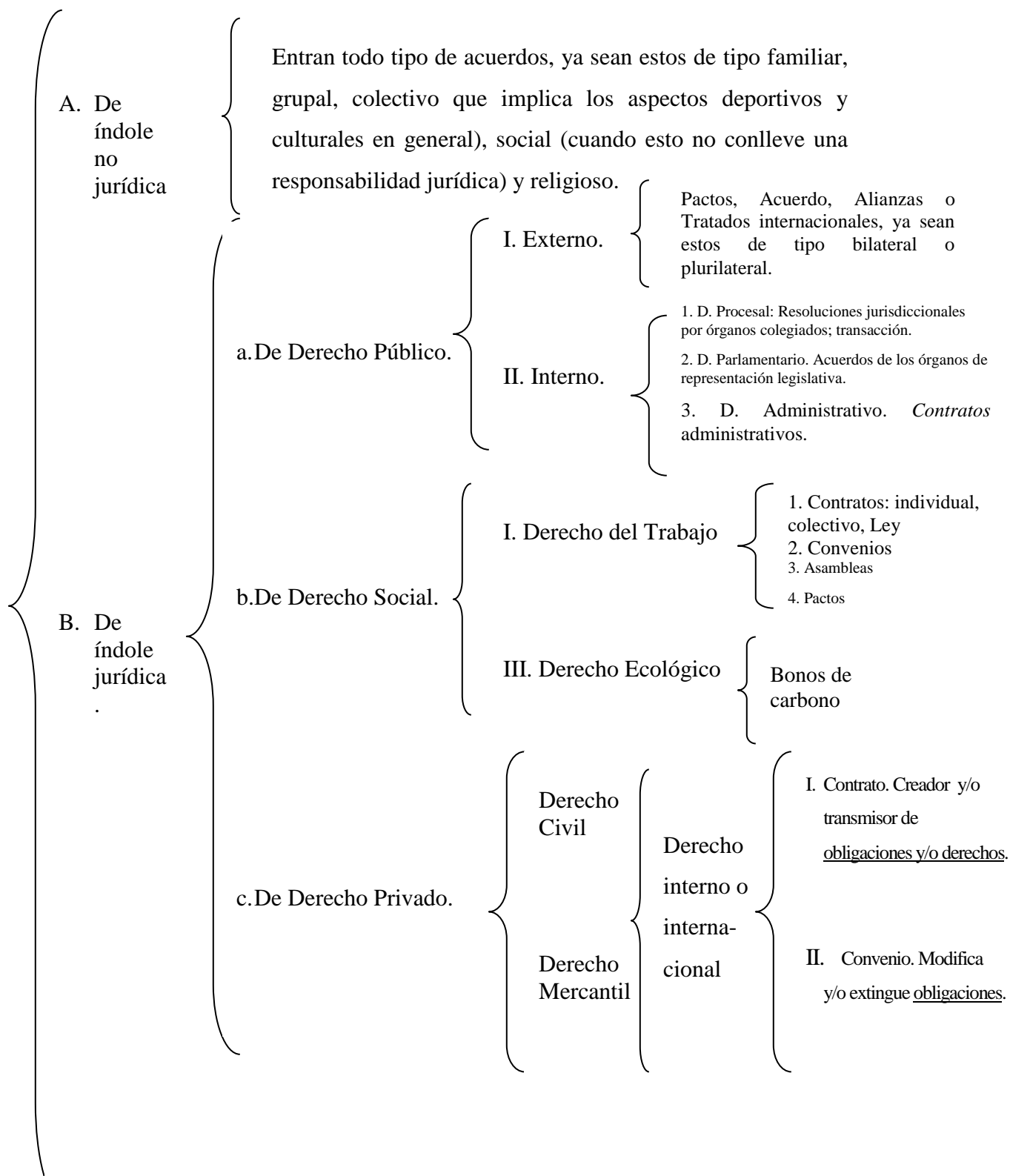
¹¹⁷ Supra 2.1.3

decir, la voluntad jurídicamente reconocida o válida) tal sería el caso del acuerdo entre personas con capacidad restringida.

Si bien, entendemos que el concepto de acuerdo trasciende del ámbito jurídico, tal y como acabamos de ver, podemos sin embargo, ofrecer un esquema, que conjugue el género acuerdo (como concepto social, es decir, meta-jurídico) con su relación al derecho.

En la página siguiente ofrecemos un diseño que permite aclarar la idea (de la Teoría del Acuerdo), aunque el objetivo de tal planteamiento gráfico es tratar de ser lo más exhaustivo posible, es pertinente reconocer que seguramente escapen, a tal exposición, algunos actos que revistan la forma del acuerdo, no obstante ello se intentó manifestar de manera clara como por una parte, el acuerdo es un género que trasciende al ámbito jurídico; y como, tanto el contrato como el convenio tienen una relación de proximidad conceptual (cercana a la sinonimia) pero no de género-especie¹¹⁸:

¹¹⁸ Esta negación de la relación género-especie entre el convenio y el contrato, en este apartado, es de índole filológica-gramatical, en apartado posterior ofreceré nuestra opinión desde una perspectiva estrictamente jurídica.



Definición de contrato aportada por el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española:

“(Del lat. *contractus*).

1. m. Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.

2. m. Documento que recoge las condiciones de este convenio.”

Tal como podemos apreciar por la definición aportada por el Diccionario, el concepto de contrato encierra dos posibles orientaciones, en un sentido dirigido hacia el acto humano, y en otro al documento que representa dicho acto.

1.4 Definiciones jurídico-doctrinarias de contrato.

Conceptos de contrato hay como autores que abordan el tema, igualmente el Código Civil para el Distrito Federal¹¹⁹ ofrece una definición de contrato, conocida en el campo doctrinal (mexicano) como la definición legal:

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

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

¹¹⁹ Con el fin de facilitar la redacción y lectura de este trabajo, denominaré al Código Civil para el Distrito Federal simplemente como “Código”, y si no indicó a que código se refiere un artículo mencionado, también se entenderá que la referencia es al Código Civil para el Distrito Federal.

De los anteriores artículos, por simple deducción “lógica” la mayoría de los doctrinarios han concluido, que el convenio es el género y el contrato es la especie. Puede afirmarse que la generalidad de los autores que abordan el tema, están conformes con lo que dice la anterior definición, aunque no dejan de marcar ciertos matices que le dan una cierta singularidad a su respectiva definición.¹²⁰

A su vez existe una discusión doctrinal con respecto a la naturaleza del contrato, algunos tratadistas consideran una doble naturaleza del contrato¹²¹, considerándolo tanto una especie típica de acto jurídico, así como una norma jurídica especializada; por el contrario otros autores manifiestan que es únicamente un “acto jurídico celebrado de acuerdo con determinadas normas jurídicas”¹²²

Veamos ahora la definición propuesta por Néstor A. Pizarro, a través de la Enciclopedia Jurídica OMEBA:

¹²⁰ En un sentido contrario expone Jorge Alfredo Domínguez Martínez, quien vendría a ser la voz discordante de la doctrina mexicana, él identifica que entre el convenio y el contrato no existe propiamente una relación género-especie, sustenta su teoría, a la cual nos añadimos, en la importante distinción que existe entre la definición legal de contrato y convenio, mientras que el primero alude a la creación o transmisión derechos y obligaciones, el segundo sólo marca lo conducente respecto de las obligaciones. Los derechos a los que se alude en el concepto de contrato, son los reales; los personales se encuentran incluidos en sus correlativas obligaciones. Cfr. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, CONVENIO Y CONTRATO, Ed. Porrúa, México, 2002.

¹²¹ Esta doble naturaleza, la cual estudiaremos en este trabajo, no significa que (estricta y jurídicamente hablando) sea la única, diversos autores, entre ellos, Miguel Ángel Zamora y Valencia (cfr. Zamora y Valencia, CONTRATOS CIVILES, Décima Edición, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 25) y Francis Mesinneo, (cfr. Messineo, Francesco. DOTTRINA GENERALE DEL CONTRATTO, Terza Edizione, Ed. Mylta-Pavcis, Milsn, Italia, 1948, p. 23) agregan la de considerar al contrato como documento, reconociendo lo acertado de su apreciación, no la seguimos, dado que a nuestro juicio es válida (y reconocida por el derecho vigente) la existencia de contratos que se hayan celebrado únicamente de manera oral (consensual es el término utilizado por la doctrina) cierto es, que estos contratos, dada la singularidad que se vive en nuestra época, han ido quedando en el desuso.

¹²² Pina de, Rafael. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO Volumen III. Ed. Porrúa, México, 1998, pág. 265

"1. Etimología: Proviene del latín contractus, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta voz deriva de contraho, que, entre otras acepciones, tiene la de juntar o reunir.

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

...

Gramaticalmente pueden definirse como acuerdos o convenios entre partes o personas que se obligan a materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas."¹²³

La Enciclopedia Jurídica Mexicana, propone la siguiente definición:

"1. (Del latín contractus, derivado a su vez del verbo contrahere, reunir, lograr, concertar). Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo, tiene una doble naturaleza pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada."¹²⁴

1.4.1 Definiciones de Contrato aportadas por Autores Mexicanos.

Sergio T. Azúa Reyes: Contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear o transferir entre sí derechos y obligaciones. De su naturaleza explica que, es un acto jurídico bilateral o plurilateral, o si se prefiere, dos o más actos jurídicos emanados respectivamente de dos o

¹²³ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA Tomo IV, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1967, p. 120.

¹²⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA Tomo II C, Ed. Porrúa y UNAM, México 2002, p. 551.

más personas, que concurren a la realización de un negocio en el que se encuentran interesadas.¹²⁵

Ignacio Galindo Garfías: Es el acto jurídico típico del derecho privado y se caracteriza porque las declaraciones de voluntad de las partes que lo celebran son concurrentes, convienen en crear entre sí, relaciones jurídicas; forman un acuerdo de voluntades o consentimiento, lo que constituye propiamente, el elemento esencial del contrato. El contrato puede ser considerado como acto jurídico por una parte y como norma individualizada de conducta desde otro punto de vista.¹²⁶

Rafael de Pina: En su significación semántica, contrato es el pacto o convenio entre partes sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. El contrato no es, a nuestro entender, una norma jurídica, en el mismo sentido en que lo son la ley y la costumbre, por ejemplo, sino un acto jurídico celebrado de acuerdo con determinadas normas jurídicas.¹²⁷

Miguel Acosta Romero: ...el contrato no es más que un acto jurídico bilateral y multilateral, es decir, un acuerdo de voluntades que produce consecuencias de derecho, que ha través de la historia ha ido evolucionando.¹²⁸

¹²⁵ Azúa Reyes, Sergio T. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Ed. Porrúa, México, 2000, págs. 49 y 51.

¹²⁶ Galindo Garfías, Ignacio. TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS. Ed. Porrúa, México, 1996, pp. 67 y 68.

¹²⁷ Pina de, Rafael. Op. Cit. pp. 265.

¹²⁸ Acosta Romero, Miguel, et. al. TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO Y OBLIGACIONES, Ed. Porrúa, S. A., México, 2002, p. 131.

Oscar Correas¹²⁹ ofrece una definición desde una perspectiva *sui generis* partiendo desde la ideología marxista, posición en la cual abundaremos en la cuarta parte de este trabajo, nos dice del contrato: "son intercambios de valores equivalentes que aparecen como acuerdos de voluntad"¹³⁰.

1.4.2 Definiciones de contrato de autores extranjeros.

Argentina en el ámbito jurídico, es un país que destaca con luz propia, al ser igual que México una nación latinoamericana, consideramos pertinente partir de su legislación, para revisar las acepciones que en el extranjero, se tengan sobre el concepto de contrato.¹³¹

El tratadista argentino Jorge Mossete Iturraspe, en alusión a la definición legal argentina del contrato, comenta lo siguiente: "El contrato, definido en el art. 1.137 como el acuerdo de varias personas sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos, es una de las especies dentro del género acto o negocio jurídico."¹³²

En Francia, en más de un sentido, origen de muchos de los preceptos y paradigmas que rigen la teoría general del contrato, destacan los hermanos Mazeud, quienes exponen las siguientes ideas:

"El contrato es una convención generadora de obligación. En la actualidad, un acuerdo de voluntades resulta suficiente para crear una obligación. El contrato es

¹²⁹ Argentino de nacimiento, pero residente mexicano desde la década de los setenta.

¹³⁰ Correas, Óscar, *Introducción a la crítica del Derecho moderno*, Fontamara, México, 2000, p. 56.

¹³¹ Artículo 1137 (Cód. Civ. Argentino). Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad destinada a reglar sus derechos.

¹³² Mossete Iturraspe, Jorge, *TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO*, Ediciones Jurídicas Orbir, Rosario, Argentina, 1970, p. 7.

susceptible de representar un doble papel: crear una obligación, transmitir un derecho real."¹³³ (el subrayado es nuestro).

"El contrato es un acto pecuniario; por consiguiente, es extraño a los derechos de la personalidad y de la familia (por ejemplo: matrimonio, adopción. Pero el contrato puede recaer sobre las consecuencias pecuniarias de los derechos de la personalidad o de la familia (ejemplo: convenciones matrimoniales)).¹³⁴

El italiano Francesco Messineo, considera que la definición de contrato puede ser llevada a cabo desde tres diferentes ópticas (todas ellas jurídicas): "Significati giuridici vari del termine <contratto>. Il contratto come complesso di norme (rinvio). Il contratto come documento. Il contratto come negozio giuridico bilaterale (struttura del contratto, in quanto negozio giuridico).¹³⁵ Que se traduce como: (existen) varios significados jurídicos del termino <contrato>. El contrato como complejo de normas. El contrato como documento. El contrato como negocio jurídico bilateral. Cada una de estas concepciones, genera una definición particular, volveremos a ellas en los apartados correspondientes.

Hasta ahora hemos visto únicamente la perspectiva aportada por doctrinarios representativos de sistemas normativos fundados en torno al Derecho Romano, sin embargo consideramos importante reconocer la importancia que en el Derecho contemporáneo tiene el sistema del Common Law.

¹³³ Mazeud, Henry, León y Jean, LECCIONES DE DERECHO CIVIL Parte Segunda, Volumen I, Traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1969, p. 56.

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ Messineo, Francesco. DOTTRINA GENERALE DEL CONTRATTO, Terza Edizione, Ed. Mylta-Pavcis, Milsn, Italia, 1948, p. 23.

El profesor de la Universidad de Oxford, P. S. Atiyah, ofrece los siguientes comentarios en relación con la definición de contrato:

"Definitions of contract are usually cast in terms either of agreements or of promises. So English lawyers would tend to define a contract as "an agreement which is legally enforceable or legally recognized as creating a duty"...One widely used definition is...:

A contract is a promise or a set or promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty."¹³⁶

Lo cual traducimos como: *las definiciones de contrato usualmente pueden ser hechas en dos sentidos, tanto en términos de acuerdos o de promesas. Entonces el contrato es: un acuerdo el cual es legalmente forzoso o legalmente reconocido como creador de un deber. Otra definición usada es la que considera al contrato como una promesa o conjunto de promesas que en caso de incumplimiento el derecho otorga un remedio o el reconocimiento por parte del derecho, en cierto sentido, como un deber.*

1.4.3 Definición personal de contrato

Los distintos planteamientos contemporáneos sobre el concepto de contrato se encuadran perfectamente con las definiciones de los anteriores autores; podemos observar que se considera en general al contrato como una especie del convenio, exceptuando a los Mazeud y a Domínguez Martínez se omite distinguir en la posibilidad solamente reconocida al contrato de generar derechos reales; desde otra

¹³⁶ Atiyah, P. S., AN INTRODUCCION TO THE LAW OF CONTRACT. Fourth Edition, Clarendon Press-Oxford, E. U. A., 1989, p. 40.

perspectiva también se omite en general en vislumbrar el carácter normativo del contrato expuesto por Hans Kelsen y Rafael Rojina Villegas.

Sí bien, es cierto que el contrato, no constituye un concepto jurídico fundamental, eso no implica un obstáculo para que tenga una connotación básica en el conglomerado social, y en consecuencia en la conformación del ordenamiento jurídico de prácticamente cualquier Estado contemporáneo.¹³⁷ Advertimos que para algunos autores la definición de contrato no genera problema alguno¹³⁸, para otros tantos, no sólo es un problema ofrecer una correcta definición de contrato, sino, que además, sea hasta redundante, tanto porque es prácticamente imposible ofrecerla, como porque legal-jurisdiccionalmente (se dice) es innecesario dar una definición al respecto.¹³⁹

Responder a la interrogante de ¿qué es el contrato? No es nada sencillo, el contrato, atendiendo a las notas distintivas del mismo, su inclusión exclusiva en el campo jurídico es objeto de crítica al respecto Recassens Siches es claro:

El contrato plantea una serie de problemas a la Teoría fundamental del Derecho. Entre tales problemas figura el de saber si el contrato es algo perteneciente esencial y exclusivamente al mundo del Derecho, o sí, por el contrario es algo que, aunque pueda caer, y de hecho caiga muchas veces, dentro del ámbito del Derecho, rebasa los confines de éste y tiene

¹³⁷ El contrato no solamente es una figura jurídica presente en todo ordenamiento jurídico contemporáneo, sino también ha sido compañero de la humanidad en casi todas las culturas de todos los tiempos.

¹³⁸ Cfr. Sepúlveda Sandoval, Carlos, DE LOS DERECHOS PERSONALES, DE CRÉDITO U OBLIGACIONES, Ed. Porrúa, México, 1996, p. 95.

¹³⁹ Cfr. Castán Tobeñas, José, "El Nuevo Código Civil Mexicano" en REVISTA DE DERECHO PRIVADO, año XVI, número 189, Madrid, España. En el mismo sentido, Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op. cit. pp. 97, 98 y 99.

su origen en otro campo, a saber en el campo de las simples relaciones humanas.¹⁴⁰

Debe partirse de que el contrato es una institución jurídica compleja, a la cual se le reconoce una doble naturaleza, clásicamente su estudio ha sido hecho desde la perspectiva de considerarlo como el ejemplo típico del acto jurídico; por otro lado una vez concretizado el proceso de creación del acto, viene a manifestarse como una norma jurídica individualizada. *A priori* afirmamos que el género del cual se desprende el contrato no es el convenio. Ambos conceptos, consideramos que, son especies de un género social-gramatical más universal. Ese género, que aclaro, es metajurídico, simple y sencillamente es el *acuerdo*.

Reconocemos que el contrato no constituye un concepto jurídico fundamental, ni mucho menos un postulado; sin embargo la figura genérica de la cual se desprende (el acuerdo) válidamente puede afirmarse que acompaña al ser humano desde su origen como especie. Confirma nuestra afirmación Luis Recassens Siches, quien afirma:

Ahora bien, el contrato no constituye una figura jurídica *a priori*; es decir, no es una de las formas jurídicas categoriales (sic) puras, fundamentales, que pertenezca a la ciencia del Derecho y que, por lo tanto, tenga necesariamente que hallarse presente en todo régimen u ordenamiento; aunque de hecho, la hallamos desde luego en la mayor parte de los sistemas positivos históricos y preveamos que ninguna ordenación presente y futura pueda prescindir de esta institución.¹⁴¹

¹⁴⁰ Recassens Siches, Luis, *El contrato : su ubicación en el Derecho y su fuerza de obligar*. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México 1946, p. 5

¹⁴¹ Recassens Siches, Luis, *op. cit.* p. 4.

Tal como podemos apreciar por la definición aportada por el Diccionario, el concepto de contrato encierra dos posibles orientaciones, en un sentido dirigido hacia el acto humano, y en otro al documento que representa dicho acto. Pero ¿qué le da el carácter de jurídico a un contrato? Recassens Siches lo responde de la manera siguiente:

Esta interrogante creo que debe contestarse diciendo que hay que reputarlo como jurídico cuando el orden jurídico (positivo) lo reconoce o consagra como tal

...

Un convenio es contrato jurídico, cuando lo acordado por las partes vale como norma jurídica, es decir, como norma cuyo cumplimiento -o el de la conducta sucedánea, p. e., la indemnización de daños y perjuicios-, puede ser impuesto de modo inexorable por los órganos del Derecho.¹⁴²

Después del estudio que hemos expuesto, podemos extraer los siguientes razonamientos:

1. El contrato no constituye una categoría jurídica fundamental, no obstante es un concepto social-jurídico trascendental en la vida social contemporánea, y éste ha trascendido prácticamente a toda sociedad (en consecuencia a todo orden jurídico).
2. La relación existente entre convenio y contrato, no es la comúnmente reconocida por la doctrina mexicana, en el sentido de género-especie, más bien es una relación de proximidad.

¹⁴² Recassens Siches, Luis, ob, cit, pp. 16 y 17.

3. El contrato se encuentra englobado dentro de un campo semántico, al cual la categoría de género le corresponde a la palabra acuerdo.

El contrato dentro de su propia complejidad jurídica, debe ser observado tanto, como ejemplo típico de acto jurídico, y como una norma jurídica individualizada, sólo entendiéndolo así, será posible acercarse a una comprensión holística del mismo.

CAPITULO SEGUNDO. Conceptualización de la Teoría General del Contrato.

Introducción.

Múltiples autores tanto mexicanos como extranjeros han escrito sobre la Teoría General del Contrato¹⁴³, no obstante, sí no existe consenso en torno a la definición de contrato, lógico es que tampoco lo haya respecto de la teoría general del mismo; aun cuando la obra de muchos de estos doctrinarios tenga por título "Teoría General del Contrato", pocos se detienen a definir su contenido y alcance.

Aún cuando, tal y como apuntamos en el párrafo previo, ha sido la teoría general del contrato (o de los contratos) objeto de diversos trabajos, pocos autores se han detenido a reseñar en sí qué es, dicha teoría, siguiendo a

¹⁴³ La segunda parte de este trabajo la hemos titulado Teoría General de los Contratos, consideramos que es indiferente denominarle de esa manera o Teoría General del Contrato, para efectos de este trabajo a tales construcciones nominales les otorgaremos la calidad de sinónimos.

Guzmán Brito, es de distinguirse entre la teoría general del acto jurídico y la del contrato, al ser éste último una especie del primero.¹⁴⁴

2.2 Contenido de la Teoría General del Contrato.

La teoría general del contrato podemos definirla, como el conjunto sistematizado de conocimientos que explican qué es el contrato; cómo funciona, se desenvuelve, se genera, se transmite, se modifica, se extingue, es decir, todos los efectos que produce en el contorno jurídico de las personas que intervienen en él; dónde debe ser cumplido, en su caso el lugar dónde deba ser reclamada su ejecución forzosa o su rescisión; cuáles reglas le pueden ser válidamente aplicadas por los forjadores, cuáles deben ser las reglas de interpretación del mismo. Todo ello explicando las reglas genéricas para el contrato en general como acto jurídico y las específicas en relación a cada tipo de contrato en particular.

Normalmente muchos aspectos estudiados por la teoría general del contrato son abordados dentro del estudio de la teoría general de las obligaciones, en consecuencia, aquella constituye un apartado especial de ésta última.

Para Baudrit Carrillo "el estudio de la teoría general del contrato comprende una base de conceptos fundamentales..., en que se precisan los elementos necesarios para analizar sus efectos... y concluye con el examen de la etapa de cumplimiento de las obligaciones."¹⁴⁵

¹⁴⁴ Guzmán Brito, Alejandro, "PARA LA HISTORIA DE LA FORMACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DEL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO Y DEL CONTRATO, III: LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO" en REVISTA DE ESTUDIOS HISTÓRICO-JURÍDICOS, XXII, año 2000, Valparaíso, Chile, 2000, p. 47.

¹⁴⁵ Baudrit Carrillo, Diego, TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO, Ediciones Juricentro, San José, Costa Rica, 1982, p. 14.

Luis Muñoz, considera que el valor científico y práctico de la teoría del contrato, viene dado por la pluralidad de tratadistas; "y es que la elaboración de aquella permite ofrecer criterio y orientaciones inapreciables, además de la ventaja metodológica que supone para el jurista si es certeramente construida."¹⁴⁶ "La indagación de los principios comunes a todos y cada uno de los contratos interesa inclusive en relación con los atípicos, que son aquéllos no disciplinados o regulados particularmente por el ordenamiento jurídico."¹⁴⁷

En resumen, tal cual afirma Alberto Soto, la teoría general del contrato implica todo lo relacionado con su naturaleza, requisitos, vicios y modalidades.¹⁴⁸ En este trabajo, nos avocaremos al análisis de su "naturaleza" (esencia) sin que ello conlleve la omisión de estudiar o reseñar aquellos elementos inherentes al contrato y que han sido objeto de su estudio por la doctrina, a los cuales atenderemos nuestros propios señalamientos, reconociendo que serán tangenciales las aportaciones originales que al respecto aportemos.

¹⁴⁶ Muñoz, Luis, *TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO*, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1973, p. 1.

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ Soto Coágula, Carlos Alberto, "LA CONTRATACIÓN MASIVA Y LA CRISIS DE LA TEORÍA CLÁSICA DEL CONTRATO" en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, Tomo LVII, Fascículo III, Julio-Septiembre, 2004, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 2005, p. 1153.

SECCIÓN PRIMERA. El Contrato como Acto Jurídico Fuente de Obligaciones.

Introducción.

Los actos humanos o de la naturaleza, a los cuales el derecho les confiere efectos jurídicos, han sido objeto de tratamiento jurídico-doctrinario, y han generado dos grandes corrientes, por un lado la doctrina francesa elaboró en el siglo XIX, la teoría bipartita, consistente en el hecho y el acto jurídico, considerando al hecho jurídico como el género, y al acto como la especie; mientras que todo acto venía a constituirse en un hecho (genéricamente hablando) no todo hecho sería finalmente un acto jurídico.

La diferencia entre el hecho jurídico y el acto jurídico la encontramos en el elemento voluntad, la voluntad válida y eficaz, es la única que puede engendrar actos jurídicos.

Por otro lado en Italia (en relación directa con la doctrina alemana) se gestó a principios del siglo XX una teoría tripartita, originalmente basada en la teoría francesa, ésta concibió que los hechos trascendentes para el derecho deberían dividirse en: hechos jurídicos (en estricto sentido), actos jurídicos (similares en cuanto al aspecto volitivo al tratamiento de la teoría francesa) y negocio jurídico (concepto que engloba al contrato).

