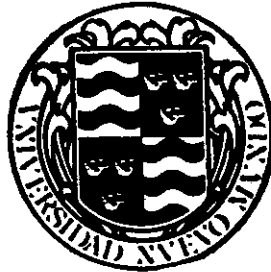


878509⁵
2g

UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A
LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



CONTRATACION POR MEDIOS ELECTRONICOS

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
RODOLFO BONILLA ORTIZ

DIRECTORA DE TESIS:
LIC. ELIZABETH CARD MENDEZ

MEXICO, D. F.

1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

271695



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS .

A Dios.

**A mi Padre. Don Rodolfo Bonilla Aldana, quien con su amor y consejos logré mi
superación profesional.**

Gracias por tu apoyo.

A mi Abuela. † Ma. De la Paz Aldana de Bonilla, que siempre me inculcó el amor a la vida.

"Que Dios la Guarde"

A Ma. Teresa Bonilla Aldana, que me protegió y cuidó como una madre.

Gracias Tía.

A Lilia Pelàez R.
y mis hermanos Jorge Alberto y Maria Fernanda,
Los quiero mucho

A Geny Peniche, quién apareció en mi vida en momentos difíciles y siempre me ha apoyado. Eres una mujer maravillosa, quisiera pasar el resto de mi vida contigo.
Gracias por lo que me has aguantado.

Te Amo.

A mi amigo, el Lic. Alejandro Rubio, que es un profesionalista intachable y siempre me ha impulsado en mi desarrollo profesional.

Gracias amigo.

Al M.V.Z. Diego Braña Varela, con quien siempre he contado.

Gracias amigo.

Al Lic. Ignacio Màrquez P. , qui3n me ha brindado su amistad incondicional en todo momento.

Con respeto y admiraci3n. Gracias.

A mi amigo, el Lic. Armando Recinos, quién me dió la oportunidad de iniciarme profesionalmente

Gracias

Al Dr. Juan Salazar Green, me ha descubierto nuevos horizontes.

Gracias

A mi amigo. El Lic. Carlos Margain, quién siempre ha confiado en mi.

Un abrazo hermano.

A mis amigos

✠ Miguel Angel de Anda
Héctor y Hortencia Morlotte Ayala
Paola Peniche Castillo
Alejandro López Bago
Santiago y Graciela López Bago
Daniel Ibarra
Joel y Angelica Suro Azcárraga
Paolo Suro Azcárraga
Francisco e Itzel Palomares Lima
Ricardo Martínez Navarro
Jorge Gutiérrez Arcos
Luis Montiel Reachy
Gerardo Oteiza Fernández
Eduardo Cherem Harari
Juan José Pérez Arroyo
Berenice Barrientos Rangel
Arturo Visoso Lomeli
Ricardo y Monica Valencia
Eduardo Rubio Guerra
Mario Sánchez Zarazua
Marcos de Anda Sánchez
Jorge y Paola Azcárraga
Martin Méndez
Gelacio Pantoja y Fabian Roca

Con los que he crecido y nos hemos ayudado toda la vida, porque si entre nosotros no
lo hacemos, nadie lo hará.

Gracias.

Los quiero mucho.

TEMARIO

INTRODUCCION

CAPITULO I.- OBLIGACIONES

- A) CONCEPTO DE OBLIGACION
- B) ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES
- C) FUENTES DE LAS OBLIGACIONES
- D) CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES
- E) TRANSMISION DE LAS OBLIGACIONES
- F) EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO II.- CONTRATOS

- A) CONCEPTO
- B) ELEMENTOS DEL CONTRATO
 - 1. - Elementos esenciales
 - 2. - Elementos de validez
- C) CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS
 - 1.- Unilaterales y bilaterales
 - 2. - Gratuitos y onerosos
 - 3. - Consensuales, reales y formales
 - 4. - Preparatorios, principales y accesorios
 - 5. - Nominados, inominados y mixtos
 - 6. - Instantáneos y de tracto sucesivo
- D) INEFICACIA DEL ACTO JURIDICO
 - 1. - Inexistencia
 - 2. - Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa.

CAPITULO III.- CONTRATO EN PARTICULAR

- A) COMPRA VENTA
 - 1. - Concepto
 - 2. - Elementos
 - 3. - Naturaleza Jurídica
 - 4. - El consentimiento
 - 5. - Objeto
 - 6. - Forma
 - 7. - Capacidad
 - 8. - Diferentes especies de compraventa
 - 9. - Obligaciones derivadas de la compraventa
 - a) Del vendedor
 - b) Del comprador
 - 10. - Modalidades de la compraventa

CAPITULO IV.- CONTRATACION POR MEDIOS ELECTRONICOS.

- A) LA FORMA EN LOS CONTRATOS
- B) LA REGULACION DE LA FORMACION DEL CONSENTIMIENTO
 - 1. - Normas de los Códigos civiles
 - 2. - Normas del Código de Comercio
 - 3. - Normas de la legislación del sistema financiero
 - 4. - Otras legislaciones
- C) CONTRATOS REGULADORES DE OPERACIONES ELECTRONICAS
 - 1. - Contrato Normativo
 - 2. - Contrato de adhesión
 - 3. - Falta de Contrato Normativo
 - 4. - Contrato Subyacente
 - 5. - Otros contratos
- D) PARTES QUE INTERVIENEN EN UN CONTRATO DE OPERACIONES ELECTRONICAS
- E) AMBITO ESPACIAL DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS DE OPERACIONES ELECTRONICAS
- F) AMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS DE OPERACIONES ELECTRONICAS
- G) MATERIA DE LOS CONTRATOS DE OPERACIONES ELECTRONICAS
- H) PRUEBA DE OPERACIONES REALIZADAS POR MEDIOS ELECTRONICOS
- I) SEGURIDAD DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRONICOS
- J) LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS Y LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Regular la utilización de medios electrónicos en la contratación, sin duda constituye el principal reto para los juristas en las proximidades del nuevo siglo

La estructura de las obligaciones contractuales parece derrumbarse. Conceptos tradicionales del derecho como "Documento", y "Firma Autógrafa" pierden su significación cuando ya no es necesario que los contratos consten impresos en papel, ni tampoco existe la necesidad de firmarlos, mientras que la contratación entre ausentes adquiere una nueva relevancia con la posibilidad de celebrar contratos a larga distancia a través del uso de sistemas electrónicos, como telefaxes, telecopiadores y modems.

Con sorpresa nos encontramos que, en la actualidad, la expresión del consentimiento por medio de la firma autógrafa es sustituida por el uso de tarjetas plásticas dotadas de bandas magnéticas que son leídas por ordenadores para identificar a su titular. Así mismo, el contenido obligacional de un contrato puede encontrarse en la memoria de un computador, y para contratar, las partes se adhieren a su clausulado mediante la suscripción de documentos de adhesión, que solo se refieren al contrato indicando el archivo cibernético en que se contiene.

Los avances tecnológicos mencionados deben ser útiles al hombre. Deben servir para mejorar sus vidas en todos los mitos, como el incremento de la comodidad y la rapidez, o en su caso, ser útiles para mejorar la producción, la eficacia y la salud. Desde el momento que dichos avances inciden en la vida del hombre y la modifican, entran en el ámbito del derecho, cuyo objetivo directo e inmediato es, precisamente, el hombre y la sociedad de la que forma parte.

La situación anterior no es nueva en la historia de la humanidad. Infinidad de inventos ha provocado la evolución de la ley y de la ciencia del derecho. Inventos tan trascendentales como la imprenta, el teléfono, el telégrafo, y en últimas fechas la máquina de escribir y las copadoras, provocaron la intervención normativa del derecho.

Los adelantos tecnológicos en materia de comunicaciones que entre otras ventajas permiten la transmisión de textos en forma instantánea, son de suma importancia para la ciencia del derecho, pues dan lugar a la posibilidad de que personas ubicadas en distintos lugares, incluso países, negocien en forma directa e inmediata, con las implicaciones que esto conlleva, especialmente en la forma en que se considerará integrado el consentimiento.

Es pues, a todas luces indispensable el estudio de la problemática jurídica que los nuevos medios de comunicación han provocado. Así también es necesario, prepararnos para el arribo de nuevos descubrimientos que seguramente conoceremos en el futuro cercano, con el fin de promover la creación de normas adecuadas que los regulen y controlen en beneficio de la justicia y de los demás valores que por naturaleza al derecho corresponde proteger.

Al no contar en la actualidad con normas que regulen la contratación electrónica, es necesario determinar si son válidos los contratos celebrados por esos medios, a la luz del derecho positivo mexicano. Para lograr dicho objetivo, pretendemos hacer un estudio del consentimiento como elemento esencial de los contratos, así como los medios de manifestación de la voluntad actualmente regulados por nuestra ley positiva, con el fin de compararlos con aquellos que son utilizados en la contratación por medios electrónicos, para determinar si sus reglas pueden ser aplicadas analógicamente, atendiendo a

los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación, que rigen en el derecho privado.

Analizaremos también los elementos de forma y fondo que consideramos deben contener los contratos celebrados por medios automatizados.

No podemos dejar de reconocer que estos nuevos medios de contratación entrañan graves dificultades jurídicas; fundamentalmente en materia de seguridad para los contratantes y de prueba de los "Documentos" que emanan de dichos medios electrónicos. Sin embargo, el derecho no puede ser ajeno a los avances tecnológicos; debe de actualizarse y regular su utilización, para el cumplimiento de las finalidades que le corresponden como moderador de la convivencia humana.

I.- OBLIGACIONES

A) CONCEPTO DE OBLIGACION

En derecho, el concepto de obligación es esencial, todo jurista que haya escrito sobre Derecho Civil, forzosamente debe de haber escrito una definición o concepto de lo que es la obligación. Nosotros en este trabajo veremos algunos de ellos.

Empezaremos con el concepto de obligación que nos da el diccionario: "Obligación.- Vínculo que nos impone la ejecución de una cosa: Cumplir con sus obligaciones. Motivo de agradecimiento. Escritura por la cual se compromete uno a efectuar una cosa. Título amortizable, de interés fijo y al portador, que representa una suma prestada."(1)

Para los juristas autores de diversas obras de Derecho Civil, algunas de ellas específicamente sobre obligaciones, otros verdaderos tratados de Derecho Civil, existen dos conceptos de obligación, uno general o lato sensu, y otro más restringido, o strictu sensu.

Así encontramos, que Manuel Bejarano Sánchez, en su libro "Obligaciones Civiles", nos dice que "Obligación es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acreedor, una prestación de dar, de hacer o de no hacer."(2).

Rafael de Pina , en su "Derecho Civil Mexicano", establece: "La palabra obligación tiene en la esfera de lo jurídico dos significaciones, una amplia y otra restringida, que es conveniente recordar, para evitar cualquier confusión lamentable, cuando se aborda el estudio o exposición del tema referente a las obligaciones civiles.

JOSSERAND escribe que la obligación o derecho personal, es una relación jurídica que asigna a una o varias personas, la posición de deudores frente a otra o a otras, que desempeñan el papel de acreedores y respecto de las cuales están obligadas a una pensión, ya positiva (obligación de dar o de hacer), ya negativa (obligación de no hacer) y que considerada la obligación desde el lado del acreedor es un crédito y considerada desde el lado del deudor es una deuda, añadiendo que a veces la

obligación se considera únicamente en este segundo aspecto, diciéndose, en tal sentido, que tal persona tiene que cumplir determinadas obligaciones con respecto a tal otra, que, desde luego puede exigirías.

Por obligación o relación obligatoria debe entenderse, según MESSINEO una relación entre dos sujetos al menos, en virtud de la cual uno de ellos deudor llamado a veces prominente, queda obligado, esto es, sometido a un deber, o comprometido frente al otro llamado acreedor a cumplir una prestación, o sea, a desarrollar una determinada actividad patrimonialmente valorable y que atribuye al acreedor un correspondiente poder, que consiste en la pretensión a la prestación.

En las definiciones transcritas y en otras que voluntariamente omitimos, por innecesarias, juegan las expresiones vínculo jurídico, relación jurídica, necesidad jurídica, situación jurídica e institución jurídica, pero, en realidad, la diferencia que entre ellas pueda señalarse es más de palabra que de concepto

Por ello ha podido decir CASTAN, refiriéndose a las definiciones modernas de la obligación, que en el fondo de todas ellas palpita el mismo concepto romano."⁽³⁾

Ernesto Gutiérrez y González, en su libro "Derecho de las Obligaciones" hace una distinción más clara de las obligaciones lato sensu, y la obligaciones strictu sensu, en la siguiente forma:

"La obligación en un sentido amplio, es la necesidad jurídica de cumplir una prestación de carácter patrimonial pecuniaria o moral, en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir o en favor de un sujeto que ya existe.

De este concepto de obligación lato sensu, se desprende que la misma tiene dos especies:

a) Concepto de Obligación strictu sensu.- La obligación en sentido estricto o restringido, es la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación, de carácter patrimonial pecuniaria o moral, en favor de un sujeto que eventualmente pueda llegar a existir.

b) Concepto de derecho personal o de derecho de crédito convencional.- Por este se puede entender la denominada acreedor, que le puede exigir, una prestación de carácter patrimonial pecuniaria o moral."(4).

En el "Compendio de Derecho Civil" de Rafael Rojina Villegas, también encontramos el concepto de obligación en la siguiente forma:

Tradicionalmente se ha definido la obligación como un vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo en favor de otra persona llamada acreedor.

En las institutas de Justiniano se caracteriza a la obligación como un vínculo jurídico que constriñe a una persona a pagar alguna cosa, según las leyes de la ciudad. *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.* Es decir, la obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad de pagar alguna cosa conforme a las leyes de nuestra ciudad.

Paulo precisa el objeto de la obligación, indicándonos que puede consistir en dar, hacer o no hacer." (5)

De las definiciones anteriormente transcritas, podemos concluir que en la obligación existe un deber a cargo de una persona llamada deudor, que puede ser en sentido positivo (dar o hacer), o en sentido negativo (no hacer), a favor de otra persona llamada acreedor, por lo que es necesario la existencia de por lo menos dos personas, un deudor y un acreedor, y decimos que por lo menos, ya que puede haber más personas, es decir varios deudores frente a un acreedor, o un deudor frente a varios acreedores, o bien, varios deudores frente a varios acreedores. Es importante hacer notar, que en las definiciones del Derecho Romano se habla de un vínculo jurídico, y en las definiciones modernas de una relación jurídica.

B) ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES.

Existen dos tipos o clases de elementos que forman parte o que conforman a las obligaciones, y son los elementos intrínsecos, y los elementos extrínsecos:

1.- Elementos extrínsecos o expresos.- Entendida la obligación como la relación jurídica completa, resulta claro que sus elementos son los sujetos y el objeto:

- a) Los sujetos de la relación jurídica obligación, son el acreedor y el deudor. "El elemento personal de la obligación está constituido por los sujetos de la relación obligatoria. Los sujetos de esta relación son, por lo tanto, las personas que aparecen como partes de la misma. Pueden ser estas personas físicas o jurídicas, pues tanto las unas como las otras se encuentran en la posibilidad legal de entrar en la obligación como elementos de la obligación vinculatoria" (6)
- b) El acreedor es el sujeto activo que es titular de un derecho subjetivo, comúnmente denominado derecho personal o derecho de crédito. El deudor es el sujeto pasivo de dicha relación que tiene a su cargo un deber jurídico denominado deuda u obligación, este último término aplicado por analogía de participación como quedó dicho. "El acreedor se encuentra en una situación de preeminencia respecto al deudor; el primero es el titular del crédito; del que dimana el derecho a recibir la prestación y a exigirla, en su caso; el segundo, como consecuencia de su posición de deudor, desde el momento en que la obligación nace, queda obligado a su cumplimiento en los términos en que se haya convenido."(7)
- c) El objeto consiste, en todo caso, en una conducta del deudor que genéricamente se denomina prestación y puede ser un dar, un hacer o un no hacer. ¿Cuál es el objeto de los actos jurídicos? refiriéndose al más común de los actos jurídicos (el contrato), los juristas indican tres acepciones para la palabra objeto:

1.-El objeto directo del contrato; que es el de crear o transferir derechos y obligaciones.

2.- El objeto indirecto del contrato, que es el objeto de las obligaciones engendradas por él, y que puede consistir en dar, hacer o no hacer.

3.- La cosa misma que se da." (8)

En el derecho actual se entiende por dar el hacer entrega de una cosa material, por cualquier título. En el derecho romano, la expresión *daré oportere* significaba la transmisión de la propiedad de una cosa, en tanto que la simple entrega material se mencionaba como un *rem prestare*.

4.- Elementos intrínsecos o internos.- Además de los anteriores elementos que podríamos considerar externos o expresos, los Pandectistas Alemanes descubren en la obligación romana otros elementos implícitos que denominan *Schuld* y *Haftung*, y que siguen estando presentes en buena medida en la obligación del derecho moderno, por lo que es muy conveniente traerlos a la memoria. *Schuld* es lo debido, el *debitum* romano, es decir, la conducta que el deudor debe realizar en provecho del acreedor, en tanto que el *Haftung* es la responsabilidad que resulta a cargo del deudor por el incumplimiento de la obligación. En el derecho romano no se daba la ejecución de la obligación por la fuerza, como puede lograrse en algunos casos en el derecho actual, sino que en el caso de que el deudor se negara a realizar lo debido, la única consecuencia era la condena al pago de una suma de dinero a título de reparación de los daños y perjuicios, por lo que los citados juristas califican al *Schuld* como el elemento voluntario de la obligación y el *Haftung* como el elemento coercitivo. No podemos ignorar que en el derecho actual, como en el de todos los tiempos, hay conductas que no pueden lograrse por la fuerza y por tanto su realización depende totalmente de la voluntad de quien ha de realizarla. Imaginemos, por ejemplo, el deber contraído por un artista para pintar un cuadro; si dicha conducta es el objeto de la obligación, tendrá plenamente la característica del *Schuld*, y si el deudor no cumple, solamente se tendrá, en su caso, la oportunidad de hacer efectivo el *Haftung*. Aunque estas palabras de la lengua alemana tienen su equivalente en español, como deuda y responsabilidad, respectivamente, el uso de aquellas se ha internacionalizado y podemos emplearlas sin ser objeto de una crítica razonable.

Lo verdaderamente importante que conviene destacar es el concepto de responsabilidad del deudor por el incumplimiento de la obligación. En el derecho romano arcaico, el deudor respondía con su vida por el cumplimiento de su obligación. Esto resulta evidente en el caso de las obligaciones derivadas de los delitos, en los cuales la obligación de pagar una suma de dinero, a título de pena, es

un sustituto de la responsabilidad corporal que en el derecho arcaico se deriva del tali6n; en las primeras formas de obligaci6n contractual, tal responsabilidad se contraia por medio del Nexum, que era un contrato solemne mediante el cual una persona comprometa su vida, como garantia de un pr6stamo. Esta responsabilidad corporal se hacia efectiva mediante la manus iniectio, que era una acci6n ejecutiva en el sistema romano de las acciones de la ley y consistia en la aprehensi6n corporal del deudor por el acreedor, que podia llev6rselo encadenado a su casa y, si no era rescatado por alguien en un plazo de sesenta d6as, podia matarlo o venderlo como un esclavo fuera de Roma.

La composici6n de los elementos enunciados y brevemente analizados en los p6rrafos anteriores, en una particular relaci6n jur6dica que 6nicamente recibe el nombre de obligaci6n, amerita algunos comentarios para tener una mejor compresi6n. Tomemos como n6cleo de la relaci6n la prestaci6n debida. El t6rmino prestaci6n, en el lenguaje jur6dico, proviene de la expresi6n latina del derecho romano praestare, cuya probable etimolog6a praes stare, la primer parte de praedes, significa hacerse responsable, responder por algo frente a alguien.

Para que el derecho respalde la prestaci6n, debe satisfacer ciertos requisitos a saber:

Para el acreedor debe significar un inter6s digno de tutela, aunque para 6l, en un caso concreto, dicho inter6s no tenga car6cter patrimonial.

Para el deudor, la prestaci6n debe ser posible: Un viejo principio romano de l6gica jur6dica nos dice que nadie est6 obligado a lo imposible.

La imposibilidad puede ser fisica o jur6dica. Es fisica cuando la prestaci6n no es posible conforme a la naturaleza, por ejemplo, la que tuviera por objeto dar una cosa que nunca ha existido, o ha dejado de existir antes de contraerse la obligaci6n, o la que consistiera en hacer algo irrealizable. Es jur6dica cuando existe un obst6culo legal insuperable, como el dar en propiedad el Bosque de Chapultepec.

La prestaci6n ha de ser l6cita, esto es, que no vaya en contra de una norma prohibitiva o de inter6s p6blico, por ejemplo el tr6fico o el transporte de estupefacientes. Es importante no confundir la

imposibilidad jurídica con la ilicitud. En el caso de la primera, el particular esta absolutamente imposibilitado para conseguir el fin que persigue, como se puede entender claramente en el ejemplo del párrafo anterior, que se refiere al propósito de adquirir en propiedad un bien del dominio público.

En el caso de la ilicitud se puede, de hecho, conseguir el fin que se persigue, pero violando una ley y, consecuentemente, haciéndose sujeto de una sanción.

Otra característica objetiva de la prestación es que ha de ser determinada o determinable. Una prestación que consiste en un hacer, evidentemente requiere una definición o descripción completa del hecho por realizar. Si se trata de una obligación de dar es una cosa cierta y esta se identifica por sus características particulares o individuales. Es determinable cuando, tratándose de géneros, esto es, cosas que se determinan por su peso, número o medida, se precisa su especie, calidad y cantidad, lo cual significa que la cosa no está determinada en el momento de contraerse la obligación, pero se dan los elementos para determinarla al efectuar u ofrecer el pago.

C) FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.

Clasificación de Bonnecase.- Este jurista, siguiendo su tesis general respecto a la función del hecho y del acto jurídico, considera que las dos únicas fuentes de las obligaciones son respectivamente el hecho jurídico y la ley, y el acto jurídico y la ley. Se expresa así:

"Ya explicamos en el tomo I, núm. 1235 y siguientes, que el acto y el hecho jurídico tienen solo una función: poner en movimiento una regla de derecho o una institución jurídica. Precisamos también que esta noción era idéntica, con la salvedad de que mientras el autor del acto jurídico tiende directamente y en forma reflexiva a la aplicación de una regla de derecho, el autor del hecho jurídico la sufre. Pero la función así considerada, del acto y del hecho jurídicos, es una función inmediata e invariable. Además de esta función, rigurosamente necesaria y abstracta, tienen funciones mediatas y contingentes que se traducen por el nacimiento de diversas situaciones jurídicas.

Al mismo tiempo, estamos obligados a declarar que las obligaciones, ya se deriven de actos o de hechos jurídicos, encuentran su origen en la ley, erigida por tanto en fuente suprema de las obligaciones.

Se hace bien al considerar la cuestión en todos sus aspectos; siempre se encontrará la ley, en el sentido amplio del término, como origen de los efectos del acto y del hecho jurídicos, por tanto, el mecanismo jurídico constituido por estas dos nociones técnicas, tiene por objeto inmediato la aplicación de la ley, sin que pueda tener otro. Las situaciones jurídicas que de ellas se derivan son sus consecuencias mediatas, ya se trate de obligaciones o de derechos reales." (9)

Ante todo, es importante hacer notar que la obligación constituye una limitación a la libertad natural y jurídica de la persona, en tanto impone al deudor la necesidad de observar una determinada conducta en favor del acreedor. Por esta razón, la obligación debe considerarse un estado de excepción que debe justificarse por una razón suficientemente válida a la luz de la justicia y, por tanto, del derecho. En otras palabras no puede darse una obligación sin una causa legítima. Sin embargo, la anterior consideración no debe llevarnos a la conclusión de que la única fuente de las obligaciones sea la ley, puesto que una obligación nace solo cuando ocurre un evento que actualiza el presupuesto de la norma jurídica que la reconoce y sanciona.

Ahora bien, los eventos mencionados actualizadores del presupuesto de una norma jurídica pueden clasificarse en actos y hechos jurídicos, conforme a la muy conocida teoría que tuvo su origen en la Escuela Clásica Francesa, y que suele explicarse en los cursos de Introducción al Estudio del Derecho, teoría que conviene recordar aunque sea en forma sucinta.

Entendemos por hecho jurídico todo acontecimiento que produce efectos en el campo del derecho, independientemente de que en su realización intervenga o no la voluntad de la persona o personas que resulten afectadas por sus consecuencias jurídicas. En este sentido amplio del concepto, puede caber en el acto jurídico, que, por tanto, resulta ser una de sus especies. Sin embargo, la diferencia específica muy importante es que el acto jurídico siempre es voluntario y la persona o personas que lo realizan se proponen obtener como resultado precisamente los efectos jurídicos que de ese acto resultan. Tomando en cuenta lo anterior, se puede entender el hecho jurídico en una acepción

amplia, como se define al principio de este párrafo, o en un sentido restringido para designar los acontecimientos o eventos que no revisten las características del acto jurídico.

Los hechos jurídicos, en sentido restringido, pueden ser producidos por la voluntad o sin la voluntad de la o las personas que resulten afectadas por sus consecuencias. Ejemplos de hechos jurídicos involuntarios son el nacimiento o muerte natural de una persona, un acto de autoridad que afecta a personas determinadas, un terremoto o cualquier evento de la naturaleza que afecta los intereses particulares de las personas.

Pero también hay hechos jurídicos voluntarios que no se identifican como los actos jurídicos, como la comisión de un delito. La diferencia de estos hechos con los actos jurídicos consiste en que el agente del hecho busca los efectos naturales de su actividad, pero no los efectos jurídicos que incluso trata de evitar. Así, el que comete un homicidio quiere privar de la vida a su víctima pero no quiere la pena que merece por su conducta.

El acto jurídico es el que realizan las personas voluntariamente, con el deliberado propósito de obtener los efectos jurídicos que de dicho acto se derivan, como hacer un testamento, comprar una casa, etc.

Los actos jurídicos pueden ser unilaterales o bilaterales; esta clasificación se deriva de que en la realización del acto intervenga la voluntad de una sola persona o que para su conclusión se requiera la concurrencia de voluntades de dos o más personas. En la terminología moderna suele introducirse el concepto de negocio jurídico, para designar el acto jurídico que produce efectos en el ámbito de lo patrimonial y así distinguirlo de los actos que producen efectos jurídicos extrapatrimoniales.

Para los efectos del estudio de las fuentes de las obligaciones se puede afirmar que todas ellas se pueden ubicar en el ámbito de los actos o de los hechos jurídicos quedando, bien entendido que tanto unos como otros tienen un campo de aplicación más amplio que aquellas; dicho de otra manera, todas las fuentes de las obligaciones son actos o hechos jurídicos, pero no puede sostenerse lo inverso, esto es, no todos los actos y hechos jurídicos son fuente de obligaciones, porque los hay que

producen efectos jurídicos que no tienen relación alguna con lo patrimonial, y los hay, que teniendo efectos patrimoniales no conciernen a las obligaciones.

Por orden de importancia, conviene realizar la exposición de las fuentes empezando por las que consisten en actos jurídicos y con posterioridad las que se califican como hechos jurídicos.

Actos jurídicos que son fuentes de las obligaciones:

1.- El contrato en general.- En los términos de los preceptos legales correspondientes, el contrato es una especie de convenio que tiene como efecto crear o transferir obligaciones o derechos. Por tanto, el contrato, dado que crea obligaciones es fuente de estas. Para la formación del contrato existen elementos tanto esenciales como de validez o accidentales, mismos que no mencionaremos aquí; por ser objeto de un estudio más detallado en capítulos posteriores de este trabajo.

2.- Actos jurídicos unilaterales.- mencionaremos únicamente cuales son estos:

- a) Policitación de contrato;
- b) Declaración unilateral de voluntad;
- c) Oferta Pública;
- d) Promesa de recompensa;
- e) Concurso;
- f) Estipulación hecha a favor de tercero;
- g) Gestión de negocios;
- h) Aceptación de herencia.

Hechos jurídicos que son fuentes de las obligaciones:

- 1.- El parentesco
- 2.- La incapacidad
- 3.- La copropiedad
- 4.- Pago de lo indebido

- a) El que recibe el pago obra de buena fe
- b) El que recibe el pago obra de mala fe

- 5.- Enriquecimiento sin causa
- 6.- Hechos ilícitos
- 7.- Creación de un riesgo.

D) CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES

Existen en la doctrina diversas maneras de clasificar las obligaciones y, a veces se abusa de ello. Solamente se justifica recurrir a aquellas que nos muestran diferencias, en el orden práctico, ante distintas especies de obligaciones. Con este propósito la mayoría de los autores optan por tres criterios de clasificación: 1.- Por su sanción; 2.- Por sus elementos; y, 3.- Por sus fuentes.

1.- Por su sanción.- Las obligaciones se clasifican en civiles y naturales, para estos efectos hemos de entender por sanción el respaldo, apoyo o autorización que otorga la ley; en este sentido podemos decir:

a) Obligaciones civiles son las que están respaldadas por una acción, de tal manera que el acreedor puede en caso de incumplimiento, llevar a juicio al deudor mediante el ejercicio de la acción correspondiente. En el derecho clásico romano estas relaciones respaldadas por una acción del derecho civil, eran las únicas que recibían la denominación de obligaciones.

b) Obligaciones naturales son las que toma en cuenta el derecho, para ciertos efectos, pero no están, o han dejado de estar respaldadas por una acción, y por tanto su cumplimiento depende de la voluntad del deudor y en consecuencia está totalmente supeditado a su conciencia. Son ejemplos de obligaciones naturales las contraídas por un incapaz y las que se han extinguido civilmente por prescripción.

Es importante no confundir la ausencia de la obligación con una obligación natural, pues en el caso de esta última, como se expresó anteriormente, el derecho la toma en cuenta, es decir, reconoce su existencia para ciertos efectos. Así, el que paga por error lo que no debe, puede exigir la restitución de lo pagado; en tanto que el que paga una obligación natural, no puede exigir restitución alguna tal como lo establece el artículo 1894 del Código Civil para el Distrito Federal. Una obligación natural puede ser garantizada con una fianza según el artículo 2797 del Código mencionado. Conforme a la doctrina más generalmente aceptada y por una interpretación del artículo 2768 del mismo ordenamiento las obligaciones naturales pueden ser objeto de compensación y de novación.

2.- Por sus elementos.- Las obligaciones se clasifican en simples y complejas. Son obligaciones simples las que tiene un acreedor, un deudor y un objeto. Complejas son las que tienen pluralidad de acreedores, pluralidad de deudores, y/o pluralidad de objetos.

a) Por los sujetos.- Las obligaciones complejas por pluralidad de sujetos, a su vez, pueden ser mancomunadas, solidarias, propter rem, llamadas también ambulatorias. Son complejas por su objeto, las conjuntivas, las alternativas, las facultativas. A continuación se describe cada una de estas especies:

-Obligaciones mancomunadas.- Cuando en una misma obligación hay pluralidad de acreedores o pluralidad de deudores será la mancomunidad. En el primer caso se trata de una mancomunidad activa, y en el segundo, de una mancomunidad pasiva; obviamente puede darse también el caso de que en una misma obligación haya mancomunidad tanto activa como pasiva. La simple mancomunidad solamente es posible cuando el objeto de la prestación debida es divisible. En este caso, si es activa cada uno de los acreedores solo puede exigir el pago de la parte que le corresponde, y, si es pasiva, cada uno de los deudores debe únicamente su parte. Según el Código Civil, en este supuesto el crédito o la deuda se entienden divididos en tantas partes como acreedores o deudores haya, y cada parte constituye un crédito o una deuda que son distintos unos de otros, el mismo Código dispone que se presume que las partes son iguales a no ser que se pacte otra cosa o la ley disponga lo contrario.

-Obligaciones solidarias.- En su origen, las obligaciones son solidarias cuando su objeto es indivisible, y hay varios acreedores o varios deudores; como no puede dividirse la prestación, cualquiera de los acreedores está legitimado para exigir el pago por el todo, o bien, se puede exigir esto de cualquiera de los deudores, en el entendimiento de que el pago, hecho a algunos de los acreedores, extingue la obligación respecto de todos y, así mismo, el pago que efectúe uno de los deudores libera a los demás.

En nuestra ley positiva, las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente, son indivisibles si las prestaciones no pudiesen cumplirse sino por entero (Art. 2003), por otra parte, el mismo Código dispone que la solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, no la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria (Art. 2004). Sin embargo, esta afirmación está contradicha implícitamente, por lo menos en parte, en el primer párrafo del artículo 2006 que literalmente establece: "Art. 2006.- Cada uno de los que han contraído conjuntamente una deuda indivisible, esta obligado por el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad."

Los efectos de la solidaridad no solo se manifiestan en la legitimación para exigir el pago por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores, sino en otros casos. En efecto la novación, compensación, confusión o remisión de deuda por cualquiera de los acreedores solidarios o de los deudores solidarios se extingue la obligación (Art. 1991). En caso de fallecimiento de alguno de los acreedores solidarios, o de uno de los deudores de la misma clase, el conjunto de los herederos del difunto se considerará como un acreedor o un deudor solidario, pero entre ellos se divide el crédito o la deuda en proporción de su haber hereditario (Arts. 1993 y 1998).

-Obligaciones propter rem o ambulatorias.- Una obligación puede estar vinculada de tal manera a una cosa, que la transmisión de esta implica la de aquella, lo cual se explica en razón de que esa obligación se generó o tiene la explicación de su origen en la cosa misma, de allí la expresión latina de propter rem y la figura retórica de ambulatoria, pues la obligación en sentido figurado, ambula, porque va de un sujeto pasivo a otro. Hay varios ejemplos de estas obligaciones ambulatorias, no sólo en derecho civil, sino también en derecho del trabajo y en derecho fiscal. Por ejemplo, el art. 1931 del Código Civil, impone al propietario de un edificio la obligación de responder de los daños que resulten

de la ruina del mismo, independientemente de que haya sido o no motivado por su culpa; obviamente, si enajena el inmueble, es el nuevo propietario el que tiene esta responsabilidad.

-Obligaciones Conjuntivas.- Es frecuente que una relación de obligación tenga pluralidad de objetos y el deudor solamente quede liberado al satisfacer todos ellos; estas obligaciones, llamadas conjuntivas, suelen definirse diciendo que hay pluralidad de objetos en la obligación y pluralidad en el pago, este tipo de relaciones se dé frecuentemente en las derivadas de un contrato; por ejemplo, en virtud del contrato de depósito surge una relación de obligación en la que el deudor es el depositario y el acreedor el depositante y esta obligación tiene pluralidad de objetos puesto que el deudor debe guardar la cosa, no usar de ella, responder de su pérdida o deterioro imputable por dolo o culpa del deudor y restituir la cosa cuando lo requiera el depositante, estamos frente a una relación de obligación con varios objetos que son de dar, de hacer y de no hacer, y el depositario solamente se ve liberado del vínculo de obligación si satisface todos ellos (Art. 1961).

-Obligaciones Alternativas.- También, tienen pluralidad de objetos, pero el deudor se libera solamente satisfaciendo uno de ellos, pluralidad de objetos en la obligación pero solamente uno en el pago (art. 1962).

En este supuesto, el deudor se libera cumpliendo uno de los objetos de la obligación. Por regla general, la elección corresponde al deudor, sin embargo, por excepción la elección puede corresponder al acreedor cuando así lo disponga la ley o se derive de la voluntad de las partes. En el caso de que uno de los objetos de la obligación alternativa se volviera de imposible realización, la obligación subsiste, puesto que puede cumplirse con el otro, o uno de los otros objetos.

-Obligaciones Facultativas.- Esta figura consiste en que la obligación tiene un solo objeto, pero el deudor puede liberarse con un objeto diverso. Un ejemplo de esta figura es el caso del legado de cosa ajena; en este supuesto el heredero es deudor de la cosa legada y tendrá que adquirirla para cumplir con el legado, pero tiene la posibilidad de liberarse de su obligación pagando el valor estimado de la cosa legada al propio legatario.(Art. 1432).

Tratándose de obligaciones facultativas si el objeto debido se vuelve imposible la obligación se extingue sin responsabilidad para el deudor, aunque siguiera siendo posible el objeto con el cual el deudor tuviera facultad de liberarse. Esta es la importante diferencia con las obligaciones alternativas.

Por último es importante no confundir el caso de la obligación facultativa con el supuesto de la dación en pago. La posible confusión se deriva de que en ambos casos el deudor se libera de la obligación satisfaciendo un objeto diverso al que lo es de la obligación, pero la diferencia estriba en que, en la obligación facultativa, como su mismo nombre lo indica, el deudor puede pagar con un objeto diverso, porque tiene la facultad de hacerlo, le guste o no al acreedor, en tanto que en la dación en pago el deudor sólo podrá liberarse de su obligación con un objeto diverso, si el acreedor consiente en la sustitución.

3.- Por sus fuentes.- Para evitar repeticiones innecesarias nos remitimos al inciso anterior de este mismo capítulo, pues prácticamente es lo mismo que allí se indica.

E) TRANSMISION DE LAS OBLIGACIONES

Este tema se ha tratado a través, de la historia, desde el derecho romano, pasando por el Código de Napoleón, los Códigos Civiles de 1870 y 1884, y es hasta el Código Civil vigente la inclusión del título tercero de la primera parte del libro cuarto para regular la transmisión de las obligaciones en forma especial, por las características particulares que presentan estos actos jurídicos. Siguiendo este título tercero estudiaremos, pues, las formas de transmitir las obligaciones:

1.- Cesión de Derechos.- El derecho de crédito que tiene el acreedor en una relación de obligación es un bien patrimonial, que puede ser clasificado como un bien mueble según el art. 754, incorporal y no fungible. Como tal, este derecho puede ser, en principio, objeto de un contrato traslativo como la compraventa, la permuta, o la donación, así como ser objeto de una garantía, como la prenda o el fideicomiso. Sin embargo, por sus características propias, deben observarse normas especiales para que dichos actos produzcan los efectos deseados. Por las razones anteriores, el Art. 2031 dispone que

en la cesión de crédito se observarán las disposiciones relativas al acto jurídico que le dé origen, en lo que no estuvieran modificadas por las disposiciones que le son propias.

Por excepción hay derechos de crédito intransmisibles o cuya posibilidad de transmisión está, limitada o condicionada, ya sea por su naturaleza, por disposición de la ley o porque así lo hubieren convenido las partes. Así, podemos mencionar como casos particulares, sin pretender hacer una referencia exhaustiva los siguientes: El derecho a recibir alimentos es intransmisible; los derechos derivados de una relación intuitu personae, los del arrendatario y del comodatario no pueden cederse sin consentimiento expreso de la otra parte y conforme a ciertos requisitos.

La cesión de derechos debe formalizarse, como regla general, mediante escrito privado suscrito por cedente y cesionario ante dos testigos. Como excepción, la cesión debe constar en escritura pública, si el acto jurídico que dio nacimiento al derecho cedido requiere legalmente esta formalidad.

2.- Cesión de Deudas.- A diferencia de la sustitución del acreedor, para la que no es necesario la conformidad del deudor salvo en casos especiales, para la sustitución del deudor siempre se requiere la conformidad del acreedor (Art. 2051). Este trato distinto es claramente explicable. En términos generales es indiferente para el deudor que su acreedor sea uno u otro, porque su situación jurídica, que consiste en la necesidad de realizar una prestación, no se altera en modo alguno por el hecho de que cambie la persona que se beneficiará con la prestación debida. En cambio, las cualidades personales del deudor son el presupuesto necesario del crédito; en su solvencia y en su confiabilidad descansa la tranquilidad del acreedor, por lo que este es libre de aceptar o no la sustitución de deudor.

Según el Código la aceptación del acreedor puede ser expresa o tácita, pero solo se considera tácita cuando el mismo acreedor acepta que el sustituto actúe como deudor en nombre propio, haciendo pagos de réditos o del principal (Art. 2052), pues en el caso de que se le emplace para dar su aceptación y no responda, se presume que rehusa (Art. 2054).

También en el caso de transmisión de la deuda opera el fenómeno de la causahabencia y, por tanto, el deudor sustituto es un sucesor a título particular del sustituido, la deuda de aquel es la

misma que la de este y el nuevo deudor puede oponer al acreedor todas las excepciones que tenía su causante (Art. 2056). Sin embargo, si existieran garantías otorgadas por terceros, dichas garantías cesan al efectuarse la sustitución de deudor, salvo que consientan expresamente la sustitución (Art. 2055), lo cual es explicable porque quien garantiza la obligación de otro, lo hace en consideración a la persona del deudor y de sus atributos individuales; no tiene, en consecuencia, porque mantener su garantía con un nuevo deudor, salvo que expresamente lo consienta.

3.- Subrogación.- Es el pago hecho por un tercero ya sea por necesidad o por interés legítimo en el cumplimiento de la obligación o cuando dicho tercero provee de los fondos necesarios para hacer el pago, sin necesidad de que lo consienta el acreedor. Es importante precisar, por una parte, que no siempre que paga un tercero se produce la subrogación, sino solo en los casos que, expresa y limitativamente establece la ley; y por otra parte, que por regla general, cuando un tercero paga por el deudor, solamente puede reclamar a este la restitución de lo que pago. Muy diferente es el caso de la cesión de derechos en la cual el cesionario, como causahabiente del cedente adquiere el crédito en su integridad y puede reclamar del deudor el pago total de la obligación con independencia de lo que haya pagado, como contraprestación por la cesión, o de que haya adquirido. El crédito a título gratuito.

*Otra manera de transmitir el crédito y sustituir al acreedor es la subrogación por pago. Subrogar significa precisamente sustituir. Hay subrogación real cuando se sustituyen unos bienes por otros y subrogación personal por pago, cuando el acreedor es sustituido por un tercero interesado que paga la deuda o presta dinero para tal fin.

No todo pago efectuado por un tercero es subrogatorio; Recuérdese que el efecto normal del pago es extinguir la obligación, no transmitirla. Sólo en un caso particular el pago efectuado por un tercero con interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, o aceptado como sustituto en el crédito por voluntad del acreedor o del deudor existe subrogación y la obligación, en vez de extinguirse, es transmitida al tercero solvens, quien toma el sitio del acreedor en una relación jurídica que no se modifica.* (10)

F) EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

La causa natural por la cual se extinguen las obligaciones es, lógicamente, el cumplimiento de las mismas, es decir, en el momento en que una obligación es satisfecha (cumplida), en ese momento queda extinguida. Hay, sin embargo, otras formas de extinción de las obligaciones que opera, ya sea por efectos del mismo derecho, casos en que decimos que la obligación se extingue ipso iure, o bien porque el deudor puede hacer valer una excepción cuando el acreedor demanda judicialmente el pago y obtiene una sentencia favorable; entonces la obligación se extingue por obra de la excepción *exceptionis ope*, esta diferencia es de carácter eminentemente procesal y consiste en que al extinguirse una obligación ipso iure, también se extingue la acción y, consecuentemente, si el acreedor demanda el deudor debe negar la acción, en cambio, en los casos de extinción *exceptionis ope*, en caso de juicio el deudor no niega la acción sino que, suponiendo que el actor la tenga, le opone una excepción que tendrá por efecto paralizarla perpetuamente. Podemos agregar que las excepciones no pueden ser hechas valer de oficio por el juez, sino que tienen que invocarse por el demandado, en tanto que el juez si puede y debe cerciorarse de que se reúnan los elementos de la acción para declararla procedente.

En consideración a esta diferencia, trataremos a continuación los modos de extinción de las obligaciones:

A) Modos de extinción ipso iure

1.- **Novación.**- Consiste en la extinción convencional de una obligación preexistente por la creación de una nueva obligación que la sustituye.

El Código Civil la define en el art. 2213 diciendo que hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua.

Esta definición legal adolece de un defecto fundamental. Conforme al texto literal, puede llegarse a la conclusión de que solamente las obligaciones nacidas de un contrato pueden ser objeto de novación, lo cual no es correcto ni responde a la centenaria tradición de esta figura jurídica. Toda obligación, cualquiera que sea su fuente, puede ser novada, si en lugar de decir "Hay novación de contrato", dijera "Hay contrato de novación", tal expresión hubiera sido incuestionable pues, en efecto,

la novación siempre es el resultado de un acuerdo de voluntades, que tiene el doble efecto de extinguir una obligación y crear otra, y existe una relación de causalidad entre la extinción de la primera y la creación de la segunda. Para que pueda llegar a existir la novación deben darse algunos requisitos que enunciaremos a continuación:

Se requiere la preexistencia de una obligación, ya sea civil o natural, pura y simple o sujeta a una modalidad.

-Es necesaria la introducción de un elemento nuevo que distinga la segunda obligación de la primera.

-Que la novación se lleve a cabo mediante un contrato y, por tanto, que se cumpla con todos los requisitos para que este sea válido.

-Que exista la expresa voluntad de novar (*animus novandi*)

En cuanto a los efectos que llega a producir la novación, podemos decir que son fundamentalmente dos:

- a) Extingue la primera obligación *ipso iure*. Por vía de consecuencia se extinguen todas las relaciones accesorias, como las garantías reales o personales que hubiera tenido la obligación extinguida.
- b) El segundo efecto de la novación es crear una nueva obligación que sustituye a la extinguida. Es importante insistir en que existe una relación de causalidad entre la extinción de la primera obligación y la creación de la segunda. Por tanto, no puede producirse un efecto sin el otro y, en consecuencia si la novación fuera nula, subsistiría la antigua obligación.

2.- Confusión de derechos.- Existe cuando se reúnen en una misma persona las calidades de deudor y acreedor. La obligación se extingue *ipso iure*, porque resulta jurídicamente imposible que una persona sea acreedora y deudora de sí misma.

Sin embargo la confusión tiene como causa que el deudor herede al acreedor, o este a aquel, en protección a los derechos de los acreedores de uno u otro, opera la separación de patrimonios bonorum separatio, entre tanto se liquiden las obligaciones a cargo del difunto y se hace la partición de la herencia.

Como podrá entenderse, las deudas que tenía el difunto que no se hubieran extinguido con la muerte, están respaldadas con todos los bienes de la herencia, entre los cuales pueden existir créditos a cargo de los herederos. Por tanto, los acreedores del difunto tendrán derecho a que se les pague con todos los bienes que tenía este, incluyendo los créditos a cargo de los herederos.

3.- La compensación.- En nuestro Código Civil (art. 2185), se da un concepto incompleto al expresar que tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho.

Para que sea de la compensación, es necesario que se reúnan determinados requisitos:

-Es necesario que las obligaciones por compensar tengan distinta causa

-Es necesario la fungibilidad entre los dos créditos, lo cual significa que el objeto de ellos sea intercambiable, en la realidad la compensación es una forma de extinción de obligaciones de dinero.

-Se requiere que las obligaciones por compensar sean líquidas y exigibles. Se entiende por obligación líquida la que esté determinada en cuanto a especie y cantidad, y por exigible cuando el acreedor puede reclamar su pago aquí y ahora.

-Aunque en términos generales todas las obligaciones civiles son compensables, sin importar la fuente de donde procedan, las leyes establecen ciertas excepciones a la compensación, en consideración a la naturaleza de los créditos o a las circunstancias de las personas.

4.- Remisión de la deuda.- El Código Civil define a la remisión de deuda en su art. 2209 disponiendo que cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe.

Como se puede apreciar por la lectura del precepto legal antes transcrito la ley no precisa la naturaleza del acto jurídico por el cual se otorga la remisión de la deuda, a diferencia del Código Civil Francés que la reglamenta como una convención en sus artículos 1282 al 1288.

Podemos sostener que, en nuestro derecho la remisión puede ser por acto jurídico unilateral, por testamento, a través de un legado Art. 1444, o por un contrato de donación. En consecuencia, la remisión de la obligación se regula por las normas que corresponden a cada una de estas especies de acto jurídico.

Los efectos que produce esta figura jurídica que extingue las obligaciones son que la remisión extingue la obligación ipso iure, salvo en los casos en que los derechos del acreedor son irrenunciables, como el derecho a recibir alimentos, casos en los cuales la renuncia no produce ningún efecto legal.

La remisión de la obligación principal produce la extinción de las relaciones jurídicas accesorias, como la fianza, la prenda, y la hipoteca, pero la de estas deja subsistente la primera, si existen varios fiadores de una misma obligación y el acreedor hace remisión en favor de uno de ellos, no aprovecha a los demás. Finalmente, dispone el Código que la devolución de la prenda crea una presunción iuris tantum de la cancelación de esta garantía.

5.- Caso fortuito o fuerza mayor.- Dichos eventos pueden hacer imposible el cumplimiento de una obligación cuando el objeto de esta consiste en dar una cosa cierta o realizar un hecho que sólo puede efectuar el deudor, y no así cuando se trata de dar géneros o realizar hechos que puede prestar cualquier persona. La razón por la que se extingue la obligación es que nadie puede estar obligado a lo imposible.

B) Modos de extinción ope exceptionis.

1.- Prescripción.- Nuestro Código Civil regula conjuntamente la prescripción adquisitiva (usucapio), y la prescripción extintiva, no obstante que son dos figuras enteramente diferentes en sus antecedentes históricos y en sus consecuencias jurídicas, y solamente tienen en común que el elemento tiempo es un factor importante en la definición del estado patrimonial de las personas por razones de seguridad jurídica. En efecto, en la usucapio, el tiempo borra los vicios que pudiera tener un título por el que se adquiere la propiedad o las servidumbres continuas, y en la prescripción extintiva, el tiempo libera al deudor de la necesidad de probar el cumplimiento de la obligación.