Consideramos que la idea del negocio jurídico de la doctrina italiana es una extrapolación innecesaria para nuestra realidad normativa, la cual girando en torno a la francesa, científicamente puede ofrecer explicación coherente al fenómeno de los hechos afectados por el derecho.

CAPÍTULO PRIMERO. El Contrato especie del Acto Jurídico.

1.3 El Hecho Jurídico.

El hecho jurídico, es aquel acontecimiento al cual el ordenamiento jurídico le concede consecuencias, en ese orden de ideas, no todo acontecimiento que sucede en la realidad, será necesariamente un hecho jurídico; de manera lógica se infiere que el hecho jurídico, es una especie del género, amplísimo, de hechos reales. A su vez el hecho jurídico funge como un género, que admite dos especies: el hecho jurídico en estricto sentido y el acto jurídico.

El hecho jurídico en estricto sentido (o *stricto sensu*, en latín) es aquel suceso natural o humano, en el cual no existe voluntad jurídica, es decir, si se trata de un hecho humano, a la voluntad no se le reconoce en sí efectos jurídicos. Ejemplos de hechos jurídicos en estricto sentido son: el nacimiento, la muerte, el aluvión, la avulsión, los ilícitos, la gestión de negocios, etc.

1.4 El Acto Jurídico.

Como antes vimos el acto jurídico es una especie del hecho jurídico en sentido amplio (*lato sensu*). Puede ser definido como la acción humana realizada con voluntad válida y eficaz, que genera consecuencias sancionadas por el derecho.

Miguel Acosta Romero define al acto jurídico como:

“El acto jurídico es una manifestación externa de voluntad de un sujeto de derecho, que: crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos u obligaciones.

De acuerdo con la doctrina francesa, el acto jurídico es una manifestación de la voluntad hecha con el primordial propósito –objeto- de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones o situaciones concretas."¹⁴⁹

1.4.1 Especies de Acto Jurídico.

Siempre que encontremos actos humanos generados con una voluntad válida y eficaz, que generen secuelas jurídicas, estaremos frente a un acto jurídico; son diversas las manifestaciones de actos jurídicos, también pueden existir varias clasificaciones del mismo, dependiendo del criterio usado, así como del autor que la haga. Atendiendo al número de sujetos que intervienen en la generación del acto, éste puede ser:

*unilateral;

*bilateral;

*multilateral.

Dependiendo de la rama jurídica de la que se trate, el acto puede ser:

- a) De Derecho Privado;
- b) De Derecho Público;
- c) De Derecho Social.

1.2.2 El Convenio y el Contrato.

Hemos tratado abundantemente en otros capítulos y apartados la relación existente entre convenio y contrato, desde la perspectiva histórica, gramatical y someramente desde la jurídica; a priori mencionamos sin

¹⁴⁹ Acosta Romero, Miguel, et. al., op. cit., p. 19.

demostrar, que la relación entre estos dos conceptos, más que ser de índole género-especie, es la de próximas-especies. Qué nos hace afirmar ello, pues el análisis idóneo de los artículos 1793 y 1792 del Código Civil:

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

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

El subrayado que hacemos es para destacar, la distinción parcialmente entendida por la doctrina mexicana (salvo la honrosa excepción de Alfredo Domínguez Martínez) en general se ha considerado que el contrato es especie del convenio (algunos autores afirman la vacuidad de la distinción entre el convenio y el contrato, al suponer que el convenio engloba las mismas consecuencias que su “especie” el contrato); sin embargo esto es falso, al convenio únicamente se le pueden atribuir efectos obligacionales, es decir sólo puede crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones (o derechos personales o de crédito), mientras que el contrato (al cual se le atribuye la posibilidad positiva) de producir o transferir obligaciones (y sus correlativos derechos de crédito o personales) y derechos reales.

El contrato en consecuencia tiene efectos obligacionales y reales, lo que no acontece con el convenio. Asumimos que son especies próximas, más no género-especie, como erróneamente se les ha considerado en el ámbito mexicano.

CAPÍTULO SEGUNDO. Elementos del Contrato

2.1 Elementos esenciales del contrato.

Introducción.

El contrato al igual que los actos jurídicos en general se constituye por una serie de elementos, siendo los principales, ya que sin ellos no podría tener vida, los llamados elementos de existencia, también denominados esenciales, estos son tres, a saber son: el objeto, el consentimiento y en ciertos casos la solemnidad. Los dos primeros son mencionados por el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, y con respecto a la solemnidad, como lo dice Ernesto Gutiérrez y González del texto del artículo 228 del mismo código se llega a la conclusión de que si se acepta a la solemnidad como elemento de existencia del contrato, aunque ciertamente no sea éste un elemento constante, sino por el contrario aparece en un número muy reducido de contratos.¹⁵⁰ El efecto directo de no satisfacer alguno de los elementos de existencia es que no surja el contrato, es decir es imposible que genere consecuencia jurídica alguna como acto jurídico.

2.1.1 Objeto.

Basándose en lo que indica Bernardo Pérez Fernández del Castillo, en su libro Contratos Civiles, podemos analizar el objeto conforme a dos categorías distintas, el objeto jurídico y el objeto material. Considerando al objeto jurídico en una subdivisión de objeto directo y objeto indirecto.¹⁵¹

¹⁵⁰ Gutiérrez y González, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Pág. 296.

¹⁵¹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. CONTRATOS CIVILES. Pág.24

El objeto jurídico directo del contrato, se desprende de la naturaleza jurídica del mismo, y se entiende como la creación y transmisión de derechos y obligaciones.¹⁵²

El objeto jurídico indirecto del contrato equivale al objeto directo de la obligación, es decir, a la conducta de dar, hacer o no hacer.

“El objeto material del contrato, se refiere a la cosa que se tiene que dar, al hecho que se tiene que realizar y a la conducta de la que debe abstenerse.”¹⁵³

Debido a que por su misma naturaleza, el contrato es obligacional, podemos afirmar que existe aún cuando no haya objeto material en el momento de contratar, v.g. el caso de la venta de cosa futura. Por el contrario si no se crean o transfieren derechos y obligaciones estamos ante un acto que no corresponde al contrato, es decir no existe, nunca nace.

Las obligaciones de dar pueden ser agrupadas en cuatro rubros distintos:

- 1.- Traslativas de dominio.
- 2.- Traslativas de uso.
- 3.- De restitución de cosa ajena.
- 4.- Pago de cosa debida.

Es el artículo 2011 del Código Civil para el Distrito Federal, el que dispone las distintas formas que puede revestir la obligación de dar. En el caso de contratos que generan obligaciones de dar, el objeto material consiste en

¹⁵² Cabe mencionar, que no es unánime esta acepción de objeto directo del contrato, Miguel Ángel Quintanilla García alega en su libro DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, página 53, que el objeto directo del contrato “es precisamente la operación que se celebre y que en realidad en su número es ilimitada, pues lo mismo podría ser de compraventa, de permuta, de arrendamiento o bien de cualquier otro contrato, inclusive innominado.

¹⁵³ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Op.cit. pp. 25.

la cosa cuyo dominio o uso se transmite. Como requisitos esenciales de la cosa están los siguientes:

- a).- La cosa debe ser físicamente posible;
- b).- La cosa debe ser jurídicamente posible.

“La cosa es físicamente posible cuando existe en la naturaleza o puede existir; por lo tanto, hay una imposibilidad física cuando no existe, ni puede llegar a existir.”¹⁵⁴

La cosa es jurídicamente posible, nos dice Rafael Rojina Villegas, cuando está en el comercio y cuando es determinada o determinable por el derecho; por lo que, son cosas imposibles jurídicamente las que están fuera del comercio y las que no pueden determinarse.¹⁵⁵

Lo anterior se desprende de lo que indica el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1825:

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

De los tres supuestos que señala el artículo 1825, el existir o que pueda existir en el medio físico no implica problema alguno su comprensión.

Cuando la cosa objeto del contrato no es susceptible de ser determinada estamos ante un caso concreto de inexistencia del contrato por no cumplirse con uno de los elementos de existencia. Nos dice Rojina Villegas que en el derecho existen tres niveles para la determinación de las cosas:

¹⁵⁴ Rojina Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL III. pp. 61.

¹⁵⁵ Ibíd., pp. 62.

determinación individual, determinación en especie y determinación en género.¹⁵⁶

Para que la cosa sea posible jurídicamente, esta tiene que ser susceptible de ser determinada ya sea individualmente o en especie, para el derecho no tiene significado que la cosa sea determinable en género (al menos en lo que corresponde al objeto como elemento de existencia de los contratos).

También la cosa deberá estar en el comercio, si no se cumple con este presupuesto la existencia del contrato es imposible. Si interpretamos a contrario sensu el artículo 748 del Código Civil se entiende que las cosas están en el comercio, ya sea por su misma naturaleza o por disposición de la ley.

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

A su vez el artículo 749 del mismo ordenamiento jurídico indica cuando las cosas están fuera del comercio.

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

Gutiérrez y González brillantemente define la comerciabilidad: "resulta ser (la comerciabilidad) entonces, la aptitud que tienen las cosas para ser objeto de un contrato por no impedírselos ni la naturaleza ni la ley".¹⁵⁷

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. cit. pp. 290

“Lo inkomerciable respecto de una cosa, significa que ésta, o no puede ser objeto de relación jurídica alguna, o bien que, pudiendo ser objeto de alguna relación jurídica, no es reductible a propiedad privada.”¹⁵⁸

Conviene hacer la distinción entre inkomerciable e inalienable; inkomerciable es sinónimo de no ser susceptible de apropiación particular, ya sea por su naturaleza o por disposición legal; mientras que la inalienabilidad no impide que la cosa esté dentro del comercio pero la ley, por distintas razones, impide su enajenación, la imposición de gravámenes o su modificación.

Cuando el objeto se refiere a un hecho o a una abstención, nos encontramos que éste también debe cumplir con los requisitos de: ser posible física y jurídicamente. El artículo 1827 del Código Civil dispone que:

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

I Posible;

II Lícito.”

La posibilidad física esta enfocada a que no haya una ley natural que impida la realización del hecho, v.g. sería imposible la llegada del hombre a la luna a través de un brinco, el contratar en base a este hecho simplemente llevaría a la inexistencia del contrato por la imposibilidad física del hecho objeto del contrato. Respecto a la imposibilidad jurídica tenemos que no debe existir una incompatibilidad entre el hecho objeto del contrato y alguna norma jurídica, lo cual implica un obstáculo que impide su realización.

¹⁵⁸ Ibidem. pp. 291.

2.1.2 Solemnidad.

Ya antes indicamos que este elemento no es constante, por el contrario es casi hipotética su existencia en los contratos, en otros actos jurídicos de naturaleza distinta al contrato si es más usual encontrar a este elemento, como lo serían los testamentos, actos del registro civil, juramentos, etcétera.

El ejemplo típico de la solemnidad en un contrato sólo es el matrimonio, pero en realidad hoy la mayoría de investigadores sobre el tema le otorgan al matrimonio una naturaleza jurídica distinta del contrato.

La solemnidad en si es una forma o un conjunto de formas elevado a la categoría de elemento esencial o de existencia. Nos explica Gutiérrez y González que del texto del artículo 2228 del Código Civil, se llega a la conclusión de que nuestro sistema jurídico si acepta a la solemnidad como un elemento esencial.¹⁵⁹

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

En sentido contrario, se lee que si se trata de actos que son solemnes, no habrá nulidad, sino inexistencia.¹⁶⁰

En lo particular consideramos que aunque existe la posibilidad legal de que se dé la solemnidad dentro de los contratos, restringiéndonos a la materia civil, y a lo que sucede en la práctica jurídica, la solemnidad no se aplica

¹⁵⁹ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob.cit. pp.296.

¹⁶⁰ Ídem.

en nuestro sistema jurídico, y en realidad esto es benéfico a la sociedad en su conjunto, como una forma de evitarle cargas en su interacción cuando trasciende al campo jurídico.

2.1.3 Consentimiento.

La razón por la cual no se estudió primero el consentimiento, es debido a que este subtema constituye en sí mismo el tema subyacente del capítulo primero de la Cuarta Parte de este trabajo, en donde se abordara más acuciosamente el estudio de él, pero no podía dejar de ser mencionado como el elemento esencial para constituir un contrato, y decir simplemente que el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a crear o transferir derechos y obligaciones entre si, el cual tiene que ofrecer una manifestación exterior.

Está integrado por dos elementos: a) la oferta o policitud, y b) la aceptación, que si no se dan estos elementos el consentimiento no llega a existir, pero estos elementos por si mismos pueden ser productores de consecuencias de derecho.

2.2 Elementos de validez.

El artículo 1795 del Código Civil interpretado a contrario sensu, indica cuales son los elementos de validez del contrato, que son: a) capacidad de las partes; b) ausencia de vicios en el consentimiento; C) objeto, motivo o fin lícitos; d) consentimiento expresado en la forma que la ley establece.

La diferencia entre los elementos de validez y los elementos de existencia, consiste en la sanción que el derecho les aplica cuando estos no se cumplen, mientras que para los elementos de validez la sanción consiste en una nulidad ya sea relativa o absoluta, mientras que, para la ausencia de algún elemento de existencia implica la inexistencia del contrato; como es lógico deducir los efectos jurídicos de la sanción correspondiente (nulidad relativa -o anulabilidad-, nulidad absoluta, o inexistencia) son muy distintos.

Ya vimos que en el caso de la inexistencia, el acto jurídico en general, y del contrato en particular, no producen efecto jurídico alguno entre las partes ni frente a terceros, es la nada jurídica; frente a eso la nulidad relativa, efecto de no cumplirse con los elementos de validez (excepción hecha del objeto, motivo o fin ilícito, el cual puede producir la nulidad absoluta o relativa), tiene como características principales: 1) siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos; 2) es susceptible de ser convalidada y de prescribir.

La nulidad absoluta es la consecuencia de tener como objeto, motivo o fin del contrato un hecho ilícito, esta a diferencia de la nulidad relativa no es susceptible de ser convalidada, ni de prescribir; pero a diferencia de la inexistencia, el contrato existe, y mientras no sea pronunciada la nulidad por el órgano jurisdiccional respectivo, produce sus efectos jurídicos provisionalmente.

2.2.1 Capacidad.

La capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y hacerlos valer;¹⁶¹ se divide en: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce es la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. Al respecto es muy claro lo que dice el artículo 22 del Código Civil:

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

Ahora bien, la capacidad de goce es plena en México para los mexicanos y mexicanas, pero no es así en todos los casos, existen ciertas excepciones en donde se restringe la capacidad de goce. Las más comunes son:

1. Para las personas físicas por sentencia judicial, ya sea civil, penal y/o administrativa.
2. Para los extranjeros, quienes tienen restringida esa capacidad en ciertos casos.
3. A las corporaciones religiosas y ministros de culto.
4. Instituciones de beneficencia.
5. A las sociedades mercantiles por acciones.

¹⁶¹ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. pp. 391.

Con respecto a la capacidad de ejercicio, esta se refiere a la aptitud de poder ejercer por sí mismo sus derechos y obligaciones. Dicho de otra manera, “es la aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan, y para asumir por sí mismo, deberes jurídicos”¹⁶².

Existen dos tipos de incapacidad de ejercicio:

- La general;
- La especial.

La incapacidad general esta regulada en el artículo 450 del Código Civil:

Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I Los menores de edad;

II Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

III (Derogada).

IV (Derogada).

“Estos incapacitados sólo pueden ejercer sus derechos por medio de su representante legal; padres en el ejercicio de su patria potestad o tutor.”¹⁶³

Al respecto nos habla el artículo 23: “La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces

¹⁶² Ibíd. pp. 393.

¹⁶³ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Op. Cit. pp. 29

pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.”

La incapacidad especial se da, como nos dice Pérez Fernández del Castillo¹⁶⁴, cuando personas mayores que no se ubiquen en la hipótesis del artículo 450, se ven impedidos de actuar por la relación que tienen con una persona o respecto de un bien.

Ejemplo típico del primer caso, es el tutor que no puede contratar con su pupilo; y de la segunda especie lo son los administradores que no pueden comprar los bienes que administran y a los jueces y abogados que tampoco pueden comprar los bienes que fueron objeto del litigio en el que intervinieron.¹⁶⁵

2.2.2 Ausencia de vicios en el consentimiento.

En este tema existen notorias divergencia entre los diferentes tratadistas, mientras que para algunos sólo son dos realmente los vicios del consentimiento o de la voluntad¹⁶⁶, para algunos otros autores son tres o cuatro; fuera de la cantidad, también se discute cuáles son y cuáles no lo son. Consideramos pertinente iniciar el estudio de este punto con lo que dice el Código al respecto.

¹⁶⁴ Ídem.

¹⁶⁵ Conviene hacer la mención que en la doctrina hay cierta discrepancia de como denominar esta figura, mientras que algunos se inclinan por denominarla legitimación o falta de legitimación, otros simplemente la definen como casos de incapacidades especiales.

¹⁶⁶ Hasta en la denominación de estos vicios hay desacuerdo, mientras que para algunos autores lo correcto sería nombrarlos vicios de la voluntad, para otros lo adecuado es llamarles vicios del consentimiento, al respecto considero que esta es una discusión bizantina, siempre y cuando se especifique claramente a que sé esta uno refiriendo.

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

Artículo 1812. El consentimiento no es valido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

Artículo 1816. El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.

Artículo 1820. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

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

Como lo mencionamos anteriormente existe una disparidad tremenda dentro de la doctrina en lo tocante a los vicios del consentimiento, expondremos las teorías más representativas, y daremos nuestra opinión al respecto. Apegándonos a lo que indica el artículo 1812, tres serían los vicios del consentimiento, error, violencia y dolo. Rojina Villegas se adhiere en cuanto al estudio a esta corriente, y nos dice lo siguiente: "En cuanto al error, determinamos ya sus grados, para distinguir: a) el que destruye la voluntad, originando la inexistencia del acto jurídico o del contrato; b) el que simplemente vicia el consentimiento y motiva la nulidad relativa del

negocio jurídico y finalmente, c) el error que es indiferente en cuanto a la validez del acto o contrato.”¹⁶⁷

“En cuanto al dolo, partimos de la distinción fundamental que distingue al dolo principal que nulifica al contrato y el incidental que carece de efectos en cuanto a la validez del mismo. Para el primero insistimos en que el dolo no es por sí mismo un vicio de la voluntad, sino que sólo se considera como tal en tanto que induce a un error determinante de la misma.”¹⁶⁸ El mismo autor con respecto a la violencia, “la violencia, empleada esta palabra en un sentido genérico comprensivo de las especies que las escuelas llaman “fuerza, miedo o intimidación”, es toda coacción grave irresistible e injusta ejercida sobre una persona razonable con el objeto de determinarla, contra su voluntad a aceptar una obligación o a cumplir una prestación dada”¹⁶⁹.

Otra corriente doctrinal apegándose al criterio de José Castán Tobeñas, considera que en realidad los vicios del consentimiento o de la voluntad se reducen a dos, que son: a) el error (falta de conocimiento), y b) violencia (falta de libertad).¹⁷⁰ A la misma conclusión llega Manuel Borja Soriano: “Para mí, como se ve por la definición, el dolo y la mala fe no son vicios del consentimiento, sino que la Ley los considera como causa del error, que si es uno de esos vicios”.¹⁷¹

Sergio T. Azúa Reyes, considera que en realidad son tres los vicios del consentimiento, considera adecuado lo manifestado por Castán¹⁷², en

¹⁶⁷ Rojina Villegas, Rafael. Ob. cit. pp. 137.

¹⁶⁸ Ídem..

¹⁶⁹ Ibíd. Pp. 138.

¹⁷⁰ Galindo Garfías, Ignacio. Ob. cit. pp. 32

¹⁷¹ Borja Soriano, Manuel. Ob. cit. pp. 220.

¹⁷² Azúa Reyes, Sergio T.. Op. cit. pp. 89.

cuanto a que los vicios del consentimiento se reducen a dos, el error y la violencia, pero agrega a la lesión, ya que no la ubica ni dentro del error ni de la violencia.

Ramón Sánchez Medal¹⁷³ igualmente consideró que a tres se reducen los vicios del consentimiento, el error, la violencia y la lesión.

Algunos otros autores entre ellos Bernardo Pérez Fernández del Castillo, indican que en realidad, de acuerdo al Código los vicios del consentimiento son el error, dolo, mala fe, violencia y la lesión.¹⁷⁴

Otra corriente encabezada por Ernesto Gutiérrez y González¹⁷⁵, indica que los vicios de la voluntad son: el error; la violencia; la lesión; y la reticencia.

Por último Néstor de Buen Lozano, piensa que solamente constituye vicio del consentimiento el error. Al respecto dice: “La suma ignorancia y notoria inexperiencia que en el art. 17 se invocan como determinantes de la lesión, son también, a su manera, estados mentales productores del error”.¹⁷⁶

Después de haber hecho un recorrido entre las distintas corrientes doctrinales que abordan el estudio de los vicios del consentimiento o de la voluntad, y de enlistar los artículos más significativos al respecto, desglosaremos el tema de la siguiente manera:

A) El Error. El error constituye uno de los vicios del consentimiento más complejo, de acuerdo a la gravedad del mismo es la sanción que sufre el

¹⁷³ Sánchez Medal, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. pp. 50.

¹⁷⁴ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Ob. cit. pp. 31.

¹⁷⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. cit. pp. 328.

¹⁷⁶ Buen de Lozano, Néstor. LA DECADENCIA DEL CONTRATO. pp. 189.

acto jurídico en específico, pudiendo ir desde la inexistencia (en el caso del error obstáculo), la nulidad relativa (en este caso se le denomina error nulidad), hasta una simple rectificación de los términos del contrato (cuando se trata del error indiferente).

Por error en un sentido general, se entiende una falsa concepción de la realidad; trasladándolo al campo contractual civil, el error "será un falso concepto sobre algún aspecto del contenido de la relación contractual"¹⁷⁷; pero concepto al fin y al cabo, aunque este sea erróneo.

Gutiérrez y González nos menciona, que tratadistas de la talla de Savigny, han llegado a considerar que el error no es impedimento para perfeccionar el consentimiento, y más aún que para el derecho el error debe ser indiferente.¹⁷⁸

"No se debe ignorar el error por el Derecho; pero tampoco se debe aceptar que determine siempre en el acto la inexistencia o nulidad en su caso. La posición justa será aquella que considere al acto en que la voluntad fue dada por error, como un acto anulable, y sólo cuando el error sea de las dos voluntades, sobre la naturaleza del acto que celebran, o sobre el objeto del mismo, entonces sí, el acto será inexistente. Esta es la posición que adopta el Código Civil."¹⁷⁹

El error que nos interesa en lo relativo a este tema (ausencia de vicios en el consentimiento), es el denominado error nulidad, el cual a su vez se divide en error de hecho y en error de derecho. Al respecto el Código nos dice lo siguiente:

¹⁷⁷ Quintanilla García, Miguel Ángel. Op. cit. pp.86.

¹⁷⁸ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. pp. 327.

¹⁷⁹ Ibidem. pp 330.

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

“El error de hecho se da cuando recae sobre la naturaleza y características del objeto material del contrato.”¹⁸⁰

“El error de derecho es la falsa opinión de un contratante sobre una regla jurídica aplicable al contrato que procede de la ley o de su interpretación. En ambos casos para nulificar el contrato son necesarias dos características; que recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad, y que éste se haya expresado claramente en el contrato o se desprenda de su interpretación.”¹⁸¹

Sergio T. Azúa Reyes hace un estudio muy pormenorizado del error, amén de distinguir, como lo hace el Código, entre error de hechos y de derecho, alude a la proveniencia del error: a) cuando proviene de las dos partes, b) de una sola de las partes, y c) de un tercero. En el primer supuesto es clara la nulidad que sufre el acto; en el segundo supuesto, si el error es exclusivo de la parte perjudicada, en el sentido de no haber sido inducido a él por nadie, será un acto válido; y en el tercer supuesto, si la parte beneficiada no estuvo al corriente de los engaños hechos al perjudicado, también será un acto válido, aunque la parte afectada podrá responsabilizar al tercero por su actuar ilícito.¹⁸²

¹⁸⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Op. cit. pp. 32.

¹⁸¹ Ídem.

¹⁸² Azúa Reyes, Sergio T. Ob. cit. pp.92.

Nos dice también Azúa Reyes, que debe atenderse al error por las circunstancias que lo provocan¹⁸³, lo cual conduce a la división del error, en:

1. Error fortuito.
2. Error provocado.

El error fortuito, es derivado de la equivocación espontánea ya sea de una sola de las partes o de quienes hayan intervenido en la celebración del contrato. Al respecto son muy ilustrativas las ideas de varios autores mexicanos (Azúa Reyes, Borja Soriano, Gutiérrez y González, etc.), ya que claramente hacen una distinción, del error en el cual, la o las partes han llegado sin que haya mediado ninguna conducta que los haya impelido a eso, de aquel otro error en el cual se ha incurrido, pero que si ha habido conductas que indebidamente, han guiado a él.

Ahora bien, cuando el error es mantenido por mala fe (mejor dicho: mala intención), estamos en presencia de un típico error fortuito, pero cuando se llega al error a través del dolo presenciamos un ejemplo claro de error provocado¹⁸⁴

El artículo 1815 se ocupa de esto al decir:

Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplea para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

¹⁸³ Id.

¹⁸⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. cit. pp. 330.

Es muy clara la definición, quizás el único punto de crítica sería en el uso de la conjunción “o” en cuanto al dolo, más afortunado sería el uso de la “y”, pero en sí, no es una omisión que impida entender el sentido de la norma, que explica que la diferencia existente entre el dolo y la mala fe, consiste en el actuar del sujeto beneficiado, ya que mientras que en el dolo tiene una actitud activa, realizando actos que conlleven al error.

En lo referente a la mala fe (mala intención) el beneficiado tiene una actitud francamente pasiva, consistente en no sacar del error al perjudicado a sabiendas de que ha incurrido en él. La nulidad que afecta al contrato por este vicio en el consentimiento, es la nulidad relativa o anulabilidad, aquella que es susceptible de ser confirmada, o de caducar la acción para solicitar su anulación. Concluimos diciendo que, cuando las partes que celebraron un contrato han incurrido, ambas, ya sea en dolo o mala intención, no tendrán el derecho a invocar la nulidad del contrato.