Podemos definir la prescripción extintiva como una excepción oponible eficazmente a la acción de pago, por el solo transcurso del tiempo y la inactividad del acreedor.

No puede afirmarse que la prescripción extinga la obligación ipso iure, ni conforme a sus antecedentes doctrinales, ni por ley positiva, sino que su efecto consiste en hacer ineficaz la acción que respaldaba a la obligación y la transformación de la obligación de civil a natural, lo que resulta evidente en el artículo 1894, conforme al cual el que ha pagado una deuda prescrita no tiene derecho de repetir, esto es, de reclamar pago de lo indebido.

Tiempo para la prescripción.- La prescripción extintiva, denominada por nuestro Código prescripción negativa, se verifica por el sólo transcurso del tiempo fijado por la ley. El Código establece un término general de prescripción de diez años, contados a partir de que la obligación pudo exigirse (Art. 1159) y múltiples casos de excepción en los cuales el término de prescripción es menor, contenidos en diversas disposiciones que se encuentran dispersas en los libros del Código.

CITAS

- 1.- "PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO"
- 2.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel: "OBLIGACIONES CIVILES", Ed. Harla, México, P. 7
- 3.- DE PINA, Rafael: "ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO", Tomo III, Ed. Porrúa México, P. 21
- 4.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES", Ed. Cajiga, Puebla, México, P. 30
- 5.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL", Ed. Porrúa, México, P.
- 6.- DE PINA, Rafael, Idem, P.36
- 7.- DE PINA, Rafael, Idem, P. 37
- 8.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel, Idem, P. 68
- 9.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Idem, P. 49
- 10.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel, Idem. P. 429

II.- CONTRATOS.

A) CONCEPTO.

En los términos del artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal, "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones". Conforme al artículo 1793 del propio ordenamiento, "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

La redacción y contenido de los dos preceptos transcritos han motivado una pluralidad de comentarios; algunos de estos son meramente expositivos sin comprender en ellos juicio crítico alguno; otros, en cambio, si los cuestionan, bien sea a propósito de aspectos un tanto marginales o bien, por el contrario, hasta de ataque sustancial, que pone en duda su orientación técnico-jurídica al considerar que no se justifica su participación en el contenido del ordenamiento citado, por lo menos tal como nos están presentados como manifestación de derecho vigente.

Uno de los comentarios más socorridos en relación con los preceptos señalados, totalmente inocuo, solo descriptor y elementalmente ilustrativo, pero que al mismo tiempo, es el punto de partida de los cuestionamientos más agresivamente golpeadores a lo previsto por tales dispositivos, es el que gira en torno al razonamiento lógico, según el cual, dados los términos de ambos preceptos y la relación habida entre ellos, el convenio simplemente considerado es el genero cuyo ámbito material comprende, además de la creación, la transmisión, la modificación y la extinción de obligaciones, mientras que el contrato es la especie, pues su contenido, o sea, crear o transmitir ,estas y derechos, queda comprendido en el del convenio lo que no es al contrario; por ello, todo contrato es un convenio, así lo señala el artículo 1793 arriba transcrito. En cambio y por contra, no todo convenio es contrato, este es el convenio por el que se producen y transfieren obligaciones y derechos; hay otros convenios mediante los cuales las relaciones jurídicas se modifican o se extinguen. Estos últimos, supuesto lo anterior, suelen ser designados doctrinalmente como convenios en sentido estricto.

Un segundo señalamiento, considerado como meramente descriptivo y paralelo al aspecto central, es el que las dos acepciones de obligación considerada como relación jurídica en un sentido

amplio y como deuda en su connotación restringida, aparecen respectivamente en el primero y en el segundo de los preceptos en comento.

Como lo hemos apuntado en el artículo 1792 del Código Civil se refiere a obligación en su sentido amplio, esto es, como relación comprensiva de una deuda y de un crédito; el precepto siguiente en cambio usa el vocablo obligación, en su significado restringido es decir, precisamente como deuda, pues en el caso parece encararse y correlacionarse con derecho.

Otro ángulo también motivador de glosa, pero ya con matices críticos, es que así presentados los dispositivos señalados son una clara manifestación de esa actitud exageradamente definidora del Código Civil; que en general no es bien vista. Ello ha propiciado inclusive considerar a dicho ordenamiento como excesivamente doctrinario.

Ahora bien, gradualmente más grave es que al hecho de definir, criticable en sí mismo, se agrega que la postura adoptada mediante las definiciones ofrecidas, no es, ni por asomo, desafortunadamente, manifestación de una corriente única que fuere reconocida en todo caso, o por lo menos con un proselitismo considerable; al contrario, los preceptos comentados son apenas muestra de sólo uno de ellos ángulos desde los cuales puede observarse una diferencia entre convenio y contrato. Sin embargo, cabe reconocer desde ahora que el convenio es ciertamente y en todo caso el género y el contrato una de sus especies, pero con una considerable variedad de resultados por partir de supuestos y tener orientaciones diversas.

En efecto, pueden considerarse por una parte, posiciones según las cuales entre el convenio y el contrato sustancialmente no sólo no hay relación de género y especie, sino más bien, ambos participan de una misma naturaleza y por ello son uno solo y el mismo concepto; por eso, según esas posturas, pretender señalarles diferencias es jurídicamente inútil.

Hay otras opiniones que sí observan esa relación del convenio como género y el contrato como especie, pero con enfoques varios; así por ejemplo, el convenio es todo acuerdo, independientemente de su contenido, sea o no jurídico; el contrato en tanto, implica un acuerdo sobre algo dotado de juridicidad. El acuerdo en el convenio desde otro ángulo, es para generar efectos

jurídicos en cualquiera de sus manifestaciones; el contrato, por contra, sólo da lugar al nacimiento de una obligación. Los efectos del convenio en una tercera posición, recaen sobre cualquier objeto, sea extrapatrimonial o patrimonial y el contrato únicamente tiene un objeto de carácter patrimonial.

No hay que confundir en Derecho el contrato con el pacto:

El pacto es un acuerdo cualquiera de voluntades entre dos o más personas. El contrato es un acuerdo de voluntades que se manifiesta en forma determinada o que se ha colocado en la clase de los contratos por una disposición excepcional, a pesar de su carencia de forma.

Sólo el contrato engendra obligaciones sancionadas por una acción judicial. El pacto, por lo contrario, no produce ningún efecto. Es esta una regla fundamental del derecho, consiste en que el pacto no puede ni crear ni extinguir obligaciones

*Para ello, consideramos adecuado ofrecer las definiciones dadas por Gutiérrez Alviz Armaño:

Contrato.- Negocio jurídico bilateral; acuerdo de voluntades entre dos o más partes; reconocido y amparado por el derecho objetivo, encaminado a crear una o más relaciones jurídicas obligatorias.

Convenio.- Convención, acuerdo de voluntades de dos o más partes; expresión equivalente a pactum, consensus, de la que no se derivan por sí sola obligaciones en el derecho romano.

Pactum.- Pacto, convención acuerdo de voluntades entre dos o más personas, que por carecer de una causa civilis originariamente no engendra una obligación jurídica entre los que en el intervienen. Los que alcanzan validez sin transformarse en contratos se denominan, por los autores, pactos vestidos, frente a los demás, denominados pactos desnudos. Originariamente pactum designa un acuerdo extintivo de una acción; son generadores de acción cuando se unen a un contrato principal, pacta adiecta, y genera obligaciones igualmente, cuando los ampara el derecho Pretoria o imperial, pacta praetoria y pacta legitima". (1)

"Es fundamental para nuestro estudio -apunta Aguilar Carbajal- empezar entre la distinción entre convenio y contrato. El Código Civil nuestro nos da base para plantear esta distinción, que ha sido motivo de grandes discusiones. En efecto, el artículo 1793 claramente estatuye que toman el nombre de contratos los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos, y el 1792 define el convenio como el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear, modificar o extinguir obligaciones.

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

"Insistimos, el derecho mexicano, habiéndose apartado de la terminología usual, da a estas palabras contenido distinto, pero hay que reconocer que pone fin a las discusiones existentes.

"En otras palabras, el convenio es el acuerdo de dos o más voluntades, para transferir modificar o extinguir obligaciones; en cambio, si ese acuerdo tiene como finalidad producir o transferir derechos u obligaciones se llama, contrato" (2)

B) ELEMENTOS DEL CONTRATO

Se llaman elementos del contrato a los requisitos o condiciones que en éste deben concurrir para su existencia. Constituyen, pues, estos elementos, las partes esencialmente integrativas del contrato. Los elementos del contrato se clasifican corrientemente en esenciales y de validez.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1794, dice expresamente: "Para la existencia del contrato se requiere: a) Consentimiento. b) Objeto que pueda ser materia de contrato".

Este cuerpo legal ha prescindido de la causa como elemento del contrato, separándose del criterio sustentado al respecto por otros Códigos, como el francés, el español y el italiano.

Algunos autores, al tratar de los elementos del contrato, suelen distinguir entre los que hacen referencia a su existencia y los que la hacen a su validez; pero en realidad estos últimos son más exactamente que elementos del contrato, supuestos del consentimiento.

Por consiguiente, se consideran como elementos del contrato los que el Derecho Civil Mexicano señala de manera expresa en su artículo 1794, considerando como supuestos del mismo la capacidad, la ausencia de vicios, la licitud en el motivo fin o condición y la forma.

Los supuestos de validez del contrato, aún siendo extrínsecos se distinguen de sus elementos, y ejercitan una función integradora respecto de estos.

La diferencia entre los elementos de existencia y los supuestos del consentimiento en el contrato se manifiestan en el Código Civil vigente en el Distrito Federal.

1. - Elementos esenciales.

A) El Consentimiento.- "Es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior, o en forma más amplia, que sirve para el contrato y el convenio, es el acuerdo de dos o más voluntades tendientes a la producción de efectos de derecho, siendo necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior." (3)

Para que haya contrato se exige la existencia previa de dos o más manifestaciones de voluntad, recíprocas y correlativas, concurrentes a un fin común a las partes que lo producen.

El Código Civil Español declara expresamente que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

El consentimiento puede ser de acuerdo con nuestro Código Civil expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en el caso en que por la ley o por

convenio de la voluntad deba manifestarse expresamente. Dada la naturaleza de requisito esencial que el consentimiento tiene para la creación del contrato, este no existe sin aquél.

La calificación de perfecto aplicada a un contrato significa que reúne todas las condiciones esenciales desde el punto de vista legal para su existencia.

El contrato queda perfeccionado desde el momento en que se ha celebrado con todos los elementos requeridos por la ley para que pueda ser reconocida su existencia y fuerza obligatoria. Este momento representa el nacimiento del contrato.

Declara el Código Civil en su artículo 1796 que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por la ley, y añade que desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

B) El Objeto.- El vocablo objeto tiene tres significados a propósito de la materia contractual:

1. - Objeto Directo del contratante, que es el crear y el transmitir derechos y obligaciones, a los que se refiere el artículo 1793 del Código Civil.

2. - Objeto indirecto es la conducta que debe cumplir el deudor, conducta que puede ser en tres maneras:

- De dar
- De hacer
- De no hacer.

A este objeto se refiere el artículo 1824 que a la letra dice:

Son objeto de los contratos:

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

3. - Finalmente se considera también objeto del contrato por el Código, la cosa material que la persona deba entregar.

El objeto del contrato consiste, consiguientemente en toda prestación de dar, hacer o no hacer simple o compleja, realicese por una de las partes (contratos unilaterales) o por ambas (contratos bilaterales).

C) La solemnidad.- El contrato ya se dijo, requiere siempre de dos elementos de existencia consentimiento y objeto, pero de manera eventual la ley en algunos contratos establece un elemento más: la solemnidad que es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles, que rodean o cubren a la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto.

El efecto de esta forma, es dar la existencia al acto jurídico, y así por el contrario ante su falta, por ministerio de la ley la voluntad de los que desean contratar no produce los efectos deseados y el acto no existe.

En verdad, son pocos los casos donde la ley exige este elemento de existencia. Es típico acto solemne, al margen de cualquier consideración de tipo religioso el contrato de matrimonio, y así lo cataloga no sólo el Código, sino la Constitución Política Mexicana.

2. - Elementos de validez.

Tales requisitos deben darse y existir aún antes del contrato:

A) La capacidad.- Es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por si mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales.

De lo anterior se desprende la clasificación de la capacidad en: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones.

La capacidad de ejercicio es la aptitud de las personas para hacer valer sus derechos y sus obligaciones, ya sea por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales.

En el derecho mexicano toda persona es capaz mientras no exista una disposición normativa que le niegue esa capacidad.

Las incapacidades generales de ejercicio las establece el Código Civil en su artículo 450. Las personas señaladas en ese precepto pueden ser titulares de derechos, lo que no pueden es hacer valer sus derechos por sí mismas, sino que requerirán que otra persona, en su representación los haga valer.

Se entiende por capacidad general la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento.

Por capacidad especial debe entenderse, además de la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, la calidad o una calidad específica de tipo personal o una calidad específica relacionada con el bien como contenido de su prestación de dar.

Las incapacidades de goce, se establecen en protección de intereses de orden público en normas de carácter imperativo o prohibitivas y por lo tanto su incumplimiento o violación se traducirá en un hecho ilícito y por ende la calificación de un contrato celebrado en contravención de tales disposiciones ser la nulidad absoluta.

B) La ausencia de vicios en el consentimiento.- Tradicionalmente se ha considerado como vicios del consentimiento al error, dolo, lesión y la violencia.

1. - Error.- Es el conocimiento equivoco de la realidad y no debe confundirse con la ignorancia, porque esta es una falta de conocimiento.

Para que el error pueda considerarse como un vicio del consentimiento y por lo tanto originar la nulidad del contrato, debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan.

2. - Dolo.- Es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes.

3. - Violencia.- Es cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado para determinar a una persona a celebrar un contrato.

4. - Lesión.- Es el perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en un estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, en la celebración de un contrato, consistente en proporcionar al otro contratante un lucro excesivo con relación a lo que por su parte se obliga.

C) Licitud en el objeto, motivo o fin.- El objeto, o sea la conducta manifestada como una prestación o como una abstención, debe de ser lícita además de posible y así mismo el hecho, como contenido de la prestación, también debe ser lícito.

También los motivos y fines del contrato deben de ser lícitos, es decir que no estén en contradicción con una disposición normativa de carácter imperativo o prohibitivo.

La ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato produce la nulidad absoluta del mismo, en vista de que tales actos serán ilícitos por contravenir una disposición de carácter imperativo o prohibitivo y tales disposiciones sólo se establecen en vista de la protección del interés común, del orden público o

de las buenas costumbres, según se desprende del contenido de los artículos 6, 8, 1830 y 1831 del Código Civil, que a la letra dicen:

Art. 6. –“La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.”

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

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

Art. 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”

C) CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.

1. - Unilaterales y Bilaterales.- Los contratos desde el punto de vista de las obligaciones que generan, se clasifican en unilaterales y bilaterales. Si genera obligaciones para ambas partes es bilateral; si sólo genera obligaciones para una de las partes y derechos para la otra, es unilateral. Para determinar la clasificación de un contrato en unilateral o en bilateral, se debe de analizar el contrato en el momento de su celebración, ya que existen contratos que en el momento de su celebración, sólo engendran obligaciones para una de las partes y por circunstancias posteriores ajenas al contrato aunque relacionadas con él, pueden originarse obligaciones para la otra parte.

2. - Onerosos y Gratuitos.- Los contratos, desde el punto de vista de los provechos y gravámenes que generan, se clasifican en onerosos o gratuitos. Si genera provechos y gravámenes recíprocos es oneroso; si sólo genera provechos para una de las partes y gravámenes para la otra, es gratuito.

No deben de confundirse los contratos unilaterales con los gratuitos, ni los onerosos con los bilaterales. Una clasificación es desde un punto de vista estrictamente jurídico y la otra es desde un punto de vista económico; una atiende a las obligaciones y otra a los provechos y gravámenes que genera.

3. - Consensuales, reales y formales.- Desde el punto de vista de la entrega de la cosa como elemento constitutivo del contrato o como obligación nacida del contrato, se puede clasificar en reales o consensuales.

Cuando la entrega de la cosa en los contratos en los que el contenido de la prestación de algunas de las partes sea transmitir el dominio o el uso o el goce de un bien, sea indispensable para el perfeccionamiento del contrato, se clasifica como real.

Si la entrega no es un elemento constitutivo del contrato, sino que es una obligación que nace del mismo, se entiende que el contrato se perfeccione por el simple acuerdo de voluntades y se clasifica como consensual.

Los formales se dan como elemento del contrato con la manera de manifestar o exteriorizar la voluntad o el consentimiento como acuerdo de las voluntades de las partes de los términos de las partes de un supuesto; que no puede concebirse un acto jurídico y por lo tanto un contrato sin forma y que por lo tanto esta es un elemento indispensable del acto jurídico y del contrato.

4. - Principales y accesorios.- Los contratos principales son aquellos que su existencia y validez no dependen de una obligación preexistente o de un contrato previamente celebrado; es decir son contratos que tienen existencia por sí mismos.

Los contratos accesorios son los que no tienen existencia por sí mismos, sino que dependen de la posibilidad de que exista una obligación o de un contrato previamente celebrado y en atención y a esa obligación se celebra el contrato.

5. - Nominados, innominados y mixtos.- Si la ley reglamenta un contrato conceptuándolo y señalando sus elementos y determinando sus consecuencias y en su caso sus causas de terminación, se dice que el contrato es nominado.

Si la ley no reglamenta un contrato, aunque sólo señale su concepto o le dé un nombre, el contrato será innominado.

Los mixtos son aquellos contratos unitarios que en su estructura intervienen diversos elementos de varios contratos ya sean nominados o innominados, pueden clasificarse en contratos mixtos en sentido estricto, en contratos de doble tipo, y en contratos combinados.

Los contratos mixtos en sentido estricto, serían aquellos que se integran mediante un contrato nominado y un elemento extraño al que puede ser contenido de una prestación o de un contrato diverso.

Los contratos de doble tipo, que serían aquellos en los que todas las prestaciones de una de las partes encuadran dentro de un contrato nominado y todas las prestaciones del cocontratante encuadran dentro de las de otro contrato nominado o innominado.

Los contratos combinados, en que las prestaciones de una de las partes encuadran en dos o más contratos nominados y la contraprestación de la otra parte es sólo dinero.

6. - Instantáneos y de tracto sucesivo.- Los contratos de ejecución instantánea o instantáneos, son aquellos en que las prestaciones de las partes pueden ejecutarse o pueden cumplirse en un solo acto, como en la compraventa o en la donación.

Los contratos de tracto sucesivo son aquellos en que las prestaciones de las partes o las de una de ellas, se ejecutan o cumplen dentro de un lapso determinado porque no es posible real o jurídicamente cumplirlos en un sólo acto, como el arrendamiento y el comodato.

D) INEFICACIA DE LOS ACTOS JURIDICOS.

1. - Inexistencia

El artículo 1794 del Código Civil establece:

"Art. 1794. - Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato."

Una de las reglas de oro que contiene el Código Civil se encuentra en el artículo 1839 que dice textualmente:

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

En este artículo se distinguen claramente los elementos esenciales del contrato, de los elementos naturales que son estos últimos las consecuencias ordinarias del mismo.

Este precepto dice que los primeros o sean los requisitos esenciales del contrato no son renunciables y los elementos llamados naturales sí lo son. A estos últimos se refiere el precepto citado cuando habla de las consecuencias derivadas de la naturaleza ordinaria de los contratos que sí pueden ser renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

En este precepto, se repite, se refiere a los elementos esenciales y elementos naturales del contrato y sólo hasta el artículo 1857 se hace mención de los elementos accidentales que son precisamente el término, la condición y el modo.

Los requisitos esenciales son aquellos que constituyen la definición del contrato, como son en la compraventa la cosa vendida, el precio y el consentimiento y así en cada uno de los contratos cuya definición señala la misma ley.

Los elementos naturales son los que producen las consecuencias naturales del negocio y pueden renunciarse. Así en la venta es consecuencia o elemento natural la evicción y el saneamiento la responsabilidad por los vicios ocultos, el pago del precio en un lugar determinado por las partes. En el arrendamiento son esenciales la cosa arrendada la renta y el acuerdo. Consecuencias naturales: No se rescinde por la muerte del arrendador y del arrendatario, salvo convenio en contrario, (art. 2408). El arrendatario no está obligado a pagar la renta sino desde el día en que reciba la cosa arrendada, salvo pacto en contrario: (art. 2426).

En la venta la evicción puede ser renunciada y admite convenio en contrario: (art. 2121).

Los elementos esenciales no pueden ser renunciados, como ya se dijo antes según el Código Civil, es característica de los derechos públicos el no poderse renunciar. Así lo dice el Art. 6º "Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público".

La observancia de los elementos esenciales de los contratos no puede ser renunciada so pena de nulidad por ser contraria al interés público.

El Art. 8º textualmente establece: "Que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

Tratándose de los elementos esenciales de los contratos, la ley no solamente dice que son irrenunciables, sino que agrega que son inseparables de los propios contratos.

La falta de integración de un acto jurídico, como se ha demostrado, es una violación a la sustancia fijada por el derecho de cada uno de los derechos jurídicos. La sanción de acuerdo con el art. 8º del Código Civil es la nulidad.

El art. 2224 del Código Civil del Distrito Federal, establece que el acto jurídico es inexistente, por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él. Faltan pues, dos elementos del negocio jurídico: el consentimiento y el objeto.

Pues bien, ni consentimiento ni objeto, del acto jurídico tienen un solo significado. Por el contrario, tanto consentimiento como objeto tienen significaciones diversas, como lo vamos a ver.

CONSENTIMIENTO. En efecto este vocablo es anfibológico: tanto significa el consentimiento de cada uno de los contratantes como el consentimiento común de ambos que entonces se llama acuerdo.

En efecto, en los Arts. 1794 fracción I, y 1803, la palabra se refiere al común consentimiento, que es lo que forma el acuerdo que es el núcleo de los convenios y los contratos que se forman con la correspondencia y unión en un punto de las dos expresiones de voluntad de los contratantes. La oferta es la declaración de voluntad de contraer una obligación; la aceptación es la declaración que manifiestan la voluntad de adquirir un derecho. El acuerdo se forma por la unión de la oferta y la aceptación. Las propuestas, generalmente son más complejas, porque contienen de ordinario la oferta y la aceptación anticipada.

En estos casos el consentimiento está tomado por acuerdo. significa la unión de dos voluntades en un mismo punto.

Pero en los artículos 1812, 1813 y los relativos al dolo y violencia, están tomando como punto de consideración el consentimiento individual de uno de los contratantes.

En el 1831 se habla del fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, que no debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres. No dice el precepto si el motivo debe ser común, pero así debe entenderse, porque un motivo ilícito puede tenerlo uno de los contratantes y no saberlo y sería injusto tratar de la misma manera a ambos. Tampoco dice la ley en este artículo si el motivo debe de ser expreso o no; pero debe entenderse que si es individual debió haberse externado en alguna forma para que lo conociera el otro contratante.

Con estas aclaraciones, el motivo determinante de la voluntad, ilícito debe ser común.

Esta falta de consentimiento que produce la inexistencia será la falta de acuerdo. Puede suceder que la falta de consentimiento pueda existir de manera absoluta en una de las partes y producir entonces la falta de acuerdo y la llamada inexistencia.

La dificultad va a estribar en determinar cuando el vicio de la voluntad de uno de los contratantes produzca o no la falta de acuerdo o sea su ausencia total.

El error de una de las partes sobre la identidad del objeto puede hacernos ver que falta el acuerdo completo, existiendo solo en apariencia. Pero si el motivo determinante que impulso a una de las partes a contratar fue la calidad determinada del objeto. ¿No hubiese en este caso una falta de acuerdo también?. Cómo sucede en los casos de engaño o de error sobre el autor de la pintura que apetecemos. Creemos que es de Cabrera, pero en realidad es una copia. ¿Si compramos un objeto de oro porque tiene la apariencia y el vendedor lo afirma, engañándonos porque sabe que sólo tiene un baño superficial, puede decirse que haya acuerdo?

OBJETO. En cuanto al objeto a que el precepto definitorio de la inexistencia se refiere, no sabemos a cual objeto se oriente porque en el Código Civil la palabra objeto es polisensa. En efecto en el art. 1824 se entiende por objeto la cosa material que el obligado debe de dar o el hecho que debe de prestar. El objeto parece ser material porque debe de existir en la naturaleza y estar en el comercio y ser determinado o determinable en cuanto a su especie. En el artículo 1875 referente a la interpretación de los contratos, establece la regla de que si las palabras puedan tener distintas acepciones, se elegirá aquella conforme a la naturaleza y objeto del contrato.

En el Art. 1857 de nuestro Código habla de otra significación según la cual los contratos tienen objeto principal y objeto no principal; pues dice que, después de hablar de las dudas sobre las circunstancias accidentales del contrato trata de las dudas que recaigan sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cual fue la intención o voluntad de los contratantes; así el contrato será nulo.

Es de llamar la atención que en este artículo 1877 se hayan previsto las dudas insolubles sobre los elementos accidentales y no sobre la naturaleza del contrato; pero en cambio nos habla del objeto principal que si se opone por ser principal, a lo accidental, entonces se referirá a la esencia. De todas maneras se ve otra significación que tiene el vocablo "objeto del contrato". así pues, debemos preguntar cuál sea el objeto faltante en el negocio jurídico para que se produzca la inexistencia, sobre todo cuando vemos el art. 2253 según el cual los contratantes de compraventa convinieron en que el precio fuera fijado por un tercero. Si este no quisiere o no pudiere señalar el precio quedará el contrato sin efecto esto es ineficaz; pero no inexistente, porque si lo fuera, no se admitiría el "salvo convenio en contrario", porque no se puede modificar, alterar ni tocar la inexistencia, precisamente por ser la nada. Conste que el precio es uno de los elementos esenciales de la compraventa.

2. - Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa.

Su ineficacia de origen siempre consiste en la nulidad. Asimismo, podemos afirmar que la nulidad siempre es de origen y, por tanto, no puede darse el caso de que un acto originalmente válido se vuelva nulo. Ahora bien, para el estudio de la nulidad podemos adoptar la clasificación tradicional de las nulidades en absolutas y relativas, siempre y cuando no llevemos la distinción al extremo en que incurrieron los tratadistas que entienden la absoluta como la nulidad ipso jure, puesto que una u otra tiene que ser declarada por una resolución judicial, independientemente de que ésta se obtenga por la vía de acción o por la de excepción.

La diferencia entre la nulidad absoluta y la relativa se determina por tres notas características:

1. - La nulidad absoluta afecta al acto de ineficacia insuperable; la relativa, resulta de un defecto del acto que puede subsanarse. 2. - La acción o la excepción de nulidad absoluta compete a cualquier interesado, en tanto que la de nulidad relativa sólo puede ser hecha valer por el particular directamente afectado. Esta diferencia requiere de una breve explicación para no caer en el error de pensar en la posibilidad, no existente en nuestro sistema, de una acción popular por la que cualquier persona pudiera pretender la declaración de nulidad de ciertos actos jurídicos. Conforme aun principio general de derecho en materia procesal, para el ejercicio de una acción o la interposición de una excepción es indispensable tener un interés legítimo y jurídicamente protegido. Por tanto, al decir

que la acción o la excepción de nulidad compete a cualquier interesado no debemos entender que sea cualquier persona, sino únicamente quien pueda invocar un interés legítimo y jurídicamente protegido, por ejemplo los acreedores, los causahabientes de alguna de las partes. 3. - La nulidad absoluta no está sujeta a prescripción, en tanto que la relativa sí es prescriptible si no es invocada oportunamente por el afectado. El acto radicalmente nulo o de nulidad insuperable no puede volverse válido por el solo transcurso del tiempo, y es en ese sentido que se afirma, que la nulidad absoluta es imprescriptible; las acciones que puedan tener los interesados para reclamar la restitución de bienes o la destrucción de los efectos de la nulidad, si están sujetas a la prescripción general de las acciones, por la necesidad que impone la seguridad jurídica que es la que justifica toda prescripción. Es un caso diferente es el de la nulidad relativa, que así como puede ser subsanada y convalidado el acto jurídico que se vio afectado por ella, también puede extinguirse la nulidad misma por una convalidación tácita si el afectado no la invoca en tiempo oportuno.

Para comprender mejor las causas de nulidad de los actos jurídicos, conviene recordar algunas ideas elementales sobre las distintas clasificaciones de las leyes que tienen incidencia práctica muy importante en el tema que nos ocupa.

Sin perjuicio del principio general sobre el deber de observancia de la ley por todos los gobernados, hay ciertas disposiciones legales que, por estar dirigidas a la protección de intereses privados de los particulares, pueden ser renunciados por éstos. En este sentido se pronuncia nuestro legislador del Código Civil Vigente, al disponer en el Art. 6°. que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla, y que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.

El sentido de esta disposición nos permite distinguir entre las leyes de interés público, que generalmente se expresan en normas imperativas o prohibitivas, de las leyes permisivas o supletorias de la voluntad de los particulares. De esta distinción se deduce con toda claridad que en la celebración de un acto jurídico no puede contrariarse una norma de interés público, imperativa o prohibitiva, bajo pena de ineficacia insuperable del acto, pero sí puede actuarse con renuncia de las normas que solamente protegen el interés de los particulares.

En cuanto a los elementos del acto jurídico, su nulidad será absoluta o relativa, dependiendo de que su defecto sea subsanable o no.

Podemos tomar como conclusión que un acto jurídico está afectado de nulidad absoluta por dos razones: 1. cuando se realiza en contra de normas de interés público las buenas costumbres, o bien, 2. cuando falta alguno de los elementos esenciales.

Si llevamos a la práctica este principio general, descubrimos que en algunos casos se confunden ambas razones, como ocurre cuando se trata de la imposibilidad jurídica o la ilicitud en el objeto; por tanto, en el enunciado de las causas concretas de nulidad que se presentan en la práctica no se hace una presentación esquemática de unas u otras. Además, dicho enunciado no pretende ser exhaustivo.

Hechas estas aclaraciones, podemos decir que están afectados de nulidad absoluta:

1. Los expresamente prohibidos por la ley, por ejemplo, la prohibición a los extranjeros para adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas del país (Art. 27 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), o también la prohibición a los magistrados, jueces, ministerio público, defensores de oficio, abogados, procuradores y peritos, para comprar los bienes que son objeto de los juicios en los que intervengan.

2. Los actos cuyo fin o motivo determinante de las partes son contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

Entre los actos que atentan contra el orden público pueden mencionarse aquellos que dan lugar a prácticas monopólicas o contra la libre competencia, que están expresamente previstas en el art. 28 de la Constitución. También son contrarios al interés público los actos que atentan contra el principio de libre circulación de los bienes, por lo que son nulas las cláusulas de inalienabilidad absoluta.

Un buen ejemplo de los actos cuyo fin es contrario a las buenas costumbres es el contrato de arrendamiento de un inmueble para el establecimiento de un casino, para la practica de juegos prohibidos o las llamadas casas de tolerancia.

3. Los actos viciados de un error dirimente, o error obstáculo, que impide la formación del consentimiento, por ejemplo, el error en el objeto o en la naturaleza del acto por celebrar.

4. Los celebrados sobre un objeto imposible jurídicamente. Son los actos que tienen por objeto un bien que está fuera del comercio, como los bienes del dominio público o de uso común.

5. Los actos sobre objetos ilícitos. Independientemente de que pueda configurarse un delito, desde el punto de vista del derecho civil son nulos los actos que tienen un objeto ilícito, como los estupefacientes, las armas prohibidas o ciertos servicios como el lenocinio.

6. La falta de forma en los actos que la requieren como elemento esencial, denominados actos solemnes, es también causa de nulidad absoluta. En nuestro derecho, los únicos actos jurídicos solemnes son el matrimonio y el testamento, este último en sus diferentes formas previstas por la ley.

En nuestro sistema jurídico, como ocurre en general en el derecho de otros países, la nulidad absoluta no opera ipso jure, sino que debe ser declarada por una resolución judicial, por lo que frecuentemente es inevitable que el acto produzca sus efectos en la realidad, los cuales tendrán que ser destruidos en forma retroactiva, por efecto de la sentencia que declare la nulidad, de tal manera que vuelvan las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del acto nulo.

Consecuentemente, las partes tendrán que restituirse mutuamente lo que hubieran recibido o percibido en virtud o por efecto del acto anulado y, en su caso, los intereses causados o los frutos percibidos desde el día de la presentación de la demanda; pero si alguna de las partes ha obrado de mala fe, tendrá que restituir todos los intereses y frutos desde que entró en posesión del capital o de los bienes, en su caso, según la interpretación jurídica.

Puede suceder que, de los efectos que ha producido el acto nulo, se deriven derechos en favor de terceros, a pesar del principio de la relatividad de los actos jurídicos, pues ocurre a menudo que, a consecuencia de relaciones jurídicas anteriores o posteriores al acto, sus efectos se reflejen en otras personas, como los herederos, legatarios, acreedores, causahabientes a título particular, etc. ¿Puede lesionar a terceros la declaración de nulidad de un acto jurídico?

A esta cuestión se podría dar a una respuesta general en sentido afirmativo, puesto que conforme al principio según el cual el causahabiente no puede tener un derecho más o mejor que el de su causante, puesto que nadie puede dar lo que no tiene.

La primera parte del Art. 2242 dispone que todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietaria de él en virtud de un acto anulado, quedan sin ningún valor. Sin embargo, en algunos casos la ley hace una excepción al principio, por razones de equidad, protegiendo sobre todo la buena fe de quien contrata con una persona que en apariencia tiene la posibilidad de transmitirle un derecho. En este sentido está concebido el principio de derecho registral, recogido por el Art. 3009, conforme al cual el registro protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante excepto cuando la causa de la nulidad resulte claramente del mismo registro.

En el derecho moderno la nulidad tiene una dimensión procesal, puesto que siempre es necesaria su declaración judicial, ya que nadie puede hacerse justicia por sí mismo.

Para obtener la declaración de nulidad, se puede actuar por la vía de acción o por la excepción. Esto es, el interesado puede tomar la iniciativa ejercitando la acción de nulidad o bien adoptar una posición pasiva y cuando se le demande el cumplimiento del acto o contrato nulos, hacer valer la excepción de nulidad.

Para el ejercicio de la acción de nulidad y, en su caso, la excepción está legitimado cualquier interesado, esto es, cualquier persona que tenga un interés legítimo y jurídicamente protegido, como puede ser el que fue parte en el acto nulo o sus causahabientes, fiadores, garantes, acreedores, etc.

Como antes dijimos, al ser declarada la nulidad absoluta del acto, las consecuencias de la sentencia tienen que ser, forzosamente, la ineficacia jurídica completa del acto, y si éste hubiese producida efectos, deberán destruirse retroactivamente.

La nulidad relativa o anulabilidad es una sanción legal por un defecto de origen del acto jurídico, que sólo afecta a intereses particulares, no atase a sus elementos esenciales ni al interés público y, por tanto, es susceptible de subsanarse y solamente puede ser invocada por la persona en cuya protección la establece la ley

1. La falta de capacidad de cualquiera de las partes que intervienen en la creación del acto jurídico es causa de nulidad relativa y se puede subsanar mediante la confirmación expresa o tácita; es tácita en el caso de que el incapaz no la invoque al adquirir la plena capacidad, o cumpla con lo que está obligado por dicho acto.

Además son nulos todos los actos de administración ejecutados por los incapacitados sin autorización de su tutor, y los celebrados por un menor emancipado cuando consistan en la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.

En estos casos la nulidad únicamente puede ser invocada, ya sea por la vía de acción o por la de excepción, por el mismo incapacitado o por sus representantes legítimos. No puede ser alegada por las personas con las que contrató, ni por los codeudores o fiadores del incapaz.

2. Los vicios del consentimiento, dolo, violencia, lesión o error, son también causa de nulidad relativa. Solamente puede invocar la nulidad la parte en el acto jurídico cuya voluntad resultó viciada y puede ser subsanada por convalidación.

Si se trata de error, el acto jurídico será nulo si aquél recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de las partes.

La acción de nulidad prescribe en sesenta días contados a partir de que el error fue conocido; en otro caso, la prescripción operará en los plazos que correspondan según la naturaleza del acto afectado por dicho vicio.

El dolo, ya sea que provenga de una de las partes o de un tercero a sabiendas de que aquélla, es siempre causa de nulidad; sin embargo, si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad de acto ni reclamar indemnización, de acuerdo con el principio recogido por el Código Civil en su art. 1817, Como el código no establece un plazo especial de prescripción, la acción de nulidad por dolo prescribe un plazo genérico de diez años.

Si el vicio consistió en violencia o intimidación la acción para pedir la nulidad sólo puede ser ejercitada por la víctima y prescribe en seis meses contados desde que cese dicho vicio.

3. La falta de forma prescrita por la ley, cuando no se trata de actos solemnes, da lugar a la nulidad relativa, que puede ser invocada por todos los interesados; el acto puede ser convalidado mediante el cumplimiento de la forma. En razón del principio de la conservación del contrato, el código prescribe que, en el caso de omisión de la forma prescrita por la ley, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley. En el caso de que se planteara ante el juez la demanda de nulidad y en la vía de reconvencción se demandara el otorgamiento de la forma, o viceversa, el juez tendría que resolver por la formalización del acto, si se dan los supuestos de la disposición legal citada.

Como se precisó con anterioridad, una de las diferencias importantes entre la nulidad absoluta y relativa consiste en que en esta última el acto viciado es susceptible de convalidación, ya sea por confirmación o cumplimiento voluntario, en el caso de incapacidad o vicios del consentimiento, cuando han desaparecido dichos defectos, o mediante el otorgamiento de la forma prescrita por la ley cuando la causa de la nulidad es la falta de forma. En estos casos, la confirmación surte efectos en forma retroactiva al día en que se verificó el acto nulo.

Con independencia de lo anterior, la nulidad, como en el caso de la absoluta, tiene que ser declarada por resolución judicial, para lo cual es necesario alegarla en juicio, ya sea por la vía de acción o de excepción, por quien está legitimado para ello.

La consecuencia de la declaración de nulidad es en esencia la misma que en el caso de la nulidad absoluta.

CITAS

1. - GUTIERREZ ALVIS, Armario, "DICCIONARIO DERECHO ROMANO" 3era. Edición, Edición Madrid 157, 1982, Pág. 154, 157, 509.
2. - AGULIAR CARBAJAL, Benito, "CONTRATOS CIVILES" 2a Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1977. Pág. 9
3. - GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES", Ed. Cajiga, Puebla, Puebla, P 207

III.- CONTRATO EN PARTICULAR.

A) COMPRA VENTA

1. - Concepto.- La definición de compraventa, con fundamento en el criterio legal, puede formularse diciendo que es el contrato en virtud del cual uno de los contratantes (vendedor) se obliga a traspasar la propiedad de una cosa o derecho, y el otro (comprador), a su vez, se obliga a pagar un precio cierto y en dinero.

El Código Civil para el Distrito Federal nos dice en su Art. 2248:

"Art. 2248. - Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro, a su vez, se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero."

"Art. 2249. - Por regla general, la venta es perfecta y obligatoria para las partes cuando se han convenido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada, ni el segundo satisfecho".

En relación con este contrato se advierte que unos Códigos Civiles emplean la palabra compraventa para designarlo y otros la de venta. La más adecuada es la de compraventa, por que para que haya venta es preciso que haya quien compre. En este acto jurídico, desde el punto de vista de lo que el vendedor hace, es venta, pero desde el punto de vista del comprador es compra, por lo que es evidente que la denominación exacta de él es compraventa.

Según las leyes por las que se rige, la compraventa se divide en civil y mercantil. Por razón de su origen la compraventa se clasifica en voluntaria y necesaria.

El Código civil no establece lo que es la compraventa civil. Pero en el Código de Comercio si existen algunos preceptos que permiten conocer cuándo la compraventa es mercantil.

Se consideran actos de comercio las adquisiciones y las enajenaciones y las compras y ventas de artículos, mercaderías, muebles e inmuebles verificados con propósito de especulación comercial. Es decir, para darle el carácter de mercantil a la compraventa, tiene que haber el propósito directo y preferente de traficar, de obtener una ganancia.

Además, la compraventa es mercantil cuando tiene por objeto alguna cosa de naturaleza mercantil, como acciones, títulos de crédito, obligaciones mercantiles, etc.

2. - Elementos.

Los elementos específicos del contrato de compraventa se clasifican en personales reales y formales.

a) Personales.- Los elementos personales de la compraventa son el vendedor y el comprador, es decir, las personas interesadas en la operación.

La celebración del contrato de compraventa supone en relación con las partes la capacidad general para obligarse, por lo que los incapaces para contratar, en general, lo son también para comprar o vender.

La circunstancia de que personas con capacidad para contratar no puedan celebrar la compraventa hace que algunos autores afirmen la existencia de incapacidades especiales que impiden celebrar este contrato.

La capacidad para vender y comprar requiere como presupuesto la capacidad general para contratar:

Las facultades de vender y comprar tienen en el Código Civil para el Distrito Federal limitaciones precisas, que este cuerpo legal desarrolla bajo la rúbrica "De los que pueden vender y comprar" (artículos 2274 a 2283)

b) Reales.- Cosa y Precio.

Cosa- Se estima generalmente como objeto o materia de la compraventa todo lo que es susceptible de apropiación, es cualquier bien en el comercio, determinado o determinable por la especie o por el genero.

Precio.- Consiste en la suma que el comprador se obliga a entregar a cambio del objeto de la venta; debe ser cierto y real. La certeza del precio no resulta solamente de que sea determinado por las partes, sino también de que sea verdadero y serio. Precio cierto es aquel que existe ciertamente. A él se opone el precio simulado; es decir que en realidad no existe.

c) Formales.- Los requisitos formales no afectan a todos los contratos de compraventa sino alguno de ellos.

En los contratos de compraventa de bienes muebles la ley no exige una manera especial para que se exteriorice el consentimiento y por lo tanto la forma para el contrato es libre y no impuesta. El contrato de compraventa de bienes muebles puede celebrarse en escritura pública en documento privado, con o sin testigos, en forma verbal o por actos circunstancias que necesariamente supongan ese consentimiento. De lo anterior se desprende que el contrato de compraventa respecto de bienes muebles sea un contrato consensual, en oposición a formal.

Los contratos de compraventa respecto de bienes inmuebles, son formales, en virtud de que la ley siempre exige una formalidad determinada e impuesta para su validez.

El principio general respecto a la forma de los contratos de compraventa de bienes inmuebles es que deben constar en escritura pública.

3. - *Naturaleza Jurídica*

Los caracteres de la compraventa que se desprenden naturalmente del concepto legal de este contrato lo califican como principal, bilateral, oneroso, generalmente conmutativo y excepcionalmente aleatorio como en el caso de la compraventa de esperanza, consensual y translativo de dominio en el sentido de que sirve de título para la transferencia de la propiedad, pudiendo ser instantáneo o de tracto sucesivo.

La compraventa es perfecta y obligatoria para las partes cuando se ha convenido en la cosa y el precio, aunque la primera no se haya entregado ni el segundo satisfecho.

Constituyen la excepción de esta regla los casos en que se celebre bajo condición suspensiva, en los cuales no se perfecciona hasta el cumplimiento de la condición.

Las compras de cosas que se acostumbra gustar, pesar o medir, no producirán sus efectos sino después de que se hayan gustado, pesado o medido los objetos vendidos.

Por consumación del contrato se entiende la satisfacción de las prestaciones a que estén obligadas cada una de las partes.

En relación con la compraventa podemos decir que se perfecciona con el consentimiento y se consuma con la entrega de la cosa y del precio.

4. *El Consentimiento.*

El consentimiento en este contrato es la unión o conjunción acorde de voluntades de las partes contratantes en los términos del supuesto jurídico, para entregar un bien o documentar la titularidad de un derecho del vendedor al comprador y para pagar como contraprestación del comprador al vendedor, un precio cierto y en dinero y producir el efecto translativo indicado.

Para que exista consentimiento como elemento del contrato de compraventa, no es suficiente que dos personas se pongan de acuerdo o convengan sobre precio y cosa, sino que se requiere que ese acuerdo sea para transmitir entre ellas la propiedad de la cosa y su entrega a cambio del pago, como contraprestación, de un precio cierto y en dinero. En el contrato de promesa de compraventa, existe un acuerdo respecto de precio y cosa, pero no existe contrato de compraventa, pues sólo hay la intención de celebrar un contrato de compraventa en cierto tiempo, y falta la intención en ese acto de transmitir la propiedad de las cosas y entregarla, a cambio de un precio cierto y en dinero. Si dos personas se ponen de acuerdo respecto de una cosa y su precio, pero una para vender el bien y la otra para que la primera lo venda, pero no para que ella lo compre, tampoco habrá compraventa por no existir esa conjunción acorde de voluntades para transmitir la propiedad de determinado bien y entregarlo, a cambio de un precio cierto y en dinero, esto es, falta el consentimiento para la compraventa, y por la falta de tal elemento no pueda existir el contrato.

También se presenta un caso de ausencia del consentimiento, cuando haya error sobre la identidad del objeto, de tal manera que una parte cree vender una cosa y la otra comprar una semejante, y esto puede ocurrir frecuentemente en el comercio, cuando se confundan las mercancías sobre las cuales las partes están tratando, por lo que, generalmente en el momento de pagar el precio de una mercancía, se aclara el error sufrido por los contratantes, ya que el vendedor se ha referido a determinada cosa y el comprador ha pensado en una distinta.

"La falta del consentimiento ocurrida por error en la naturaleza del contrato o en la identidad del objeto, origina la inexistencia de la compraventa, con sus características clásicas, es decir, no se producen efectos jurídicos; en cualquier tiempo puede invocarse dicha inexistencia; todo interesado tiene la posibilidad jurídica de hacerla valer, y no se requiere declaración judicial para constituir la, pero si una controversia surge al respecto, si será necesaria la sentencia que así lo decida, la cual será declarativa y no constitutiva." (1)

5. - El Objeto.

El objeto directo del contrato de compraventa es la conducta de los contratantes, manifestada como una prestación de hacer, consistente en entregar un bien o documentar la titularidad de un

derecho y en pagar un precio cierto y en dinero; y el objeto indirecto es la cosa y el precio, como contenido de tal conducta. Al efecto, debe de analizarse el objeto de este contrato desde el punto de vista doble, del contenido de la prestación del vendedor y del contenido de la prestación del comprador.

"El objeto directo consiste en transmitir el dominio de una cosa por una parte y en pagar un precio cierto y en dinero por la otra. Mientras que los objetos indirectos en la compraventa están constituidos por la cosa y el precio. Puede existir consentimiento para transmitir una cosa a cambio de un precio, pero puede no existir la cosa, o faltar el precio, y en ese caso el contrato es inexistente por la falta de alguno de los objetos indirectos. Ya no hay correlatividad entre el consentimiento y los objetos indirectos, y por esto en la práctica se analizan los casos de inexistencia cuando la cosa es imposible física o jurídicamente, o bien, cuando el precio no existe." (2)

El hecho positivo como contenido de la prestación de hacer consistente en la entrega de un bien o la documentación de la titularidad del derecho debe de ser posible y lícito. Por otra parte, la cosa misma como contenido de la prestación de dar, debe tener las características indicadas en el artículo 1825 del código civil; que son: existir en la naturaleza, ser determinable o determinada en cuanto a su especie y estar en el comercio.

La cosa puede no existir en la naturaleza, porque nunca haya existido (un pegaso) o porque se haya destruido por completo antes de la celebración del contrato (una estatua de mármol que se rompa y se haga polvo en forma total por una fuerza física.) Si se celebrase un supuesto contrato respecto de una cosa que no exista en la naturaleza y no tenga la posibilidad de existir, la compraventa sería inexistente.

El precio como contenido de la prestación de dar por parte del comprador, debe de ser cierto, en dinero, verdadero y justo.

El precio debe de ser en dinero, en otras palabras, en moneda nacional que conforme a la ley monetaria en vigor tenga poder liberatorio pleno, aunque se admite que la contraprestación del comprador se pague parte en dinero y parte con el valor de otra cosa, siempre y cuando el importe en dinero sea igual o mayor que el valor de esa cosa. Si el precio no reúne la característica de ser en dinero, habrá permuta u otro contrato, pero no-compraventa.

Además el precio debe ser verdadero, no irrisorio o ficticio, pues en este supuesto se estaría en presencia de un contrato simulado o de una donación, pero no de una compraventa, ya que una de las características del contrato es que la prestación del comprador sea realmente un precio cierto y en dinero y en tal sentido debe orientarse el acuerdo de voluntades.

Por último, el precio debe de ser justo, lo que da a entender que exista una equivalencia lógica entre el valor de la cosa vendida y el precio, ya que si no coinciden en ese sentido, puede la desproporción de prestaciones desnaturalizar el contrato por desear las partes la celebración de un contrato de donación y no de compraventa, o tal desproporción aunada a una situación personal del comprador, debida a una suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, constituir una causa de nulidad por lesión.

El precio puede ser pactado por los mismos contratantes en forma directa e inmediata; pueden convenir en que el precio sea el que corra para bienes fungibles en el mercado en día o lugar determinados o pueden estipular que sea fijado por un tercero. Si el precio lo pactan las partes o puede ser determinarse por ser el que corra un día o lugar determinados, el contrato se perfecciona desde el momento de su celebración; pero si debe fijarlo un tercero, el contrato como compraventa sólo se perfeccionará hasta el momento en que este lo señale, ya que mientras no lo fije, faltará un elemento al contrato, como lo es el precio.