B) La Violencia. Así como en el error lo que se afecta es el derecho de conocer, lo que se afecta con la violencia es la voluntad, por falta de libertad.¹⁸⁵

El artículo 1819, nos dice con respecto a la violencia:

Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable en los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

Este artículo puede implicar confusión y/o duda, ya que en un sentido estricto abre la posibilidad a que, cuando se ejerza fuerza física en un

¹⁸⁵ Sánchez Medal, Ramón. Op. cit. pp. 30.

sujeto, para otorgar su voluntad para la realización de un contrato, éste exista, siendo que en este supuesto, nunca nació el contrato, porque una voluntad en realidad nunca fue acorde con él; en este supuesto (aplicación de la fuerza física para el otorgamiento de la voluntad) estamos en presencia de la ausencia de uno de los elementos de existencia –el consentimiento–, más bien a lo que se refería el legislador es a un temor real de ejercer la fuerza física.¹⁸⁶

Como violencia podemos entender, el miedo causado por la amenaza de sufrir un daño personal o de parientes cercanos, ya sea físico, patrimonial, o moral, y que como consecuencia, se otorga la voluntad para la realización de un acto jurídico.

Sánchez Medal nos indicaba en su obra “De los Contratos Civiles”, que la violencia requiere de un requisito objetivo, “es necesario que las amenazas sean ilegítimas o contrarias a derecho, por lo que las consideraciones sobre los provechos y perjuicios que puedan resultar de celebrar o no un determinado contrato, no constituyen o engendran ese vicio de la voluntad”¹⁸⁷.

El otro elemento objetivo se desprende del enunciado del artículo 1819, o sea la amenaza que implique peligro de perder la vida, la salud, los bienes, de si mismo o de parientes hasta el segundo grado en línea colateral o de los ascendientes o descendientes. Nos dice el mismo autor que, “no es un requisito objetivo que la violencia proceda de la otra parte, ya que puede provenir de un tercero, aun sin saberlo la parte beneficiada”¹⁸⁸

¹⁸⁶ Bejarano Sánchez, Manuel. Ob. cit. Pág. 130.

¹⁸⁷ Sánchez Medal, Ramón. Ob. cit. pp.58 y 59.

¹⁸⁸ Idem.

El mismo Sánchez Medal, explica que no es suficiente con los requisitos objetivos antes expuestos, para que se este en presencia de la violencia como vicio del consentimiento, sino que es necesaria la presencia de un elemento -aspecto (sic)- subjetivo, que consiste en que la amenaza sea seria, “de tal naturaleza que pueda impresionar a una persona razonable, de acuerdo a lo que expresa el Código Napoleónico, o sea que no sea una mera “balandronada” (sic), pero no al extremo tampoco de que necesariamente sea de tanta gravedad que pueda quebrantar a los hombres más firmes, en la forma que lo exigía el Derecho Romano “qui in hominem constantissimum cadat.”¹⁸⁹ Como consecuencia de la violencia, el acto esta afectado de nulidad relativa.

C) La Lesión. Este vicio, tiene ciertas características especiales, que lo diferencian claramente de los otros vicios de la voluntad. Su regulación se encuentra en el artículo 17¹⁹⁰, el cual ya antes transcribimos.

Podemos definir a la lesión como: el vicio del consentimiento, que afecta a una sola de las partes que intervienen en un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, provocado por la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, que trae como consecuencia un lucro excesivo evidentemente desproporcionado del co-contratante con respecto a lo que él mismo se obliga.

“Para que se produzca la lesión, se necesita que haya una desproporción manifiesta entre la prestación y la contraprestación, como pueden ser intereses excesivos, si se trata de un préstamo, precio exagerado o insignificante de una compraventa. Pero además de esa desproporción

¹⁸⁹ Ibid. pp.60.

¹⁹⁰ Infra. apartado 1.3.2. pp.13.

objetiva, debe darse un elemento subjetivo, a saber, la explotación de la penuria, la inexperiencia o ligereza de la otra parte, o suma necesidad.”¹⁹¹

Este vicio en el consentimiento, trae como consecuencia, la nulidad relativa del contrato, de acuerdo a lo que indican los artículos 17, 2228 y 2230.

2.2.3 Objeto, motivo o fin lícitos.

La licitud en el contrato, es la necesidad de las partes de cumplir con lo que ordenan las leyes de orden público, y las buenas costumbres. “En este sentido, entenderemos por leyes de orden público, aquellas que no permiten que la voluntad de los particulares las contradigan; además son irrenunciables los derechos que de ellas emanan”.¹⁹²

En cuanto a las buenas costumbres, “debemos entender el concepto de moralidad que prevalece en un lugar y tiempo determinados”¹⁹³; como es lógico inferir, el concepto buenas costumbres, varia de un lugar a otro, así como de una etapa histórica a otra. Al respecto nos habla el artículo 8°:

Artículo 8. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos que la ley ordene lo contrario.

Conforme a lo anterior, el objeto del contrato debe ser lícito, al objeto que se refiere la norma jurídica, es al objeto indirecto del contrato, es decir a la conducta de dar, de hacer, o de no hacer, ya que por sí mismo, no hay

¹⁹¹ Gutiérrez y González Ernesto. Ob. cit. pp.372.

¹⁹² Olave Ibarra, Olaf Sergio. OBLIGACIONES Y CONTRATOS CIVILES. pp. 72

¹⁹³ Ídem.

objeto o bien material que sea ilícito, esto depende del uso que se le de al mismo; y en este sentido, las conductas, ya sean de hacer, de abstenerse o de dar, no deben ser contrarias ni a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.

En cuanto al fin o motivo, al respecto el legislador, se refería a la razón que tiene el contratante para realizar el acto, algunos autores le dan la equivalencia, a lo que en otras latitudes se le denomina “la causa del contrato”, no es el objetivo del presente trabajo dilucidar si la naturaleza jurídica del fin o motivo es el equivalente a la causa.

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

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

Pero si podemos decir que, estos (el fin o el motivo), varían como contratos y contratantes haya, es un elemento netamente subjetivo al momento de celebrar el contrato, que a diferencia del objeto, puede afectar a solo uno de los contratantes. Dicho de otra manera, “es el móvil, individual e íntimo y por lo tanto diferente en cada caso”¹⁹⁴.

La nulidad que afecta al contrato, cuando este elemento de validez no se cumple, es la de mayor grado, ya que no puede ni ser confirmada, ni prescribir con el tiempo, es una nulidad absoluta, aunque dependiendo del grado de violación a la norma jurídica, puede darse la nulidad relativa.

¹⁹⁴ Id.

2.2.4 Formalidad.

Aunque el Código en su artículo 1796, impone la regla del consensualismo para el perfeccionamiento de los contratos, en la extensa numeración que hace de los contratos, adopta la regla contraria, es decir se apega al formalismo.

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

Viene a reforzar esto, al artículo 1832, que aunque deja abierta la posibilidad de la interpretación del contrato de acuerdo su naturaleza y/o indicios de quien se obligo, no deja de lado la posibilidad de que la ley indique una forma específica, para que el contrato sea plenamente valido.

Artículo 1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

La forma, es simplemente la manera en que debe exteriorizarse la voluntad, de acuerdo a lo que indique la norma jurídica. El Código da la oportunidad a las partes en un contrato, de que, si en un determinado caso no se cumplió con la formalidad que demanda la ley para que el

acto tenga validez, puedan ocurrir ante el órgano jurisdiccional a exigir que se le dé al contrato la forma legal.

Artículo 1833. Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario, pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Por último, el artículo 1834, da una regla para cuando los contratos deban ser otorgados en la forma escrita, y ésta es que deben ser firmados por todos los que tomen parte en él, o que lo haga otra persona a su ruego, además de incluir la huella digital del interesado.

2.3 Eficacia de los contratos.

Los contratos no sólo necesitan de elementos para existir y para tener validez, más aun requieren de ciertos requisitos de eficacia para que puedan surtir plenamente sus efectos, tanto para las partes que celebraron el contrato, como para terceros interesados y también ante cualquier otra persona.

A los requisitos de eficacia, se les puede identificar con las cláusulas accidentales, que pueden ser una modalidad, ya sean condiciones o algún término; pero no únicamente son otorgados por la voluntad de las partes, también la misma ley dispone algunos.

Concepto de requisito de eficacia: "la situación de tiempo o de conducta positiva o negativa, que fija la ley o pactan las partes, para que un acto jurídico –unilateral o bilateral- que tiene plena existencia y completa

validez, empiece a generar algunas, o todas, sus consecuencias de derecho"¹⁹⁵.

Conviene hacer una mención aparte en cuanto al Registro Público de la Propiedad, ya que una gran cantidad de contratos para tener plena eficacia frente a terceros, deben ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad por disposición del Código, ya que, aun cuando tenga el contrato en cuestión plena existencia y validez entre las partes, no producirá efectos frente a terceros y por lo tanto no será un acto jurídico eficaz.

El artículo 3042 indica lo que debe ser inscrito:

En el Registro Público de la Propiedad inmueble se inscribirán:

I.- Los títulos por los cuales se cree, declare, reconozca, adquiera, transmita, modifique, limite, grave o extinga el dominio, posesión originaria y los demás derechos reales sobre inmuebles;

...

Viene a complementar lo anteriormente expuesto, el artículo 3007:

Los documentos que conforme a este Código sean registrables y no se registren, no producirán efectos en perjuicio de tercero.

¹⁹⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. cit. pp.194.

CAPITULO TERCERO. El Contrato Norma Jurídica.

Introducción.

En los dos capítulos precedentes hemos estudiado al contrato como una manifestación de la voluntad de dos o más sujetos, a la cual el ordenamiento jurídico le confiere consecuencias de derecho, es decir como una especie del conjunto de los actos jurídicos. Sin embargo a partir de Hans Kelsen, se advirtió que el contrato no solamente era un acto jurídico típico, sino que además bajo una percepción dinámica del Derecho, podía ser visto como una norma jurídica individualizada.¹⁹⁶ En este capítulo atenderemos a esa nota distintiva de los contratos.

Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho, explica los principios estáticos y dinámicos, en que se manifiesta el Derecho¹⁹⁷, en el aspecto dinámico, no importa tanto el contenido de la norma, sino que ésta haya sido formulado bajo un sustento normativo previo, que faculte la creación de la norma respectiva. Por lo cual propone la construcción escalonada del orden jurídico, encontrándose en el último peldaño con las denominadas por él, normas jurídicas individualizada; destacando en tal situación el contrato.

3.3 La otra cara de una misma moneda

El fenómeno social, que jurídicamente esta representado en el contrato, tal y como hemos venido demostrando en este estudio, es de una complejidad sumamente interesante.

¹⁹⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *TEORÍA PURA DEL DERECHO*, Ed. Porrúa, México, 2005, pp. 201 y siguientes.

¹⁹⁷ Cfr. Kelsen, H, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México 2005, p. 203.

Dentro de la esfera jurídica, además de lo complicado que es el determinar la esencia del contrato, encontramos que incluye en sí mismo dos vertientes, sí bien, no contrapuestas entre ellas. Tonatiuh García, lúcidamente expresa tal situación, ya que “por un lado la convención (el contrato) puede analizarse como “un procedimiento” por medio del cual diversas voluntades concurren y generan efectos en el mundo jurídico;...Por otro lado, la convención puede estudiarse en el sentido del “producto” derivado de dicho procedimiento, es decir, la norma o el orden convencional creado.”¹⁹⁸

De la propia definición legal del contrato puede inferirse la connotación normativa del mismo, Galindo Garfías lo expone de la siguiente manera, “el objeto del contrato (objeto directo) es la creación de derechos y obligaciones entre las partes. Las partes quedan entre sí obligadas con el fin de realizar la prestación que constituye el objeto indirecto del contrato.”¹⁹⁹

Siguiendo a Galindo Garfías, encontramos que la fuerza coercitiva del contrato la encontramos en el poder atribuido a las partes por el mismo ordenamiento objetivo, para crear derecho (normas obligatorias de conducta).²⁰⁰

Es de resaltar que sí bien atendiendo a un resultado ideal del fin de los contratos, es cierto que nos encontramos frente a normas jurídicas individualizadas²⁰¹, pero ese “ideal” no siempre es alcanzado en la

¹⁹⁸ García Castillo, Tonatiuh, REFLEXIONES EN TORNO A LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, Septiembre 2003, p. 7.

¹⁹⁹ Galindo Garfías, Ignacio, op. cit., p. 76.

²⁰⁰ Ídem.

²⁰¹ Es cierto también que hablar de normas jurídicas individualizadas implica una cierta confrontación con las características intrínsecas del derecho, en específico respecto de

realidad, frente a ello el poder judicial, último ente encargado de resolver las controversias derivadas del cumplimiento de los contratos, dispondrá efectivamente si el contrato en cuestión reviste el carácter de una norma o no.

Hans Kelsen, distingue entre convención como acto creador (que sería la visión dada principalmente por la doctrina francesa, bajo un seguimiento semi-lineal a partir del Derecho Romano) y norma creada, textualmente lo expresa de la manera siguiente:

“La comprensión de la función creadora de la convención, como acto generador de normas jurídicas, se halla igualmente oscurecida por el hecho de que la palabra “convención” encierra un equívoco muy peligroso. El vocablo significa tanto un acto o procedimiento determinado, como el producto jurídico de ese acto o procedimiento, o sea la consecuencia atribuída (sic) por el orden jurídico... al hecho de la convención...El producto del acto o del procedimiento, es la norma o son las normas creadas por ese procedimiento denominado “convención”.”²⁰²

Bajo las premisas anteriores encontramos que utilizándose como término de referencia a la misma palabra (contrato) se puede (válidamente) aludir a dos situaciones diversas, por un lado, cuando se expresa: “celebrar un contrato” estamos frente al acto, es decir al procedimiento; mientras que, cuando se alude al cumplimiento, se está pensando en el producto de tal procedimiento. Es en el segundo caso cuando se ha dejado de considerar como un acto (una especie del acto jurídico) al contrato, y adquiere la evocación de norma (norma jurídica).

su generalidad, no obstante ello, se ha reconocido la excepcionalidad que en diferentes casos se puede dar en relación con tal situación.

²⁰² Kelsen, Hans, EL CONTRATO Y EL TRATADO, Imprenta Universitaria, México, 1943, p.9

Al contrario de como pareciera, el estudio del contrato como norma, no es anecdótico, muy bien expone Rojina Villegas que el omitir el estudio del contrato como norma, impediría conocer “diferentes ámbitos” a los cuales se les refiere, únicamente observándolo como norma.²⁰³ “Ahora bien, los problemas desde el punto de vista de la vigencia del contrato, de su alcance como norma jurídica, del lugar que ocupa en el derecho objetivo o sea, en la estructura escalonada a que se refiere el propio Kelsen, sólo pueden plantearse si partimos del principio de que el contrato es una norma que participa de las mismas características esenciales de todas las normas; de aquí la posibilidad de aplicar todos los conocimientos que nos aporta la *Teoría General del Derecho* en lo relativo al estudio de las normas al contrato, considerado como norma individualizada.”²⁰⁴

De manera adecuada Rojina Villegas refiere que igual que las normas generales (o superiores) el contrato como norma individualizada tiene cuatro ámbitos: el material, el temporal, el espacial y el personal.

Criticamos al igual que los Maestros Hans Kelsen y Rafael Rojina, el descuido doctrinario del estudio del contrato, que ha conllevado, hacerlo sólo desde la óptica de ser observado como una especie del acto jurídico.

“Descuido” intencional para algunos tratadistas, quienes por la teleología de sus respectivos trabajos, reconocen evitar el estudio del contrato como norma, caso en el cual es ejemplar la humildad del profesor Miguel Ángel Zamora y Valencia²⁰⁵. No obstante el expreso reconocimiento a no estudiar

²⁰³ Rojina Villegas, Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO. OBLIGACIONES. Vol. I, Ed. Porrúa, México, 1992, p. 183.

²⁰⁴ Ídem.

²⁰⁵ cfr. Zamora y Valencia, Miguel Ángel, CONTRATOS CIVILES, Décima edición, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 23

profundamente el contrato desde la posición como norma jurídica; breve y de manera lúcida, expone: "El fundamento de obligatoriedad del contrato es que en sí mismo es una norma jurídica, no general sino individualizada, que a su vez se apoya en una norma jurídica general (la contenida en el código civil) la que a su vez se apoya para fundar su obligatoriedad en una norma de carácter constitucional."²⁰⁶

Bajo los argumentos previamente planteados, Rojina Villegas explica: "Debemos aquí recordar que según el principio de Kelsen, toda norma jurídica se presenta en el derecho, exceptuando la fundamental, como aplicación de una norma superior y a la vez creación de una norma distinta; la ley es aplicación de la norma fundamental; pero además en sí misma es una norma, es decir, no sólo hay acto de aplicación, sino también una creación normativa. Pues bien, el contrato ha sido considerado en la teoría civilista como aplicación de la norma general que permite a los contratantes crear libremente derechos y obligaciones y por esto sólo se estudia como un acto jurídico que es constitutivo de derechos subjetivos. Pero el contrato debe también tener otra fase, como ocurre en toda la pirámide jurídica; además de ser aplicación de una norma general, en sí mismo es norma que participa en su categoría de tal, de los elementos constitutivos de las normas y que además tiene los cuatro ámbitos referidos."²⁰⁷

3.4 Diferentes ámbitos del contrato.

Los ámbitos generales del contrato, tal y como antes hemos reseñado son: el material, el temporal, el espacial y el personal. Atendiendo a la obligatoriedad, como norma jurídica especializada (no tanto como

²⁰⁶ *Ibíd*em, 25.

²⁰⁷ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, pp. 184 y 185.

obligación-derecho de crédito –elación jurídica-) de los contratos, en nota a pie de página Zamora y Valencia resalta diversas teorías que dan fundamento a la obligatoriedad del contrato: “La religiosa que hace depender esa fuerza obligatoria de la divinidad; la del imperativo categórico, que señala que los contratos obligan porque sí, sin dar mayor explicación; la positivista, que la fundamenta en los artículos de un código que así lo manden; la utilitarista, que la hace descansar en la ventaja que le reporta a los hombre, el cumplir con su palabra; la de la autonomía de la voluntad, que hace depender esa fuerza obligatoria del hecho de que los contratantes lo quieran; etc.”²⁰⁸ Brevemente expondremos cada uno de los ámbitos en los siguientes apartados.

3.4.1 Ámbito material del contrato.

Este punto puede ser estudiado desde dos perspectivas diferentes: 1) en cuanto a la rama del derecho a la cual atienda la conformación del contrato del que se trate; y 2) en cuanto al contenido del contrato. En la tercera parte de este trabajo, ofreceremos nuestra posición en cuanto hace al inciso 1), en consecuencia desarrollaremos lo relacionado con el inciso 2).

Una vez que triunfó la corriente liberal, que reflejó su ideología con el Código Napoleón, fue entronizada la *autonomía de la voluntad*, bajo el argumento de la igualdad del hombre, una igualdad sin matices, se concibió que la voluntad humana no debía ser objeto de limitación alguna, el largo recorrido histórico del contrato, despojándose de las formalidades atávicas, llegaba a su conclusión.

²⁰⁸ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, op. cit., p. 25.

En el código civil mexicano²⁰⁹, esa exacerbada libertad contractual²¹⁰ fue circunscrita, a la limitación (mínima) reconocida por el Código Napoleón, que consideraba la inexistencia del contrato cuando se trataba de objetos imposibles jurídicamente (ilícitos) a la que se añadían una serie de restricciones a la voluntad que volvían nulo o ineficaz el contrato.

En el capítulo precedente estudiamos a fondo la problemática del objeto del contrato, remitimos a ello. Rojina Villegas, de manera concisa expresa al respecto: "las partes pueden crear libremente derechos y obligaciones, pero no pueden derogar normas de interés general, ni tampoco contratar sobre el estado civil de las personas. Es sobre todo en el contrato de transacción, en donde el legislador procede prohibiendo todas y cada una de estas materias: no es válida la transacción cuando recae sobre el estado civil, sobre la validez o nulidad del matrimonio, o cuando afecte intereses de orden público. Por esto también no puede transigirse sobre alimentos futuros, pero sí sobre alimentos ya causados."²¹¹

3.4.2 Ámbito temporal del contrato.

El contrato cuenta con un tiempo de vigencia en general, sin embargo en algunos, dada su naturaleza, no es posible determinar con exactitud la vigencia *total* del mismo. Kelsen explica que en el momento en que ha concluido el proceso de formación de la norma (es decir el procedimiento,

²⁰⁹ La referencia es al código civil federal, no obstante ello, el del Distrito Federal, así como los de las demás entidades federativas, siguen el marco delineado por el federal.

²¹⁰ En México, los dos códigos civiles previos al vigente el de 1870 y el de 1884, recogieron las directrices doctrinarias contenidas en el Código Napoleón; en consecuencia se privilegió la libertad contractual, dando por supuesto la igualdad inherente entre los hombres. Supuesto jurídico, que justificaba las represiones a los movimientos huelguistas de la fase final del porfiriato; uno de los tantos supuestos fácticos que dieron sustento al levantamiento del movimiento revolucionario. La Constitución de 1917, y el espíritu revolucionario permearon en la propuesta del código civil vigente: la limitación a la libertad contractual se vio plasmada. La libertad se limitó, la equidad se privilegió.

²¹¹ Rojina Villegas, Rafael, ob. cit., p. 189.

estudiado como el acto) ésta entra en vigor y la convención adquiere fuerza obligatoria.²¹²

Normalmente las leyes tienen un período indefinido de vigencia, regla que admite diversas excepciones; por el contrario el contrato, generalmente tiene una vigencia determinada, la excepción es la indefinición de la vigencia. Esta situación tiene una razón de ser, ya que si no fuese así se violaría la libertad jurídica; "si las partes pudieran ligarse por un contrato perpetuamente estarían renunciando a su libertad"²¹³.

Por otra parte algunos contratos por su propia naturaleza conllevan una temporalidad, como ejemplo pueden citarse: el precontrato, el arrendamiento, el comodato, el depósito, la sociedad, la asociación y la aparcería (entre los típicos). A su vez, en los contratos traslativos de dominio, caben dos opciones, ya sea que el contrato sea instantáneo, o es a término; en los dos casos, existe una vigencia temporalmente especificada.

3.4.3 Ámbito espacial de los contratos.

En este aspecto se encuentran diversas problemáticas, todas obvio, en relación con el espacio físico ("territorio") en el cual está delimitado el contrato. Explica Rojina Villegas, y nos adherimos a ello, que la regla que rige el ámbito espacial para las normas general es opuesta a la que rige en cuanto a la norma individualizada. "Como el contrato es una norma que rige la conducta de los contratantes, independientemente de cierta limitación espacial, es decir, en tanto las leyes y reglamentos en principio rigen para el territorio del Estado, los contratos válidamente celebrados, no

²¹² Kelsen, Hans, ob. cit., p. 67.

²¹³ Rojina Villegas, Rafael., op. cit., p.191.

tienen validez referida sólo a un territorio estatal; su alcance es en este sentido extraterritorial; pero tiene que definirse sí a pesar del alcance de la norma contractual, que en un principio no queda limitado por un territorio determinado, podrá siempre y en todo caso tener fuerza obligatoria en cualquier parte del globo."²¹⁴

La interrogante planteada en el anterior párrafo respecto de la fuerza obligatoria del contrato en cualquier parte del globo, admite diferentes (y validas, todas ellas) respuestas; inicialmente encontramos principios del Derecho Internacional Privado, contenidos en el Código Civil (artículos 14 y 15) que identifican la respuesta a la problemática de la aplicación del derecho extranjero en nuestro territorio.

Es de explorado derecho, el principio de reciprocidad, es decir los derechos que se les reconozcan a extranjeros en nuestro Estado, que no sean reconocidos para los nuestros, les serán negados.

En ese orden de ideas y atendiendo al fenómeno de globalización, sería poco probable identificar lugares donde se negara el reconocimiento a la validez de un contrato y en su caso, el cumplimiento forzado de las obligaciones contenidas en él.

Eso en cuanto a territorios extranjeros, pero la misma situación puede suceder en caso de contratos celebrados entre contratantes radicados en diferentes territorios de nuestro propio Estado, para lo cual, el propio ordenamiento jurídico nacional prevé la manera de solucionar tales posibles conflictos (artículo 13 del Código Civil Federal).

²¹⁴ Ibídem. P. 195.

El Maestro Rojina Villegas, explica que la norma (es decir el contrato), seguirá a los contratantes a cualquier lugar donde se encuentren. "Problema secundario y diferente será el de ejecución por dificultades de hecho, que en ocasiones podrán ser insuperables, pero que desde el punto de vista jurídico no alteran la cuestión propuesta."²¹⁵

3.4.4 Ámbito personal de los contratos.

¿A quiénes obliga el contrato? ¿Es una norma que sólo rige a las partes involucradas en el proceso de creación (es decir en el contrato como acto) o puede afectar la esfera jurídica de terceros?

Tradicionalmente, según la cultura jurídica heredada del Derecho Romano, el contrato en principio, únicamente tiene efectos entre las partes.

Sin embargo, la legislación vigente, la doctrina contemporánea y la realidad social, demuestran que la estipulación a favor (y en detrimento quizás) de terceros, es ya, una realidad con la cual tiene que lidiar el Derecho de hoy en día.

Hasta ahora han sido dos las teorías seguidas para explicar esta problemática, la clásica (o contractualista) que considera, que lo estipulado en relación a terceros no les puede causar una carga, sino en todo caso un beneficio, dado que no tienen intervención en el acto que da origen a tal disposición.

²¹⁵ Ibídem. p.196.

La segunda teoría (la de la declaración unilateral de la voluntad) considera que la estipulación a favor de terceros viene dada, no por el contrato en sí, sino porque éste genera una declaración unilateral de uno de los contratantes (quien en ese sentido se convierte en promitente respecto del tercero) es el supuesto que la normatividad mexicana adopta.