6. - La Forma.

En los contratos de compraventa de bienes muebles la ley no exige una manera especial para que se exteriorice el consentimiento y por lo tanto la forma para el contrato es libre y no impuesta. El contrato de compraventa de bienes muebles puede celebrarse en escritura pública, en documento privado, con o sin testigos, en forma verbal, o por actos o circunstancias que necesariamente supongan ese consentimiento. De lo anterior se desprende que el contrato de compraventa respecto de bienes muebles, sea un contrato consensual, en oposición a formal.

Los contratos de compraventa respecto de bienes inmuebles, en cambio, son formales, en virtud de que la ley siempre exige una formalidad determinada e impuesta para su validez.

El principio general respecto a la forma en los contratos de compraventa de bienes inmuebles, es que deben constar en escritura pública.

7. - Capacidad.

En el contrato de compraventa, la capacidad del vendedor es diferente a la capacidad del comprador.

El vendedor requiere una capacidad especial que es una capacidad específica de tipo personal relacionada con el bien o cosa, objeto del contrato, consiste en ser propietario del bien; ya que si no es propietario no se podría transmitir el dominio, que es una de las características de este contrato.

El comprador, por el contrato no requiere sino de una capacidad general por ser a él a quien se le transmitirá la propiedad del bien, y sólo requerirá también de una capacidad especial si además de pagar como contraprestación dinero en efectivo, involucra otros bienes, pues respecto de ellos necesitará ser propietario.

Si el objeto del contrato no es propio del vendedor se estará en presencia de la figura conocida como venta de cosa ajena.

Debe entenderse por compraventa de cosa ajena, el contrato por el cual la persona que lo celebra como vendedor no es propietaria de la cosa objeto del mismo, en el momento de la celebración del acto y actúa sin estar autorizado por el dueño del bien, ni por la ley, que recae sobre un bien determinado y pretende por ese medio conseguir el efecto translativo de dominio que es propio del contrato.

En toda legislación en que se reconozca y garantice el derecho de propiedad, el contrato de compraventa de cosa ajena, por constituir un hecho jurídico contrario a disposiciones de orden público, debe considerarse como nulo, con nulidad absoluta.

La compraventa de cosa ajena no es susceptible de confirmación, ya que si hoy se celebra una compraventa de cosa ajena, mañana y siempre que se pretenda confirmarla seguirá siendo ajena. La puede hacer valer todo interesado, especialmente el propietario del bien o sus causahabientes, ya que si la acción sólo se les otorgara a las partes contratantes en forma exclusiva, o alguno de ellos, como en el caso de la nulidad relativa, éstas nunca la intentarían por falta de interés y se estarían burlando del propietario y del espíritu de la ley que protege la propiedad individual. Por último, no prescribe la acción para hacerla valer, aunque el adquirente pueda usucapir la cosa por una posesión en concepto del propietario.

Por otra parte, ambas partes contratantes deben de tener capacidad de goce para la celebración del contrato y para que puedan, en especial el comprador, ser titulares de los derechos que emanan del contrato.

"Un extranjero no tiene capacidad de goce para ser titular de los derechos de propiedad de un bien inmueble ubicado en zona prohibida, y por lo tanto no tiene capacidad de goce para ser titular como comprador de derechos de propiedad respecto de un bien inmueble ubicado en esa zona. Si celebra la operación, el contrato estará afectado de una nulidad absoluta, por ser un hecho realizado en contravención a una norma de carácter imperativo". (3)

Por falta de capacidad de goce, no pueden adquirir los bienes objeto de litigios en que intervengan, los magistrados, los jueces, el Ministerio Público, los defensores, los abogados, los procuradores y los peritos, y si lo hacen, la compraventa estará afectada de una nulidad absoluta.

Tampoco pueden adquirir los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados los tutores, curadores, mandatarios, ejecutores testamentarios, interventores, los representantes del ausente, los administradores e interventores en caso de ausencia y los empleados públicos, bajo la sanción de nulidad absoluta del contrato.

Para celebrar el contrato de compraventa por su propio derecho, las partes deben de tener la capacidad de ejercicio. Si una de las partes o ambas no tiene capacidad de ejercicio y comparece personalmente a la celebración del contrato, éste estará afectado de nulidad relativa, atento lo dispuesto en los artículos 2228, 2230 y relativos del Código Civil.

En la enajenación de determinados bienes y con relación a la capacidad y representación de las partes contratantes, deben observarse ciertos requisitos, como los siguientes:

a) Para que los cónyuges puedan celebrar el contrato de compraventa entre ellos, requieren de autorización judicial y estar casados bajo el régimen de separación de bienes.

b) Los hijos sujetos a patria potestad sólo pueden vender a sus padres los bienes que hayan adquirido por su trabajo.

c) Quienes ejerzan la patria potestad no pueden vender los bienes inmuebles o los muebles preciosos propiedad de su representados, sino por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio y previa la autorización del juez competente, ni vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganado, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta.

d) El tutor no puede vender los bienes inmuebles, derechos anexos a ellos y los muebles preciosos que le pertenezcan al pupilo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, debidamente justificada y previa la autorización judicial. La venta de bienes inmuebles en esos casos debe de hacerse en subasta pública, bajo sanción de nulidad.

e) El tutor no puede comprar para sí, ni para sus ascendientes, cónyuge, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad, los bienes de su pupilo; si lo hace, la venta es nula y el acto será suficiente para que se le remueva.

f) El representante del ausente tiene respecto de los bienes las mismas obligaciones, facultadas y restricciones que los tutores.

g) El emancipado sólo puede vender sus bienes inmuebles previa autorización judicial.

h) El albacea sólo puede vender los bienes de la sucesión para estar en posibilidad de pagar deudas o hacer algún gasto urgente, previo acuerdo de los herederos y si no fuera posible, con la aprobación judicial y no puede comprar para sí ni para sus ascendientes, cónyuge, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad, los bienes de la herencia y si lo hace, además de ser el contrato nulo, es causa para que se le remueva del cargo.

i) El propietario de una finca urbana dada en arrendamiento para casa habitación, sólo podrá venderla dando aviso de la operación concertada con los requisitos que establece la ley, al inquilino, para darle oportunidad de que ejerza su derecho del tanto para adquirirla. La contravención a esas disposiciones, es nula.

j) Los propietarios de cosa indivisa, sólo pueden enajenar a extraños su parte respectiva, respetando el derecho del tanto de los demás copropietarios, en los términos de los artículos 2279, 973 y 974.

8. - Diferentes especies de compraventa.

Se han formulado diferentes clasificaciones de la compraventa, no todas de igual interés.

Las más generalizadas se fundan en la legislación que la regula, en su mayor o menor apego a las normas ordinarias contenidas en el Código Civil o en su origen.

De acuerdo con la legislación que la regula, la compraventa se clasifica en civil y mercantil. La clasificación de la compraventa en civil y mercantil plantea el problema de su distinción.

Ahora bien, no debemos olvidar que además de estas especies de compraventa existe la mixta de civil y comercial que plantea el problema análogo al anterior.

La distinción entre la compraventa civil y la mercantil, así como la de la mixta, se desprende principalmente de la calificación contenida para cada una de ellas en la legislación por lo que cada una se rige.

"La compraventa civil se caracteriza en nuestro derecho en forma negativa diciendo que es aquella que no tiene atributos de la compraventa mercantil. Es decir, que debe calificarse de civil todo contrato de compraventa que, de acuerdo con las normas de Derecho mercantil, no cabe calificar de mercantil. (4)

El artículo 371 del Código de Comercio contiene una disposición general según la cual son mercantiles las compraventas cuando se realizan con el propósito directo y preferente de traficar.

El artículo 75 fracciones I y II del mismo cuerpo legal considera actos de comercio las adquisiciones y enajenaciones, y las compras y ventas de artículos, mercaderías, muebles e inmuebles verificadas con propósito de especulación comercial.

"En dichos casos, la calificación mercantil de una compraventa depende de un elemento intencional: el fin de traficar, el propósito de especulación mercantil. o sea, la intención de obtener una ganancia mediante la reventa de determinada cosa, el mínimo de reventa."(5)

Consecuentemente, el Código de Comercio no considera como actos de comercio las compras de artículos o mercaderías que para su uso o consumo o los de su familia, hagan los comerciantes.

Existe, sin embargo, un caso en el que a pesar de existir reventa la compraventa no es mercantil, y es el de las hechas por obreros cuando fueren consecuencia directa de la practica de un oficio.

Además son consideradas compraventas mercantiles, desde el punto de vista legal: las que tienen por objeto cosas mercantiles como los títulos de crédito, los buques y las empresas; las celebradas entre comerciantes; las enajenaciones que el propietario o cultivador haga de los productos

de su finca o cultivo, los contratos de compraventa que se celebren en relación con objetos de las industrias minera y petrolera.

La compraventa mixta de civil y comercial puede definirse como aquélla que constituye un acto de comercio para una de las partes y un acto civil para la otra.

Por su mayor o menor apego a las normas ordinarias del Código Civil, el contrato de compraventa se clasifica en común y especial, caracterizándose el primero por su adaptación a la regla generales y el segundo por hallarse regido por normas de excepción.

La especialidad puede estar determinada por razón de la cosa que se vende, por razón de la persona del vendedor o por la forma exigida para la venta.

Por razón del origen la compraventa ha sido clasificada en voluntaria y forzosa o necesaria. En realidad esta última clasificación es inadmisibile, porque la llamada venta necesaria no es una verdadera y propia compraventa, careciendo a nuestro juicio de naturaleza contractual. Tampoco se puede admitir la clasificación que distingue entre venta privada y venta pública, dando esta clasificación a la que se supone celebrada por medio de subasta, por que ésta, ya sea administrativa o judicial, carece de naturaleza contractual, aunque no falte quien, erróneamente, se la atribuya.

9. - Obligaciones derivadas de la compraventa.

Del contrato de compraventa se deriva un conjunto de obligaciones extraordinariamente variado, en el que cabe distinguir las que corresponden a cada uno de los contratantes y las que son comunes a ambos.

Dichas obligaciones se encuentran sujetas a las normas aplicables a las relaciones contractuales bilaterales, en general, así como a las particulares de esta institución jurídica.

a) Del vendedor.

Las obligaciones que tiene el vendedor son:

- **Obligación para transferir la cosa.**- Como se ve en el concepto de compraventa, para que ésta exista es necesario que el vendedor se obligue a transferir la propiedad de la cosa.

- **Obligación de conservar la cosa hasta el momento de la entrega.**- La cosa que motiva la compraventa no se entrega en el momento de la misma, en cuyo caso, el vendedor debe conservar y custodiar debidamente la cosa enajenada para que no se pierda o deteriore.

Si la pérdida fue por culpa del deudor, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios.

Si la cosa se deteriora por culpa del acreedor, el deudor puede optar por la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado que se encuentre y exigir la reducción del precio y el pago de daños y perjuicios.

Si la cosa se perdiere por culpa del acreedor, el deudor queda libre de obligación.

Si se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle.

Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido.

-**Obligación de entregar la cosa al comprador.**- La entrega puede ser real, jurídica o virtual. La entrega real consiste en la entrega material de la cosa vendida, o en la entrega del título si se trata de un derecho.

Hay entrega jurídica cuando, aun sin estar entregada materialmente la cosa, la ley la considera recibida por el comprador.

Desde el momento que el comprador acepte que la cosa vendida quede a su disposición, se tendrá por virtualmente recibido de ella, y el vendedor que la conserve en su poder sólo tendrá los derechos y obligaciones de un depositario; esto se menciona en el artículo 2284 del Código Civil.

Los gastos de la entrega de la cosa vendida son de cuenta del vendedor, y los de su transporte o translación de cargo del comprador, salvo convenio en contrario.

El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para el pago.

Tampoco está obligado a la entrega, aunque haya concedido un término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador se halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador le dé fianza de pagar al plazo convenido.

El vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato.

Debe también el vendedor entregar todos los frutos producidos desde que se perfeccione la venta, y los rendimientos, acciones y títulos de la cosa.

Si en la venta de un inmueble se han designado los linderos, el vendedor estará obligado a entregar todo lo que dentro de ellos se comprenda, aunque haya exceso o disminución en las medidas expresadas en el contrato.

La entrega de la cosa vendida debe hacerse en el lugar convenido, y si no hubiere lugar designado en el contrato, en el lugar en que se encontraba la cosa en la época en que se vendió.

Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de las bodegas, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y solamente será responsable del dolo o de la culpa grave.

- **Obligación de responder de los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida.**- Al realizar una operación de compraventa debe asegurarse que la cosa tenga todas sus cualidades que la hagan apta para el objeto que ha sido destinada. Si no fuere así, se dice que tiene vicios redhibitorios. Se llaman así, por que puede deshacerse la venta devolviendo la cosa y recogiendo el precio. A tales vicios, suelen llamárseles comúnmente vicios ocultos.

En los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la haga impropia para los usos a que se les destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa.

En los casos de lo anterior puede el adquirente exigir la rescisión del contrato y el pago de los gastos que se hubiere hecho, o que se le rebaje una cantidad proporcionada del precio, a juicio de peritos.

El enajenante no es responsable de los defectos manifiestos o que están a la vista, ni tampoco de los que no lo están, si el adquirente es un perito que por razón de su oficio o profesión debe fácilmente conocerlos.

Si se prueba que el enajenante conocía los defectos ocultos de la cosa y no los manifestó al adquirente, éste además de poder pedir la rescisión del contrato o rebaja del precio, tiene que ser indemnizado de los daños y perjuicios si prefiere la rescisión.

Si la cosa enajenada pereciere o mudare de naturaleza a consecuencia de los vicios que tenía y eran conocidos del enajenante, éste sufrirá la pérdida y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, en el caso de que el adquirente los haya pagado.

Las acciones de rescisión y de indemnización se extinguen a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa enajenada, sin perjuicio del dispuesto acerca de la prescripción de las acciones por gravámenes ocultos de las fincas.

- Obligación de responder de la evicción de la cosa vendida.- Evicción significa el hecho de vencer en juicio, consiste en privar al comprador, por sentencia firme, mediante el derecho anterior, a la compra de todo o parte del derecho de propiedad transmitido con la venta. Saneamiento por evicción es la obligación que surge, para el vendedor, de indemnizar daños y perjuicios al comprador cuando ha tenido lugar la evicción.

Dispone el Código Civil que hay evicción cuando el que adquirió alguna cosa ha sido privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición.

Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato.

En la evicción, cabe suponer que la venta fue de buena o de mala fe. Si el que enajenó procedió de buena fe está obligado a entregar al que sufrió la evicción:

- a) El precio íntegro que recibió por la cosa;
- b) Los gastos causados en el contrato, si fueren satisfechos por el adquirente;
- c) Los gastos causados en el pleito de evicción y en el de saneamiento;
- d) El valor de las mejoras útiles y necesarias, siempre que en la sentencia no se determine que al vendedor satisfaga su importe.

Pero si el que enajena hubiere procedido de mala fe tendrá además de las obligaciones que hemos mencionado, las agravaciones siguientes:

a) Devolverá, a elección del adquirente, el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición, o el que tenga al tiempo en que sufra la evicción;

b) Satisfará al adquirente el importe de las mejoras voluntarias y de mero placer que haya hecho en la cosa;

c) Pagará los daños y perjuicios, esto se encuentra en lo dispuesto por el artículo 2127 de Código Civil. Puede renunciarse al saneamiento para el caso de evicción. Si la renuncia se refiere lisa y llanamente a la evicción, lo único que se tiene renunciado son las prestaciones accesorias originadas con motivo de la evicción, pero no al precio. En cambio si la renuncia es absoluta, es decir, se renuncia de manera total al saneamiento, en cuyo caso el comprador no tiene derecho ni siquiera a la devolución del precio.

Los contratantes pueden, además, aumentar o disminuir convencionalmente los efectos de la evicción y aun convenir que ésta no se presente en ningún caso.

Sin embargo es nulo todo pacto que exima al que enajena a responder por la evicción, que hubiera mala fe de parte suya.

- Obligación de pagar por mitad los gastos de escrituras y registro que imponga la operación.- Dispone el Código Civil que los contratantes pagarán por mitad los gastos de escritura y de registro, salvo convenio en contrario (Art. . 2263) , es decir, las partes pagarán proporcionalmente los gastos mencionados, pero pueden fijar de común acuerdo otras proporciones al hacer el pago, o bien pueden cargarlos completamente a una sola de las partes, pero mientras no exista dicho pacto, la obligación de pagar proporcionalmente los gastos de escritura y registro subsiste.

Las obligaciones que tiene el comprador son.-

Obligación de pagar al vendedor el precio convenido.- El comprador debe pagar el precio de la cosa en el tiempo, lugar y forma convenidos, pero si no se han fijado tiempo y lugar, el pago se hará en el tiempo y lugar en que se entregue la cosa esto lo dispone el Artículo 2293 del Código Civil.

Si existe duda sobre cuál de los contratantes debe hacer primero la entrega, uno y otro harán el depósito en manos de un tercero (Art. 2295)

Quando no se haya pactado la fecha del pago, se podrá exigir después de los treinta días siguientes a la interpelación que haga el vendedor ya sea judicialmente, ante notario, o bien ante dos testigos.

- **Obligación de pagar la mitad de los gastos de escritura y registro que imponga la operación.-** En cuenta a esta obligación rigen los mismos principios que hemos visto con relación al vendedor.

- **Obligación de exigir al vendedor la entrega del contrato de compraventa timbrado.-** Esta obligación recae sólo en las ventas con precio de veinte pesos o superiores a esta cantidad y a las ventas de bebidas alcohólicas.

- **Obligación de recibir la cosa.-** El comprador tiene la obligación de recibir la cosa vendida, de la misma manera que el vendedor tiene la obligación de entregarla, ya que sin ella el contrato no recibirá ejecución, quedando pendiente su ejecución al albedrío de uno de los contratantes.

Al ser la recepción de la cosa una obligación del comprador, el vendedor en caso contrario, tiene la acción de resolución del contrato aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible (Art. 1949)

La entrega y recepción de la cosa vendida debe de hacerse en el lugar convenido, y si no hubiere lugar designado en el contrato, en el lugar en que se encontraba la cosa en la época en que se vendió.

Si el comprador se constituyó en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de las bodegas, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y solamente será responsable del dolo o de la culpa grave. (Art. 2292)

10. - *Modalidades de la compraventa.*

Las modalidades de la compraventa son todas aquellas circunstancias que pueden afectar al objeto de los derechos del contrato, pero pueden hacerlo también al contrato mismo.

El Código Civil vigente consagra un capítulo a la reglamentación de las modalidades de la compraventa, pero cabe hacer notar que no incluye todas las modalidades posibles que puedan existir, sino que sólo se hace notar que no incluye todas las modalidades posibles que puedan existir, sino que sólo se hace lo propio con algunas de ellas.

Las modalidades que el Código regula son:

- **Venta con cláusula de exclusión a un comprador determinado.**- El Código Civil dispone en su artículo 2301 que: Art.2301 "Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona, pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna "

Esta modalidad se justifica en que si se permitiera la validez de una cláusula para que el comprador no vendiera a persona alguna se estaría en principio inmovilizando la propiedad originándose problemas económicos, pero además, se crearán incapacidades por contrato al negar a los posibles contratantes el derecho de goce y de ejercicio.

- **Venta con derecho de preferencia.**- Consiste esta modalidad en que el comprador de un bien, en el supuesto caso de que desee venderlo posteriormente, prefiera a la persona que se lo vendió, en igualdad de circunstancias, a cualquier comprador extraño.

El Código Civil dispone que "Puede estipularse que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto, para el caso de que el comprador quisiera vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa (Art.2303).

El derecho de preferencia es un derecho personalismo, se concede sólo a la persona del vendedor, es decir, no puede cederse, ni puede transmitirse a los herederos del que lo disfrute (Art.2308).

El vendedor está obligado a ejercer su derecho de preferencia, dentro de tres días, si la cosa fuere mueble, después que el comprador le hubiere hecho saber la oferta que tenga por ella, bajo pena de perder su derecho si en ese tiempo no lo ejerciere. Si la cosa fuere inmueble tendrá el término de diez días para ejercer el derecho bajo la misma pena. En ambos casos está obligado a pagar el precio que el comprador ofreciere; y si no lo pudiere satisfacer, quedará sin efecto el pacto de preferencia.

Debe hacerse saber de una manera fehaciente, al que goza del derecho de preferencia, lo que ofrezcan por la cosa, y si ésta se vendiere sin dar aviso, la venta es válida, pero el vendedor responderá de los daños y perjuicios causados.

Si se ha concedido un plazo para pagar el precio, el que tiene el derecho de preferencia no puede prevalerse de este término si no da las seguridades necesarias de que pagará al expirar el plazo.

- **Venta de cosas futuras.**- Esta modalidad se encuentra regulada en el Art. 2309 de la siguiente manera:

"Si se venden cosas futuras, tomando el comprador el riesgo de que no llegasen a existir, el contrato es aleatorio y se rige por lo dispuesto en el capítulo relativo a la compra de esperanza".

La compraventa de cosa futura bajo esta circunstancia es un contrato aleatorio, puesto que su existencia, aunque probable, no se halla perfectamente determinada, por lo que la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que el acontecimiento se realice.

La compra de cosas futuras puede estar o no condicionada a su existencia. Si el contrato está condicionado a la existencia de la cosa y esto no aparece, no se producen efectos jurídicos, desapareciendo la obligación de pagar el precio, pero si al celebrar el contrato no se condiciona la existencia de la cosa, y ésta no llega a existir, la obligación continúa.

- **Venta en abonos.**- La venta en abonos, también llamada a crédito, permite al comprador que se haga de la cosa inmediatamente pagando el precio posteriormente sobre sus ingresos futuros.

Actualmente esta modalidad de la compraventa, tiene gran importancia en la vida comercial mexicana, por su gran volumen, ya que pocos son los que pagan el precio al momento de realizar la operación.

El Código Civil dispone que a venta que se haga facultando al comprador para que pague el precio en abonos, se sujetará a las reglas siguientes:

Si la venta es de bienes inmuebles, puede pactarse que la falta de pago de uno o varios abonos ocasionará la rescisión del contrato. La rescisión producirá efectos contra tercero que hubiere adquirido los bienes de que se trata, siempre que la cláusula rescisoria se haya inscrito en el Registro Público:

Si se trata de bienes muebles tales como automóviles, motores, pianos, máquinas de coser u otros que sean susceptibles de identificarse de manera indubitable, podrán también pactarse la cláusula resolutoria de que habla la fracción anterior, y esa cláusula producirá efectos contra tercero que haya adquirido los bienes, si se inscribió en el Registro Público;

Si se trata de bienes muebles que no sean susceptibles de identificarse indubitablemente, y que, por lo mismo, su venta no pueda registrarse, los contratantes podrán pactar la rescisión de la venta por falta de pago del precio; pero esa cláusula no producirá efectos contra tercero de buena fe que hubiera adquirido los bienes a que este párrafo se refiere (Art. 2310)

Si se rescinde la venta el vendedor y el comprador deben restituirse las prestaciones que hubieren hecho; pero el vendedor que hubiere entregado la cosa vendida, puede exigir del comprador,

por el uso de ella, el pago de un alquiler o renta que fijarán peritos, y una indemnización también fijada por peritos, por el deterioro que haya sufrido la cosa.

El comprador que haya pagado parte del precio tiene derecho a los intereses legales de la cantidad que entregó.

Las convenciones que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas, serán nulas.

- **Venta con reserva de dominio.**- La reserva de dominio consiste, en un contrato de compraventa, en que la traslación de la propiedad de la cosa vendida se supedita al cumplimiento de algún requisito o condición suspensiva, que generalmente consiste en el pago del precio.

El Código Civil dispone que puede pactarse válidamente que el vendedor se reserve la propiedad de la cosa vendida hasta que su precio haya sido pagado (Art. 2312).

Cuando los bienes vendidos sean inmuebles o muebles que puedan identificarse fácilmente, el pacto de que se trata produce efectos contra tercero si se inscribe en el Registro Público, cuando los bienes son muebles que no sean susceptibles de identificarse indubitadamente y que por lo mismo puedan registrarse, los contratantes podrán pactar la rescisión de la venta por falta de pago del precio, pero esa cláusula no producirá efectos contra tercero de buena fe.

- **Venta sobre muestras.**- El Código Civil, dispone sobre esta modalidad de la compraventa que "Cuando se trate de artículos determinados y perfectamente conocidos, el contrato podrá hacerse sobre muestras" (Art.2258).

En ese tipo de compraventa la cosa entregada debe necesariamente estar de acuerdo con la muestra que fue aprobada por el comprador.

En caso de desavenencia entre los contratantes, dos peritos, nombrados uno por cada parte, y un tercero, para el caso de discordia, nombrado por éstos, resolverán sobre la conformidad o inconformidad de los artículos con las muestras o calidad que sirvieron de base al contrato.

- Venta por acervo y a la vista.- "Se entiende por tal la venta que se refiere a un conjunto de bienes homogéneos o heterogéneos, de la misma especie y calidad o de especies y calidades distintas, que estén especialmente determinadas, tomando como puntos de referencia no el contenido sino el continente; es decir, no se compran determinados bienes por lo que éstos sean en realidad, se adquiere un acervo contenido en una vasija, en un granero, en una bodega, en un carro de ferrocarril, en un fundo mercantil y se compra a la vista, o a ojo cerrado, sin precisar el contenido y sin que tenga importancia para la venta que las partes, o el comprador, hayan imaginado una cantidad mayor o menor." La venta no se rescinde por el hecho de que después el comprador al contar, pesar o medir, compruebe que hay una cantidad menor de la que se calculaba, o bien, por que el vendedor sufra un error de cálculo y resulte un contenido mayor.

El Código Civil establece en su artículo 2259 que si la venta se hizo sólo a la vista y por acervo, aun cuando sea de cosas que suelen contar, pesar o medir, se entenderá realizada luego que los contratantes se avengan en el precio, y el comprador no podrán pedir la rescisión del contrato alegando no haber encontrado en el acervo la cantidad, peso o medida que se calculaba.

Art. 2260 "Habrá lugar a la rescisión si el vendedor presentare el acervo como una especie homogénea y ocultare en especies de inferior clase y calidad de las que están a la vista".

La acción de rescisión prescribe en un año, contado desde el día de la entrega.

CITAS

1. - PLIANOL Y RIPERT. " LOS CONTRATOS CIVILES " Tomo X, Pág. 22
2. - FLORES GOMEZ G. Fernando, " INTRODUCCION AL DERECHO CIVIL", 4ta Edición Editorial Porrúa, México D.F. 1984, Pág. 292.
3. - CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, "Articulo 27"
4. -ROJINA VILLEGAS Rafael, " DERECHO CIVIL " "CONTRATOS" 3era Edición, Editorial Porrúa, México D.F. Pág. 50
5. - DE PINA VARA Rafael, " ELEMENTOS DE DERECHO MERCANTIL MEXICANO", 2da Edición, México D.F. 1985. Pág. 201.

CAPITULO IV.- CONTRATACION POR MEDIOS ELECTRONICOS

A) LA FORMA EN LOS CONTRATOS.

El ser humano siempre ha rodeado los actos importantes de su vida de ritos y formas que han llegado a hacerse tanto o más importantes que el acto mismo.

El nacimiento, el arribo a la mayoría de edad, el matrimonio, la defunción, así como otro tipo de actos relevantes para la vida de las comunidades, son un acontecimiento y se rodean con una ceremonia.

En las épocas y en los lugares en donde no existía escritura, la forma de dejar constancia de la celebración de un acto jurídico era desarrollar una serie de conductas y ceremonias que, además de dar relevancia al acto, permitió dejar huella ante la comunidad de la celebración del mismo para que no hubiera duda de que tal acto se había celebrado.

Si bien los ceremoniales y los ritos de los pueblos primitivos tenían un fuerte contenido mítico-religioso, lo cierto es que en esos estadios de la cultura lo jurídico está mezclado con lo mágico y lo religioso.

Esta tendencia del humano a ritualizar los acontecimientos importantes y significativos no ha desaparecido, si bien están reducidos a meros convencionalismos sociales, V.gr. lo que la gente hace alrededor de un bautizo, o de un matrimonio. Incluso en actos estrictamente jurídicos, tales como la firma de un contrato importante entre dos empresas, el estampar las firmas en los documentos se hace en una verdadera ceremonia.

Ahi está la explicación de la aparición de la solemnidad en los actos jurídicos. Estos sólo pueden existir, esto es, tener vida en el mundo jurídico, si son otorgados con las formas prescritas. Así aparece la solemnidad en el Derecho Romano.

El derecho es una disciplina de convivencia entre los hombres y, como tal, es importante que lo que uno quiere sea conocido principalmente por la contraparte con la que celebra un contrato y también por los terceros que pueden verse involucrados aunque sea al menos para respetar, como sujeto pasivo universal, las obligaciones y derechos que han surgido del querer de las partes y que han puesto, por ese querer, en el mundo de lo jurídico.

Como el consentimiento es un acto volitivo interno del individuo es menester que esa voluntad de celebrar un acto con efectos jurídicos se exteriorice. Es por eso que el consentimiento no sólo debe existir sino que debe ser manifestado.

La formalidad de los actos jurídicos nace, de esa necesidad puesta por la psicología social de ritualizar los actos trascendentes, llegando incluso a ser vista como solemnidad, como requisito de existencia del acto jurídico.

La solemnidad, además de ser el rito socialmente aceptado, permite dejar constancia de lo celebrado y fuerza a las partes a reflexionar cuidadosamente antes de celebrar el acto jurídico, sin embargo, produce una inversión axiológica grave: la forma se hace más importante que el contenido. No importa que las partes lo hayan querido; como no lo expresaron con la solemnidad adecuada, su voluntad no cuenta, el mundo jurídico no se ha movido.

Surgen dos controversias: una de función y otra de interpretación.

La primera controversia es considerar la forma como requisito de existencia, v.s. la palabra dada como suficiente para ligar a las partes y hasta a los terceros. Esta controversia ha desembocado en la admisión de determinadas formalidades, en determinados contratos, con una finalidad ad probationem, más que ad solemnitatem. La formalidad, cuando es exigida, se convierte en un requisito de validez, no de existencia. Su falta produce una nulidad relativa que puede ser convalidada, pues la parte que está cumpliendo o dispuesta a cumplir, tiene una acción para elevar el acto jurídico a la formalidad prescrita. Ese es el esquema que siguen, con mayores o menores variantes, los Códigos en la actualidad.

Tal sistema ecléctico no excluye la incorporación de los llamados contratos reales, en los que la entrega de una cosa es requisito indispensable para que el contrato nazca a la vida. No se entiende por ejemplo un contrato de depósito o uno de prenda, sin la entrega de la cosa. Sin embargo, en la vida moderna se ha empezado a introducir variantes incluso en estos contratos, así se ven prendas sin desplazamientos y depósitos meramente virtuales que son más bien registros. Han sido precisamente las operaciones financieras y los recursos electrónicos los que han puesto la necesidad y la solución para tal propósito.

El problema de interpretación es la disyuntiva entre la voluntad interna con la voluntad declarada. Entre los que las partes realmente quisieron y lo que expresaron ¿Cómo resolver si existe conflicto entre una y otra?

Un sistema de solemnidades no duda en inclinarse por la voluntad declarada. Un sistema consensualista lo hace en favor de la voluntad interna "¿Qué hacer cuando se han adoptado sistemas eclécticos? El problema es de equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.

En el caso de los Códigos Mexicanos hay una serie de normas de interpretación que combinan los criterios con el fin de lograr en el método de interpretación una postura ecléctica.

La vida moderna está discurriendo por caminos curiosos alrededor de estos fenómenos de las formalidades. Por un lado, contratos típicamente reales se empiezan a celebrar sin entregas reales de los bienes que forman la materia del contrato. Por otro lado, si bien los Códigos se proclaman consensualistas, lo cierto es que se está viviendo un fuerte renacimiento de las formalidades.

Al analizar los contratos típicos regulados por los Códigos, se encuentra que en prácticamente todos hay una exigencia de formalidad.

Diversas legislaciones han empezado a imponer formalidades adicionales. Por ejemplo: hay determinadas transacciones con acciones que deben ser inscritas en determinado registro, hay contratos que, para surtir efectos frente a terceros, deben inscribirse en un registro público; la ausencia

de dichos registros o nulifican el contrato o por lo menos hacen que la plenitud de resultados buscados por las partes se vea limitada.

Las leyes de protección al consumidor han venido imponiendo una serie de diversas formalidades a incluir en los contratos so pena de diversos tipos de nulidad. Algunos estados de Norteamérica regulan incluso el tipo de letra que debe usarse en los contratos, el uso de tecnicismos, el hacer aparecer en ventanas especiales determinadas informaciones.

La electrónica aporta otra importante página a esta historia. Por la estructura de operación de los sistemas electrónicos, ningún acto jurídico se podrá celebrar si no se teclean precisamente los caracteres requeridos, un pequeño error, una alteración de un número o de una letra, un desorden en el proceso, producirán que la operación no se celebre.

El problema ya es diverso, ya no es cosa de determinar si la forma es un requisito de validez o de existencia, sino simplemente el acto jurídico no llega a darse porque técnicamente no paso nada. Si una persona se equivocó al digitar el último número de su clave personal (NIP), el cajero automático no procesará la operación, no sucedió nada, ni de hecho ni de derecho. Es un nuevo tipo de "solemnidad"

En materia de contratación electrónica, seguir el procedimiento instruido es una condición sine qua non para la celebración de un acto jurídico. Una de las aportaciones torales en la historia de las formalidades de los actos jurídicos, ha sido la creación del concepto "documento". Este es uno de esos conceptos que fácilmente son entendidos por los juristas pero que a la hora de someterlo a la prueba de ácido de su definición, resulta no ser tan sencillo.

Cabe decir, que el término documento refiere a un medio determinado que contiene un mensaje de trascendencia jurídica, esto es, que refiere a la existencia de derechos y obligaciones.

Cuando no existía la escritura, los hombres dejaban constancia de sus actos jurídicos a través de solemnidades, de ritos. Con la aparición de la escritura, el mundo jurídico ha hecho prácticamente indispensable que cuando haya una producción de actos jurídicos, éstos consten en un documento V. gr. "Papelito habla" dice un viejo y conocido refrán.

Alrededor del término documento se han introducido, en la historia jurídica una enorme cantidad de variedades y de instituciones: Documentos privados, documentos públicos, testamentos ológrafos, firma autógrafa, comparecencia de testigos, redacción por un perito, uso de papel sellado, protocolos cerrados, actas, minutas, pólizas, copias certificadas, impresión de huellas digitales, etc.

Quizá el desarrollo más importante del concepto documento lo haya sido el título de crédito pues revela el paso final del formalismo del consentimiento: en los títulos valor, gracias a los conceptos de literalidad, autonomía e incorporación, el documento no consigna derechos y obligaciones, el documento es los derechos y las obligaciones.

Hoy en día, la tecnología humana ha desarrollado un nuevo avance, tan trascendente como la escritura, tan importante como el título de crédito: la electrónica.

B) LA REGULACION DE LA FORMACION DEL CONSENTIMIENTO.

Hoy en día en la legislación existen tres grupos de normas que regulan este fenómeno: El de los Códigos Civiles, el del Código de Comercio, el de la Legislación del Sistema Financiero, y el de la Legislación de Protección al Consumidor.

1.- Normas de los Códigos Civiles.

Basados fundamentalmente en la tradición del Código Napoleón, y siguiendo el ejemplo del Código Civil para el Distrito Federal, los Códigos mexicanos regulan el sistema de formación del consentimiento mediante los principios generales siguientes:

-Consagran, un sistema consensualista aunque añaden requisitos de forma en prácticamente todos los contratos nominados.

-Establecen como causa de invalidez la falta de forma y otorgan una acción para lograr el otorgamiento de la forma cuando alguna de las partes ha cumplido o está dispuesta a cumplir.

-Admiten la posibilidad de que el consentimiento se manifieste ya sea de forma expresa o tácita.

Para la formación del consentimiento, en el caso de la policitación adoptan el sistema de la recepción, esto es, el consentimiento se encuentra completo cuando el policitante recibe la manifestación de aceptación por parte de la voluntad del co-contratante.

Por lo que toca a medios modernos de comunicación, tratan a los contratos por teléfono como si fueran hechos en persona y admiten la contratación por telégrafo mediante un contrato normativo previo.

Consagran como forma y prueba de la manifestación del consentimiento el sistema de la firma autógrafa, sólo reemplazado en el caso de los que no saben o no pueden firmar por la firma de otro a su ruego y la firma de testigos.

2.- Normas del Código de Comercio.

Consagra un sistema consensualista.

"Art. 78. - En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos en que aparezca que quiso obligarse sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados".

Para la formación del consentimiento en el caso de la policitación adopta el sistema de la expedición, esto es, el consentimiento se encuentra completo cuando el co-contratante envía la manifestación de la voluntad de aceptación al policitante.

"Art. 80. - Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que esta fuera modificada. La correspondencia telegráfica sólo producir obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las

condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado".

Admite la contratación por telégrafo mediante un contrato normativo previo, imponiendo la obligación de conservar originales de cartas, telegramas o documentos que consignen contratos, convenios o compromisos. Otros documentos pueden ser conservados en cualquier medio, incluso el electrónico.

*Art. 48. - Tratándose de las copias de las cartas, telegramas y otros documentos que los comerciantes expidan, así como de los que reciban que no están incluidos en el artículo siguiente, el archivo podrán integrarse con copias obtenidas por cualquier medio: mecánico, fotográfico o electrónico, que permita su reproducción posterior íntegra y su consulta o compulsación en caso necesario".

*Art. 49. - Los comerciantes están obligados a conservar los originales de aquellas cartas, telegramas o documentos en que se consignen contratos, convenios o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones y deberán conservarlos por un plazo mínimo de diez años".

3.- Normas de la legislación del sistema financiero.

Esta legislación fue la primera en regular la celebración de actos jurídicos por medios electrónicos.

A dicha regulación consagran las leyes de Instituciones de Crédito y del Mercado de Valores un artículo expreso del que se pueden desprender los siguientes lineamientos:

- Es menester el otorgamiento de un contrato normativo previo para regular la celebración de diversas operaciones bancarias o bursátiles por medios electrónicos.

-En las operaciones a las que se aplica deben determinarse en la contratación.

-Se otorga a la llamada "firma electrónica" el mismo valor que la firma autógrafa.

-Se podrá usar la vía ejecutiva cuando las responsabilidades del deudor sean originadas por operaciones realizadas por medios electrónicos.

De la Ley de Instituciones de Crédito:

*Art. 52. - Las instituciones de crédito podrán pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados, estableciendo en los contratos respectivos las bases para determinar lo siguiente:

I.- Las operaciones y servicios cuya prestación se pacte;

II. Los medios de identificación del usuario y las responsabilidades correspondientes a su uso;
y

III. Los medios por los que se hagan constar la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones inherentes a las operaciones y servicios de que se trate.

El uso de los medios de identificación que se establezcan conforme a lo previsto por este artículo en sustitución de la firma autógrafa, producir los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio*

*Art. 68. - Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.

El estado de cuenta certificado por el contador a que se refiere este artículo hará fe, salvo prueba en contrario, en los juicios respectivos para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o de los mutuatarios, en todos los casos en que por establecerse así en el contrato:

I.- El Acreditado o el mutuuario pueda disponer de la suma acreditada o del importe de los prestamos en cantidades parciales o est, autorizado para efectuar reembolsos previos al vencimiento del plazo señalado en el contrato, y;

II. Se pacte la celebración de operaciones o la prestación de servicios, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados.

Del la Ley del Mercado de Valores.

El artículo 91 de esta ley será motivo de un análisis más exhaustivo en páginas posteriores.

4. - Otras legislaciones.

A estos tres tipos de normatividad pueden añadirse dos menciones: La Legislación de Protección al Consumidor y la Normatividad Fiscal.

La Legislación de Protección al consumidor contiene algunas normas, especialmente en materia de contratos de adhesión, sobre la legibilidad de los contratos, establece la facultad de las autoridades para decretar cuáles contratos de adhesión requieren ser inscritos en la propia Procuraduría de Protección al Consumidor, y añade la pena de nulidad para algunas cláusulas nocivas a los consumidores (Art. 85 y siguiente).

Es previsible que esta legislación añada con el tiempo normas relacionadas con la contratación por medios electrónicos, ya que la operación de servicios prestados por tales medios supone el encuentro de dos partes en posiciones disímolas. El prestador del servicio tiene todo el manejo y el control de los equipos, los registros y memorias de lo celebrado, de la firma electrónica, etc. El usuario del servicio puede no llegar a tener casi nada bajo su control, un usuario simple puede no tener mas que un plástico con banda magnética en la mano (tarjetahabiente) para intentar probar algo; por otro lado, un usuario sofisticado tendrá su propio equipo con el que estableció la comunicación y el dialogo con los equipos del prestador del servicio (establecimiento), una comparación de ambos registros traerá la verdad.

Por último la normatividad fiscal tanto legislación como reglamentos y circulares han venido regulando que muchas de las obligaciones fiscales tanto principales como secundarias se cumplan mediante el uso de sistemas y equipos automatizados. No analizaremos las mismas aquí en virtud de que no se trata de normas que regulen una contratación sino el cumplimiento de obligaciones de derecho público, sin embargo, cabe al menos citar su existencia pues, al final de las cuentas, refieren a un fenómeno típico también de los contratos: el pago.

C) CONTRATOS REGULADORES DE OPERACIONES ELECTRONICAS.

La prestación de servicios por medios electrónicos parece requerir por ahora, el uso de un contrato normativo, sobre todo cuando estos servicios se establecen en una forma a largo plazo para ser repetitiva y celebrar, a su amparo, múltiples operaciones.

No podemos olvidar que muchas de estas operaciones tendrán que celebrarse sin ese contrato normativo previo, con el fin de alcanzar a muchas personas que esporádicamente hacen uso de ellas. En este caso, la figura jurídica que arropará la operación será el contrato de adhesión.

Un ejemplo de lo primero será: una empresa que cada semana tiene la obligación de pagar la nomina a su personal, que tiene que cubrir sus pagos a sus proveedores en todo el país y el extranjero, que tiene que recibir y contabilizar pagos de su clientela por todo el país, o en el extranjero, fácilmente podrá celebrar contratos con una entidad financiera para regular la concentración y la dispersión de sus fondos.

Un buen ejemplo de lo segundo: es cuando una persona que por única vez tiene que enviar una suma de dinero a otra plaza, acude a una entidad que le prestará el servicio de transferencia, para ello el servicio podrá ser prestado a través de una terminal (cajero automático) que le recibirá el efectivo, lo verificará, le pedirá registrar su nombre y domicilio del destinatario y hará el traspaso. Esta persona no necesita celebrar un contrato previo para hacer esta única operación, sólo obtendrá un comprobante impreso por la misma maquina de la transacción.

Un contrato normativo es el tipo de contrato al que se refieren el Código Civil, el Código de Comercio y la Legislación del Sistema Financiero cuando autorizan y regulan la celebración de operaciones por medios modernos.

1. - Contrato Normativo.

Es aquel que establece las normas sobre las cuales se desempeñarán futuras obligaciones y derechos que surgirán, dadas determinadas eventualidades o condiciones previstas por los contratantes.

Un contrato bilateral, que puede ser oneroso o gratuito, se redacta por escrito, requiere plena capacidad de los contratantes y describe, como es la forma en que se realizarán los contratos, operaciones y diversos actos jurídicos, a través de medios electrónicos.

Cada uso de un medio electrónico, en el contexto de dicho contrato, supone la concreción de los actos contratados, será el darse las condicionantes fácticas que permitan la producción de fenómenos jurídicos. Las partes ya lo aceptaron y están dispuestas a aceptar las consecuencias de derecho que se deriven de dicho accionar. Para celebrar el contrato normativo se requiere conjuntar todas las normas de capacidad y representación del derecho común, pero para accionar los medios, ello ya no resulta indispensable, basta que quien utilice los medios electrónicos use las claves o medios de identificación pactados en el contrato para que la operación sea completa y jurídicamente concluida, las voluntades de las partes ya se encontrarán previamente.

Materia completamente distinta será si es un menor quien, en contra de la voluntad de su padre, o un empleado contra la voluntad de su director, o un extraño delincuente que habiéndose apropiado de las claves accionan los sistemas. Habrá consecuencias civiles, laborales y penales, pero en nada se afectará la realización de las operaciones celebradas por esos medios ya que fueron hechas en los términos del contrato normativo de referencia.

El contrato previo es pues el soporte jurídico global a los fenómenos de voluntad en la celebración de estas operaciones.

2. - Contrato de Adhesión.

Lo más usual es que los actos jurídicos que se pueden celebrar por estos medios sean contratos de adhesión. Lo anterior tanto en el caso de los contratos normativos como en los casos de servicios que se ofrecen al público y para los que no hay la celebración de un contrato normativo.

Las características del contrato de adhesión se dan en la especie:

-El contrato de adhesión supone una desigualdad entre los dos contratantes. Uno es menos dueño de los bienes o de los servicios de lo que el otro pueda desear.

-La oferta de contrato reviste un carácter de generalidad; no se ofrece a una persona determinada sino al público en general o a un segmento de ese público que tiene alguna característica en común.

- El contrato es obra exclusiva de una de las partes.

-Es, por lo general, un contrato complejo. Se deriva de una empresa con una organización técnica compleja sobre la que la parte adherente no tiene conocimiento, pues no está al corriente de las necesidades técnicas de la empresa.

Esta es la situación más común. Primero, porque se trata de servicios que son ofrecidos masivamente por un prestador profesional de tales servicios. Segundo, porque la prestación de tales servicios requiere un despliegue de infraestructura y de una operación completamente estandarizada en la que es muy difícil negociar y establecer como se dice vulgarmente "trajes a la medida". El servicio, o funciona de la manera que el prestador tiene establecida o no funciona, así lo exige su sistema, sus costos y la estructura misma del servicio; la automatización consiste precisamente en crear procesos repetitivos que siguen la inflexible lógica de "si es A, debe ser B". El acto jurídico consiste simplemente en aceptar una policitación permanente hecha por el oferente.

3. - Falta del Contrato Normativo.

Si no hay contrato normativo previo, ¿Puede formarse la voluntad? ¿Puede decirse que hay la celebración de un contrato? La respuesta es sí. Si se trata de un contrato consensual, no hay duda que el acto jurídico está celebrado.

Quizá por la legislación actual que requiere para determinados contratos diversas formalidades, podría estarse en la presencia de un acto nulo por la falta de forma, pero con la posibilidad de exigir que esta sé de.

Lo más usual es que se está, frente a un típico contrato de adhesión, a propósito de la persona que desea enviar una orden de pago: el prestador de servicios ofrece al público su servicio con las condiciones establecidas, es una permanente policitud que el usuario ha aceptado. Cuando el citado usuario emite su aceptación el contrato está celebrado.

Es necesario invocar toda la normatividad que regula la expresión del consentimiento, "expresarlo por medios electrónicos es un consentimiento ¿expreso? Claro que sí, pero aún si se pensara que no lo es, debe llamarse la normatividad del consentimiento tácito, consistente en la conducta de las partes, de tal suerte que no deja lugar a dudas de que hubo la voluntad de contratar.

Es un problema de imputación de determinadas consecuencias jurídicas a las partes, como producto de la voluntad manifestada por estos medios. En caso de controversia, el problema será probar el consentimiento. En esta materia los medios electrónicos dejan sin duda alguna huella que permite probar la conducta de quienes los accionaron de tal manera que se interpretará como una manifestación de la voluntad de haber celebrado el acto jurídico.

4. - Contrato Subyacente.

Es fundamental precisar y esclarecer que ordinariamente en los servicios automatizados regulados por el contrato normativo, se está frente a dos tipos de relaciones jurídicas: las provenientes del acto jurídico que en sí está celebrando el cliente con la entidad financiera, como el que celebran ambos con motivo del uso de los servicios electrónicos.

· Una transferencia de fondos es, también un servicio que el cliente contrata con su banco; una compra de valores es un servicio que el cliente realiza con su casa de bolsa. Cuando tales operaciones se realizan a través de un medio automatizado, no sólo aparecen las normas jurídicas de la operación contratada (orden de pago) sino además las normas de la aplicación del contrato normativo.

5.- Otros Contratos.

Al parejo de los contratos celebrados entre el cliente y la entidad financiera que le presta un servicio por medios automatizados es importante determinar que existen, alrededor, atrás, o posteriormente, si se quiere, otros haces de relaciones jurídicas que se desatan con la acción de la operación del cliente.

En los casos de uso de tarjetas de crédito o de débito, el cliente está celebrando un acto jurídico que lo relaciona con el proveedor de bienes o servicios, usualmente compraventa o prestación de servicios.

Por ejemplo cuando un cliente compra mercancía en un almacén celebra con , este un contrato de compraventa. Como lo paga con su tarjeta de crédito, el prestador de bienes o servicios se enlaza con el banco y acciona la disposición de fondos del cliente para recibir el pago de su mercancía. Entre el proveedor de bienes y el cliente existe un contrato de compraventa; entre el cliente y el banco, hay un acto de disposición de fondos ya sea de crédito o de débito y entre el almacén y el banco existe un contrato de servicios para usar el sistema de afiliación a una tarjeta y operar el sistema de pagos.