Explica el anterior argumento Rojina Villegas de la siguiente manera: "Si suponemos que en un contrato celebrado entre A y B, el promitente A declara una determinada prestación a favor del tercero C, la solución será distinta según se acepte la tesis contractual o la tesis unilateral; en la primera, el contrato tendrá un ámbito de aplicación que excede al principio tradicional, es decir, el contrato no sólo surtirá efectos entre las partes, sino que también podrá beneficiar a terceros. En cambio, si aceptamos la tesis unilateral, ya no será un problema relacionado con el ámbito personal del contrato, pues el beneficio estipulado en favor del tercero se explicará no porque el contrato surta efectos fuera de las partes, sino porque dada la declaración unilateral de voluntad del promitente, se ha creado una obligación directa entre él y el tercero. El contrato sólo fue un medio para poder hacer esa declaración unilateral, medio que influye en la declaración, porque si es nulo el contrato, será nula la declaración por vía de consecuencia."²¹⁶

En materia laboral (convenciones colectivas del derecho social, Kelsen dixit), en el contrato colectivo y en el contrato ley podemos encontrar casos ejemplificativos típicos en los cuales, la contratación genera efectos (no necesariamente sólo benéficos) en relación con terceros que no intervienen en el proceso.

²¹⁶ Ibídem. p. 201.

En materia civil Kelsen y Rojina Villegas citan tres casos en los cuales pueden darse estos efectos: 1) cuando los representantes suscriben contratos que generan efectos en la esfera jurídica de los representados; 2) en los contratos que celebran las asociaciones (las sociedades en general, lo cual incluiría, a las mercantiles) y que genera efectos en sus asociados; 3) en los contratos constitutivos de derechos reales, los cuales crean efectos *erga omnes*.

TERCERA PARTE. Problemática actual del contrato celebrado entre ausentes.

Capítulo Primero. Los contratos celebrados entre personas no presentes.

El fin de este capítulo es conocer la problemática que plantea el no estar presentes las partes al momento de celebrar el contrato, por razones de método estudiaremos primero al contrato realizado entre presentes, para posteriormente marcar las diferencias que hay con respecto del contrato celebrado entre no presentes.

1.3 Contratos celebrados entre sujetos presentes.

Dentro del ideal jurídico para contratar, está el que quienes contraten estén presentes, esto trae como supuesto o más bien presupuesto, la seguridad jurídica de las partes. Fuera de las ventajas que implica la contratación entre presentes, la vida diaria, la necesidad de la gente de encontrarse en varias partes a la vez, ha obligado al derecho a crear múltiples herramientas que posibiliten la contratación²¹⁷, aun cuando las partes no estén una frente a la otra.

Puede hacerse una subdivisión del perfeccionamiento del consentimiento entre personas presentes en: a) cuando se hace la oferta y no se otorga plazo para aceptar, y b) cuando en la oferta se otorga plazo para aceptar.

El primer supuesto es el más común, y también es el que menos complicación presenta, ya que estando ahí las partes, se hace la oferta o

²¹⁷ No sólo el derecho ha implementado innovaciones, sino también le ha dado validez a la utilización de inventos que han revolucionado la vida del hombre, como lo han sido el telégrafo, el teléfono, y más recientemente, el fax, y el internet.

policitación, y si es aceptada en ese momento, se perfecciona el consentimiento. En ese momento debe perfeccionarse el consentimiento, si no hay aceptación inmediata las partes se liberan de cualquier tipo de responsabilidad. Así lo señala el artículo 1805²¹⁸:

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. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.

El segundo supuesto se refiere al caso, en que estando presentes las partes, es señalado un plazo para la aceptación de la oferta, lapso de tiempo en el cual el oferente está obligado a mantener vigente la oferta para el caso de ser aceptada, lo cual es la conclusión lógica a la que se llega de la interpretación a *contrario sensu* del artículo antes señalado, y de lo que dispone el artículo 1804:

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.

Rojina Villegas explica al respecto lo siguiente, “en el Código vigente²¹⁹ se considera que durante todo el tiempo concedido como plazo para la aceptación, el oferente no puede retirar su oferta y si

²¹⁸ Cuando hagamos referencia a algún artículo sin señalar la ley de la que forme parte, estaremos refiriéndonos al Código Civil Federal vigente. De igual forma cuando indiquemos solamente Código será referencia al civil federal vigente.

²¹⁹ Igual formula que la seguida por el Código Civil de 1928.

pretende hacerlo su retractación no surte efectos legales; que en tal virtud, aun cuando la retire durante el plazo, si la otra parte acepta, el contrato se ha formado y tendrá acción para exigir el cumplimiento, y no simplemente el pago de daños y perjuicios como ocurría en el Código de 1884.”²²⁰

1.1.1 Diferencias con los contratos celebrados entre personas no presentes.

Del contrato entre ausentes se puede decir, que es aquel contrato en que la aceptación definitiva no se da en presencia de la otra parte. No tiene trascendencia que las partes se hayan reunido o no anteriormente a los fines de discutir el proyecto de contrato.

En principio cualquier contrato puede celebrarse entre ausentes. Esto es así, aun cuando se requiera el empleo de formas solemnes, siempre que esas formalidades puedan cumplirse separadamente para cada una de las partes por ejemplo prestando cada una de ellas su consentimiento ante notarios.²²¹

Encontramos diferencias obvias entre el contrato celebrado entre sujetos presentes respecto del celebrado entre ausentes, como lo es la no presencia física de las partes, así como la ignorancia en un lapso de tiempo de la respuesta a la oferta, y del conocimiento de la misma por el oferente. Realmente el perfeccionamiento del consentimiento entre sujetos no presentes ha significado un problema difícil de resolver por el Derecho.

²²⁰ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano Tomo V. Volumen I. Obligaciones*. México, Porrúa, 1996 pp. 275.

²²¹ *Ibíd.* pp. 276. Citando a Planiol y Ripert, *Tratado Práctico De Derecho Civil Francés*, Tomo VI, La Habana, 1946, pp. 210, 211 y 212,.

El problema consiste en determinar en qué momento ha quedado perfeccionado el consentimiento, cuando las partes no se encuentran presentes en la celebración del contrato en cuestión. Son cuatro las distintas posibilidades (Teorías):

I.- Teoría de la declaración, la cual considera como el momento en que ha quedado perfeccionado el consentimiento, aquel en que el aceptante declara su acuerdo con la oferta realizada por el peticitante. Declaración que bien puede ser verbal o escrita.

II.- Teoría de la expedición, la cual nos dice que se perfecciona el consentimiento cuando el destinatario de la peticitación expide su contestación ya sea por correo, telégrafo, etcétera.

III.- Teoría de la recepción, esta considera que el momento en que se perfecciona el consentimiento, es cuando el peticitante recibe la contestación, que esta bajo su dominio.

IV.- Teoría de la información, considera que cuando el proponente es informado del contenido afirmativo de la respuesta, ha quedado perfeccionado el consentimiento.

A partir del 29 de mayo del 2000, el Código de Comercio únicamente acepta la teoría de la recepción, lo cual es un gran acierto de los legisladores, al unificar, en términos generales los cuerpos legales que normaban lo relativo al perfeccionamiento del consentimiento en el ámbito federal: el Código Civil Federal²²² y el Código de Comercio.

²²² Debe tenerse presente que existe la excepción en cuanto hace al contrato de donación, ya que este contrato queda perfeccionado hasta que el donador sabe de la aceptación por parte del donatario.

Anterior a esta reforma, nuestro marco jurídico federal admitía las teorías de la recepción, y la de la expedición; en materia civil la teoría de la recepción (artículo 1807), la teoría de la expedición era la admitida por la materia mercantil²²³.

1.4 Solución legal al contrato realizado entre ausentes.

Nuestro sistema jurídico asumió el sistema de la recepción como regla general, pero dependiendo del medio de comunicación es cuando será aplicado este sistema, es decir habrá casos en que aun cuando las partes no se encuentren materialmente presentes, el Derecho considerará la ficción jurídica de su presencia material y le conferirá las mismas reglas que si estuviesen presentes las partes.

1.2.1 Teléfono.

El contrato celebrado por teléfono, es un claro ejemplo en el cual no hay presencia física de las partes, pero por las características de este medio, la regla para considerar perfeccionado el consentimiento, es la misma que si estuviesen presentes las partes, esto debido a que existe realmente la posibilidad material de discutir entre las partes los pormenores del contrato que se esta celebrando. Es el artículo 1805 el que regula este supuesto.

Las palabras y el consentimiento son llevados al co-contratante personalmente y en la práctica con la misma rapidez, que entre presentes, por lo que estos contratos son, desde el punto de vista

²²³ Cfr. Artículo 80 del Código de Comercio antes de las reformas del 29 de mayo del 2000.

del tiempo empleado en celebrarlos, entre presentes; pero, desde el punto de vista del lugar en que se celebran, entre ausentes. El contrato por teléfono es válido y puede ser probado en los mismos casos y en las mismas condiciones que en los contratos verbales. El uso de confirmar por correo los contratos hechos por teléfono no impide que el concurso de los consentimientos sea creador de obligaciones. Sin embargo, debido a la ausencia de testigos que hayan oído a las partes, si no media la confirmación por carta y en caso de denegación, solamente la aceptación tácita, o bien, el silencio permitirán establecer la existencia de la obligación.²²⁴

1.2.4 Correo.

Este medio de comunicación tiene características especiales, por cuanto a su naturaleza mediática y también en la forma de ser abordado por nuestro sistema jurídico. En párrafo precedente mencionamos los sistemas teórico-jurídicos que existen para considerar perfeccionado el consentimiento entre sujetos no presentes, y también indicamos, que nuestro país logró la unificación legal para aceptar la teoría de la recepción.

Abundando en el último sistema mencionado, éste implica que el proponente reciba en su domicilio, la respuesta afirmativa sin objeción alguna de parte del aceptante, aunque más bien en el lugar señalado como origen de la oferta, pudiendo ser por lógica un lugar distinto al domicilio real del oferente, en cuyo caso hablaríamos del domicilio convencional. Rojina Villegas, explica en relación con el tema lo siguiente:

²²⁴ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, pp.212 y 213.

Se considera en este sistema que no basta que el aceptante deposite en el correo su contestación, porque el oferente no sabe si existe o no aceptación alguna, ya que pueden existir causas ajenas a la voluntad de las partes que impidan llegar la contestación al oferente. Puede extraviarse, por ejemplo, la carta, o sufrir una demora por un trastorno en las comunicaciones, y sería entonces injusto ligar al oferente desde el momento de la expedición de la carta, si ésta, por causas ajenas a su voluntad, no llega a su poder e ignora durante algún tiempo que se encuentra ya obligado a sostener ciertos precios o condiciones desde determinado momento, que es el de la expedición, que desconoce en lo absoluto.

Sostiene esta teoría, desde un punto de vista jurídico, que para que haya consentimiento no basta con que haya acuerdo de voluntades, sino que debe existir la posibilidad física de que este acuerdo se conozca (...). En la teoría de la recepción se sostiene que desde el punto de vista jurídico, para que haya consentimiento, el oferente debe estar en condiciones materiales de conocer la respuesta dada a su policitud, y que la única forma material de que lo esté, es determinando que el contrato se celebra cuando reciba la contestación.²²⁵

1.2.5 Telégrafo.

Las características que tiene este medio de comunicación llevan a una regulación diferente a la que se tiene tanto para el correo como para el teléfono, no podemos decir que las partes se encuentran en una situación de inmediatez en cuanto al conocimiento de sus planteamientos, ofertas o contraofertas; pero tampoco hay la espera que significa el

²²⁵ Rojina Villegas, Rafael. *Op. Cit.* pp. 277.

correo, estamos en un punto intermedio entre el teléfono y el correo. Para Gutiérrez y González:

En el caso del telégrafo, al contrario de la propuesta por teléfono, no puede decirse que las partes estén en contacto directo, pues lo que el presunto aceptante recibe no es la vibración fonoeléctrica del oferente, sino sólo un papel en donde se asientan palabras que fueron transmitidas por impulsos eléctricos o electrónicos, pero no hubo contacto directo con el proponente."²²⁶

Nos explica también Gutiérrez y González, que por las razones antes expuestas es imposible que el contrato realizado por este medio, deba ser considerado como celebrado entre presentes, sino entre sujetos no presentes.

Sin embargo, como este medio de contratar se presta para que individuos de mala intención perjudiquen a otros, el acto no puede surtir efectos entre las partes, si no se cumple con estos requisitos:

- a).- Que las partes previamente hayan convenido en usar la vía telegráfica para hacerse ofertas y contra-ofertar.
- b).- Que el documento original en que se escribe el mensaje, o telegrama original, vaya firmado por el oferente, y lo mismo la contestación, y
- c).- Que en el texto del telegrama se usen signos convencionales, que también deben haber pactado con anticipación las partes, para identificar como auténticos los documentos.²²⁷

Tal y como dispone el Código el artículo 1811 primer párrafo:

²²⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. *Obligaciones*, México, Porrúa, 2000, pp. 273.

²²⁷ Ídem.

La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.

1.2.4 Otros medios electrónicos.

El desarrollo tecnológico ha llevado a que hoy en día se utilicen medios de comunicación mucho más eficientes y rápidos, que en los hechos crean la ficción material de la presencia física, por la inmediatez con que es conocida la voluntad de una persona con respecto de otra u otras. El Derecho no puede permanecer ajeno a estas innovaciones tecnológicas, y tiene que dar una respuesta satisfactoria para las situaciones conflictivas que surjan por el uso de las mismas.

En el ámbito civil federal y en materia mercantil ya existe regulación en lo concerniente a los contratos celebrados por medios electrónicos (fax e Internet), ópticos o de cualquier otra tecnología.

1.2.4.1 Fax.

En el Código no hay disposición específica que regule la contratación hecha a través de este medio, siguiendo las reglas que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²²⁸ nos da para la

²²⁸ Artículo 14 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, último párrafo: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

resolución de las controversias en materia civil²²⁹, podemos afirmar que se deben aplicar las reglas del artículo 1811 relativas al uso del telégrafo.

Si bien, hay quien difiere en cierto grado con esto último. Quintanilla García afirma lo siguiente: “Pensamos que este precepto (Art. 1811) se puede aplicar al nuevo sistema del “Telex” y del “Fax”, pero sin el requisito de la firma de los contratantes y sí con el de los signos convencionales, que en el “Fax” se reflejan en los datos que aparecen en la parte superior de los documentos.”²³⁰

La discusión doctrinal en cuanto a cómo se debe entender la regulación de la contratación a través de este medio, es notoria, aun cuando haya pocos tratadistas que aborden el tema, simplemente no hay acuerdo, esto es confirmado, por Robles Farías: “Si aplicamos en forma analógica las reglas de los contratos por telégrafo a los celebrados por medios electrónicos (...), tendremos que los requisitos para su validez son los siguientes:

Si el contenido del contrato es mercantil:

1. Contrato normativo previo. Que los contratantes hayan admitido ese medio previamente y en contrato por escrito.
2. Signos o claves convencionales. Que los documentos transmitidos por fax u otro medio electrónico, reúnan las condiciones o signos convencionales pactados por las partes, si así se convino.

²²⁹ Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. *op. cit.* p. 274.

²³⁰ Quintanilla García, Miguel Ángel. *Derecho de las obligaciones*, México, Cárdenas, Cuarta edición, 2004, 50.

Si se trata de un contrato de naturaleza civil: Además de los requisitos anteriores:

3. Firmas autógrafas. Que los documentos originales contengan las firmas autógrafas de los contratantes."²³¹

1.2.4.2 Internet.

Doctrinalmente, es un medio ignorado por la gran mayoría de los autores, por dos razones, la primera y por demás obvia es debido a lo nuevo, y en cierto grado tecnificado que es este medio, la segunda es que también había sido ignorado completamente por la legislación mexicana hasta relativamente, hace muy poco tiempo, las primeras reformas en ese sentido fueron del 29 de mayo del 2000. La reforma que subsanó la omisión de tratar lo relativo a la contratación mediante Internet, fue de carácter federal, es así como los códigos locales, incluido el del Distrito Federal quedaron sin cambios en la materia.

Tal como expone Alejandro Borda en general la formación de los contratos que se celebran utilizando como medio al Internet no difieren de la formación de los contratos en general, es decir requieren de una oferta y una aceptación. Borda simplifica el la realización del acuerdo de la siguiente manera, "la manifestación se realiza mediante un simple "clickear" del maus (sic) sobre el icono "acepto"."²³²

Dos son las herramientas principales del Internet que pueden ser utilizadas para la celebración de contratos:

²³¹ Robles Farías, Diego. *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, Año 6, Número 18. pp. 72.

²³² Borda, Alejandro, *La ley*, "El contrato celebrado por medios informáticos y las XVIII Jornadas nacionales de Derecho Civil, año LXVI, número 24, 4 de febrero del 2002, p. 23.

- a) El correo electrónico; y
- b) La conversación en línea, usualmente denominada *chat*.

Las dos herramientas antes mencionadas tienen características distintas, mientras que el primero es similar al correo ordinario (de ahí su denominación); el segundo se asemeja al teléfono. Por lo cual un solo medio (Internet) debe ser regulado, al menos, desde dos puntos de vista distintos. Confirma nuestro criterio Borda de la siguiente manera:

Este contrato podrá ser juzgado como celebrado entre ausentes o presentes según las circunstancias del caso. Así, si el negocio se concreta por operaciones on line (comunicación interactiva o simultanea), se entenderá un contrato entre presente pues la aceptación es inmediatamente conocida (por ej., la reserva de vuelos); mas aun, deberá considerarse que la oferta a caducado si no se la acepta de inmediato.

En cambio será entre ausentes, si la aceptación no es emitida por on line o requiere una confirmación por el oferente posterior enviada por el mismo medio o por otro (sea fax, sea teléfono); en este caso, la oferta caducará si transcurre el tiempo razonablemente necesario para expedir la aceptación, y ello no ocurre.²³³

El orden seguido para la exposición de este trabajo, sugiere que antes de tratar a fondo la reglamentación vigente con respecto al Internet, sean conocidas primero las características y naturaleza de este verdaderamente innovador medio de comunicación; por esto dejamos

²³³ *Ibíd.*, p. 24.

para más adelante la descripción y análisis acucioso de la legislación mexicana vigente relativa al uso del Internet.

Capítulo Segundo. La Revolución del Internet.

Le dimos esta denominación al presente capítulo, porque verdaderamente vivimos una revolución en cuanto a la forma de acceder a la información, de disponer de la misma, de poder comunicarse instantáneamente a un costo muy bajo con otras personas a cualquier punto del planeta, con todos los cambios y usos que esto conlleva, por eso es que el título de este capítulo no es una exageración ni mucho menos, simplemente es un calificativo que describe adecuadamente la etapa histórica que estamos viviendo.

2.1. Características del Internet.

Tenemos que partir por la explicación de algunos términos o conceptos indispensables, para la cibernética y computación, en cuanto a su aplicación para el Internet, tales como: red, ordenador, *host*, dirección IP.²³⁴

Red.- es un conjunto de ordenadores, conectados entre sí, que pueden comunicarse compartiendo datos y recursos.

Ordenador.- para efectos prácticos homologaremos al ordenador con la computadora personal.

Host.- es una expresión en inglés que traducida literalmente significa anfitrión, es cualquier ordenador que puede enviar o recibir información a otro ordenador.

²³⁴ Datos obtenidos del texto de los autores: Esebbag Benchimol, Carlos, y Martínez Valero, Julián. *INTERNET*, Madrid, Anaya Multimedia. 1998, pp.22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28.

Dirección IP.- es el número asignado a cada ordenador, que sirve para distinguirlo de cualquier otro ordenador en el mundo.

Expuesto lo anterior podemos decir que el Internet²³⁵ es una red de redes de ordenadores, que permite a éstos comunicarse de forma directa y transparente, compartiendo información y servicios a la mayor parte del mundo.²³⁶

Por otra parte, el Internet, como medio de comunicación ofrece ventajas importantes, en comparación con los medios de comunicación tradicionales, tal como nos lo dice Becerra Ramírez, “el correo electrónico poco a poco toma su lugar junto al correo tradicional, el teléfono o el fax. El correo electrónico se describe simplemente por el hecho de enviar mensajes de la computación. El correo electrónico presenta ventajas considerables frente al correo tradicional, al teléfono y al fax. En principio, en el plan económico, la utilización del correo electrónico es, sin duda, la manera de correspondencia menos costosa; por ejemplo, permite intercambiar instantáneamente documentos electrónicos voluminosos con personas situadas en diferentes partes del mundo”²³⁷.

2.1.1. Orígenes.

Nos dice Norma Alicia Sosa, que Internet nace aproximadamente hace cuatro décadas como un proyecto militar del Departamento de Defensa de EE.UU., con el nombre de ARPANet²³⁸, “así como la II Guerra

²³⁵ La Real Academia de la Lengua Española aún no ha resuelto lo relativo al género de la palabra **internet**, por lo cual a su gusto algunos le denominan “la Internet”, y algunos otros como nosotros “el Internet”.

²³⁶ Esebbag Benchimol, Carlos y Martínez Valero, Julián. *Op.. cit.* pp.23.

²³⁷ Becerra Ramírez, Manuel. *El internet y su problemática jurídica* en Revista De Derecho Privado, México, UNAM, Año 8, Núm. 22. Enero-Abril de 1997, pp. 7 y 8.

²³⁸ Sosa, Norma Alicia. *Internet: comunicación y futuro* en Revista Jurídica Número 31, Buenos Aires, Universidad Nacional de Tucumán. p. 238.

Mundial trajo consigo la creación y funcionamiento del primer auténtico ordenador –llamado así desde 1955- (en ese caso para corregir el tiro a distancia de la gran artillería de tierra y aire) también INTERNET tuvo origen bélico”.²³⁹

“En el año de 1973 la red atraviesa el océano al crear conexiones con algunos sitios de Noruega e Inglaterra. En el año de 1977, a iniciativa de la Universidad de Wisconsin, se adiciona a la red el correo electrónico.”²⁴⁰

“Los primeros conceptos acerca de la red se desarrollaron en el año 1973, realizándose las primeras pruebas de interconexión de redes en julio de 1977. se puede considerar que Internet ya estaba en actividad, en los Estados Unidos, alrededor de 1982 y a finales de la década de los 80 comienza a expandirse internacionalmente, incluyendo a usuarios y redes de distintas partes del mundo. Algunas herramientas básicas de “navegación” y búsqueda de información, como Copher o Archie, fueron introducidas en 1990.”²⁴¹

“Sin embargo, hasta alrededor del año 1993, el uso de Internet estaba, en su mayor parte, limitado a círculos técnicos, científicos y académicos. La gran mayoría de la población, incluidas personas familiarizadas con la informática y el uso de ordenadores, nunca habían oído hablar de Internet. En determinado momento se produce un punto de inflexión en el cual todos los medios de difusión comienzan a hablar de Internet, el gran público empieza a interesarse por el tema, la Red

²³⁹ Villar Palasi, José Luis. *Implicaciones Jurídicas de Internet*, en Anales número 28, Madrid, Real academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998, p. 495.

²⁴⁰ Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit*, p. 5.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 63.

comienza a insertarse en los distintos ámbitos de la sociedad y a tener implicaciones económicas importantes. Surge *World Wide Web, la telaraña mundial*."²⁴²

"World Wide Web fue desarrollada inicialmente en el CERN (Laboratorio Europeo de Física de Partículas) en Ginebra. Los trabajos iniciales comenzaron en 1989 y entre finales de 1990 y comienzos de 1991 aparecen el primer servidor Web y un *browser* (navegador) para interfaces de tipo texto. El objetivo perseguido entonces era que los físicos europeos en el ámbito de altas energías, cuyos grupos de trabajo estaban dispersos por varios países, pudiesen intercambiar conocimientos y datos de modo eficiente."²⁴³

"El sistema se extendió rápidamente por todo el mundo abarcando a las instituciones más diversas y permitiendo el acceso a todo tipo de información. Actualmente la responsabilidad principal, en la promoción WWW y en el desarrollo de normas, corresponde al Consorcio W3 (*W3 consortium*)."²⁴⁴

2.1.2. Nociones y Concepto.

Esebbag Benchimol y Martínez Valero nos dicen las siguientes características del Internet: "World Wide Web y los programas diseñados para navegar en ella, han facilitado enormemente el uso de los recursos de Internet (...). Estas características son:

²⁴² *Idem*.

²⁴³ *Ibíd.* p. 64.

²⁴⁴ *Idem*.

- Realización de la mayoría de los procedimientos mediante documentos de *Hipertexto*, que permiten utilizar de forma muy sencilla los distintos recursos disponibles y navegar intuitivamente por las distintas fuentes de información mediante los *hiperenlaces*.
- Uso de técnicas multimedia. Un documento de hipertexto puede combinar textos, imágenes, vídeo, sonido, representaciones de realidad virtual, etc. La unión de las técnicas multimedia con el uso de los hiperenlaces se ha dado en llamar *Hipermedia*. La activación de un enlace puede producir, por ejemplo, un sonido estereofónico, visualizar una fotografía o mostrar una animación.
- Los navegadores Web incorporan también los protocolos anteriores, y de esta integran servicios de Internet predecesores de W3, por ejemplo, FTP, Gopher o News permitiendo manejar casi todos los servicios de la Red desde una sola aplicación y con sencillos procedimientos."²⁴⁵

Ahora bien con respecto al concepto de Internet, ya antes dijimos que otra denominación del Internet, es la de red de redes, explicando la razón del porque esta nomenclatura, nos dice Gabriela Barrios Garrido que: "el Internet es una red gigante que interconecta una innumerable cantidad de redes de computadoras locales, por lo que no es una entidad física o tangible. Es la red de redes: pequeñas Redes de Área Local (LAN o Local Área Network), Redes de Área Metropolitana (MAN o Metropolitan Área Network) y grandes Redes de Área Ampla (WAN o Wide Área Network), que conectan a los sistemas informáticos de miles de organizaciones en el mundo. Se conectan a través de líneas telefónicas

²⁴⁵ *Ibidem*. p.66.

regulares hasta líneas de alta velocidad, fibra óptica, satélites y microondas"²⁴⁶.

La misma autora nos dice: "Es imposible determinar su tamaño en un momento dado, aunque su crecimiento ha sido extraordinario en pocos años. En 1981, menos de 300 computadoras estaban conectadas al Internet; para 1989, eran menos de 90 mil computadoras. En 1993, aproximadamente un millón de computadoras estaban conectadas y, hoy en día, se calcula que son 9 millones 400 mil equipos huéspedes alrededor del mundo, de los cuales, aproximadamente 60% se encuentran localizados en los Estados Unidos"²⁴⁷.

2.2. Efectos que tiene sobre la sociedad contemporánea.

Hay un punto en que coincidimos todos los que hemos abordado el estudio del Internet, y es que constituye un fenómeno social, característico de una sociedad globalizada, que su utilización tiene variados fines y aplicaciones, que así como contribuye de manera efectiva para fines de naturaleza muy positiva, así también se le puede utilizar para actividades deleznable como lo es el tráfico de estupefacientes y peor aún el de seres humanos; también hay un acuerdo común en que el uso de esta tecnología aumenta día con día, y si no se ha hecho extensivo su uso a toda la población humana, es debido a factores económicos.

La revolución esta en marcha, sabemos cuando dio inicio, conocemos también que la causó, que tecnología es y ha sido necesaria

²⁴⁶ Barrios Garrido, Gabriela. *México ante la nueva normatividad global de la tecnología de información. ¿Qué esta pasando con el Internet?* en Boletín de Política Informática Número 2, México, INEGI, 1997, p. 2

²⁴⁷ Barrios Garrido, Gabriela, *op. cit.* p. 2.

para su despegue; pero no podemos con certeza predecir en que momento dará fin, que efectos seguirá causando en el mundo, ni que nuevos avances puedan contribuir a que tenga mayor auge, o por el contrario corten de tajo con su vida. Hablamos de Internet, no de un movimiento armado, sino de la revolución informática.

La introducción de Internet en la vida cotidiana de la sociedad contemporánea, indica el surgimiento de una cultura nueva Manuel Castells, claramente define algunos elementos a considerar en la *cultura Internet*, “es una cultura construida sobre la creencia tecnocrática en el progreso humano a través de la tecnología, practicada por comunidades de hackers que prosperan en un entorno de creatividad tecnológica libre y abierto, asentada en redes virtuales dedicadas a reinventar la sociedad y materializada por emprendedores capitalistas en el quehacer de la nueva tecnología.”²⁴⁸

2.2.1. En las relaciones sociales.

Aun cuando sea una tecnología a la cual todo el planeta “pueda” acceder, en los hechos no es así, ya que los países desarrollados monopolizan el uso del Internet, por ende sus efectos varían de una sociedad a otra, en un mismo país, dependiendo del estrato social son los efectos que tiene en el conglomerado social. Generalizando, Internet como toda tecnología nueva tiene variados efectos, dependiendo del uso que se le de, las características principales de este medio le confieren una popularidad muy especial v.g. información a granel de manera gratuita o semi-gratuita, posibilidad de comunicarse a cualquier parte del globo terráqueo a un bajo costo –una llamada local-.

²⁴⁸ Castells, Manuel, *La galaxia Internet*, España, Random House Mondadori, 2003, p. 87.

Podemos afirmar que Internet es un medio que puede contribuir a una más sana convivencia humana, en sí tiene hasta hoy en día, la característica de dar acceso de manera gratuita a la información de la mayoría de sus páginas, en sus salas de discusión una gama variadísima de temas de interés general son tratados, y con frecuencia especialistas en la materia forman parte de los grupos de discusión.

Pero la realidad en los países en que su uso es más frecuente, nos muestra que este mundo idílico, no se da cuando se utiliza Internet, al contrario, ahora se le suma a las patologías sociales del alcoholismo, tabaquismo y demás adicciones, la adicción al Internet, en particular al *chat*, existiendo ya en la actualidad, especialistas en el tratamiento de esta adicción que provoca entre otras cosas: aislamiento del individuo (segregación), pérdida del sentido del tiempo y de la habilidad para interactuar en sociedad, conflictos intra familiares, con todo tipo de consecuencias debidas a actitudes por demás antisociales, como lo son: divorcios, disminución en el rendimiento escolar y/o laboral, estrés, enfermedades típicas del sedentarismo, etc.

Raúl Trejo Delarbre, al respecto dice lo siguiente: "Navegar por el ciberespacio puede llegar a ser una de las ocupaciones más fascinantes que ofrece la cultura contemporánea. Quien se conecta a Internet tiene a su disposición una cantidad inconmensurable de opciones para el divertimento, la educación, la información, la divagación sobre todo. Es una experiencia maravillosa, que tiene sus riesgos –y no solamente en

términos del costo que implica la tarifa telefónica y la contratación de los servicios comerciales-."249

"La dependencia respecto de la computadora, se ha convertido en nueva dolencia, incluso identificable y clasificable por especialistas en adicciones. *Computerismo*, ha sido una de las traducciones, al español, de ese nuevo síndrome. *Ciberhólicos* podríamos llamarles también."250

Entrando en un punto que parece más bien chusco Trejo Delarbre comenta : "Puede parecer exagerado sugerir precauciones para tan modernas y extravagantes dolencias, pero ya hay especialistas dedicados a ello"251

En México por no ser tan extendido el uso de internet, no podemos asegurar que estas patologías sociales ya existan en el seno de nuestra sociedad, pero no podemos negar que existe la posibilidad real de que lleguen a darse este tipo de situaciones, si no es que ya existen, aunque claro que en menor escala que en los países desarrollados.

Por lo demás su uso entre la comunidad académica, investigadora y estudiantil, se hace cada vez más frecuente, contribuyendo al desarrollo intelectual del país aunque sea de manera superficial.

Conforme a lo anterior, coincidimos con lo que expone Cristina Loyo, quien nos dice lo siguiente: "El creciente uso de las redes y la posibilidad de transmitir mensajes de modo instantáneo por los medios electrónicos

²⁴⁹ Trejo Delarbre, Raúl, *La nueva alfombra mágica, usos y mitos de internet, la red de redes*, México, Diana, p. 242.

²⁵⁰ *Ídem.*

²⁵¹ *Ídem.*

tienden a integrar los actuales servicios de correo, teléfono, fax y televisión, ya que es posible comunicarse, en tiempo real, con otra persona, enviar voz e imagen e incluso acompañarlas de documentos. Los periódicos están ya en internet y no está muy lejano el día en que el usuario pueda programar sus propios noticieros por la red."²⁵²

Confirma la misma autora lo dicho con antelación cuando menciona que: "Internet nació como una red con fines académicos, pero ahora es de dominio público y comercial. Su uso está transformando de modo radical las formas de comunicación en el mundo. Esto trae consigo nuevas ideas sobre el uso de la red y del potencial en el intercambio de información."²⁵³

2.2.2. En la economía.

Los efectos que surte el Internet en las relaciones sociales van íntimamente relacionados con los que afectan a la economía o viceversa, siendo, la columna vertebral de la revolución informática, el motor de la nueva revolución industrial, nada tiene de extraño que afecte de una u otra manera todos los renglones de la economía mundial, y dependiendo del grado de integración a la economía global del país en específico, será el grado en que éste se vea afectado. Gema Campillo hace hincapié en lo anterior:

La utilización de este canal de venta facilita la apertura a nuevos mercados, lo que beneficia especialmente a las pequeñas y medianas empresas, ya que son las que mayores dificultades

²⁵² Loyo, Cristina, *Internet: retos para México*, en Comercio Exterior, agosto de 1997, México, Banco Nacional de Comercio Exterior. S.N.C, p. 658.

²⁵³ *Ídem*.

encuentran para la comercialización de sus productos y servicios en el extranjero. Las nuevas tecnologías son también una importante fuente de creación de empleo, pues su incorporación a la actividad industrial requiere de la utilización de personal especializado. Por todo ello, se reconoce de forma general que la utilización intensiva de las tecnologías de la información y las comunicaciones ofrece enormes oportunidades para el crecimiento económico y la mejora de la competitividad empresarial.

Para poder aprovechar ese potencial de crecimiento económico, es necesario, sin embargo, adaptar los procedimientos de producción y venta a esta nueva herramienta, aprender a emplearla para sacarle el máximo provecho y convencer a los usuarios de la utilidad del nuevo modelo de venta para que empiecen a incorporarlo a sus hábitos de vida. La adecuación a los patrones de la "nueva economía" es un proceso complejo, que implica principalmente a las empresas, que deben invertir en tecnología y formación y transformar sus procedimientos de actuación, pero también a las instituciones públicas, que deben incentivar el paso a la "nueva economía" y apoyar el esfuerzo del sector privado para acomodarse a sus exigencias por medio de una acción global que haga uso de manera eficaz de los instrumentos normativos y de fomento a su alcance.²⁵⁴

De igual modo los sectores de la economía que estén mas relacionados, apliquen o necesiten más la tecnología de punta es como verán transformados sus métodos de producción (en un sentido genérico). Castells al respecto opina lo siguiente: "Más allá del torbellino de las empresas *puntocom*, lo que surgió de la interacción entre Internet y el

²⁵⁴ Campillos González, Gema María, Ponencia "El comercio electrónico en el marco jurídico de la Sociedad de la Información" II Congreso Mundial de Derecho Informático, Madrid, 23-27 de septiembre de 2002, p. 2.

mundo empresarial fue un nuevo panorama económico, con el *e-business* como elemento central. Por el *e-business* entiendo la actividad cuyas operaciones clave de gestión, financiación, ventas y relaciones entre los empleados y con los clientes tienen lugar sobre todo por el Internet o con otras redes de redes informáticas, sin prejuzgar el grado de conexión entre las dimensiones virtual y física de la empresa"²⁵⁵.

2.2.2.1. En el núcleo familiar.

Siempre quienes primero sufren los efectos negativos de algún "error" en la planeación o directriz económica, son los grupos sociales más desprotegidos o las células de la sociedad, o sea la familia; por el contrario cuando una economía se ve robustecida los últimos en enterarse de estos beneficios son esos mismos grupos, en nuestro país aun es pronto para obtener resultados de cómo afecta a la economía familiar el uso de internet, por motivos ya antes mencionados (un relativo poco uso de esta tecnología y un lapso corto de tiempo de formar parte del grupo de inventos o tecnologías accesibles a la población); siendo optimistas facilitara el uso del Internet, las actividades propias del mantenimiento de la casa, con respecto a todas las actividades que tiene que realizarse fuera de ella, como lo son: el salir de compras, la contratación de servicios técnicos, entre otros.

2.2.2.2. En las empresas.

La informática, la computación y la cibernética son, ya, herramientas indispensables para todo tipo de empresa, que quiera sobrevivir en el mundo de la competencia feroz, que se vive en el campo comercial.

²⁵⁵ Castells, Manuel, *op. cit.*, p. 93.

Internet poco a poco se integra a ese tercio, y el potencial que tienen algunos de los elementos que lo conforman, contribuyen a que en un futuro no muy lejano sea indispensable. Cada vez es mayor la importancia que adquiere continuamente la comercialización vía Internet en la economía, Javier Ribas lo concatena con la pericia jurídica en la materia:

El comercio electrónico constituye un apartado concreto dentro de la economía en general que va consolidándose año tras año, a pesar de que no se hayan confirmado las previsiones de crecimiento espectacular que determinados analistas realizaron a finales de la década anterior a la actual. Lo que ciertamente sí ha aumentado de manera sensible durante los últimos años es la cantidad de normas y controles administrativos en relación con el comercio electrónico. Tanto es así que hoy en día puede afirmarse sin temor a exagerar que ningún emprendedor responsable que desee llevar a cabo un negocio en Internet puede hacerlo sin antes tener una noción básica de los riesgos y responsabilidades asociadas al medio, siendo imprescindible además contar con los servicios de un jurista con conocimientos específicos en la materia.

256

La expansión constante de Internet, su facilidad de uso, la posibilidad de transformar continuamente a un bajo costo las “páginas WEB”, lo convierten en un medio en el cual las grandes empresas tienen cifradas grandes expectativas, este *boom*, se propago hacia las medianas y pequeñas empresas, pero en los hechos no se vio reflejada la esperanza depositada, y muchas empresas tuvieron que olvidar sus proyectos relativos a Internet, como es lógico deducir, las grandes trasnacionales no tuvieron la necesidad de cerrar sus sitios internet, por el contrario a últimas

²⁵⁶ Ribas Alejandro, Javier, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Thomson Aranzadi, España, 2003, p.23.

fechas han creado grandes alianzas, que posiblemente lleven a un oligopolio sobre la Red (siendo realmente este un pronóstico muy pesimista, pero no por ello alejado de la realidad).

Complementa lo antes expuesto, Trejo Delarbre, diciendo: "Un volumen inconmensurable de mensajes se intercambian todos los días en el espacio cibernético. Las redes electrónicas transportan ideas, ofertas, opiniones, datos. Sin embargo, (...) en la llamada superautopista de la información no es necesariamente el *conocimiento* lo que crece y se desarrolla, sino el *mercado* mismo de la información. Más que creación de ideas y datos, hay propagación de ellos. Quedan, así, abiertos a un mercado creciente en donde los aspectos comerciales no son, para nada, menores."²⁵⁷

Las empresas tiene otra gran ventaja con el uso de Internet, que es la posibilidad de acceder a información que les de a conocer los gustos, necesidades y afinidades de los usuarios de la Red. Castells comenta ciertos cambios que Internet introduce en las relaciones laborales, "Al utilizar Internet como un medio fundamental de comunicación y procesamiento de la información, las empresas adoptan la red como su forma organizativa. Esta transformación sociotécnica abarca al sistema económico en su conjunto, y afecta a todos los procesos de creación, intercambio y distribución de valor. Por tanto, se modifican las características y el modo de operar del capital y el trabajo, componentes básicos de todo proceso empresarial."²⁵⁸

Porfirio Barroso en un comentario relacionado nos menciona lo siguiente: "Aquellos vendedores que ofrecen servicios vía Internet pueden

²⁵⁷ Trejo Delarbre, Raúl, *op. cit.*, p. 66.

²⁵⁸ Castells, Manuel, *op., cit.*, p. 93.

obtener perfiles bastante exactos de sus clientes. Y dichos perfiles ya están siendo vendidos. Algunas asociaciones de clientes recomiendan que todos los vendedores que actúen en la red ofrezcan a sus clientes la opción de que ellos mismos bloqueen la venta de esa información personal, mediante un menú *interface* (sic). Esto permitiría al mismo tiempo que aquellos clientes que deseen obtener las ventajas de un *marketing* más preciso, naveguen en la red para llegar a otros posibles vendedores interesados, y a aquellos que no desean que sus datos se conozcan."²⁵⁹

Algunos especialistas consideran aun más importante el uso de Internet empresarialmente, Miguel Ángel Rodríguez expresa lo siguiente: "Con millones de usuarios en todo el mundo, la Internet ha multiplicado la importancia de la información hasta colocarla como el insumo estratégico de los negocios en la era digital. La red de redes es el soporte tecnológico de lo que Bill Gates denomina el sistema nervioso digital que, a semejanza del cuerpo humano, está constituido por múltiples puntos de contacto mediante los cuales una empresa capta lo que hay en su entorno, detecta los retos de sus competidores, precisa las necesidades de sus clientes y, a partir de esta información, organiza sus repuestas estratégicas."²⁶⁰

El mismo autor indica: "Lejos de ser un fenómeno pasajero, el comercio electrónico puede verse como el núcleo generador de cambios

²⁵⁹ Barroso, Porfirio, *Ética y deontología de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (internet)*, en Revista Iberoamericana de Derecho de la Información Año I. No.1 Mayo-Agosto de 1998, México, Programa Iberoamericano de Derecho de la Información de la Universidad Iberoamericana, Fundación Manuel Buendía y Revista Mexicana de Comunicación, p. 70.

²⁶⁰ Rodríguez, Miguel Ángel. "El comercio electrónico: ¿una revolución en marcha?", Comercio Exterior, volumen 49, número 10, Octubre de 1999, México, Banco Nacional de Comercio Exterior. S.N.C., p. 923.

masivos y fundamentales en el comportamiento de los agentes económicos.”²⁶¹

Sería una gran omisión de nuestra parte no reseñar lo expuesto por dos investigadores en la materia como lo son, Manuel Olarreaga y Daniel Fraga, quienes entre otras cosas nos mencionan:

“Los mercados multimediales significan nuevas formas de la relación con los clientes, así como originales métodos de mercadotecnia, publicidad, relaciones públicas y distribución. Las empresas podrán fortalecer los lazos con sus consumidores gracias a las comunicaciones interactivas.”²⁶²

“También en el mundo laboral, Internet tendrá profundas consecuencias a nivel empresarial y personal: las organizaciones se transforman en redes, en las cuales el personal trabaja permanentemente en grupos que van rotando, a menudo en diferentes lugares y por todo el mundo. Los ejecutivos y los empleados directivos obtienen de la red vía ordenador personal, aquellas cifras y datos imprescindibles para evaluar la situación real de la empresa.”²⁶³

2.2.2.3. A nivel gubernamental.

La trascendencia que a nivel gubernamental adquiere el Internet es mayor día con día, debido entre otros factores, a la integración cada vez más total a la economía mundial (globalización), a la pérdida de

²⁶¹ *Ídem.*

²⁶² Olarreaga, Manuel y, Fraga, Daniel. *La utilización de Internet en el campo comercial*, en Boletín de Política Informática, número 10, 1996, México, INEGI, p. 4.

²⁶³ *Ídem.*

soberanía política que en los hechos vivimos, a la mayor ingerencia (cada vez más descarada) de las transnacionales en asuntos de economía interna. Por estas razones, es que México, su estructura gubernamental, se ve en la necesidad imperiosa de no quedar atrás en el uso de ésta tecnología en particular.

Gabriela Barrios Garrido al respecto menciona que: “El gobierno juega un papel fundamental en la creación de contenidos informativos nacionales y estadísticos que estén disponibles al público vía Internet. se está fomentando una política de desarrollo del Internet a través de estrategias de acceso a la masa estudiantil en bibliotecas y gobiernos estatales, los cuales son esfuerzos menores que deben sumarse a las alternativas privadas (cafeterías, librerías y diversos lugares con terminales de acceso).”²⁶⁴

De acuerdo a la estructura en que el Estado Mexicano está constituido, se divide el ejercicio del poder en tres funciones, que se les denomina: Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Los tres en la actualidad utilizan Internet.

De entre los tres quien (por su misma naturaleza jurídica) más lo emplea, es el Ejecutivo; ya hoy en día las distintas Secretarías de Estado tienen su página WEB, es común encontrar que ofrezcan casi todas las dependencias del ejecutivo (en sus tres esferas competenciales; Federal, Estatal y Municipal) su dirección de correo electrónico (e-mail) como una manera de que el ciudadano haga llegar sus inquietudes, quejas y comentarios al servidor público.

²⁶⁴ Barrios Garrido, Gabriela. Op. cit. p. 21.

También por economía y como una forma de facilitar la comunicación entre las distintas dependencias gubernamentales cada vez es más frecuente que se de el envío de información dentro de su estructura a través del correo electrónico.

En cuanto al Legislativo encontramos que de igual manera tiene su página Internet, en donde se da información relativa a la historia, integración, funciones y actividades de la legislatura federal; y ya también la mayoría de las legislaturas estatales cuentan con su página en Internet con las mismas características de la Federal; también ofrecen su dirección de correo electrónico, para que el sentir ciudadano pueda acceder a ellos de manera más directa.

Y en lo concerniente al Poder Judicial, esté no ha quedado atrás en cuanto al uso de Internet, por el contrario está a la vanguardia en la aplicación de la informática y por consiguiente cuenta con su página WEB y correo electrónico.

Por último el efecto que más debe preocupar a nivel gubernamental, de la utilización de Internet, son las consecuencias jurídicas que acarrea su uso, y la manera en que, por ende, deben ser resueltas por el sistema normativo jurídico vigente. Y es en este punto en que las tres esferas del poder público se conjugan dentro de sus atribuciones para darle respuesta a este nuevo problema que ya se presenta en la sociedad mexicana para el caso en concreto.

El Legislativo ha comenzado a dar los primeros pasos relativos a la legislación en la materia, el 23 y el 29 de mayo del año 2000, entraron en vigor reformas en el Código de Comercio y en el Código Civil y de

Procedimientos Civiles Federales, respectivamente, que contemplaron las transacciones hechas vía Internet y posibles mecanismos jurídicos que contribuyan a solucionar hipotéticas controversias judiciales; a fin de proveer de mejores mecanismos legales, el Código de Comercio nuevamente fue reformado y adicionado el 29 de agosto del 2003 en materia de firma electrónica.

El Ejecutivo junto con el Poder Judicial dentro de sus ámbitos de acción tienen mejores disposiciones legales para responder más adecuadamente a las necesidades de la población. Podemos concluir este tema, con lo que nos dice Raúl Trejo Delarbre, respecto al interés estatal en cuanto a la aplicación del Internet:

“No se puede prescindir del Estado. En algunas ocasiones se hace demagogia con la suposición de que las fuerzas del mercado se bastan para moderar el intercambio dentro de la sociedad. En otras, se pretende que el Estado se basta sólo para proveer y regular. Ninguno de ambos extremos ha funcionado en incontables experiencias históricas, de tal suerte que con o sin nuevas corrientes de interpretación y organización de los sistemas políticos, pareciera claro que el Estado tiene tareas insustituibles, de la misma forma que la sociedad necesita garantías –y reglas- para desplegar sus mejores capacidades.”²⁶⁵

“En el caso del ciberespacio, puede considerarse que no habría navegación posible –Internet no hubiera existido- de no ser posible por los patrocinios estatales. Fue debido al interés estatal, primero con fines bélicos, luego académicos y más recientemente con el propósito de estimular el intercambio de información y crear un soporte a la educación

²⁶⁵ Trejo Delarbre, Raúl, *op. cit.*, p.186.

que, en varios países la Internet nació y creció. Así sucedió especialmente, pero no solo en los Estados Unidos. Es ese interés, surgido a su vez de la necesidad de la sociedad para que existan regulaciones capaces de impedir, o al menos moderar, la preponderancia de los consorcios más fuertes, el que requeriría de una intervención estatal constante en el impulso a políticas específicas de crecimiento, diversificación, promoción y regulación de las redes."²⁶⁶

Capítulo Tercero. Problemática de los contratos celebrados vía Internet.

El Internet, abordado desde el punto de vista jurídico, no solamente presenta problemas en lo relativo a la formación y reglas aplicables a los contratos civiles (y mercantiles), sino de una u otra manera afecta o tiene efectos sobre la gran mayoría de las ramas del Derecho²⁶⁷. Son varios los posibles conflictos que se generan al utilizar el Internet como medio a través del cual se celebra un contrato. Esto es debido a la naturaleza física de Internet, que consiste en su intangibilidad e imposibilidad de constatar la veracidad del ofertante, en cuanto a su existencia material (al menos instantáneamente).

En el capítulo primero, analizamos los contratos celebrados entre personas no presentes, estudiando por último a los contratos realizados vía Internet, sin darles una nomenclatura en especial a este tipo de contratos, pero es común encontrar que estos sean denominados como: *contratos informáticos*. La doctrina aun no tiene un criterio unificado, en cuanto al

²⁶⁶ *Ídem*.

²⁶⁷ Entre los problemas jurídicos relacionados con Internet (y que no son abordados por esta tesis) están: a) la extraterritorialidad; b) la propiedad de la información; c) el contenido ilegal u ofensivo (delitos vía Internet); d) la libertad de expresión; e) la propiedad industrial; f) los derechos de autor; g) en el orden laboral; etc.

objeto material de los contratos informáticos y así, los siguientes tratadistas nos comentan:

- A. Juan José Ríos Estavillo: "Respecto al objeto del contrato...., se entiende por tal la operación jurídica por la cual se crean, modifican, transmiten o extinguen relaciones obligacionales sobre bienes y servicios informáticos".²⁶⁸
- B. Gabriela Barrios, Marcia Muñoz y Camilo Pérez: Consideran que son aquellos "que utilizan los medios informáticos para la realización de un contrato que podría considerarse como principal".²⁶⁹
- C. Julio Téllez: "Son el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir derechos u obligaciones que tienen como objeto la transmisión de bienes (equipos periféricos, dispositivos, etcétera) o prestación de servicios (asistencia, formación, mantenimiento, programas, etc.)."²⁷⁰
- D. Emilio del Peso Navarro: Este autor distingue entre contratos informáticos y contratos electrónicos; indicando que los contratos informáticos son aquellos que tienen como objeto los bienes informáticos, mientras que los contratos electrónicos son en los que el medio para llegar a un acuerdo de voluntades ha de ser necesariamente electrónico.²⁷¹

²⁶⁸ Ríos Estavillo, Juan José, "Derecho e Informática en México" Informática jurídica y Derecho de la informática, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997 p.108.

²⁶⁹ Barrios Garrido, Gabriela; Muñoz de Alba M., Marcia; Pérez Bustillo, Camilo. *Internet y Derecho en México*, México, Mc Graw Hill, 1998, pp. 59 y 60.

²⁷⁰ Téllez Valdes, Julio, *Derecho Informático* 2ª. Edición, México, Mc Graw Hill, Serie Jurídica, 1995, pp. 97, 98, 99.

²⁷¹ Peso Navarro, Emilio del, *Resolución de Conflictos en el Intercambio Electrónico de Documentos*, ABZ Información análisis jurídicos, número 29, México, 1º. de septiembre de 1996, Morelia, Mich. p.17.

Vemos que no existe acuerdo en este punto entre algunos de los principales tratadistas²⁷² del tema en nuestro país, es irrelevante para nuestro estudio si le damos una denominación en especial a los contratos realizados vía Internet, y en sí es, posiblemente, más adecuada la denominación de contratos informáticos, a aquellos contratos que versen sobre intercambio o soportes de carácter informático. En nuestra opinión los contratos realizados vía Internet, no constituyen, una especie de contrato, sino que, cualquier contrato, ya sea de los típicos o atípicos, pueden ser celebrados utilizando como medio para ello, al Internet.

Y en esto último coincidimos con Emilio del Peso: "En resumen, en la contratación informática el objeto del contrato es la Informática mientras que en la contratación electrónica la Informática es la herramienta que sirve para que se pueda perfeccionar la contratación, con independencia de que el objeto de ésta sea informático o no."²⁷³

Todo esto lleva a una serie de problemas, que desarrollamos en los siguientes subtemas. El primer tema a tratar es el de la inseguridad jurídica de quienes contratan vía Internet, pero antes de abordarlo, hay un punto que afectando a los usuarios de Internet, en estricto sentido no puede englobarse dentro de lo que es la inseguridad jurídica; el problema es el uso cada vez más extensivo e indiscriminado de los "contratos de adhesión".

²⁷² Y en cuanto al concepto que manejan (los tres primeros grupos de autores) de contrato en general, como el acuerdo de voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir derechos u obligaciones, diferimos de ello, ya que confunden en el mismo concepto al contrato con el convenio en estricto sentido, lo cual mas allá de una diferenciación didáctica, es de carácter práctico y derivada de la ley.

²⁷³ Peso Navarro, Emilio del, *op. cit*, p. 17.

El denominado “contrato de adhesión”, afecta en todo caso no a la garantía de seguridad jurídica, sino a la garantía de libertad, en específico a la libertad contractual, pero los distintos proveedores que hay en Internet²⁷⁴ se escudan en la libertad de contratar de las partes, para legitimar este extendido uso.

Aun cuando muchos autores le niegan a los contratos de adhesión, la naturaleza jurídica del contrato (idea con la cual coincido), no debemos dejar de lado esta situación que se vive con el uso del Internet, y aunque sea tangencialmente debe ser mencionada en este trabajo, ya que como dice Gutiérrez y González²⁷⁵, si bien este tipo de contratos solo tiene de contratos el nombre, hay un “acuerdo” de voluntades (sometimiento, diríamos), pero no por esto deja de ser una fuente de obligaciones voluntaria, que debe ser regulada para evitar abusos e inconformidades.

En nuestro sistema jurídico este tipo de actos jurídicos están regulados por nuestro sistema normativo, no sólo por el Código Civil, sino también en disposiciones legales distintas, principalmente por la Ley Federal de Protección al Consumidor, pero dependiendo del “contrato de adhesión” del que se trate también tendrán relación otras disposiciones legales²⁷⁶ con el fin de que la persona física o moral que funge como la parte oferente, no incurra en abusos que lesionen al aceptante (sujeto netamente pasivo), pero las características de Internet, inciden en que sea

²⁷⁴ Se entiende a la libertad contractual como: la facultad que tienen las partes de convenir en cuanto a la forma y el contenido del contrato (cláusulas); por lo que respecta a la libertad de contratar: es el derecho subjetivo que tienen los integrantes de la sociedad para celebrar o no contratos, y para elegir al sujeto con el cual contratar.

²⁷⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, *op. cit.* p.482.

²⁷⁶ La Ley Federal de Protección al Consumidor, en su artículo 86 indica que contratos de adhesión deben ser inscritos ante la PROFECO; por otra parte, entre otras disposiciones que regulan a los contratos de adhesión en específico, encontramos a las siguientes: Ley sobre el Contrato de Seguro; Ley de Navegación; Ley de Vías Generales de Comunicación.

casi imposible ceñirlo a la jurisdicción de un Estado en particular, complicando la situación de los usuarios de este medio. Debemos resaltar que los “contratos de adhesión” que deben ser considerados una institución jurídica distinta de la del contrato (con la denominación que quiera dárseles), se encuentran regulados por disposiciones de índole federal.

3.1. Inseguridad jurídica de las partes.

Para entender claramente la inseguridad jurídica que afecta a los usuarios de Internet cuando realizan contratos a través de este medio; primero definiremos que es la seguridad jurídica. Adame Goddard nos dice que “la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente.... La seguridad jurídica puede entenderse desde dos puntos de vista: uno objetivo y otro subjetivo. Desde el punto de vista subjetivo, la seguridad equivale a la certeza moral que tiene el individuo de que sus bienes le serán respetados; pero esta convicción no se produce si de hecho no existen en la vida social las condiciones requeridas para tal efecto: la organización judicial, el cuerpo de policía, leyes apropiadas, etc. Desde el punto de vista objetivo, la seguridad equivale a la existencia de un orden social justo y eficaz cuyo cumplimiento está asegurado por la coacción pública.”²⁷⁷

Por lo anterior deducimos que para que haya seguridad jurídica es necesario un ordenamiento jurídico que regule la conducta de los individuos, organismos y forma de gobierno dentro de una sociedad, y además que este ordenamiento sea eficaz, es decir el ordenamiento

²⁷⁷ Adame Goddard, Jorge, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Novena Edición. Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, 1996 p. 2885.

jurídico por sí mismo no es una garantía de que haya seguridad jurídica, sino que éste debe incluir los mecanismos que hagan posible su aplicación efectiva a la población.

Los documentos informáticos ofrecen tanta inseguridad en general como cualquier otro tipo de documento, pero una gran proporción de quienes contratan a través de este tipo de documentos, sufren de inseguridad jurídica por la ignorancia en los métodos posibles para dar autenticidad y veracidad al documento informático en cuestión.

Miguel Ángel Davara Rodríguez, menciona con relación a lo antes mencionado, que: “La manipulación de un documento tiene su mayor peligro en la mala fe, en lo que podríamos considerar como una modificación del contenido para, mediante engaño, llevar al ánimo del que lo interpreta un sentido opuesto del que tiene el documento original. Y parece ser que esto es más fácil de realizar con los documentos electrónicos, informáticos y/o telemáticos; pero lo que se olvida es que, precisamente, las posibilidades de protección de la información por medios tecnológicos son mayores y mas seguras que las que se ofrecen por los medios que tradicionalmente empleamos; y, si basamos la fehaciencia en el reconocimiento y adveración por quien corresponda, esto también se puede realizar en los documentos tecnológicos.”²⁷⁸

Lo anteriormente explicado es con respecto al documento que sirve de base para la celebración del contrato en cuestión, pudiendo denominarlo como documento negocial informático.²⁷⁹

²⁷⁸ Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *De las autopistas de la información a las sociedades virtuales*, España, Editorial Aranzadi, 1996, p. 148.

²⁷⁹ Ídem.

Como dijimos anteriormente (con respecto a los documentos informáticos), "los riesgos de las transacciones vía Internet no son superiores a los de las transacciones que se hacen día a día por teléfono o fax. Sin embargo, muchas de estas operaciones, como la venta de bienes o la prestación de servicios de información, traen aparejados riesgos diversos, sobre todo en lo referente a la seguridad y a la confidencialidad, así como a la falta de documentos probatorios de la realización del contrato y las pruebas de aceptación de la o las ofertas."²⁸⁰

Rocío Ovilla, nos menciona en cuanto a la problemática que significa utilizar Internet para las transacciones comerciales: "La problemática actual respecto a Internet es sobre cómo garantizar la seguridad de las transacciones comerciales. Los problemas en cuanto a la seguridad de las mismas se han dado ya: personas que pagan por medio de su tarjeta bancaria, y cuyos datos son pirateados para realizar otras compras. Sin embargo, se dejan entrever algunas soluciones como es el caso de la posible utilización de técnicas de criptografía o de la firma electrónica y del tercero de confianza."²⁸¹

La misma autora comenta que aunque la criptografía sea una posibilidad efectiva para resolver las aristas que trae como consecuencia la inseguridad en las transacciones vía Internet, debido a que la mayoría de los países consideran a la criptografía como una técnica reservada para fines militares y por ende de seguridad nacional, se oponen a su uso para fines de carácter privado, por temor a que sea usada esta técnica por terroristas, extremistas o racistas.²⁸²

²⁸⁰ Barrios Garrido, Gabriela, et. al. Ob. cit. p. 58.

²⁸¹ Ovilla Bueno, Rocío, Internet y derecho. De la realidad virtual a la realidad jurídica", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Año XXXI Número 92 Mayo – Agosto de 1998, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 432 y 433.

²⁸² *Ídem*.

“En cuanto a la firma electrónica, el problema consiste en cómo saber que la persona que teclea esa firma electrónica es verdaderamente quien dice ser, la duda existe puesto que no hay ningún contacto personal, y es aquí donde interviene la figura del tercero en confianza (a quienes algunos empiezan a llamar notario cibernético) que servirá como un certificador de que la persona jurídica tiene tal número de identificación y que efectivamente quiere realizar esta transacción.”²⁸³

3.1.1. Criptografía y firma digital.

Barceló y Vinje explican claramente qué son la firma electrónica y la encriptación: “Tanto las firmas digitales como la encriptación se basan en las tecnologías de la encriptación. Realmente, una firma digital es esencialmente un mensaje encriptado, que acompañan un documento electrónico. No obstante, como se describe más abajo, las firmas digitales y la encriptación tiene diferentes funciones y usualmente se basan en diferentes tipos de técnicas criptográficas.

“Tal como se usa en la Comunicación, “encriptación” es el término empleado para describir los sistemas de clave simétrica usados para mantener la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas. Mediante el intercambio de mensajes encriptados usando criptosistemas simétricos..., los interlocutores en una comunicación buscan asegurarse de que ellos (y solamente ellos) serán capaces de leer el contenido de los mensajes.

²⁸³ *Ídem.*

“En los sistemas de claves simétricas, tanto el emisor como el receptor usan la misma clave para encriptar y desencriptar los mensajes: el emisor encripta un mensaje con la clave simétrica y lo envía al receptor, el cual posee la misma clave y la usará para desencriptar el mensaje.”²⁸⁴

Comentan Barceló y Vinje que “la firma digital (electrónica) se utiliza para alcanzar integridad y autenticidad de los datos, esto es, seguridad de las comunicaciones electrónicas. Por medio del uso de la tecnología de firma digital, el receptor de una comunicación electrónica puede estar seguro de que el emisor es realmente quien dice ser (esto es denominado frecuentemente función de autenticación de la firma digital).

“La tecnología de la firma digital se basa en sistemas de encriptación asimétricas, en los cuales se usan claves diferentes para la encriptación y para la desencriptación. Con sistemas asimétricos cada parte recibe dos diferentes claves. Una clave se usa para transformar ciertos datos en una forma aparentemente ininteligible. Estos datos se agregan a un documento electrónico y efectivamente constituyen la firma digital misma. Otra clave se usa para verificar una forma digital devolviendo los datos a su forma inteligible original.”²⁸⁵

Davara Rodríguez también nos habla de la firma electrónica, asegura que en realidad confiere una seguridad aun mayor que la que brinda la firma autógrafa. Con respecto a la firma autógrafa indica: “La firma manuscrita no es un método de autenticación totalmente fiable. En el caso de que se reconozca la firma, el documento podría haber sido

²⁸⁴ Barceló, Rosa Julia y, Vinje, Thomas. *Hacia un marco europeo de las firmas digitales y la encriptación*, en Derecho de la Alta Tecnología, Argentina, Año X, Número 15 Marzo de 1998, pp. 12 y 13.

²⁸⁵ *Ibíd.*, p. 13.

modificado en cuanto a su contenido –falsificado- y en el caso de que no exista la firma autógrafa parece que ya no exista otro medio de autenticación".²⁸⁶

De igual forma Davara Rodríguez, menciona las razones por las cuales se les debe dar a las nuevas tecnologías tanta o más fiabilidad que a las firmas manuscritas: "Las nuevas tecnologías de la información, unidas a otras técnicas, dan fiabilidad al documento –muy superior en ocasiones a la de la firma –mediante procedimientos lógicos de control basados, como método idóneo de seguridad, en la criptografía, altamente fiable para proteger la información y que, adecuadamente normado y aceptado, proporciona seguridad sobre el contenido del mensaje y es camino lógico hacia la autenticación electrónica"²⁸⁷

3.2. Imposibilidad de constatar la capacidad del contratante.

Hemos estudiamos a la capacidad, como uno de los elementos de validez del contrato, así como la sanción jurídica que implica que no se cumpla debidamente con este elemento. Pero no por eso, esta de más mencionar lo que investigadores de la talla de Marcel Planiol y Georges Ripert, alegan en cuanto a la necesidad de cumplir con este elemento de validez: "La capacidad es la aptitud de una persona para celebrar un acto jurídico válido. Si esta aptitud hace falta, el acto jurídico será anulable incluso cuando reúna todas las demás condiciones necesarias en cuanto al fondo y a la forma."²⁸⁸

²⁸⁶ Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *op. cit*, p. 150.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 151.

²⁸⁸ Planiol, Marcel y, Ripert, Georges. *DERECHO CIVIL*, p. 847.

Como sabemos existen dos tipos de incapacidad, la general y la especial y, las dos pueden ser causa de conflictos en la contratación vía Internet; veamos porque:

El uso de Internet (al igual que el teléfono), no permite ver , saber a ciencia cierta con quien se está en comunicación (aunque en el caso de Internet, ya se cuenta con la herramienta del Net-Meting, con la cual se puede ver a la persona con la cual se este conversando, es algo similar al teléfono con pantalla o video-teléfono), por lo cual tranquilamente un niño, un sujeto en estado de interdicción, un extranjero, una persona cualquiera impedida por ley para efectuar equis transacción, muy bien pueden celebrar cualquier tipo de contrato. Ejemplos de lo anterior son los siguientes:

- A. Un menor entra a curiosear a Internet, encuentra una página WEB, donde se realizan subastas, fácilmente comprende el procedimiento de subastar, y decide participar, oferta una cantidad que no es superada por nadie, y se le otorga el bien subastado. Claramente nos encontramos frente a un contrato que esta viciado, por falta de uno de sus elementos de validez como lo es la capacidad para contratar por parte de un menor de edad.
- B. Una persona mayor, que padece de sus facultades mentales, pero que tiene periodos de franca lucidez, entra a la RED, y directamente accede a un salón de chat²⁸⁹, y en esa salón, conoce a un proveedor de una mercancía cualquiera, el proveedor pensando que trata con una persona sana de sus facultades mentales, acepta celebrar un contrato de compra-venta, formalizan en todo el

²⁸⁹ El *chat*, es uno de los atractivos del Internet, ya que permite la conversación instantánea entre personas.

contrato y listo queda solo esperando que se cumpla tanto con el pago del precio estipulado, como con la entrega de la mercancía pactada. Otro contrato afectado en uno de los elementos de validez, incapacidad de una de las partes, por estado de interdicción.

- C. Un individuo de nacionalidad distinta a la mexicana, con nombre tipo hispano, accede a una página de subastas de México, una persona esta subastando un lote ubicado en una playa del pacifico sur mexicano, se ponen de acuerdo, en cuanto a perfeccionar el contrato, y se lleva a cabo. Es un caso más de un contrato que sufre de nulidad por no tener capacidad una de las partes que lo celebran.

Ejemplos hay infinidad, pero con estos tan sencillos es suficiente para entender el problema existente al utilizar Internet, en cuanto a la incapacidad que puede afectar a una, o mas de las partes que intervienen en la celebración de un contrato. Esto lo confirma Oliver Hance, mencionando como una posibilidad (de entre muchas otras) el que un menor acceda a una página pornográfica de Internet y que, conociendo el número de la tarjeta de crédito de sus padres, acceda a imágenes evidentemente prohibidas a menores de edad.²⁹⁰

Afirma Emilio del Peso: "Desde el punto de vista jurídico el concepto de seguridad se refiere a la autenticación de la identidad del usuario y a las huellas que deja la transacción y que pueden ser utilizadas como prueba."²⁹¹

²⁹⁰ Hance, Oliver y, Dionne Balz, Suzan. *Under The Direction Of Oliver Hance*, EE. UU., Best of Editions and Mc Graw Hill, 1996, P.157.

²⁹¹ Peso Navarro, Emilio del. *op. cit.* p. 17.

Finalizamos este subtema, con una cita muy atingente del catedrático Antonio Rodríguez Adrados: "El receptor de un mensaje electrónico necesita tener seguridad no sólo de la integridad de su texto, sino muy especialmente de la identidad de la persona que lo ha enviado; sin ambas seguridades, la objetiva y la subjetiva, el mensaje no servirá de vehículo adecuado para el tráfico jurídico en redes abiertas y quedaría supeditado a casi imposibles verificaciones si hubiera que llegar a la vía judicial."²⁹²

3.3. La vulnerabilidad de los datos.

Otro de los problemas que trae aparejado el uso de Internet en el intercambio contractual es la vulnerabilidad de los datos. Tres tipos de vulnerabilidad afectan a los datos transferidos por Internet: a) vulnerabilidad por falta de seguridad física; b) vulnerabilidad por falta de seguridad lógica y; c) vulnerabilidad por falta de seguridad jurídica.²⁹³

Como nos dice Davara Rodríguez, la seguridad de los sistemas tecnológicos, en este caso en específico las transacciones realizadas vía Internet, y por ende de los datos e información contenidos en los documentos que se utilizan para formalizar un acuerdo de voluntades, requieren de técnicas, equipos, herramientas tecnológicas y procedimientos especializados.²⁹⁴

²⁹² Rodríguez Adrados, Antonio. *El Documento Negocial Informático*, en ANALES Número 28, Madrid, 1998. p. 448.

²⁹³ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. *op. cit.* p. 153.

²⁹⁴ *Ídem.*

Para darle seguridad tanto lógica como física a los datos que viajan a través del Internet, es necesaria una conjunción entre los conocimientos técnicos de especialistas en seguridad informática y el sentido común.

Tan es un problema de gran trascendencia (la vulnerabilidad de los datos), que en el Derecho Comparado, existe en muchos países desarrollados regulación legal al respecto, y México no pudo quedarse atrás. Rocío Ovilla Bueno, hablando de la protección de datos personales (desde el punto vista jurídico), expresa lo siguiente:

“Si lo que nos interesa es asegurar el respeto de los derechos de la personalidad, cuando ciertas informaciones que le conciernen sean transmitidas por Internet a nivel nacional, entonces habría que dirigirnos hacia los derechos de la personalidad, regulados por nuestro Código Civil y por el Código Penal, fundamentalmente, y algunos artículos de la Ley Federal del Derecho de Autor.”²⁹⁵

“A nivel internacional, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), deja entrever una disposición sobre la protección de las personas.”²⁹⁶

Artículo 2105 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
Divulgación de información:

Ninguna disposición en este Tratado se interpretará en el sentido de obligar a ninguna de las Partes a proporcionar o dar acceso a información cuya divulgación pudiera impedir el cumplimiento de las leyes de la Parte o fuera contraria a sus leyes que protegen la privacidad de las personas, los

²⁹⁵ Ovilla Bueno, Rocío. Ob. cit. p.426.

²⁹⁶ *Ídem*.

asuntos financieros y las cuentas bancarias de clientes individuales de las instituciones financieras.

Comenta Rocío Ovilla Bueno (y coincidimos con ella) que en México ha causado una inquietud creciente este tema, plasmando ese interés en la Ley Federal del Derecho de Autor, que en su artículo 109 indica:

Artículo 109. El acceso a la información de carácter privado relativo a las personas contenidas en las bases de datos a que se refiere el artículo anterior, así como la publicación, reproducción, divulgación, comunicación pública y transmisión de dicha información, requerirá la autorización previa de las personas que se trate.

Quedan exceptuadas de lo anterior, las investigaciones de las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia, de acuerdo con la legislación respectiva, así como el acceso a archivos públicos por las personas autorizadas por la ley. Siempre que la consulta sea realizada conforme a los procedimientos respectivos.

Los artículos precedentes, de distintos ordenamientos, hacen énfasis, en proteger los datos e información que transita por Internet, dejando de manifiesto la vulnerabilidad que afecta a todo tipo de información. En este aspecto en particular (la vulnerabilidad de los datos), se escudan los detractores de los documentos informáticos, alegando los problemas e inseguridad que plantea a los usuarios de dichos elementos, por lo cual hay quienes les niegan toda validez. Opinamos en consonancia con lo que nos dice Rodríguez Adrados: "Si la voluntad puede declararse por gestos, y

aun por silencios, ¿cómo no se va a poder declarar por medio de un ordenador?²⁹⁷

Pero no todo son desventajas, por el contrario los documentos informáticos, tienen ciertas preeminencias por sobre los documentos típicos o de papel; el mismo Rodríguez Adrados indica: al documento informático, se le señalan una serie de ventajas sobre el documento de papel, especialmente la rapidez de su formación, suprimiendo las barreras de espacio y tiempo; la inmensa capacidad de almacenamiento de la información; y fácil transportabilidad..., instantánea utilizando medios electrónicos.²⁹⁸

3.4. El error y el fraude.

Tanto el error como el fraude son otras dos posibilidades a las que puede llevar el uso de Internet, en el intercambio contractual. En capítulo precedente estudiamos al error, los tipos de error que existen y la sanción legal que conlleva al contrato que incurre en él. Por otra parte el fraude en el sistema jurídico mexicano se le concibe como:

Artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

.....

El artículo 387 del mismo ordenamiento legal regula casos de fraude específicos, y la fracción VIII, es relevante para el estudio que estamos

²⁹⁷ Rodríguez Adrados, Antonio. Ob. cit. p.440

²⁹⁸ Ibidem. P. 442.

realizando: “Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de estas ventajas usurarias por medios (sic) de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado.”

Como vemos hay tres características en cuanto al fraude que pueden afectar de manera determinante a las transacciones que se realicen por Internet:

- I. El que engañando a uno.
- II. Aprovechándose del error.
- III. Valiéndose de la ignorancia.

Podríamos únicamente habernos enfocado al error, por ser este un trabajo de carácter civilista, pero en este caso van ligadas de la mano las consecuencias civiles del acto en cuestión por adolecer de error, como los efectos de tipo penal por incurrir el sujeto activo en el delito de fraude, por lo cual veremos como se llega a las dos sanciones del hecho jurídico en este caso. Es de resaltar que el error inducido, o el fortuito cuando es conocido por la parte beneficiada, conlleva en materia penal al delito de fraude si es que, se acreditan, tanto el cuerpo del delito como la probable responsabilidad.

“Se puede enviar un documento de una forma y con un contenido determinado y éste ser sometido a un proceso o tratamiento que modifique la información, lo que puede ocasionar –nos dice Davara Rodríguez-, por error o fraude, que se produzcan situaciones que no eran las queridas; más aún, si tenemos en cuenta que, en ocasiones, los mensajes enviados por estos medios son grabados en un soporte

magnético que necesita después ser nuevamente leído para dárselo al destinatario, por ejemplo, en forma escrita, se puede pensar que nunca se trata del mensaje original".²⁹⁹

Ahora bien, también veamos al error no sólo humano, sino el que es causado por fallas mecánicas, obviamente este es un error fortuito no ligado directamente con el elemento humano, pero aún en este caso el efecto sería el mismo viéndolo desde la perspectiva de la veracidad y autenticidad del contenido del documento referido y de la identidad del usuario. Comenta Davara Rodríguez, que surge una pregunta ante tales efectos: "los documentos que han sido recibidos por medios telemáticos y, posiblemente, procesados por un ordenador, ¿en qué medida son fiel reflejo de la información que originariamente contenían?".³⁰⁰

Notemos que estos documentos corren un doble riesgo, sufrir o estar afectados por algún error en su contenido, error que puede deberse a fallas en el medio de comunicación empleado, al equipo utilizado, en fin fallas de carácter mecánico, como también a errores humanos, que en caso de ser intencionales conllevarían al fraude, que se facilita su consecución por la mayor facilidad de manipulación que ofrecen los mensajes electrónicos en comparación con otros medios. "Estos mensajes se prestan a ser objeto de una serie de operaciones en corto espacio de tiempo y, en ocasiones, con pocas posibilidades de ser descubiertos".³⁰¹

Concordamos con lo que dice Davara Rodríguez en cuanto a hoy en día la tecnología despunta cada vez más, sorprendiéndonos cotidianamente, y creando sistemas y medios de seguridad en las

²⁹⁹ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. Ob. cit. pp. 159 y 160.

³⁰⁰ *Ídem.*

³⁰¹ *Ídem.*

telecomunicaciones que hacen cada vez menos factible el error debido a fallas mecánicas, pero no por eso el riesgo deja de estar latente.

Y en cuanto al fraude, siempre la mente humana ante una muralla, encuentra una escalera que le permita franquearla.

Evidentemente la mejor solución a los problemas que plantean tanto el error como el fraude en el intercambio de documentos electrónicos con fines de contratar, o como contrato en si, no es creando sanciones civiles y penales a estas situaciones (invalidez, nulidad o inexistencia en cuanto al contrato, civilmente hablando; multa, reparación del daño y, en su caso, privación de la libertad, cuando se incurra en el fraude), sino previniendo. En palabras de Davara Rodríguez:

“Es necesaria una protección del dato y de la información realizada por un procedimiento que actúe a “priori”. Un procedimiento preventivo; sin embargo, todos sabemos que la protección jurídica tiene su eficacia “a posteriori” por lo que, sin olvidarnos de ella, no la consideramos la única o más adecuada, sino el complemento de las otras protecciones preventivas –física y lógica-... independientemente de su protección jurídica y la posibilidad de tipificación como delito,³⁰² lo más efectivo ante el fraude es la prevención.”³⁰³

El primer subtema de este capítulo, fue denominado “Inseguridad Jurídica de las partes”, con el fin de resaltar el peligro que corre la garantía de seguridad jurídica, pero no es la única garantía individual que puede verse afectada; cuando hay un fraude y, también por un error fortuito, es

³⁰² En el caso de México, si se contempla este delito como tal, y el tipo penal admite la posible conducta realizada vía Internet.

³⁰³ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. Op. cit. p. 161.

notoriamente afectada la garantía de propiedad, la cual define Juan Antonio Diez Quintana, de la siguiente manera: “En términos generales en la protección que la Constitución y la ley secundaria le otorga al individuo en relación de éste con su patrimonio, de tal suerte que dicha protección no sólo va hacia la propiedad sino hasta la posesión del mismo.”³⁰⁴

3.5. Problemas relacionados con la autenticación y el tiempo.

Hemos estudiado, en los subcapítulos precedentes cuatro de los principales problemas inherentes al uso de Internet, cuando éste es usado como medio para celebrar un contrato, la autenticación y el tiempo, complementan la problemática que plantea el uso de esta tecnología. Entendiendo a la autenticación (o autentificación), como la acción de darle validez o reconocimiento legal a un acto o documento. Normalmente en los documentos típicos (de papel), la autenticación viene dada por la firma autógrafa, y en situaciones que requieren una formalidad especial, ya sea la validación hecha por un Notario Público, o celebrados ante la autoridad legalmente reconocida v.g. actos del estado civil, ante Juez u Oficial del Registro Civil.

Nos dice Davara Rodríguez: “Mientras no se solucione este problema (la autenticación en los documentos electrónicos), la firma tradicional debe ser sustituida por otros medios electrónicos que nos permitan autenticar un documento con el riesgo consabido de la incertidumbre legal que conlleva la aceptación de estos posibles remedios.”³⁰⁵

El mismo Davara Rodríguez comenta lo siguiente: “Como es lógico, esto trae consigo dudas en la autenticación de los documentos

³⁰⁴ Diez Quintana, Juan Antonio, *181 Preguntas y respuestas sobre el Juicio de Amparo*, México, Editorial PAC, 1998, pp. 3 y 4.

³⁰⁵ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. Ob. cit. p. 168.

transmitidos por medios electrónicos, que hacen desistir en buena parte de este tipo de comunicación."³⁰⁶ Coincidimos en que no por el choque que representa el uso de esta tecnología con los medios tradicionales de autenticar un documento debemos ignorar esta tecnología o desalentar su uso, por el contrario, de la mano también de avances de la tecnología se deben encontrar herramientas que permitan dar validez a las distintas operaciones que se realizan por este medio, adecuando los adelantos tecnológicos y por ende las necesidades de la población de tener seguridad jurídica en cuanto a utilizar estos avances; consecuentemente el Derecho adecuar sus normas a la nueva realidad social. Así lo dice Davara Rodríguez: "Pero no debemos caer en el desánimo, ya que la tecnología nos ofrece unas posibilidades que se están utilizando en la práctica, y no podemos quedar descolgados de esta realidad. Lo que tenemos que hacer es buscar respuestas claras y seguras a los problemas de autenticación de estos documentos."³⁰⁷

Son tres las opciones existentes hoy en día para darle solución al problema que ofrece la autenticación de los documentos electrónicos en general, son:

- El uso de técnicas criptográficas para la transferencia de documentos.
- La denominada firma electrónica.
- La puesta en marcha del notario electrónico.

³⁰⁶ Ídem.

³⁰⁷ Ídem.

El principal problema que conlleva el tiempo en cuanto a las transacciones vía Internet, es la inmediatez³⁰⁸, lo cual trae como efecto que sea menor el tiempo para estudiar las cláusulas o condiciones que se ofrecen en cuanto a la celebración de un contrato.

“Surge el problema, en caso de que la información llegue tarde o incida en sentido distinto al deseado sobre información o en la toma de una decisión, de a quien se achaca la responsabilidad y que nivel de riesgo es aceptable para cada una de las partes. Piénsese, por ejemplo, en un acuerdo consistente en un gran movimiento financiero que afecta, dependiendo de la velocidad de ejecución, a otros acuerdos o actos relacionados en el tiempo.”³⁰⁹

De acuerdo a lo expresado por Oliver Hance y Suzan Dionne, el tiempo también tiene importancia en cuanto al momento de considerar perfeccionado el consentimiento, tema que abordamos en el Capítulo III del presente trabajo. Textualmente nos dicen lo siguiente: “Determinar el tiempo y lugar de formación del contrato es esencial, desde sus identidades, entre otras cosas, el momento de la transferencia de la propiedad (y el riesgo) en el caso de una venta, además de la ley aplicable a el contrato y la jurisdicción competente para escuchar cualquier tipo de disputas que pudiesen surgir.”³¹⁰

³⁰⁸ “Problema”, que visto desde otro ángulo no solo no es un problema, sino por el contrario una de las tantas ventajas que ofrece la utilización del Internet, tema (las ventajas) que estudiaremos más a fondo en el siguiente subcapítulo.

³⁰⁹ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. Op. cit. p.168.

³¹⁰ Hance, Oliver, y Dionne Balz, Suzan. Ob. cit. p.154. “*Determining the time and place of contract formation is essential, since it identifies, among other things, the moment of the transfer of ownership (and of risk) in the event of a sale, as well as the law applicable to the contract and the jurisdiction competent to hear any disputes that may arise.*”

3.6. Ventajas inherentes al Internet como medio para la celebración de contratos.

Internet, constituye un medio realmente innovador que dispone de una serie de ventajas que en mucho superan a las adversidades que implica su uso. Una de sus principales características es la inmediatez en la comunicación de las personas, para algunos (los menos) esta característica no es una ventaja, sino por el contrario una desventaja, olvidando cuestiones de carácter subjetivo, no se puede negar la gran ventaja desde el punto de vista de medio de comunicación, que tiene el Internet.

Otro aspecto que le confiere un gran atractivo al Internet, es la libertad que se vive con el uso de él, también hay quienes a esta virtud le encuentran sus defectos, y no son para soslayarse, la libertad en un momento dado puede ser malinterpretada y transformarse en libertinaje (en el mejor de los casos), o llevar al caos. Pero el que se le de buen uso a la libertad en Internet, que se le sepa aprovechar y que no se abuse de ella, es un problema que, si no pudiese ser superado por la sociedad, debe ser resuelto por el sistema normativo de cada Estado, o ser materia de un tratado internacional. Sinceramente consideramos que lo mejor en este punto es rescatar los valores de la convivencia humana y evitar, en la medida de lo posible, la intervención estatal, que restrinja la libertad que se goza hoy en día en el Internet. Como dice Lessig, la libertad de una u otra manera tendrá como garante alguna forma organización pública:

La libertad en el ciberespacio no surgirá de la ausencia de Estado.
La libertad en ese espacio, al igual que en cualquier otro lugar,
vendrá de la mano de un Estado, sea cual sea su forma.
Construimos un mundo en el que la libertad puede florecer sin

eliminar de la sociedad todo control autoconsciente; construimos un mundo en el que la libertad puede florecer si la hacemos reposar en un espacio en el que se mantenga un tipo concreto de control autoconsciente. Es decir, construimos la libertad de un modo similar al de los fundadores de los Estados Unidos, haciendo reposar a la sociedad sobre una *constitución*.

Sin embargo cuando hablo de “constitución” no me refiero a un texto legal. A diferencia de mis compatriotas en la Europa del Este, no intento vender un documento que los padres de la patria escribieron en 1787. cuando hablo de “constitución”, utilizo la palabra en el sentido en que los británicos hablan de su Constitución: una *arquitectura* –no sólo un texto legal sino una forma de vida- que estructura y delimita los poderes social y legal con el fin de proteger ciertos valores fundamentales-principios e ideas que van más allá del compromiso de la política ordinaria..

En ese sentido, las constituciones se construyen, no se encuentran. Los cimientos se erigen, no aparecen como por arte de magia.³¹¹

Comodidad es la otra gran ventaja de Internet, que puede ser desglosada en varios aspectos:

1. De uso. No se requieren grandes conocimientos técnicos o especializados para “navegar” por Internet. ni tampoco de un lugar en específico, muy por el contrario, el sistema de uso de Internet es casi idéntico en todo el mundo (variando solo en cuanto a cuestiones de carácter lingüístico).
2. De tiempo. No tiene Internet un horario, se dispone de cualquier hora de las veinticuatro del día para utilizar este medio, además de que la

³¹¹ LESSIG, Lawrence, El código y otras leyes del ciberespacio, Taurus, España, 2001, p. 23.

transferencia de grandes volúmenes de información (verdaderas enciclopedias) no lleva más allá de unos cuantos minutos.

3. De economía. Estar conectado a Internet, y por ende hacer uso de todas sus herramientas y posibilidades, cuesta únicamente una llamada telefónica local (existen servidores que si cobran para dar el servicio de Internet, pero en realidad el costo de las tarifas es bajo, y tiende a cero, porque hoy en día es preferible para los servidores tener muchos usuarios, como atractivo para la publicidad. Por otra parte el ahorro que le significa a los usuarios para acceder a todo tipo de información es incuestionable.

Comenta Ana I. Piaggi: "En el caso de bienes tangibles, internet es una herramienta de promoción eficaz para el acceso instantáneo a todos los mercados, que permite detectar y desarrollar nichos, donde los pequeños productores pueden encontrar ventajas competitivas; y, como las distancias entre oferente y demandante desaparecen, quedan eliminadas las resultantes de la ubicación geográfica.

"De hecho, el comercio electrónico amplía la posibilidad de promocionar y vender en el exterior servicios tradicionalmente poco transables, como turismo y servicios profesionales (asesoramiento contable y de auditoría, arquitectura y diseño, ingeniería, legal, bienes raíces y capacitación a distancia)"³¹²

Y con respecto a la información, no solo es una gran ventaja su uso en a la economía que significa para los bolsillos de todos sus usuarios ya sean personas morales como universidades, institutos de investigación

³¹² Piaggi, Ana I. *Contribuciones*, Número 4, octubre-diciembre 1999, Argentina, p. 182.

organismos gubernamentales, organizaciones no gubernamentales; así como para las personas físicas en general: estudiantes, investigadores, curiosos, etc. Sino lo más importante es el poder acceder a información que por otros medios esta virtualmente cancelada, ya sea por las restricciones estatales (censura), como por imposibilidad física (como sería el caso de un sujeto que requiera información de la Biblioteca del Congreso de EU., o del Museo del Louvre en Francia y que viviese en otra parte del mundo).

No podemos dejar de mencionar uno de los elementos intrínsecos que más esperanzas ha levantado entre muchos usuarios de este medio, pensando en un mundo mejor para la humanidad, como lo es la igualdad, no hay una dirección, ni una casa matriz, no hay una cabeza, no hay un jefe, en teoría todos los usuarios de Internet son iguales, lo cual para quienes son defensores del autoritarismo (en cualquier faceta y aspecto) constituye un claro ejemplo de que no necesariamente la ausencia de un jefe tiene como consecuencia el caos.

Sin embargo la serie de ventajas narradas, no constituyen un derecho inmodificable, los hechos cada vez demuestran que esto todo puede terminar por convertirse en una utopía, debido al poderío económico de las transnacionales, así como al predominio y acaparamiento del conocimiento tecnológico en unas cuantas personas e instituciones.

Si nos detenemos a observar la dirección en que evoluciona el ciberespacio ... podemos llegar a ver cómo gran parte de la "libertad" presente en la época de su fundación se irá desvaneciendo en el futuro. Los principios que ahora mismo consideramos fundamentales no perduraran necesariamente en el

tiempo, y la libertad en que se cimentaba el ciberespacio irá desapareciendo lenta e inexorablemente.³¹³

Lessig es abrumador con las cuestiones de fondo que tienen relación con la regulación de Internet, a lo que él llama *la constitución*:

Hablar de una constitución en el ciberespacio consiste sencillamente en preguntar: “¿Qué principios se protegen aquí? ¿Qué principios hemos de imbuir en este espacio con el fin de fomentar ciertas formas de vida?

En este espacio, los “principios” pertenecen a dos categorías: sustantivos y estructurales. Ambos tipos de protección –sustantiva y estructural- han ido de la mano a lo largo de toda nuestra tradición constitucional. A la hora de construir una constitución para el ciberespacio nos encontramos con las mismas cuestiones que en el espacio real, aunque las hemos abordado desde una perspectiva opuesta. Ya estamos batallando con la sustancia: ¿el ciberespacio garantizará la privacidad o el acceso? ¿Preservará un espacio para la libertad de expresión? ¿Facilitará un comercio verdaderamente libre y abierto?³¹⁴

³¹³ LESSIG, Lawrence, op. cit., p. 24.

³¹⁴ Ibidem, p. 25.

CUARTA PARTE. Perspectivas de los “contratos” realizados vía internet.

Capítulo Primero. Decadencia del contrato ó decadencia de la voluntad.

1.2 Decadencia del contrato

Siguiendo a Néstor de Buen, las sucesivas restricciones a la libertad contractual, en detrimento de la máxima expresión de la libertad en tal sentido, enarbolada por el Código Napoleón, han devenido en una evidente decadencia de la institución “creada” por los romanos y por nosotros denominada contrato.³¹⁵ Si bien en el medio jurídico mexicano Néstor de Buen se convirtió en el parte-aguas de esta visión crítica de lo que venía aconteciendo con el contrato, en el sentido, de que las cada vez más numerosas restricciones a la libertad contractual, traían aparejada una notoria decadencia de esta figura; no fue el único que llegó a considerar esta situación en el medio jurídico latinoamericano. Los autores argentinos Roque Garrido y Alberto Zago hacen un pormenorizado estudio de esta tesis de la *decadencia del contrato*, estudiando la obra de otros doctrinarios que vienen defendiendo tal idea desde los años sesenta.

Capítulo Segundo. Situación vigente en la legislación mexicana respecto de la contratación por medios electrónicos.

2.1 Solución en la legislación vigente en México.

Hubo reformas a la legislación mexicana el 23 de mayo del 2000, el 29 de mayo del mismo año y posteriormente el 29 de agosto de 2003, que

³¹⁵ Debemos tener presente, que para el Derecho contemporáneo, el contrato es una institución jurídica que admite muchas más manifestaciones humanas, que las que en la época clásica consideraron los romanos. En ese sentido, no es factible homologar la figura actual del contrato con aquella que se generó en tiempos del Imperio Romano.

contemplaron el comercio por vía electrónica, los cuerpos normativos que sufrieron modificaciones al respecto, son los siguientes:

1. El Código Civil Federal (fecha en que son separados el Código Civil Federal del Código Civil para el Distrito Federal, teniendo vida independiente desde ese entonces).
2. El Código Federal de Procedimientos Civiles.
3. El Código de Comercio.*³¹⁶
4. La Ley Federal de Protección al Consumidor.

Nuestra Constitución en su artículo 133 indica que: "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, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados."

Conforme al anterior artículo, tenemos que en nuestro país no solamente existe legislación interna con respecto a las transacciones hechas vía Internet, sino que también existen tratados internacionales que la abordan (aunque sea de modo tangencial, y refiriéndose al tratamiento de la información y confidencialidad de la misma), como lo es el TLCAN (Tratado de Libre Comercio para América del Norte).

Las reformas publicadas el 29 de mayo del 2000, relativas a las transacciones realizadas vía Internet, tuvieron como marco de referencia a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de

³¹⁶ * Éste fue el único ordenamiento que fue modificado el 29 de agosto del 2003.

las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, siendo en algunos de los artículos reformados, no sólo una guía, sino una copia exacta, lo cual no es una crítica, ya que la finalidad de la citada ley, es lograr una cierta homologación en las distintas legislaciones internas, debido a la naturaleza del medio, que no respeta fronteras, regímenes, idioma, ni raza.

Razón por la cual, es más que necesaria una legislación si no mundial, por todos los obstáculos que enfrentaría una tarea legislativa de tal magnitud, si que los distintos Estados de la comunidad internacional, aprueben una legislación interna que sea en la medida de lo posible lo más similar posible, para evitar fraudes a la ley, y también para darle mayor certeza a los usuarios de este sistema de comunicación. cuando lo utilicen como medio para la celebración de contratos principalmente. Lo cual indudablemente deberá contribuir de manera significativa al establecimiento de relaciones comerciales internacionales armoniosas.

Hay que reconocer que la reforma a los distintos ordenamientos legales que a continuación se transcriben, es realmente un buen trabajo legislativo, por factores que vale la pena comentar; no se dejó pasar mucho tiempo para dar respuesta y solución jurídica a una problemática en realidad reciente, razón para aplaudir al poder legislativo; se prestó oídos a las sugerencias de los asesores especialistas en la materia, situación que se deja sentir en la terminología utilizada, que evita errores y malas interpretaciones; si considerásemos perfecta esta reforma legal no tendría razón de ser este trabajo, admitimos que es buena, sin embargo es perfectible en muchos aspectos.

2.2 En el Código Civil Federal y Código Federal de Procedimientos Civiles.

El Código Civil Federal en sus artículos 1803, 1805, 1811 y 1834 bis ³¹⁷ dio los primeros pasos para una regulación de los contratos celebrados vía Internet, textualmente dicen lo siguiente:

Artículo 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Artículo 1805.- 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. La misma regla se aplica en la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de esta en forma inmediata.

Artículo 1811.-

Tratándose de la propuesta y aceptación hecha a través de los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá la estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos.

³¹⁷ Reformas publicadas el 29 de mayo de 2000 en el Diario Oficial de la Federación.

Artículo 1834 bis.- Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesibles para su ulterior consulta.

En los casos en los que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

En cuanto al Código Federal de Procedimientos Civiles, fue adicionado el artículo 210-A en los siguientes términos:

Artículo 210-A.- Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas

obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que tal información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.³¹⁸

2.3 En el Código de Comercio.

El Código de Comercio, a su vez fue objeto de reformas en la materia, las primeras de fecha 29 de mayo de 2000, fueron afectados tanto artículos de contenido sustantivo como adjetivo; sin embargo se consideró necesario perfeccionar las disposiciones sustantivas, por lo cual nuevamente se reformaron el 29 de agosto de 2003 los artículos 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 y 114, y fueron adicionados los artículos 89 bis, 90 bis, 91 bis, 93 bis. Los cuales tienen el siguiente contenido:

De Comercio Electrónico

CAPITULO I

De los Mensajes de Datos

Artículo 89.- Las disposiciones de este Título regirán en toda la República Mexicana en asuntos del orden comercial, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales de los que México sea parte. Las actividades reguladas por este Título se someterán en su interpretación y aplicación a los principios

³¹⁸ Ídem.

de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del Mensaje de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la Firma Electrónica en relación con la firma autógrafa. En los actos de comercio y en la formación de los mismos podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología. Para efecto del presente Código, se deberán tomar en cuenta las siguientes definiciones:

Certificado: Todo Mensaje de Datos u otro registro que confirme el vínculo entre un Firmante y los datos de creación de Firma Electrónica.

Datos de Creación de Firma Electrónica: Son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el Firmante genera de manera secreta y utiliza para crear su Firma Electrónica, a fin de lograr el vínculo entre dicha Firma Electrónica y el Firmante.

Destinatario: La persona designada por el Emisor para recibir el Mensaje de Datos, pero que no esté actuando a título de Intermediario con respecto a dicho Mensaje.

Emisor: Toda persona que, al tenor del Mensaje de Datos, haya actuado a nombre propio o en cuyo nombre se haya enviado o generado ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de Intermediario.

Firma Electrónica: Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio.

Firma Electrónica Avanzada o Fiable: Aquella Firma Electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97.

En aquellas disposiciones que se refieran a Firma Digital, se considerará a ésta como una especie de la Firma Electrónica.

Firmante: La persona que posee los datos de la creación de la firma y que actúa en nombre propio o de la persona a la que representa.

Intermediario: En relación con un determinado Mensaje de Datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho Mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él.

Mensaje de Datos: La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.

Parte que Confía: La persona que, siendo o no el Destinatario, actúa sobre la base de un Certificado o de una Firma Electrónica.

Prestador de Servicios de Certificación: La persona o institución pública que preste servicios relacionados con Firmas Electrónicas y que expide los Certificados, en su caso.

Secretaría: Se entenderá la Secretaría de Economía.

Sistema de Información: Se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma Mensajes de Datos.

Titular del Certificado: Se entenderá a la persona a cuyo favor fue expedido el Certificado.

Artículo 89 bis.- No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un Mensaje de Datos.

Artículo 90.- Se presumirá que un Mensaje de Datos proviene del Emisor si ha sido enviado:

- I. Por el propio Emisor;
- II. Usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas del Emisor o por alguna persona facultada para actuar en nombre del Emisor respecto a ese Mensaje de Datos, o
- III. Por un Sistema de Información programado por el Emisor o en su nombre para que opere automáticamente.

Artículo 90 bis.- Se presume que un Mensaje de Datos ha sido enviado por el Emisor y, por lo tanto, el Destinatario o la Parte que Confía, en su caso, podrá actuar en consecuencia, cuando:

- I. Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el Emisor, con el fin de establecer que el Mensaje de Datos provenía efectivamente de éste, o
- II. El Mensaje de Datos que reciba el Destinatario o la Parte que Confía, resulte de los actos de un Intermediario que le haya dado acceso a algún método utilizado por el Emisor para identificar un Mensaje de Datos como propio.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará:

- I. A partir del momento en que el Destinatario o la Parte que Confía, haya sido informado por el Emisor de que el Mensaje de Datos no provenía de éste, y haya dispuesto de un plazo razonable para actuar en consecuencia, o
- II. A partir del momento en que el Destinatario o la Parte que Confía, tenga conocimiento, o debiere tenerlo, de haber actuado con la debida diligencia o aplicado algún método convenido, que el Mensaje de Datos no provenía del Emisor. Salvo prueba en contrario y sin perjuicio del uso de cualquier otro método de verificación de la identidad del Emisor, se presumirá que se actuó con la debida diligencia si el método que usó el Destinatario o la Parte que Confía cumple con los

requisitos establecidos en este Código para la verificación de la fiabilidad de las Firmas Electrónicas.

Artículo 91.- Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el momento de recepción de un Mensaje de Datos se determinará como sigue:

I. Si el Destinatario ha designado un Sistema de Información para la recepción de Mensajes de Datos, ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho Sistema de Información;

II. De enviarse el Mensaje de Datos a un Sistema de Información del Destinatario que no sea el Sistema de Información designado, o de no haber un Sistema de Información designado, en el momento en que el Destinatario recupere el Mensaje de Datos, o

III. Si el Destinatario no ha designado un Sistema de Información, la recepción tendrá lugar cuando el Mensaje de Datos ingrese a un Sistema de Información del Destinatario.

Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el Sistema de Información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el Mensaje de Datos conforme al artículo 94.

Artículo 91 bis.- Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el Mensaje de Datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un Sistema de Información que no esté bajo el control del Emisor o del Intermediario.

Artículo 92.- En lo referente a acuse de recibo de Mensajes de Datos, se estará a lo siguiente:

I. Si al enviar o antes de enviar un Mensaje de Datos, el Emisor solicita o acuerda con el Destinatario que se acuse recibo del Mensaje de Datos, pero no se ha acordado entre éstos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante:

a) Toda comunicación del Destinatario, automatizada o no, o

b) Todo acto del Destinatario, que baste para indicar al Emisor que se ha recibido el Mensaje de Datos.

II. Cuando el Emisor haya indicado que los efectos del Mensaje de Datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el Mensaje de Datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recibido el acuse de recibo en el plazo fijado por el Emisor o dentro de un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio, a partir del momento del envío del Mensaje de Datos;

III. Cuando el Emisor haya solicitado o acordado con el Destinatario que se acuse recibo del Mensaje de Datos, independientemente de la forma o método determinado para efectuarlo, salvo que:

a) El Emisor no haya indicado expresamente que los efectos del Mensaje de Datos estén condicionados a la recepción del acuse de recibo, y

b) No se haya recibido el acuse de recibo en el plazo solicitado o acordado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio. El Emisor podrá dar aviso al Destinatario de que no ha recibido el acuse de recibo solicitado o acordado y fijar un nuevo plazo razonable para su recepción, contado a partir del momento de este aviso. Cuando el Emisor reciba acuse de recibo del Destinatario, se presumirá que éste ha recibido el Mensaje de Datos correspondiente;

IV. Cuando en el acuse de recibo se indique que el Mensaje de Datos recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o establecidos en ley, se presumirá que ello es así.

Artículo 93.- Cuando la ley exija la forma escrita para los actos, convenios o contratos, este supuesto se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que la información en él contenida se mantenga íntegra y sea

accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente. Cuando adicionalmente la ley exija la firma de las partes, dicho requisito se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que éste sea atribuible a dichas partes. En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de Mensajes de Datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

Artículo 93 bis.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 de este Código, cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho respecto a un Mensaje de Datos:

- I. Si existe garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como Mensaje de Datos o en alguna otra forma, y
- II. De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar. Para efectos de este artículo, se considerará que el contenido de un Mensaje de Datos es íntegro, si éste ha permanecido completo e inalterado independientemente de los cambios que hubiere podido sufrir el medio que lo contiene, resultado del proceso de comunicación, archivo o presentación. El grado de confiabilidad requerido será

determinado conforme a los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso.

Artículo 94.- Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el Mensaje de Datos se tendrá por expedido en el lugar donde el Emisor tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el Destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente artículo:

I. Si el Emisor o el Destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal, y

II. Si el Emisor o el Destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

Artículo 95.- Conforme al artículo 90, siempre que se entienda que el Mensaje de Datos proviene del Emisor, o que el Destinatario tenga derecho a actuar con arreglo a este supuesto, dicho Destinatario tendrá derecho a considerar que el Mensaje de Datos recibido corresponde al que quería enviar el iniciador, y podrá proceder en consecuencia. El Destinatario no gozará de este derecho si sabía o hubiera sabido, de haber actuado con la debida diligencia, o de haber aplicado algún método previamente acordado, que la transmisión había dado lugar a un error en el Mensaje de Datos recibido. Se presume que cada Mensaje de Datos recibido es un Mensaje de Datos diferente, salvo que el Destinatario sepa, o debiera saber, de haber actuado con la debida diligencia, o de haber aplicado algún método previamente acordado, que el nuevo Mensaje de Datos era un duplicado.

CAPITULO II

De las Firmas

Artículo 96.- Las disposiciones del presente Código serán aplicadas de modo que no excluyan, restrinjan o priven de efecto jurídico cualquier método para crear una Firma Electrónica.

Artículo 97.- Cuando la ley requiera o las partes acuerden la existencia de una Firma en relación con un Mensaje de Datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si se utiliza una Firma Electrónica que resulte apropiada para los fines para los cuales se generó o comunicó ese Mensaje de Datos. La Firma Electrónica se considerará Avanzada o Fiable si cumple por lo menos los siguientes requisitos:

- I. Los Datos de Creación de la Firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al Firmante;
- II. Los Datos de Creación de la Firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del Firmante;
- III. Es posible detectar cualquier alteración de la Firma Electrónica hecha después del momento de la firma, y
- IV. Respecto a la integridad de la información de un Mensaje de Datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona demuestre de cualquier otra manera la fiabilidad de una Firma Electrónica; o presente pruebas de que una Firma Electrónica no es fiable.

Artículo 98.- Los Prestadores de Servicios de Certificación determinarán y harán del conocimiento de los usuarios si las Firmas Electrónicas Avanzadas o Fiables que les ofrecen cumplen o no los requerimientos dispuestos en las fracciones I a IV del artículo 97. La determinación que se haga, con arreglo al párrafo anterior, deberá ser compatible con las normas y criterios internacionales reconocidos. Lo dispuesto en el

presente artículo se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las normas del derecho internacional privado.

Artículo 99.- El Firmante deberá:

- I. Cumplir las obligaciones derivadas del uso de la Firma Electrónica;
- II. Actuar con diligencia y establecer los medios razonables para evitar la utilización no autorizada de los Datos de Creación de la Firma;
- III. Cuando se emplee un Certificado en relación con una Firma Electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el Certificado, con su vigencia, o que hayan sido consignadas en el mismo, son exactas. El Firmante será responsable de las consecuencias jurídicas que deriven por no cumplir oportunamente las obligaciones previstas en el presente artículo, y
- IV. Responder por las obligaciones derivadas del uso no autorizado de su firma, cuando no hubiere obrado con la debida diligencia para impedir su utilización, salvo que el Destinatario conociere de la inseguridad de la Firma Electrónica o no hubiere actuado con la debida diligencia.

CAPITULO III

De los Prestadores de Servicios de Certificación

Artículo 100.- Podrán ser Prestadores de Servicios de Certificación, previa acreditación ante la Secretaría:

- I. Los notarios públicos y corredores públicos;
- II. Las personas morales de carácter privado, y
- III. Las instituciones públicas, conforme a las leyes que les son aplicables.

La facultad de expedir Certificados no conlleva fe pública por sí misma, así los notarios y corredores públicos podrán llevar a

cabo certificaciones que impliquen o no la fe pública, en documentos en papel, archivos electrónicos, o en cualquier otro medio o sustancia en el que pueda incluirse información.

Artículo 101.- Los Prestadores de Servicios de Certificación a los que se refiere la fracción II del artículo anterior, contendrán en su objeto social las actividades siguientes:

- I. Verificar la identidad de los usuarios y su vinculación con los medios de identificación electrónica;
- II. Comprobar la integridad y suficiencia del Mensaje de Datos del solicitante y verificar la Firma Electrónica de quien realiza la verificación;
- III. Llevar a cabo registros de los elementos de identificación de los Firmantes y de aquella información con la que haya verificado el cumplimiento de fiabilidad de las Firmas Electrónicas Avanzadas y emitir el Certificado, y
- IV. Cualquier otra actividad no incompatible con las anteriores.

Artículo 102.- Los Prestadores de Servicios de Certificación que hayan obtenido la acreditación de la Secretaría deberán notificar a ésta la iniciación de la prestación de servicios de certificación dentro de los 45 días naturales siguientes al comienzo de dicha actividad.

A) Para que las personas indicadas en el artículo 100 puedan ser Prestadores de Servicios de Certificación, se requiere acreditación de la Secretaría, la cual no podrá ser negada si el solicitante cumple los siguientes requisitos, en el entendido de que la Secretaría podrá requerir a los Prestadores de Servicios de Certificación que comprueben la subsistencia del cumplimiento de los mismos:

- I. Solicitar a la Secretaría la acreditación como Prestador de Servicios de Certificación;

- II. Contar con los elementos humanos, materiales, económicos y tecnológicos requeridos para prestar el servicio, a efecto de garantizar la seguridad de la información y su confidencialidad;
- III. Contar con procedimientos definidos y específicos para la tramitación del Certificado, y medidas que garanticen la seriedad de los Certificados emitidos, la conservación y consulta de los registros;
- IV. Quienes operen o tengan acceso a los sistemas de certificación de los Prestadores de Servicios de Certificación no podrán haber sido condenados por delito contra el patrimonio de las personas o que haya merecido pena privativa de la libertad, ni que por cualquier motivo hayan sido inhabilitados para el ejercicio de su profesión, para desempeñar un puesto en el servicio público, en el sistema financiero o para ejercer el comercio;
- V. Contar con fianza vigente por el monto y condiciones que se determinen en forma general en las reglas generales que al efecto se expidan por la Secretaría;
- VI. Establecer por escrito su conformidad para ser sujeto a Auditoría por parte de la Secretaría, y
- VII. Registrar su Certificado ante la Secretaría.

B) Si la Secretaría no ha resuelto respecto a la petición del solicitante, para ser acreditado conforme al artículo 100 anterior, dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la solicitud, se tendrá por concedida la acreditación.

Artículo 103.- Las responsabilidades de las Entidades Prestadoras de Servicios de Certificación deberán estipularse en el contrato con los firmantes.

Artículo 104.- Los Prestadores de Servicios de Certificación deben cumplir las siguientes obligaciones:

- I. Comprobar por sí o por medio de una persona física o moral que actúe en nombre y por cuenta suyos, la identidad de los

solicitantes y cualesquiera circunstancias pertinentes para la emisión de los Certificados, utilizando cualquiera de los medios admitidos en derecho, siempre y cuando sean previamente notificados al solicitante;

II. Poner a disposición del Firmante los dispositivos de generación de los Datos de Creación y de verificación de la Firma Electrónica;

III. Informar, antes de la emisión de un Certificado, a la persona que solicite sus servicios, de su precio, de las condiciones precisas para la utilización del Certificado, de sus limitaciones de uso y, en su caso, de la forma en que garantiza su posible responsabilidad;

IV. Mantener un registro de Certificados, en el que quedará constancia de los emitidos y figurarán las circunstancias que afecten a la suspensión, pérdida o terminación de vigencia de sus efectos. A dicho registro podrá accederse por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y su contenido público estará a disposición de las personas que lo soliciten, el contenido privado estará a disposición del Destinatario y de las personas que lo soliciten cuando así lo autorice el Firmante, así como en los casos a que se refieran las reglas generales que al efecto establezca la Secretaría;

V. Guardar confidencialidad respecto a la información que haya recibido para la prestación del servicio de certificación;

VI. En el caso de cesar en su actividad, los Prestadores de Servicios de Certificación deberán comunicarlo a la Secretaría a fin de determinar, conforme a lo establecido en las reglas generales expedidas, el destino que se dará a sus registros y archivos;

VII. Asegurar las medidas para evitar la alteración de los Certificados y mantener la confidencialidad de los datos en el

proceso de generación de los Datos de Creación de la Firma Electrónica;

VIII. Establecer declaraciones sobre sus normas y prácticas, las cuales harán del conocimiento del usuario y el Destinatario, y

IX. Proporcionar medios de acceso que permitan a la Parte que Confía en el Certificado determinar:

- a) La identidad del Prestador de Servicios de Certificación;
- b) Que el Firmante nombrado en el Certificado tenía bajo su control el dispositivo y los Datos de Creación de la Firma en el momento en que se expidió el Certificado;
- c) Que los Datos de Creación de la Firma eran válidos en la fecha en que se expidió el Certificado;
- d) El método utilizado para identificar al Firmante;
- e) Cualquier limitación en los fines o el valor respecto de los cuales puedan utilizarse los Datos de Creación de la Firma o el Certificado;
- f) Cualquier limitación en cuanto al ámbito o el alcance de la responsabilidad indicada por el Prestador de Servicios de Certificación;
- g) Si existe un medio para que el Firmante dé aviso al Prestador de Servicios de Certificación de que los Datos de Creación de la Firma han sido de alguna manera controvertidos, y
- h) Si se ofrece un servicio de terminación de vigencia del Certificado.

Artículo 105.- La Secretaría coordinará y actuará como autoridad Certificadora, y registradora, respecto de los Prestadores de Servicios de Certificación, previstos en este Capítulo.

Artículo 106.- Para la prestación de servicios de certificación, las instituciones financieras y las empresas que les prestan servicios auxiliares o complementarios relacionados con transferencias de fondos o valores, se sujetarán a las leyes que las regulan, así

como a las disposiciones y autorizaciones que emitan las autoridades financieras.

Artículo 107.- Serán responsabilidad del Destinatario y de la Parte que Confía, en su caso, las consecuencias jurídicas que entrañe el hecho de que no hayan tomado medidas razonables para:

- I. Verificar la fiabilidad de la Firma Electrónica, o
- II. Cuando la Firma Electrónica esté sustentada por un Certificado:
 - a) Verificar, incluso en forma inmediata, la validez, suspensión o revocación del Certificado, y
 - b) Tener en cuenta cualquier limitación de uso contenida en el Certificado.

Artículo 108.- Los Certificados, para ser considerados válidos, deberán contener:

- I. La indicación de que se expiden como tales;
- II. El código de identificación único del Certificado;
- III. La identificación del Prestador de Servicios de Certificación que expide el Certificado, razón social, su domicilio, dirección de correo electrónico, en su caso, y los datos de acreditación ante la Secretaría;
- IV. Nombre del titular del Certificado;
- V. Periodo de vigencia del Certificado;
- VI. La fecha y hora de la emisión, suspensión, y renovación del Certificado;
- VII. El alcance de las responsabilidades que asume el Prestador de Servicios de Certificación, y
- VIII. La referencia de la tecnología empleada para la creación de la Firma Electrónica.

Artículo 109.- Un Certificado dejará de surtir efectos para el futuro, en los siguientes casos:

- I. Expiración del periodo de vigencia del Certificado, el cual no podrá ser superior a dos años, contados a partir de la fecha en que se hubieren expedido. Antes de que concluya el periodo de vigencia del Certificado podrá el Firmante renovarlo ante el Prestador de Servicios de Certificación;
- II. Revocación por el Prestador de Servicios de Certificación, a solicitud del Firmante, o por la persona física o moral representada por éste o por un tercero autorizado;
- III. Pérdida o inutilización por daños del dispositivo en el que se contenga dicho Certificado;
- IV. Por haberse comprobado que al momento de su expedición, el Certificado no cumplió con los requisitos establecidos en la ley, situación que no afectará los derechos de terceros de buena fe, y
- IV. Resolución judicial o de autoridad competente que lo ordene.

Artículo 110.- El Prestador de Servicios de Certificación que incumpla con las obligaciones que se le imponen en el presente Capítulo, previa garantía de audiencia, y mediante resolución debidamente fundada y motivada, tomando en cuenta la gravedad de la situación y reincidencia, podrá ser sancionado por la Secretaría con suspensión temporal o definitiva de sus funciones. Este procedimiento tendrá lugar conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Artículo 111.- Las sanciones que se señalan en este Capítulo se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal y de las penas que correspondan a los delitos en que, en su caso, incurran los infractores.

Artículo 112.- Las autoridades competentes harán uso de las medidas legales necesarias, incluyendo el auxilio de la fuerza pública, para lograr la ejecución de las sanciones y medidas

de seguridad que procedan conforme a esta Ley. Incluso, en los procedimientos instaurados se podrá solicitar a los órganos competentes la adopción de las medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte.

Artículo 113.- En el caso de que un Prestador de Servicios de Certificación sea suspendido, inhabilitado o cancelado en su ejercicio, el registro y los Certificados que haya expedido pasarán, para su administración, a otro Prestador de Servicios de Certificación, que para tal efecto señale la Secretaría mediante reglas generales.

CAPITULO IV

Reconocimiento de Certificados y Firmas Electrónicas Extranjeros

Artículo 114.- Para determinar si un Certificado o una Firma Electrónica extranjeros producen efectos jurídicos, o en qué medida los producen, no se tomará en consideración cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. El lugar en que se haya expedido el Certificado o en que se haya creado o utilizado la Firma Electrónica, y
- II. El lugar en que se encuentre el establecimiento del Prestador de Servicios de Certificación o del Firmante.

Todo Certificado expedido fuera de la República Mexicana producirá los mismos efectos jurídicos en la misma que un Certificado expedido en la República Mexicana si presenta un grado de fiabilidad equivalente a los contemplados por este Título.

Toda Firma Electrónica creada o utilizada fuera de la República Mexicana producirá los mismos efectos jurídicos en la misma que una Firma Electrónica creada o utilizada en la República Mexicana si presenta un grado de fiabilidad equivalente. A

efectos de determinar si un Certificado o una Firma Electrónica presentan un grado de fiabilidad equivalente para los fines de los dos párrafos anteriores, se tomarán en consideración las normas internacionales reconocidas por México y cualquier otro medio de convicción pertinente. Cuando, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las partes acuerden entre sí la utilización de determinados tipos de Firmas Electrónicas y Certificados, se reconocerá que ese acuerdo es suficiente a efectos del reconocimiento transfronterizo, salvo que ese acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable.

Los artículos adjetivos reformados desde el 29 de mayo del 2000 indican:

Artículo 1205.- Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, de mensajes de datos, reconstrucción de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.

Artículo 1298-A.- Se reconoce como prueba los mensajes de datos. Para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada.

2.4. En la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Por último, también fue modificada la Ley Federal de Protección al Consumidor³¹⁹, añadiéndole el artículo 76 bis.

Artículo 76 bis.- Las disposiciones del presente Capítulo aplican a las relaciones entre proveedores y consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. En la celebración de dichas transacciones se cumplirá con lo siguiente:

I. El proveedor utilizará la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial por lo que no podrá difundirla o transmitirla a otros proveedores ajenos a la transacción, salvo autorización expresa del propio consumidor o por requerimiento de autoridad competente;

II. El proveedor utilizará alguno de los elementos técnicos disponibles para brindar seguridad y confidencialidad a la información proporcionada por el consumidor e informará a éste, previamente a la celebración de la transacción, de las características generales de dichos elementos;

III. El proveedor deberá proporcionar al consumidor, antes de celebrar la transacción, su domicilio físico, números telefónicos y demás medios a los que pueda acudir el propio consumidor para presentarle sus reclamaciones o solicitarle aclaraciones;

IV. El proveedor evitará las prácticas comerciales engañosas respecto de las características de los productos, por lo que deberá cumplir con las disposiciones relativas a la información y publicidad

³¹⁹ Ídem.

de los bienes y servicios que ofrezca, señaladas en esta Ley y demás disposiciones que se deriven de ella;

V. El consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor;

VI. El proveedor respetará la decisión del consumidor en cuanto a la cantidad y calidad de los productos que desea recibir, así como la de no recibir avisos comerciales, y

VII. El proveedor deberá abstenerse de utilizar estrategias de venta o publicitarias que no proporcionen al consumidor información clara y suficiente sobre los servicios ofrecidos, y cuidará las prácticas de mercadotecnia dirigidas a población vulnerable, como niños, ancianos y enfermos, incorporando mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población.

CONCLUSIONES

El contrato es una institución jurídica, que si bien no ha sido considerada como un concepto jurídico fundamental, es común a prácticamente la totalidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, y muy probablemente su esencial convencional y obligatoria, también lo sea respecto a cualquier comunidad humana.

Ha existido una natural evolución de este constructo jurídico, que ha sido acorde con las ideas políticas dominantes en cada periodo histórico, así en el modo esclavista de producción, el ser humano podría ser objeto de un contrato, en el liberalismo se fomentó a su máxima expresión la libre voluntad de las partes, y en la actualidad debido a la complejidad social y a la preponderancia de los intereses de los grandes capitales, el contrato de adhesión ha sentado sus reales en las transacciones comerciales cotidianas.

En nuestro país existe una división de atribución de facultades delimitadas por los ámbitos federales y estatales. Y, por otra parte, no solamente existe legislación interna con respecto a las transacciones hechas vía Internet, sino que también existen tratados internacionales que la abordan (aunque sea de modo tangencial, y refiriéndose al tratamiento de la información y confidencialidad de la misma), como lo es el TLCAN (Tratado de Libre Comercio para América del Norte).

Las reformas publicadas el 29 de mayo del 2000, relativas a las transacciones realizadas vía Internet, tuvieron como marco de referencia a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, siendo en algunos de los artículos reformados, no sólo una guía, sino una copia exacta, lo cual no es una crítica, ya que la finalidad de la citada ley, es lograr una cierta homologación en las distintas legislaciones internas,

debido a la naturaleza del medio, que no respeta fronteras, regímenes, idioma, ni raza.

Razones por las cuales, es más que necesaria una legislación si no mundial, por todos los obstáculos que enfrentaría una tarea legislativa de tal magnitud, si que los distintos Estados de la comunidad internacional, aprueben una legislación interna que sea en la medida de lo posible lo más similar posible, para evitar fraudes a la ley, y también para darle mayor certeza a los usuarios de este sistema de comunicación cuando lo utilicen como medio para la celebración de contratos principalmente. Lo cual indudablemente deberá contribuir de manera significativa al establecimiento de relaciones comerciales internacionales armoniosas.

Hay que reconocer que la reforma a los distintos ordenamientos legales que a continuación se indican, fue un buen trabajo legislativo; no se dejó pasar mucho tiempo para dar respuesta y solución jurídica a una problemática en realidad reciente, razón para aplaudir al poder legislativo; se escucharon las sugerencias de los asesores especialistas en la materia, situación que se deja sentir en la terminología utilizada, que evita errores y malas interpretaciones; sin embargo la reforma perfectible en muchos aspectos. debe legislarse en cuanto a los contratos celebrados a través de Internet, en materia del fuero común, si no habría un vacío jurídico inexcusable para las legislaturas estatales, más aun vistas las reformas de los ordenamientos federales, que muy bien pueden servir de ejemplo, y sin menoscabar la dignidad y autonomía estatales, pudiesen ser copiadas textualmente sin el menor problema. Ya que si no se legislara en las entidades federativas del país, quedarían sin respuesta objetiva por parte del ordenamiento jurídico una gran cantidad de contratos y de litigios, a excepción de los conflictos de naturaleza mercantil, y los que surjan del fuero federal.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General Del Derecho Administrativo*, 13ª.

Edición. Ed. Porrúa. México 1993.

ACOSTA ROMERO, Miguel, et. al., *Teoría General Del Acto Jurídico Y*

Obligaciones, Porrúa, S. A., México, 2002.

ADAME GODDARD, Jorge, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México,

Novena Edición. Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, 1996.

ASIMOV, Isaac, *El Cercano Oriente*. Historia Universal Asimos, Alianza

Editorial, México.

ATYIAH, P. S., *An introduccion to the law of contract*, Fourth Edition,

Clarendon Press-Oxford, E. U. A., 1989.

AZÚA REYES, Sergio T, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México,

2000.

BARCELÓ, Rosa Julia y, VINJE, Thomas. *Hacia un marco europeo de las*

firmas digitales y la encriptación, en *Derecho de la Alta Tecnología*,

Argentina, Año X, Número 15 Marzo de 1998.

BARRIOS GARRIDO, Gabriela. *México ante la nueva normatividad global*

de la tecnología de información. ¿Qué esta pasando con el

Internet?" en *Boletín de Política Informática* Número 2, México,

INEGI, 1997.

BARRIOS GARRIDO, Gabriela; MUÑOZ DE ALBA M., Marcia; PÉREZ BUSTILLO, Camilo. *Internet y Derecho en México*, México, Mc Graw Hill, 1998.

BARROSO, Porfirio, *Ética y deontología de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (internet)*, en Revista Iberoamericana de Derecho de la Información Año I. No.1 Mayo-Agosto de 1998, México, Programa Iberoamericano de Derecho de la Información de la Universidad Iberoamericana, Fundación Manuel Buendía y Revista Mexicana de Comunicación.

BAUDRIT CARRILLO, Diego, *Teoría General del Contrato*, Ediciones Juricentro, San José, Costa Rica, 1982, p. 14.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *El internet y su problemática jurídica* en Revista De Derecho Privado, México, UNAM, Año 8, Núm. 22. Enero-Abril de 1997.

BORDA, Alejandro, *La ley*, "El contrato celebrado por medios informáticos y las XVIII Jornadas nacionales de Derecho Civil, año LXVI, número 24, 4 de febrero del 2002.

BRUNNER, Heinrich, *Historia Del Derecho Germánico*, Ed. Labor. 1936.

CAMPILLOS GONZÁLEZ, Gema María, Ponencia "El comercio electrónico en el marco jurídico de la Sociedad de la Información" II Congreso Mundial de Derecho Informático, Madrid, 23-27 de septiembre de 2002.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *El Nuevo Código Civil Mexicano en Revista De Derecho Privado*, año XVI, número 189, Madrid, España.

CASTELLS, Manuel, *La galaxia Internet*, España, Random House Mondadori, 2003.

CORREAS, Óscar, *Introducción a la crítica del Derecho moderno*, Fontamara, México, 2000.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *De las autopistas de la información a las sociedades virtuales*, España, Editorial Aranzadi, 1996.

DE BUEN LOZANO, Néstor, *La Decadencia Del Contrato*, México, Porrúa, 2000.

Digesto, libro 11, ley 1, párrafo 3, título 14.

Dizionario Giuridico Romano, Edizioni Simone. Nápoles, Italia, 2003.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Convenio y Contrato*, México. Porrúa. 2002. Tercera Edición

ENGELS, Federico, *El papel del trabajo en la transformación del mono en Hombre*, Ed. Exodo, México 1999.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA Tomo IV, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1967, p. 120.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA Tomo II C, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Porrúa y UNAM, México 2002.

ESEBBAG BENCHIMOL, Carlos, y Martínez Valero, Julián. *INTERNET*, Madrid, Anaya Multimedia. 1998.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, *Sistema contractual romano*. p. 103.
- GALINDO GARFÍAS, Ignacio, *Teoría General de los Contratos*. Ed. Porrúa, México, 1996. GARCÍA, Francisco, *Tratado Utilísimo Y Muy General De Todos Los Contratos*, p. 61.
- GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, *Reflexiones en torno a la Teoría General Del Contrato*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, Septiembre 2003.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 47ª Edición, México. Porrúa, 1995.
- GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón. *Enciclopedia Metódica Larousse*, Larousse. México 1987.
- GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón, *Diccionario Larousse*, p. 17.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Obligaciones*, México, Porrúa, 2000.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, III: los orígenes históricos de la teoría general del contrato*, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, XXII, año 2000, Valparaíso, Chile, 2000.
- HANCE, Oliver y, DIONNE BALZ, Suzan. *Under The Direction Of Oliver Hance*, EE. UU., Best of Editions and Mc Graw Hill, 1996.
- Historia Universal Salvat*, edit. Salvat, Barcelona, 1990. Tomo I. Pág. 367.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2005.
- KELSEN, Hans, *El contrato y el tratado*, Imprenta Universitaria, México, 1943.

- IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones De Derecho Privado*, p. 401.
- IOFFE, O.S., *Derecho Civil Soviético*, Instituto de Derecho Comparado. Universidad Nacional Autónoma de México. p. 247.
- LEVAGGI, Abelardo. *Historia Del Derecho De Las Obligaciones, Contratos Y Cosas*, 1982.
- LESSIG, Lawrence, *El código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, España, 2001.
- LOYO, Cristina, *Internet: retos para México*, en Comercio Exterior, agosto de 1997, México, Banco Nacional de Comercio Exterior. S.N.C.
- MARGADANT S., Guillermo Floris, *Introducción A La Historia Universal Del Derecho*, Tomo I. Universidad Veracruzana, México 1974.
- MARGADANT S, Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano*, Ed. Esfinge, México, 1983.
- MAZEUD, Henry, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil Parte Segunda*, Volumen I, Traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1969.
- MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Terza Edizione, Ed. Mylta-Pavcis, Milan, Italia, 1952.
- MOSSETE ITURRASPE, Jorge, *Teoría General Del Contrato*, Ediciones Jurídicas Orbir, Rosario, Argentina, 1970.
- MUÑOZ, Luis, *Teoría General del Contrato*, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1973.

OLARREAGA, Manuel y, FRAGA, Daniel. *La utilización de Internet en el campo comercial*, en Boletín de Política Informática, número 10, 1996, México, INEGI.

OVILLA BUENO, Rocío, Internet y derecho. De la realidad virtual a la realidad jurídica", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Año XXXI Número 92 Mayo – Agosto de 1998, UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas.

OURLIAC, Paul, *Historia Del Derecho*, Tomo I. p. 244.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, Pág.24

PESO NAVARRO, Emilio del, *Resolución de Conflictos en el Intercambio Electrónico de Documentos*, ABZ Información análisis jurídicos, número 29, México, 1º. de septiembre de 1996, Morelia.

PLANIOL, Marcel y, RIPERT, Georges, *Derecho Civil*, p. 847.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado Práctico De Derecho Civil Francés*, Tomo VI, La Habana, 1946.

PIAGGI, Ana I. *Contribuciones*, Número 4, octubre-diciembre 1999, Argentina.

PINA DE, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Volumen III. Ed. Porrúa, México, 1998.

QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel. *Derecho de las obligaciones*, México, Cárdenas, Cuarta edición, 2004.

RECASSENS SICHES, Luis, *El contrato : su ubicación en el Derecho y su fuerza de obligar*. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México 1946.

RIBAS ALEJANDRO, Javier, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, Thomson Aranzadi, España, 2003, p.23.

RÍOS ESTAVILLO, Juan José, "Derecho e Informática en México" Informática jurídica y Derecho de la informática, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

ROBLES FARÍAS, Diego. *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, Año 6, Número 18 RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. "El comercio electrónico: ¿una revolución en marcha?", Comercio Exterior, volumen 49, número 10, Octubre de 1999, México, Banco Nacional de Comercio Exterior. S.N.C.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. *El Documento Negocial Informático*, en ANALES Número 28, Madrid, 1998.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil III*. pp. 61.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Obligaciones*. Vol.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano Tomo V. Volumen I. Obligaciones*. México, Porrúa, 1996.

ROSAS BENÍTEZ, Alberto, *Historia del Derecho*, Facultad de Derecho Universidad de Guadalajara, sin año de edición, pág.19. Fuente

consultada en la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos, *De los derechos personales, de crédito obligaciones*, Porrúa, México, 1996.

SOSA, Norma Alicia. *Internet: comunicación y futuro* en Revista Jurídica Número 31, Buenos Aires, Universidad Nacional de Tucumán.

SOTO COÁGUILA, Carlos Alberto, *La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato*" en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, Tomo LVII, Fascículo III, Julio-Septiembre, 2004, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 2005.

TÉLLEZ VALDES, Julio, *Derecho Informático* 2ª. Edición, México, Mc Graw Hill, Serie Jurídica, 1995.

TREJO DELARBRE, Raúl, *La nueva alfombra mágica, usos y mitos de internet, la red de redes*, México, Diana.

VILLAR PALASI, José Luis. *Implicaciones Jurídicas de Internet*, en Anales número 28, Madrid, Real academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, Décima edición, Porrúa, México, 2004.