Las operaciones electrónicas, especialmente cuando conllevan transferencias de fondos o, en general, un sistema de pagos, involucra a varias entidades financieras: una orden de pago que ordena el señor "X" al banco "A" debe ser abonada a la cuenta del señor "Y", en el banco "B"; la compra de valores que hace una casa de bolsa por orden de su cliente debe ser pagada con fondos del mismo que se encuentran en el banco "C"; y así sucesivamente.

Lógicamente, entre el banco "A" y el banco "B", o entre la casa de bolsa y el banco "C", para seguir los ejemplos, se establecen relaciones jurídicas complejas que se encuentran reguladas tanto

por diversas normas administrativas puestas por los reguladores del sistema financiero, como por los contratos particulares de administración de un sistema de pagos que contractualmente han establecido entre ellos.

Para la operación de algunos sistemas de pagos es usual que se cree una empresa que sirva de administradora del sistema y que provea la concentración y dispersión de las transferencias y los pagos. En este caso es conveniente añadir un nuevo haz de relaciones jurídicas, que se da entre cada una de las partes con la empresa prestadora de servicios.

D) PARTES QUE INTERVIENEN EN UN CONTRATO DE OPERACIONES ELECTRONICAS.

Se aborda aquí el tema de los elementos personales de los contratos: las partes que intervienen en un acto jurídico cuyo consentimiento se forma por medios electrónicos.

Algunas de las operaciones que el sistema financiero realiza por medios electrónicos son de naturaleza exclusiva de las entidades que lo componen, sólo pueden y deben ser desempeñadas por ellas. (v.g. el manejo de cuenta de cheques; la intermediación bursátil), algunas otras pueden ser practicadas por cualquiera aunque sean comunes en el desempeño de la actividad de esas entidades, como por ejemplo la apertura de crédito.

Con ello se pretende establecer que una de las partes de la contratación hecha por medios electrónicos en el sistema financiero será una de las entidades que lo componen y, por ello, sujetas a toda la regulación específica de las mismas. Es importante tomar en cuenta que una de las partes es una entidad que está sujeta a regulación y a supervisión por parte del Estado, lo cual le imprime un carácter especial.

La otra parte será un cliente usuario de los servicios financieros. Aunque hay fundamentalmente dos partes involucradas en una operación electrónica, es menester no olvidar que estas operaciones conllevan el desencadenamiento de otros haces de relaciones jurídicas entre diversas partes. El banco puede tener contratada una empresa prestadora de servicios para la

concentración y dispersión de fondos, o bien, contratos con bancos corresponsales para efectos de transferencias de fondos. Aunque todos estos prestadores o corresponsales no tienen una relación jurídica con el cliente del banco, si la tienen con este por causa de la operación de aquí.

Una buena cuestión de dilucidar es si estos contratos son operaciones celebradas entre presentes o ausentes. La cuestión no es meramente académica pues conlleva la definición de cuándo se forma el consentimiento y cuándo el contrato está celebrado.

El fenómeno de otorgar el consentimiento para un acto jurídico por medios electrónicos, se da principalmente cuando las partes otorgantes del acto están ausentes. El medio electrónico es precisamente el medio de comunicación para la policitud y la aceptación de la oferta.

En principio no repugna usar la analogía en operaciones de derecho común como el civil y el mercantil. ¿Debe aplicarse la norma que indica que los contratos por teléfono se entienden celebrados entre presentes?

La diferencia de la comunicación telefónica con la comunicación electrónica es que esta no se da en forma física directa entre las dos partes contratantes o los representantes legales de ellas, como sucede con el teléfono. Hay un intermediario: el dispositivo electrónico que necesita ser "leído" por la contraparte.

Desde ese punto de vista, el consentimiento puede formarse aplicando las mismas normas que los actuales códigos tienen para la formación del consentimiento entre ausentes. Si se habla de analogías, parece más aplicable la norma del derecho común sobre la contratación telegráfica.

Pero el medio electrónico es mucho más que un simple medio de comunicación. Es un correo más rápido pero, a final de cuentas, un correo.

Es muy posible que los contratos y que el contenido obligacional se formen y registren en las computadoras. Tómese los casos de créditos bancarios sindicados en los que las versiones del contrato propuestas por el banco líder viajaban por vía telex; cada banco lo recibía, lo analizaba y reiniciaba sus

correcciones a los demás bancos participantes. El banco líder recogía todas las propuestas y enviaba un segundo proyecto, y así sucesivamente hasta que todos los involucrados dejaban de hacer correcciones puesto que estaban conformes con la versión recibida.

Las computadoras de los participantes, conectadas entre sí, irán produciendo la versión final. Si se desea saber quién propuso que, o quien introdujo tal cambio, podrá saberse porque la electrónica permite con claridad conservar esos registros, que serán un antecedente importante y una herramienta en caso de llegar a ser necesario un ejercicio de interpretación. Se ha obtenido un consenso, así se manifiesta en la versión final que aparece en la pantalla de todos: hay consentimiento.

Veamos ahora, en un sistema de equipos de cómputo que permitan que quién tenga algo que ofrecer lo vierta a dicho equipo y por ese medio llegue a un universo de posibles tomadores de la oferta, digámoslo como quién publica un anuncio en el periódico. De la misma manera un demandante del servicio puede colocar en el sistema la demanda de un producto o servicio. El computador puede cazar la oferta del que la hace con la necesidad de quien pide el servicio y que previamente se había inscrito. La conexión entre el oferente y el aceptante la hizo el computador. A uno y a otro les llega la noticia de que su oferta ha sido aceptada, hay consentimiento, hay acto jurídico y las partes no se conocen ni trataron entre sí. Esta es una de las funciones de INTERNET y otras hiperredes similares.

Si a esto se le añade que la electrónica va desarrollando esquemas de conducta inteligente, esto es, el computador puede tomar decisiones con base de información recibida y esas decisiones pueden ser vinculatorias jurídicamente, pueden constituir un contrato, se observará que la simple clasificación de contratos entre presentes o entre ausentes ya no cubre el universo de las posibilidades. Un ejemplo de estas operaciones es el cliente que solicita a la institución crediticia un crédito y este es resuelto por los parámetros alimentados en el sistema.

En esas ocasiones, tanto la identificación de las partes contratantes como su presencia o ausencia, no es relevante, sino que es más importante, en un momento determinado, dilucidar en que, personas deberá hacerse la imputación de los efectos jurídicos.

Poco importa quién es la persona jurídica que, accionando los dispositivos, realiza el negocio, lo que importa es el negocio mismo.

Al prestador del servicio no le importa quién lo adquiere, es totalmente anónimo, lo tiene que identificar para cumplir con obligaciones, por ejemplo de entrega, y sobre todo si hay una reclamación, pero es un acto jurídico desencarnado.

En la otra parte las cosas están igual, al adquirente del servicio por estos medios de comunicación electrónicos no le importa quién se lo proporciona, puede ser una compañía de servicios contratada por el banco, ni siquiera ,este mismo. Lo que va a importar es a que entidad jurídica se le imputarán las consecuencias de derecho (creación, modificación, translación o extinción de derechos y obligaciones) Esta ignorancia de la persona contra la que se tiene un crédito o un débito no es extraño. Lo podemos observar en los títulos de crédito, en las declaraciones unilaterales de voluntad en donde las partes que van a resultar ligadas no se conocen entre sí.

El que suscribe un pagaré sabe quién es el beneficiario original, pero no tiene idea de quién le exigirá el pago el día del vencimiento. La persona que en una rifa obtiene un "Vale por una cena para dos personas en el lugar "X" no tiene idea de quién sea la persona física o moral a la que puede exigir el cumplimiento de la obligación, a su vez el propietario del lugar "X" no sabe quién es el tenedor del vale que podrá exigirle el cumplimiento de su promesa contenida en ese título civil al portador.

No tiene relevancia quién acciona una terminal, un punto de venta, una caja permanente, si es menor o mayor de edad, si es el titular de la tarjeta que se usa como acceso o no. Si están dados los elementos del contrato normativo las consecuencias jurídicas se imputarán a los titulares del contrato.

Tratándose de otros contratos, los comunes, debe producirse un principio de identificación con el fin de lograr una imputación adecuada. Digamos el caso de una oferta de venta de rollos de papel para fax recibida precisamente por ese medio y que agrada al que la recibe, quién quizás no es el dueño del fax, y acepta la oferta dando los datos de una tarjeta de crédito y un domicilio para obtener los ofrecidos rollos de papel. En este ejemplo, alguien que nadie sabe quién es, sólo se conoce su número de fax y el domicilio impreso en el fax que envió, ha policitado un contrato. Seguramente el

policitante tampoco sabe quién es la persona que le contesta, si actúa por sí o en representación de otro o de una persona moral, sólo conoce el número del fax al que envió la propaganda.

Sin embargo, es evidente que hizo una policitación, que fue aceptada y ambas partes despliegan conductas que sólo pueden ser interpretadas como un consentimiento.

Aunque los códigos no hablen de faxes, ni de correos electrónicos, la existencia de estos medios en la transacción es una forma de expresar la voluntad. En último de los casos, pueden ser considerados como los hechos o los actos que no dejan duda respecto de que el consentimiento fue otorgado tácitamente.

A lo sumo, posiblemente se estarán celebrando contratos que, por ley, deban revestir determinada formalidad. La acción para elevarlos a esa formalidad está siempre expedita, aunque la verdad es que las partes lo cumplirán cabalmente aún con el vicio de validez que proviene de la falta de forma.

Al hablar de la forma de expresión del consentimiento, debe recordarse que es preciso separar la función de la forma en dos momentos:

Uno es el de la autenticación: ¿es la persona con la que me interrelaciono, con quién debo establecer una relación jurídica, la otra parte? ¿es la policitación que recibo o la respuesta que recibo la que efectivamente proviene de la otra parte con la que trato, con la que establezco una relación jurídica? Otra es la de conclusión y el cierre del contrato: ¿Son estos los términos en los que se ha convenido? ¿es este el momento en el que nacen las obligaciones? ¿es este el lugar donde nacen?

Con estos dos momentos en mente hay que pasar ahora a los medios que se usan para ello. El consentimiento puede darse mediante una expresión verbal, oral escrito; en algunos casos con la obligación de ratificación u otorgamiento ante fedatarios: ya sean testigos, notario, corredor o autoridad administrativa o judicial, en algunos casos una formalidad solemne como el testamento; o bien, por último, de manera tácita. En el caso de los títulos de crédito deben llenarse todos los extremos de contenido y forma que la ley prevé, para los títulos valor.

En todos estos casos de forma escrita, aparece la firma autógrafa como reina de la manifestación del consentimiento.

Los medios electrónicos contribuyen con una enorme riqueza de posibilidades de formalización: la incorporación en un archivo de un equipo de cómputo al que sólo acceden los que pueden celebrar el contrato, el uso del número de identificación personal, la existencia de un plástico con banda magnética que es identificado por un lector, las huellas dactilares o de la palma de la mano, o de la misma voz que pueden ir incluso insertas en el plástico de acceso, reconocidas por un lector, el número de fax, el uso de claves o de contraseñas, y muchas otras similares.

La ciencia en la actualidad ha llegado a producir diversos parámetros de identificación biométrica, es decir basada en las características físicas del sujeto celebrante de un acto jurídico.

Un estudio de las Naciones Unidas presenta unas de estas técnicas: se realizan exploraciones de la retina que registran la firma visual de un individuo y la almacenan en un microprocesador; sistemas de identificación mediante la impresión del pulgar o de otros dedos, sistemas que miden la longitud de los dedos, la translucidez de la piel, el grosor de las manos o la forma de la palma de la mano; dispositivos de verificación que registran los diferentes tipos de voz y sus inflexiones; dispositivos de verificación de la firma, que detectan las características estáticas o dinámicas de la firma de una persona; dinámica del tecleo, que identifica al individuo por su forma de escribir a máquina y por su ritmo. Estos productos biométricos estén en capacidad de almacenar muestras y compararlas con recientes para autenticar.

Una tecnología que viene usándose exitosamente es la de asociar a las máquinas de puntos de venta un tablero digital que permita al usuario inscribir un número de identificación personal (NIP) que se convierte en un mensaje criptográfico, se transmite así al computador central que lo descifra.

La posibilidad de una identificación personal encriptada ha dado lugar a la generación de un nuevo funcionario: el cibernotario, es decir un dador de fe pública que certifica la identidad de una persona con el usuario de determinada clave o servicios. El desarrollo de la tecnología mencionada se

ha limitado porque las técnicas de criptografía han sido consideradas por diversos gobiernos como materias estratégicas de seguridad nacional y eso han impedido su comercialización y su exportación.

Todos esos medios son vistos con desconfianza por quien ve con ojos tradicionales; acostumbrados a la firma autógrafa, los demás medios podrían parecer ciencia-ficción sumamente vulnerable. Asusta más la posibilidad de una falsificación precisamente, porque se desconoce la seguridad que proporcionan.

Si se analiza con cuidado, se verá que estos medios son tanto o más seguros que la firma autógrafa.

La humanidad ha hecho de la firma autógrafa una verdadera solemnidad. El momento en el que se estampan las firmas es reconocido socialmente, que no jurídicamente, como el momento de celebración del acto jurídico, se pone en presencia de la contraparte, se recurre a testigos o a un notario, se llama a fotógrafos y se hacen obsequios e intercambios de las plumas con que se signaron los documentos.

Reemplazar estos rituales por un frígido registro electrónico hace perder la estética del acto y produce una sensación de inseguridad jurídica.

Lo cierto es que las firmas y los registros electrónicos, a pesar de lo que la ciencia-ficción ha creado en películas y novelas, ofrecen mayor seguridad que los métodos tradicionales.

Los medios actuales también tienen debilidades de seguridad, la firma autógrafa es falsificable, una falsificación puede no ser notable a simple vista y requerir de complejos procesos de determinación de su autenticidad; de la identidad de una persona; se puede engañar a testigos y notarios; los registros públicos, incluso los que manejan folios reales, pierden hojas, expedientes o rastro de lo ahí inscrito. Lo que pasa es que ya se conocen estas debilidades y se sabe cómo tratarlas. Con los nuevos medios, todavía no se sabe cómo tratarlos a todos.

Aquí es donde nuestro sistema jurídico debe de dar un giro total. Cazar la expresión del consentimiento a una firma autógrafa ha sido superado por la realidad. El derecho debe de aceptar otros medios de manifestar dicho asentamiento.

De hecho ya suceden dos fenómenos: si una persona otorga su consentimiento por medios electrónicos, seguramente se comportará por lo menos, en la presencia de un consentimiento catalogado por nuestros códigos actuales como tácito. El otro fenómeno es en la legislación financiera que ya dio el paso, acepta la celebración de actos jurídicos por otros medios en sustitución de la firma autógrafa, y asigna a tales medios el mismo valor que las leyes dan a esta y a los documentos que la conllevan.

Debe esperarse que la teoría de las obligaciones y el resto del derecho mercantil se abran en los conceptos afectados por la electrónica en forma similar a como lo ha hecho ya la legislación financiera

E) AMBITO ESPACIAL DE VALIDES DE LOS CONTRATOS DE OPERACIONES ELECTRONICAS.

Uno de los efectos primordiales de la electrónica es desaparecer las dificultades que ofrecían antiguamente las distancias. Estas prácticamente desaparecen y convierten a la actuación de los seres humanos en un permanente aquí. Parece más relevante cuál computador o cuál modo registró un proceso, que el lugar geográfico donde estos están ubicados.

Sin embargo, para efectos jurídicos, resulta crítico determinar la ley que debe regir el acto jurídico y las autoridades que deben conocerlo cuando se establece un conflicto. No sólo intervienen el domicilio de cada una de las partes o el domicilio del lugar de la celebración o del cumplimiento del contrato, como en los contratos normales, sino que pueden aparecer lugares diversos, por ejemplo los de la ubicación del computador que reúne la información, del nodo de comunicaciones que la transmite, o el domicilio de la empresa que administra los servicios electrónicos, o el de los bancos corresponsales que participarán en el camino.

En materia de transferencias electrónicas de fondos, el concepto de lugar de pago toma otras características, puesto que no se trata del lugar donde físicamente se entregan bienes objeto de la obligación, pues no existe una entrega física de dinero necesariamente; se trata más bien que el acreedor tenga disponibles los fondos en una cuenta a su nombre o en un lugar donde no le resulte necesario al deudor hacer una nueva transferencia.

Por regla general, el pago debe hacerse en el domicilio del acreedor, por ello, si los fondos quedan a disposición del acreedor en una cuenta o en un banco del domicilio de este, la norma del lugar de pago habrá quedado satisfecha. Si los fondos quedan en un lugar de donde traerlos requiere de una nueva transferencia, con el consiguiente costo, el pago no habrá sido hecho correctamente y el deudor incurrirá en mora o tendrá que soportar los gastos de la transferencia final.

La aplicación de las disposiciones normales sobre la ley aplicable y autoridades competentes pueden no resultar totalmente claras para resolver un conflicto específico en estas materias. Lo mejor es cuidar, en los contratos normativos y en los contratos de adhesión, las normas conducentes que resuelvan estos conflictos de selección de tribunal competente y de legislación aplicable.

F) AMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS DE OPERACIONES ELECTRONICAS.

Si se aplican las normas del contrato entre ausentes, la resolución es sencilla: si es materia civil, en el momento del envío de la aceptación. En virtud de que los medios electrónicos son excepcionalmente claros en este respecto, la determinación del momento preciso será fácil de determinar.

Lo curioso es que no siempre se podría hablar de las normas de contrato entre ausentes, ya mencionamos ejemplos donde ambas partes están ausentes y el contrato es formado por la conjunción de dos peticiones por una computadora.

En contratos de adhesión y contratos de tipo, el oferente ya ha puesto sus bases y lo único que se requiere es que la otra parte diga que sí.

Muchas de estas operaciones, las llamadas paramétricas, son resultado de un llenado de condiciones, por ejemplo la concesión de créditos, las disposiciones de efectivo en cajeros automáticos. En todos estos casos los mismos equipos electrónicos son los que concluyen la operación, son los que dicen cuándo; precisándose hasta la hora exacta, el acto está celebrado de forma vinculatoria para las partes.

En toda transferencia electrónica de fondos la norma generalmente aceptada es que el pago está hecho y la obligación cumplida cuando los fondos quedan a disposición y alcance del accipiens, de manera que el solventes ya no tiene que hacer ningún esfuerzo extra, o si lo tiene que hacer es con su aceptación. Así si la obligación de pago consiste en que los fondos queden disponibles en Nueva York, el día 30 de junio antes de las -10:00 horas de esa ciudad, no importará que el accipiens, quien radica en Monterrey, tenga que hacer una nueva transferencia hasta su cuenta en esa ciudad y para eso deberá tener que consumir otras 24 horas.

De nuevo al igual que en lo tratado acerca del ámbito espacial de validez, es fundamental que los contratos normativos y los contratos de adhesión se pronuncien en el sentido del tiempo de entrega de los productos electrónicos.

G) MATERIA DE LOS CONTRATOS DE OPERACIONES ELECTRONICAS.

En cualquier contrato, nominado o innominado, piensese todo lo que se hace alrededor del mismo para formar el consentimiento (negociación, aceptación), formalizar la voluntad y dejar huella del mismo puede ser hecho por medios electrónicos de registros de comunicación.

Hay operaciones y contratos cuya realización se facilita especialmente por estos medios. Parece que están vocacionadas a celebrarse precisamente así. La operación en sí consiste en un movimiento electrónico. Tal es el caso de las operaciones financieras (crediticias y bursátiles) que de hecho ya consisten en un simple registro hecho electrónicamente. Como ejemplo podríamos citar el pagar una tarjeta de crédito con cargo a cuenta de cheques, no es sino una operación de transferencia de fondos de un registro a otro.

Cuando estos registros se llevan, como sucede hoy, en el banco, en la casa de bolsa, en el Instituto para el Depósito de Valores, en medios electrónicos, la naturaleza de la operación es electrónica.

Otras operaciones aun sin ser su naturaleza específicamente un movimiento electrónico, están íntimamente relacionadas con lo electrónico, o bien, la electrónica resulta ser el medio más adecuado para llevar la operación. Un ejemplo de este tipo de operaciones son los contratos complejos entre comerciantes de diversas plazas, así cómo nació en una ocasión la cuenta corriente entre dos comerciantes pueden celebrarse operaciones complejas y repetitivas.

Hay otras operaciones cuya naturaleza no es específicamente electrónica, pero ,esta supone un medio ideal para hacer negociaciones y dejar constancia de las mismas en el proceso de formar el consentimiento. Tal es el caso de contratos complejos multilaterales, que requieren de muchos borradores, proposiciones y contraproposiciones de las partes. Un buen ejemplo son los créditos sindicados o las emisiones y colocaciones internacionales de papel en el que las computadoras y los correos electrónicos pueden hacer el trabajo de reunir todas las observaciones y ofrecer, al instante un texto de cómo van las negociaciones.

Hay otro tipo de contratos para los cuales la electrónica puede ser tan sólo una simple herramienta de ayuda: la renta de una casa habitación difícilmente se realizaría por un medio electrónico. Muchos contratos reales en los que hay una entrega de posesión física de una cosa no serán fácilmente realizables por estos medios. Sin embargo, el consentimiento para la celebración de esos contratos puede ser manifestado y comunicado por un medio electrónico sin duda alguna.

Por lo que hace a los contratos reales y a los títulos de crédito, ya se viven los fenómenos de la desmaterialización de ,estos y de la entrega virtual de posesión v.g. (la prenda sobre títulos valores de los que circulan en el gran público inversionista, llamada caución bursátil.)

Las operaciones del sistema financiero practicadas por estos medios serán obviamente, como todas las demás que forman su objeto social, de naturaleza mercantil.

Las entidades del sistema financiero han venido descubriendo cómo brindar sus servicios por estos medios electrónicos, de tal suerte que es común encontrar productos financieros en los que se combinan servicios y operaciones que se pueden usar y operar electrónicamente, a la vez que por medios tradicionales. En otras ocasiones se empaquetan varios productos en un sólo servicio precisamente para aprovechar las ventajas que la automatización brinda.

Esto ha llevado a la creación del concepto de banca virtual refiriéndose a la posibilidad de que el banco ya no sea un sitio físico como las sucursales tradicionales, sino una red de comunicaciones y de transmisión de datos e información.

Las operaciones electrónicas se pueden concentrar en tres grandes figuras: el fenómeno transferencia electrónica de fondos, la operación de sistemas de pagos y la intermediación bursátil que supone la adquisición y venta de bienes bursátiles.

A través de estos tres géneros se pueden encontrar todos los productos y podríamos enumerar los principales:

- Disposiciones de aperturas de crédito.
- Disposiciones de contratos de depósito.
- Nóminas.
- Pagos a proveedores.
- Concentración de fondos.
- Adquisición de valores e instrumentos de inversión y ahorro.
- Instrucciones al comisionista.
- Monederos electrónicos.
- Consulta de saldos.
- Solicitud de autorizaciones.
- Compensación.

Lo que se inició como una manera de hacer más fácil una transferencia de fondos de un lugar a otro, se convirtió, gracias a la electrónica, en todo un sistema de pagos y ha llegado a ser, en general, el comercio electrónico.

H) PRUEBA DE OPERACIONES REALIZADAS POR MEDIOS ELECTRONICOS.

Una de las cuestiones críticas en materia de operación electrónica es la manera como se van a probar, en un procedimiento las mismas.

En primer término habrá que recordar que aquí también es relevante la dicotomía entre la operación subyacente y el medio electrónico de celebración y tomar en cuenta tanto las normas adjetivas que regulan a la una como la otra.

Si se trata de una operación de transferencia electrónica celebrada entre particulares como una relación civil, la relación sustantiva está regulada por el correspondiente Código Civil de la entidad en la que se celebra la operación. Por ende, la problemática adjetiva se regirá precisamente por el Código de Procedimientos Civiles de dicha entidad. Si se trata de una operación en la que las partes son comerciantes (cual sería el caso de las operaciones electrónicas celebradas por la banca y otras entidades del sistema financiero) por así disponerlo el artículo 75 del Código de Comercio, la operación sustantiva o subyacente estará regida por la legislación mercantil y la regulación adjetiva correrá a cargo de lo dispuesto por el Código de Comercio y sólo supletoriamente regirá la legislación local adjetiva correspondiente en los artículos 2 y 1054 del Código de Comercio.

Por un rigor científico se deben buscar primero las normas adjetivas que se encuentren en las leyes del Sistema Financiero Mexicano. Después habrá que recurrir a las normas adjetivas de la legislación mercantil, el Código de Comercio contiene un sistema que es completo al respecto, pues incluso establece la norma que será supletoria en caso de laguna.

Concretamente en el caso de las operaciones de la banca y de las otras entidades del sistema financiero, se tendrá que invocar el auxilio de las normas que rigen la operación subyacente en el uso

electrónico y las propias de esas entidades como el caso del artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito que contiene normas específicas adjetivas. Como Ley Procesal habrá que recurrir al Código de Comercio y solo supletoriamente (artículo 1054) al Código local de Procedimientos Civiles.

Existe alguna corriente de opinión en el sentido de que el Código Procesal aplicable supletoriamente debe ser el Código Procesal del Distrito Federal, pues se trata de materia federal. Es discutible esta interpretación en vista de lo que establece el propio Código de Comercio en las disposiciones que han quedado citadas y los criterios que la Suprema Corte de Justicia ha venido sustentando al respecto.

Por lo anterior, cabe concluir que el régimen procesal que aplica a problemas derivados de operaciones financieras celebradas por medios automatizados se contiene en las normas existentes en las propias leyes del sistema financiero, en el Código de Comercio y, supletoriamente, en los diferentes Códigos Procesales de las diversas Entidades Federativas de nuestro país.

En materia específica de las operaciones hechas por el Sistema Financiero, la legislación provee, una serie de normas que son importantes aunque no del todo completas. Las disposiciones que se contemplan en el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito, y en el artículo 91 de la Ley del Mercado de Valores, refieren que los medios de identificación que seleccionen las partes en sus contratos normativos se les dará el mismo valor probatorio que a la firma autógrafa.

Los sistemas procesales de prueba libre o un sistema mixto y, desde luego, uno de resolución en conciencia, permiten una mayor flexibilidad de modo que alegar elementos probatorios electrónicos resulta perfectamente posible. Hay legislaciones que ya han hecho aperturas específicas en esas direcciones.

El Código de Comercio despliega un sistema con relación a la prueba, que en poco ayuda a nuestro problema. El típico Código que sigue el sistema de prueba tasada, esto es, que sólo admite los medios de prueba específicamente anunciados en el Código y, además, despliega todo un sistema de instrucciones acerca de cómo deben valuarse las pruebas ofrecidas.

No es de pensarse que pueda usarse supletoriamente el Código Procesal de la entidad en donde se dé, el litigio especialmente en el supuesto de que sea de los Códigos de sistema abierto en el enunciado y en la valoración de las pruebas, puesto que el sistema probatorio del Código de Comercio es un sistema completo y no permite que abanderados con una supuesta supletoriedad, se introduzcan disposiciones novedosas que son evidentes que el legislador no quiso incluir.

Si el Código de Comercio establece que sólo son medios de prueba, la confesión, los instrumentos públicos, los documentos privados, los peritajes, la inspección judicial, la testimonial, la fama pública y las presunciones, ¿En donde se incluirán los registros de un equipo electrónico?. Desde luego que este es uno de los puntos en los que es de esperarse una reforma legislativa.

Quizá el problema toral en materia de prueba dentro de un sistema tasado es si los elementos electrónicos pueden ser considerados documentos. La importancia de la cuestión es manifiesta, si los elementos y registros que dejan los equipos automatizados son documentos, entonces podrán ser ofrecidos como prueba documental y así ser desahogados. Si no lo son, a quienes litiguen en esa materia sólo les estará abierto el camino de las presunciones.

La discusión doctrinal ha sido interesante, y por supuesto, polarizada. En un extremo están quienes afirman que documento es cualquier cosa que sirve de prueba, en ese sentido será documento un pañuelo manchado de sangre, una contraseña, etc.

Cabe la posibilidad de que, "documento" incluya: una que encierra un mensaje, una información relativa a hechos que es posible reproducirse o interpretarse. El que se necesite la ayuda de un aparato para conocer su contenido en nada varia su naturaleza. Si un papel esta escrita en forma diminuta será necesaria una lupa o lente amplificadora; si está escrita en idioma diverso, será necesario acudir a un traductor; si es un papel que una persona usa repetidamente en sus operaciones como "machotes" o formularios, será necesario completar con la declaración del comerciante respecto del uso cotidiano de tales esqueletos.

Es importante evitar caer en los formalismos procesales que por pretender hacer muy técnico el proceso, incurren en absurdos detalles de forma y quedarse con el concepto de documento a través

de los únicos que existían en el momento de formularse la ley, es pecar de formalistas y de letristas. Es una interpretación restringida, absurda y negativa para la propia ciencia del derecho que ha sostenido la extraordinaria maleabilidad que tiene para permitir que las normas jurídicas vayan encontrando su aplicación con el desenvolvimiento de la comunidad humana a la que sirven. Ahora bien, si se leen con cuidado los artículos 52 de la Ley de Instituciones de Crédito y 91 de la Ley del Mercado de Valores, se encuentra un soporte adicional cuando dicen que el uso de los medios de identificación pactados en sustitución a la firma autógrafa producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia tendrán el mismo valor probatorio. Es decir, la ley está asignando a las operaciones hechas en equipos automatizados el mismo tratamiento y la asimilación formal al documento y a su valor probatorio.

Será ideal hacer esfuerzos por que las normas procesales antiguas se reformen para contemplar sin duda que los registros electrónicos sean recibidos en calidad de prueba, que los registros electrónicos tengan el mismo valor que los de papel, como ya sucede con los microfilmes y con algunos discos ópticos.

Uno de los refuerzos que tiene la prueba de las operaciones hechas vía electrónica es el apoyo que se le puede dar con otros elementos como el uso de un número confidencial, la asignación de una tarjeta con banda magnética, la producción de un estado de cuenta periódico, la ratificación por escrito de una o varias operaciones, la aceptación tácita que supone haber hecho muchas operaciones similares sin que el conflicto haya surgido. Cada uno de estos elementos tendrá su problemática en sí: habrá que probar que el número de identificación personal fue asignado al litigante, que el estado de cuenta fue remitido, pero son sin duda un soporte a la probanza de toda la operación.

Es claro que se tratará de una prueba que ofrecida, ya sea por el cliente o por la entidad financiera o la empresa que preste el servicio de operación electrónica, será normalmente esta quien va a tener que producirla puesto que será quien detente los elementos para desahogarla. En algunas operaciones el propio oferente de la prueba deberá poner sus propios sistemas usados en la operación materia de litigio.

Así mismo puede suceder que en alguna operación se requiere que intervengan otras partes no involucradas en el litigio, por ejemplo, Bancos intermediarios y corresponsales, un proveedor de servicios de compensación y otros dependiendo de la complejidad de la operación base del litigio.

Muchas veces la prueba va a tener que reforzarse con inspecciones judiciales y con juicios de peritos y con medidas de apremio para que se produzcan los elementos que el litigio exige para probar. Por lo mismo, será importante ser cauto y una buena legislación al respecto sería útil. Un cliente puede abusar ofreciendo pruebas cuyo desahogo puede producir serios trastornos no sólo a su contraparte, sino también a todo un servicio al público como lo es el de la banca; habrá sistemas que no podrán ser consultados o examinados en horas hábiles de operación, habrá registros e informes que no podrán ser mostrados por incluir operaciones de terceros no involucrados en el litigio, habrá detalles incluso de propiedad intelectual que resultarían publicitados de aparecer en un litigio causando así un daño al propietario.

Es importante observar el desempeño de litigios sobre esta materia para que vía la interpretación judicial, jurisprudencia en sentido lato, se vaya llegando a principios que completen el cuadro normativo de esta figura y su problemática.

Un camino alternativo que puede seguirse es el de pactar un procedimiento convencional o bien el realizar pactos arbitrales en los que se precisen los medios de prueba que se usarán, las normas de valuación las mismas y todos los demás elementos que conlleve un pacto arbitral. El procedimiento convencional está regulado por los artículos 1051 y siguientes del Código de Comercio; el procedimiento arbitral el Título Cuarto, artículos 1415 y siguientes.

La posibilidad de sujetar al arbitraje cuestiones mercantiles, sobre todo las que suponen complejidades técnicas u operaciones poco conocidas, ha empezado a tener popularidad especialmente con el ejemplo de las transacciones internacionales en donde el arbitraje es la norma común de arreglo de diferencias.

La misma presencia de quien puede ser un "árbitro natural": la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, y la Comisión del Sistema de Ahorro para el

Retiro, la existencia de agencias e instancias profesionales de arbitraje y codificaciones y normatividad para el desahogo de tales procesos (Cámara Internacional de Comercio, Organización de las Naciones Unidas y otras varias convenciones), así como la existencia de las normas de arbitraje en las propias leyes del Sistema Financiero Mexicano, es una invitación a este medio de solución y hace pensar la posibilidad de que seguirá desarrollándose en el futuro.

1) SEGURIDAD DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRONICOS.

La despersonalización que los medios electrónicos provocan, seguramente traerá consigo una serie de riesgos que van desde la suplantación de los contratantes, el mal uso de las claves o signos convenidos, desconfianza, errores, mal funcionamiento de los sistemas electrónicos. Sin embargo, dichos riesgos no pueden impedir el avance de la ciencia jurídica, por lo que debemos encontrar las fórmulas adecuadas para brindar seguridad a los contratantes.

En materia de contratos contamos con un sistema equilibrado entre consensualismo y formalismo, mientras que el principio general es que para la celebración de un contrato no se requiere forma alguna, la misma ley se encarga de establecer una forma precisa para la mayoría de los contratantes que regula.

La razón de lo anterior es que la forma brinda seguridad a los contratantes, quienes cuentan con un documento que, al ser firmado por las partes, les servirá para probar la existencia de los negocios jurídicos que celebren.

Se ha argumentado que los textos que emanan de los aparatos electrónicos no son documentos y que por ello no tienen fuerza probatoria alguna. Documento, etimológicamente significa todo aquello que enseña algo, y aquí cabrían los papeles escritos, las fotografías, las películas, los discos, los planos arquitectónicos, etc.

Sin embargo, en derecho la mayoría de los autores identifican al documento con la escritura, y así resulta que documento es toda cosa que contiene algo escrito con sentido inteligente.

Alrededor de los documentos se ha establecido toda una gama de clasificación: Documento público, privado, copia simple, copia certificada, ratificación de firmas, testigos instrumentales, testimonio, minuta, etc., todos los términos eminentemente relacionados con su valor probatorio.

Podríamos clasificar al fax como una copia. Es un tipo de documento que evidentemente ofrece poca seguridad a la contratación. La recepción de fax no prueba nada, mas que la recepción misma, pues ni siquiera se puede asegurar que, documento se recibió. Aunque este venga firmado, no se le puede dar mayor fuerza probatoria que al de una copia que reproduzca el documento original. Probará la existencia de este, y lo que contiene, cuando se pueda hacer un cotejo entre el fax recibido y el original, pues el recibido, puede a su vez ser tomado de otra copia. La copia recibida ni siquiera prueba la existencia de un original idéntico al recibido.

El sistema encontrado, fue el que dichos documentos contaran con una serie de formalidades que hicieran indubitable su procedencia y la identidad de los contratantes, como serian: la firma de los documentos originales para una posterior comparación o cotejo, y una serie de claves o signos distintivos, que sólo las partes conocieran, y que debían constar en los documentos transmitidos, todo ello fundado en el principio de libertad de contratación y la autonomía de la voluntad, en la cual de antemano se daría a esos documentos el valor probatorio que las partes acordaran en un contrato normativo.

Existe una preocupación que se expresa con relación al artículo 1811 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual también regula la contratación por telégrafo.

En los contratos celebrados por medios electrónicos se carece de un documento que cuente con las características de seguridad antes apuntadas, y como es lógico, pudiera existir recelo para su utilización.

Otros medios de transmisión de textos como los modelos con que cuentan las computadoras, tienen como desventaja adicional, que transmiten textos o señales a la memoria del ordenador receptor, y no una copia de un documento firmado por el transmitente como la que se produce por fax. En este

caso el problema de la seguridad se va incrementando, porque a los inconvenientes ya apuntados, debemos añadir la falta de firma del documento original con el que podría cotejarse.

El uso de las tarjetas dotadas de banda magnética tiene otros inconvenientes jurídicos, como la imposibilidad de controlar que sólo su titular la utilice, lo que ocasiona problemas relacionados con la capacidad, y el mismo consentimiento, pero dichas consideraciones rebasan los fines del presente trabajo.

Sin embargo, es la voluntad de las partes y no la firma la que importa, pues ha quedado comprobado que existen medios colaterales a la firma para expresar la voluntad.

Conforme lo apuntado, no debemos preocuparnos en forma exagerada por la seguridad de estos nuevos medios de contratación que la técnica suministra. Corresponde a la voluntad de las partes y a la Ley, otorgar el valor de documentos a las constancias emanadas de los mismos, y en consecuencia concederles fuerza probatoria plena, mientras no sean impugnados de falsedad.

J) LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS Y LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.

Las condiciones o cláusulas generales de los contratos, que dan lugar a los contratos de adhesión, son los conjuntos de reglas que en particular se ha establecido para los derechos y obligaciones de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Mediante tales condiciones se eliminan a priori los tratos previos entre las partes; una de éstas se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbra en las leyes.

El empleo de las cláusulas generales se ha extendido de manera extraordinaria y la importancia del problema aumenta de modo continuo y hasta progresivamente acelerado. Las cláusulas generales se articulan en forma de Códigos de también creciente volumen y compilación. Las asesorías

de las grandes empresas aguzan su ingenio para descargar a sus casas de cualquier responsabilidad, a la vez que procuran encadenar al cliente de modo y forma que la voluntad del empresario sea soberana para decidir sobre cualquier contingencia posterior a la perfección del contrato. El hallazgo de una nueva cláusula, que astutamente refuerce la prepotencia del empresario, será copiada y agregada enseguida en el texto de las condiciones generales de las demás empresas.

De modo que la extensión de estas condiciones se hace mayor, a la vez que disminuyen las facultades del cliente. La misma forma objetiva y abstracta de su redacción ha facilitado el empleo corriente de las condiciones generales.

Sobra decir que entre nosotros la situación es similar siendo muy frecuente no sólo por parte de comerciantes o industriales, sino también en la práctica bancaria, donde las condiciones generales impuestas por la institución forman con frecuencia la manera normal de contratar, sin que el cliente tanto en operaciones pasivas o activas del banco tenga nada que decir, sino aceptar o no lo que se le presenta como práctica bancaria o como una costumbre de observancia obligatoria.

Las empresas de servicios como teléfonos, transportes terrestres, o aéreos etc.; son también un campo fértil para contratar con sus clientes mediante condiciones generales impuestas por ellas.

Cuando estas condiciones generales tienen un fundamento legal, su licitud es clara, pues al basarse en la ley, de ellas derivan su validez, de la que en realidad las condiciones generales no son más que aplicaciones al caso concreto. El problema más bien se presenta en aquellas condiciones generales que concretan el amplio campo que el Derecho deja a la voluntad de las partes y que una de ellas, valiéndose de su peculiar situación económica, impone a los que quieren contratar con ella y que con frecuencia no tienen más remedio que hacerlo.

La electrónica ha colaborado ya y seguirá colaborando en forma creciente como un magnífico instrumento para masificar la contratación, prestando con eso un servicio más a la eficiencia y productividad de la empresa moderna. Las condiciones generales de los contratos ya no tienen para

que estar impresas, sino que pueden estar en la memoria de las computadoras para ser consultadas, eso s., por quienes quieran hacerlo antes de contratar.

No hay duda que los negocios realizados en estas condiciones son válidos y que los contratos de adhesión no pierden, por eso, su calidad de contratos, pues en ellos se salva la libertad de contratar.

El problema no está ahí, sino en saber si esas condiciones generales, ignoradas casi siempre por el cliente, o aceptadas por fuerza o en situación cercana al estado de necesidad, pueden ser impugnadas por éste ante los tribunales y si éstos conservan un poder revisor y derogador de tales condiciones generales o de éstas, por haber sido aceptadas por el cliente, deben cumplirse siempre y en cualquier circunstancia, adquiriendo así una validez superior al criterio judicial que podría juzgarlas injustas o perjudiciales.

La Ley Federal de Protección al Consumidor tiende a proteger a éste último contra condiciones generales ilegales estableciendo una serie de requisitos para los contratos de adhesión que se encuentran en el Art. 63 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, pero además de que dicha legislación no abarca, ni puede hacerlo, todos los casos de imposición de condiciones generales, subsiste la duda de la validez de las mismas, aun en los casos en que el contrato haya sido aprobado por la Procuraduría Federal del Consumidor.

En alguna forma, la Procuraduría con su función aprobatoria de los contratos de adhesión, es un eficaz instrumento para crear esos monopolios de hecho al uniformar contratos tipo para ramas del comercio o de la industria, pues los empresarios, para lograr la aprobación, copian de los contratos ya aprobados, con lo cual el consumidor se encuentra ante una situación de desventaja originada por quien teóricamente, fue creada para protegerle.

Las condiciones generales pueden ser impugnadas en coacciones por ser contrarias a la buena fe que debe existir siempre entre los que contratan; también lo pueden ser cuando así sea, por que van contra las buenas costumbres o contra los usos mercantiles, o pueden también constituir un abuso del derecho, pero la razón convincente para atacarlas es que contienen renunciaciones de derechos y

exoneraciones de responsabilidad que no deben quedar al arbitrio de los contratantes, por el interés público que existe en todas ellas.

Por tanto no afirmamos la invalidez de las condiciones generales como tales, ni la nulidad global del contrato de adhesión, o del contrato tipo, sino solamente de las renunciaciones o limitaciones de responsabilidad que unilateralmente una parte ha impuesto a la otra, sin que sea argumento decir que ésta las ha aceptado pues siendo de interés público, no puede renunciar a pedir esa responsabilidad o a ejercitar ese derecho falsamente renunciado.

CONCLUSIONES.

1.- Los avances tecnológicos no son ajenos al orden jurídico; por el contrario, influyen directamente en sí, y en ocasiones lo determinan, al cambiar la forma de vida de los hombres y de las sociedades que son el objeto inmediato del Derecho.

Todo descubrimiento o invento humano puede ser bien o mal utilizado.

2.- Toca al Derecho organizar y reglamentar los fenómenos sociales que se producen por los avances tecnológicos o por los descubrimientos científicos, para que éstos sirvan realmente al hombre permitiéndole vivir en una sociedad más justa.

3.- Es indudable que la electrónica ha influido en nuestra sociedad y ha provocado nuevas normas jurídicas.

4.- Estamos ante la forma de expresión de la voluntad y las partes pueden, mediante tratos previos, acordar en que forma expresarán su consentimiento en los futuros negocios que celebren. A esos tratos previos, la doctrina le ha llamado Contratos Normativos, pues crean convencionalmente entre las partes, las normas conforme a las cuales celebrarán futuros contratos.

5.- Los Contratos Normativos tienen por objeto la disciplina de negocios jurídicos eventuales y futuros. A diferencia de los contratos preliminares, no producen ninguna obligación de celebrar el contrato futuro; sólo con ellos, se fija el contenido de los futuros contratos. Se puede pactar la forma en que se expresará el consentimiento de las partes, sin que éstas, como es lógico, queden obligadas a celebrar contratos.

6.- Los contratos Normativos son un fenómeno que se presta cómodamente, para la estandarización de la contratación en masa, mediante los cuales, grupos de contratantes acuerdan dar a sus futuras relaciones contractuales un contenido o una forma concreta.

7.- La firma es la expresión de la voluntad del sujeto, es la forma universal de manifestar conformidad. Sin embargo, es bueno recordar que no siempre fue así, pues hubo épocas en que la manifestación del consentimiento era la impresión en el documento del sello que cada persona tenía y que se hacía con el escudo o las armas personales, que lo individualizaban en forma inconfundible.

8.- El que la firma sea la forma universalmente aceptada de manifestar conformidad, no quiere decir que sea la única. La Ley sigue autorizando que personas que no saben o no pueden escribir, lo manifiesten imprimiendo su huella, y aún se llega al caso de autorizar que otra persona firme por una de las partes manifestando ésta su consentimiento mediante la impresión de su huella dactilar (Art. 62 de la Ley del Notariado del Distrito Federal.)

9.- Lo importante en un contrato no es la firma, pues ésta sólo es una manifestación de la voluntad del sujeto, sino el querer de las partes, cuya voluntad puede manifestarse de otras maneras; cuando las partes se ponen de acuerdo sobre cómo van a manifestar su consentimiento en negocios futuros, estamos en presencia de un contrato normativo sobre la forma.

10.- No obstante el uso cada vez más frecuente de las nuevas formas electrónicas de expresar consentimiento mediante signos, claves o con simple uso de tarjetas personalizadas, es necesario conservar el principio de que el negocio sólo nace por el libre consentimiento de las partes. Por regla general, cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato normativo, dando aviso a la otra parte, y salvo que la terminación produzca daños y perjuicios, pues en este caso, éstos se deben, pero el contrato normativo, de todos modos termina.

11.- Lo que no es lícito hacer es modificar unilateralmente el contrato normativo, de tal manera que su cumplimiento quede al arbitrio de una sola de las partes, o que una de ellas pueda ampliar el campo de dicho contrato a otros supuestos no contemplados pretendiendo que una de las partes quede obligada en otras hipótesis diversas a las incluidas en el contrato normativo que, como es lógico, siendo una excepción a la regla general de la contratación, no puede aplicarse analógicamente.

12.- Los medios electrónicos quedan centrados como un poderoso auxiliar en la formación de los contratos, pero respetando siempre la naturaleza de los mismos, que no puede cambiar.

13.- La estandarización y automatización creciente en el tráfico contractual, y el uso cada vez más generalizado de los medios electrónicos para expresar el consentimiento, nos llevan a considerar cómo inciden en este tipo de formas de contratar lo que la doctrina ha denominado y ya explicado Las Condiciones Generales de los Contratos, pues normalmente en la contratación masiva, una de las partes impone unas condiciones que no discute con su contraparte y que ésta debe aceptar si quiere contratar.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ABASCAL ZAMORA, José María, "PAGO POR TRANSFERENCIA ELECTRONICA DE FONDOS. CONSIDERACIONES ACERCA DE SUS EFECTOS" Foro Núm. 1. México, 1989.
- 2.- AGUILAR CARVAJAL, "CONTRATOS CIVILES" 2a Edición Editorial Porrúa, México, D.F. 1977.
- 3.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel, "OBLIGACIONES CIVILES", 3a. Edición, Editorial Harla, México, D.F., 1984
- 4.- BORJA SORIANO, Manuel, "TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES", 12a Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1991
- 5.- COLEGIO DE NOTARIOS DEL DISTRITO FEDERAL, A.C., "HOMENAJE A MANUEL BORJA MARTINEZ" 1a Edición, Editorial Porrúa, México, 1994
- 6.- DE LA PEZA, José Luis, "DE LAS OBLIGACIONES", 1a Edición, Editorial Mc Grow Hill, México, D.F., 1997
- 7.- DE PINA VARA, Rafael, "DICCIONARIO DE DERECHO" Editorial Porrúa, México, D.F. 1986
- 8.- DE PINA VARA, Rafael, "ELEMENTOS DEDERECHO CIVIL MEXICANO", 6a Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1986
- 9.- DIAZ BRAVO, Arturo, "CONTRATOS MERCANTILES", 4a Edición, Editorial Harla, México, D.F., 1994
- 10.- FLORESGOMEZ GONZALEZ, Fernando. "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Y DERECHO CIVIL", 4a Edición, Editorial Porrúa, México, D.F. 1984
- 11.- GIORGIANNI, Michele, "LA OBLIGACION", Bosch Casa Editorial, Barcelona 1958

- 12.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES" 5a. Edición, Editorial Cagica, Puebla, México, 1974
- 13.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, "DICCIONARIO JURIDICO" 4a Edición, Editorial Porrúa, México, D.F. 1991
- 14.- LOZANO NORIEGA, Francisco, "CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL", 3a Edición, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, D.F. 1982
- 15.- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, "INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL", 1A Edición, Editorial Porrúa, México, D.F. 1987
- 16.- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, "DICCIONARIO JURIDICO PARA JURISTAS", Editorial Mayo Ediciones, México, 1981
- 17.- PLANIOL, Marcel, "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL", Editorial Cagica, Puebla, México, 1945.
- 18.- POBLATTI, Salvador, "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO CIVIL", 2a Edición, Editorial Porrúa, México, 1943
- 19.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquin, "CURSO DE DERECHO MERCANTIL", 20a. Edición, Editorial Porrúa, México, D.F. 1991
- 20.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL", 16a Edición, Editorial Porrúa, México, D.F. 1979
- 21.- SANCHEZ MEDAL, Ramón, "DE LOS CONTRATOS CIVILES", 13a Edición, Editorial Porrúa, México, D.F. 1994.

22.- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, "CONTRATOS CIVILES", 4a Edición, Editorial Porrúa, México, D.F. 1992.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL, Año XXXVIII, Abril de 1997, No. 110, Asociación Nacional de Derecho Mexicano, A.C.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL

CODIGO DE COMERCIO

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

LEY DEL MERCADO DE VALORES

LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO