



318509
13
Leje.

UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
1983-1988

**EL CONTRATO POR ADHESION
FRENTE A LA LIBERTAD
PARA CONTRATAR**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ARTURO MUJICA VALDIVIA
DIRECTOR DE TESIS : DR. CARLOS CASILLAS VELEZ

MEXICO, D. F.

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN.**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi Poder Superior,
por nunca abandonarme.

A mi madre PROFRA. MARGARITA
VALDIVIA FRANCO, por mostrarme lo que
es en verdad la Humildad.

A mi padre LIC. ARTURO MUJICA ROMAN,
por enseñarme lo que Buena Voluntad
y Anonimato Espiritual significan.

A ambos por su Amor y su ejemplo.

A mis abuelos DR. JAVIER VALDIVIA Y
PROFRA. MARGARITA FRANCO, por haber
hecho feliz mi infancia. Gracias
"papá". Gracias "mamá". Dios los
tenga en su Gloria.

A mi abuela Doña VELIA ROMAN,
por siempre tener un pensamiento para mi.
Gracias abi.

A mi abuelo Don FRANCISCO MUJICA
BAHENA, porque siento que tengo mucho
de él. Dios te tenga en su Gloria
abi.

A mi otra abuela Doña INES ROMAN,
por que en vida siempre me tuvo en sus
oraciones y ahora junto a Dios sigue pidiendo
por mi. Dios la tenga en su Gloria.

A mi tío ING. RAUL VALDIVIA, por
haberme permitido no extrañar a un
hermano. Dios lo tenga en su Gloria.

A mis tíos JAVIER, IGNACIO y FRANCISCO,
por sus muestras de Decisión, Bondad y
Camaradería, respectivamente.

A mis tíos HECTOR Y CARMEN, porque
a pesar de vivir lejos, siento su
amor y cariño.

Al Lic. Don JOSE ARTURO COSME VALADEZ,
hombre de bien, por ser amigo y hermano
incondicional. Los momentos que vivimos
juntos son inolvidables.

A la Lic. ADRIANA MARCELA HERNANDEZ
AGUILERA, por su amistad y ayuda.
Mucho de este logro se lo debo a
ella.

A MARCELA COSME VALADEZ, gran mujer,
ejemplo de superación y tenacidad.
Una amistad con la que siempre se puede contar.

A mi buen amigo TOMOHISA NOZAKI,
gran compañero en mi época
universitaria.

Al DR. CARLOS CASILLAS VELEZ, por
haberme facilitado el camino para
llegar a este momento.

A todos mis maestros que
compartieron sus experiencias
conmigo. Muchos de ellos son
inolvidables.

A la UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL
por haberme proporcionado las
herramientas necesarias para
forjarme como hombre y
universitario.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

I. ANTECEDENTES-----	1
1.- El Contrato en el Derecho Romano.-----	1
1.1.-Derecho Romano Antiquo.-----	1
1.1.2.-La Idea de Convención en el Derecho Romano.-----	2
1.1.3.-El Consentimiento.-----	3
1.2.- Nuevas Categorías del Contrato Romano.-----	8
1.2.1.- Contratos Reales.-----	8
1.2.2.- Contratos Consensuales.-----	11
1.2.3.- Contratos Innomínados.-----	17
2.- El Contrato en el Derecho Intermedio.-----	19
2.1.- El Bajo Imperio. Crisis del Imperio Romano.-----	19
3.- La Edad Media.-----	22
3.1.- Alta Edad Media.-----	23
3.2.- Baja Edad Media.-----	30
4.- La Edad Moderna.-----	34
4.1.- Situación Política, Social y Económica en la Edad Moderna-----	35

4.1.1.- La Revolución Industrial.	39
4.2.- La Evolución del Contrato en España.	41
4.3.- El Liberalismo.	44
4.3.1.- La Revolución Francesa.	44
4.3.2.- El Liberalismo Económico.	47
4.3.3.- Crisis del Liberalismo.	51
4.3.3.1.- El Pensamiento Marxista.	54
4.3.3.2.- La Doctrina Social de la Iglesia.	57
4.3.3.3.- La Doctrina Social de Leon Duguit.	63

CAPITULO SEGUNDO.

I.- LA CONTRATACION MODERNA Y LAS TRANSFORMACIONES EN LOS CONTRATOS.	69
1.- La Socialización del Derecho en Materia de Contratos.	69
2.- La Doctrina Clásica de los Contratos Frente a las Nuevas Formas de Contratación.	72
2.1.- Dinámica Social y Función Económica de los Contratos.	72
2.2.- Concepción Clásica de los Contratos.	80
2.2.1.- Noción de Contrato.	81

2.2.2.- Consentimiento.	85
2.2.3.- El Objeto.	88
3.- Tendencias Modernas en los Contratos.	91

CAPITULO TERCERO.

I. LOS CONTRATOS POR ADHESION.	98
1.- Razones de su Aparición.	98
2.- Terminología.	102
3.- Naturaleza Jurídica.	106
3.1.- Tesis Contractualista.	107
3.2.- Tesis Anticontractualista.	109
3.3.- Tesis Ecléctica.	111
3.4.- Guiones Administrativos.	111
3.5.- Punto de Vista Personal.	115
4.- Definición.	120
5.- Características.	131
6.- Libertad Contractual y Libertad para Contratar en los Contratos por Adhesión.	135
6.1.- Libertad para Contratar y Libertad Contractual.	137
6.1.1.- Libertad Contractual.	138
6.1.2.- Libertad para Contratar.	141
7.- Contratos por Adhesión en el Derecho Mexicano.	148

7.1.- Ley Federal de Protección al Consumidor.-----	149
8.- El Contrato por Adhesión en el Derecho Comparado.-----	161
CAPITULO CUARTO.	
CONCLUSIONES.-----	168
BIBLIOGRAFIA.-----	172

INTRODUCCION

El Contrato de Adhesión o por Adhesión, se ha convertido en una de las formas para contratar mas usuales en esta segunda parte del Siglo XX, y por ello se dice que el concepto clásico del contrato ha hecho crisis. Desde mi punto de vista no hay tal crisis. Los cambios en la forma de contratar se deben a la evolución que ha sufrido el hombre en su vida de relación por motivos económicos: la forma de circulación de los bienes, el creciente poder de los comerciantes y prestadores de servicios y el aumento de consumidores con cada vez mas necesidades que satisfacer.

Los cambios políticos y sociales siempre han estado relacionados con cambios económicos, por lo que el análisis de estos últimos deben ser, y han sido, la base para toda regulación jurídica. La actividad en el mundo moderno obliga al Derecho a crear nuevas formas para las relaciones jurídicas cuando las antiguas resultan insuficientes para mantener el imperio de la justicia. La creación de nuevas figuras jurídicas sin tomar en consideración las pautas económicas de una determinada sociedad, forzosamente dará como resultado fantasmas jurídicas sin utilidad alguna, toda vez que el Derecho y la Economía son ciencias complementarias que deben marchar entrelazadas.

Por lo anterior, creo necesario iniciar este estudio, no con la historia del contrato en general, sino con una reseña de las transformaciones que han sufrido los contratos a través de la historia, como consecuencia directa de los cambios económicos, y del modo cómo, forzosamente, se han amoldado a dichos cambios. De esa forma, al ver los diferentes contratos nacidos por nuevas necesidades, se observará sobretodo que tales cambios han estado siempre relacionados con los fenómenos económicos.

El Contrato por Adhesión o de Adhesión, por lo tanto, es producto de esa necesidad de conciliar el fenómeno jurídico con el económico, y su uso se verá incrementado en esta época conforme las transacciones comerciales exijan mayor velocidad y certeza.

Desde el siglo pasado, varias y controvertidas han sido las opiniones de los doctrinarios respecto a la figura jurídica que nos ocupa. No existe un consenso en lo que se refiere a su terminología, elementos, definición y naturaleza jurídica del contrato por o de adhesión, existiendo autores como el maestro Nestor de Buen Lozano, quien al estudiar esta figura en su libro "La Decadencia del Contrato", lo hace considerándolo tan sólo como una ficción jurídica.

Existe la duda si por dar celeridad y seguridad jurídica a las transacciones comerciales, la idea clásica de contrato se encuentra realmente en plena crisis o si simplemente se trata de una adaptación del contrato tradicional a las necesidades de la época, sin que éste haya perdido sus elementos característicos y esenciales. Sin embargo, considero que lo importante, no es tanto si el contrato está en crisis o no, sino en cuestionarse sobre el papel que juegan elementos tan importantes en la concepción clásica del contrato, tales como la autonomía de la voluntad, y la libertad que existe, ya sea para contratar o contractual, frente a contratos de este tipo.

En casi todos ellos, se observa cierta desigualdad de hecho entre las partes contratantes, destacándose sobre todo la desproporcionada desigualdad económica que en la mayoría de los casos hay entre ellas.

Por lo mismo, el Estado se ha visto en la necesidad de intervenir en estos casos para tutelar los intereses de la parte económicamente más débil y de ese modo ayudar a que prevalezca la igualdad y el equilibrio entre las partes, cuya voluntad creo yo, sigue siendo la norma suprema, con las limitaciones que la ley, la moral y las buenas costumbres siempre han impuesto.

Habremos de ver si dicha intervención estatal se considera afortunada o desafortunada y en qué medida resulta efectiva la protección al consumidor, el cual se ve en la necesidad de formar parte de un contrato sin haber tenido intervención alguna en la elaboración de las cláusulas del mismo. Esto es, el consumidor se ha convertido en la parte contratante cuya única intervención consiste en saber si contrata o no; la parte cuya única manifestación de voluntad es la de aceptar o rechazar el clausulado que se le presenta.

"EL DERECHO TIENE QUE
REGIR LA VIDA TAL COMO ESTA ES, SIN
AFERRARSE A FORMULAS RECIBIDAS,
TRADICIONALES, CUANDO SEAN INCAPACES
DE APREHENDER LOS NUEVOS HECHOS DE LA
REALIDAD SOCIAL".

Rodrigo Uria, en
"Reflexiones sobre la Contratación
Mercantil en Serie".

I.- ANTECEDENTES

Tal y como quedó dicho en la introducción del presente trabajo, no es mi intención el hacer la historia del contrato en general, sino que, dado el hecho que pretendo conciliar los cambios contractuales con el desarrollo de la Historia y sobre todo con los cambios motivados por cuestiones económicas, tan sólo se trata de utilizar la experiencia histórica como un instrumento mas de investigación, considerando que sin ella el estudio de la evolución contractual sería imposible.

1.-EL CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO

1.1.-DERECHO ROMANO ANTIGUO

Durante su primer periodo el derecho romano obedeció a las necesidades de un pueblo sencillo, rústico y esencialmente formalista que se denominó Derecho Quiritario. La segunda fase de la historia jurídica de Roma estuvo caracterizada por el ensanchamiento general de todas las instituciones del ius quiritarium, a la vez que se disminuye el rigor del formalismo.(1)

Por último durante el tercer periodo se observa la

(1) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 1984. pag.2

expansión que tuvo el derecho romano a tierras y pueblos anexados al Imperio significando una profunda transformación de las clásicas instituciones. En este tercer periodo se ven ciertas modalidades contractuales incorporadas al Derecho Romano por la presencia de nuevas costumbres y sobre todo de nuevas necesidades.

1.1.2.-LA IDEA DE CONVENCION EN EL DERECHO ROMANO.

Para designar el mero acuerdo de voluntades entre dos personas, los romanos emplearon las expresiones pactum, pactum conventum, pactio, conventio, consensus, pues no todo acuerdo de voluntades era considerado como contrato, sino solo aquellos convenios a los cuales se atribuía el efecto de engendrar obligaciones exigibles. Es por ello que en el Derecho actual podemos tener un concepto de contrato, y en el Derecho romano sólo ofrece una lista de contratos. (2)

En el Derecho Romano Quiritario, la convención presentaba el carácter de "nomen general" al quedar integrada por una especie que sólo generaba

(2)ARIAS Ramos, J. y ARIAS Bonet, J.A.- Derecho Romano. Tomo III 18a edición. 1988. Editorial Revista de Derecho Privado. EDARSA. Madrid, España. pág. 601.

obligaciones naturales (los pactos) y por otra que hacia nacer obligaciones civiles aunque solamente cuando iba acompañado por algunas de las formalidades requeridas por la ley (los contratos).

Pese a las diferencias entre los contratos y los pactos, existía un elemento de derecho natural común a ambas especies de convención: el acuerdo de las partes.

1.1.3.-EL CONSENTIMIENTO

El consentimiento entre las partes es un requisito esencial en la vida de toda convención, por lo tanto en la especie contrato necesariamente se tendrá que encontrar el concurso de las voluntades de ambas partes destinadas a un fin jurídico común. Lo anterior se debe a que en el Derecho Quiritario la simple promesa, la simple oferta no aceptada carecía de relevancia jurídica contractual, por lo que, hasta que no existiera ese acuerdo de voluntades, no trascendía al mundo jurídico.(3)

Las expresiones de la voluntad se constituyen entonces por medio de determinadas maneras que los

(3) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- op. cit. pág. 4

doctrinarios han denominada formas contractuales. En ella, los romanos clásicos veían el medio idóneo para dar publicidad al acto.

Fue necesario el transcurso del tiempo para que por obra del pretor, se organizara un sistema defensivo para paliar aquellas situaciones reñidas con la libertad de los sujetos, sea que hubiera mediado dolo, sea que hubiese habido violencia. Surgieron como un remedio a estas situaciones, acciones y excepciones contra tales vicios.

Dentro de las primitivas manifestaciones del contrato quizá la forma de contratación mas antigua del pueblo romano esté representada por el NEXUM.

El nexum es un negocio jurídico arcaico, conocido solamente a través de escasas referencias de algunos escritores latinos no juristas y de una alusión a la nexi liberatio como modo de extinguir obligaciones contenida en las Instituciones de Gayo.(4)

Esta expresión contractual tuvo su razón de ser en el hecho de que en ese tiempo, Roma era una sociedad

(4) ARIAS Ramos, J. y ARIAS Bonet, J.A.--op. cit pág. 610

agrícola donde los plebeyos estaban obligados a pedir préstamos a los patricios, práctica que se denominaba NEXUM por quedar el deudor simbólicamente encadenada y a disposición del acreedor.

Otra manifestación temprana de la idea de contrato fue la sponsio la cual debió servir como base a otro negocio obligacional, tal vez el mas usado en la primera época del pueblo romano: La stipulatio.

La sponsio tenia estrecha vinculación con lo religioso, pues consistía principalmente en un juramento ante una divinidad, partiendo de una interrogación seguida de una respuesta. Su origen es griego, pero fue adoptado por los romanos para producir obligaciones y su uso estaba reservado unicamente para los ciudadanos.(5)

La stipulatio fue la modalidad de contrato mas difundida entre los romanos, pues su sencillez la hacia adaptable a una gran variedad de finalidades. Consistia en el pronunciamiento de ciertas palabras sacramentales entre el acreedor y el deudor. Contaba con una

(5) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- op. cit. pág. 13

flexibilidad que le permitía encuadrar las negociaciones jurídicas que no se ajustaban a otras formas típicas de contenido limitado. Fue por ello que la *stipulatio* tuvo una prolongada y generalizada aplicación en el ámbito del Derecho Romano Privado.(6)

No habrá que perder de vista que en esta primera época del Derecho Romano, Roma era una ciudad netamente agrícola con una economía sencilla y basada exclusivamente en pequeñas necesidades de trueque, con formas jurídicas solemnes y rudimentarias.

En esta primera parte de la historia de Roma, encontramos un Derecho acorde a las necesidades de esa época, sin embargo, se dieron cambios de tipo político económico y social que necesariamente modificaron la estructura jurídica de ese tiempo justificando el desuso de las formas sacramentales de la contratación quiritaria y dando paso al nacimiento de nuevos tipos contractuales.

Una de las principales transformaciones que sufrió el pueblo romano fue precisamente la considerable

(6) *Ibidem.*, pág. 14

extensión que fue adquiriendo su territorio. La población dejó de ser esa pequeña comunidad agrícola para dar paso a lo que sería posteriormente el gran Imperio Romano. Asimismo, extranjeros y peregrinos comenzaron a tener mayor participación en la vida privada del pueblo romano y surgieron nuevas clases sociales como los plebeyos y artesanos. Hubo entonces la necesidad de sancionar el dolo, hacer reinar la buena fe y la equidad como principios rectores de los convenios y así asegurar la circulación de la riqueza en tan vasto territorio.

En cuanto a lo económico, los cambios que se dieron obligaron también a una transformación jurídica. De ser una comunidad de tipo agrícola, en donde la riqueza de la sociedad romana estaba representada por los bienes raíces, pasó a ser una sociedad en la cual el tráfico comercial se vio incrementado por el establecimiento de los agricultores en las zonas urbanas. Se crearon nuevas fuentes de trabajo y se acrecentaron los elementos de intercambio. Esta nueva situación económica trajo como directa consecuencia un cambio en el régimen contractual.

Se tuvo que dejar a un lado los contratos de tipo formalista, los cuales resultaban demasiado lentos y personales, y se dio paso a contratos mas ágiles, seguros y con menos formalidades que daban soluciones justas a las nuevas actividades negociales.

1.2.- NUEVAS CATEGORIAS DEL CONTRATO ROMANO.

1.2.1.- CONTRATOS REALES

Por la misma evolución económica mencionada anteriormente, la transformación del sistema contractual romano era necesaria, pues la economía monetaria de ese período tenía como principal necesidad el intercambio de distintos objetos para satisfacción de los habitantes del vasto territorio dominado por Roma.

Nacen así los llamados contratos reales, en los cuales la solemnidad y la formalidad dejan el lugar a la simple entrega de la cosa. Dentro de esta categoría se distinguen los contratos de mutuo, comodato, prenda y depósito. (7)

(7) Idem., pàg 26

El contrato de mutuo o préstamo de consumo tuvo sus orígenes en el propio nexum pero se caracterizaba por su mayor ámbito de aplicación y por requerir la entrega de la cosa prestada en propiedad. En una primera etapa, fue un contrato de tipo gratuito, pues se prohibía el cobro de intereses por las cosas entregadas en préstamo. Sin embargo, posteriormente, se aceptó el cobro de intereses.

En lo que se refiere al comodato, llamado también préstamo de uso, es el contrato por el cual una persona (comodante) entrega a otra (comodatario) una cosa no consumible, mueble o inmueble para que la use y la restituya después al comodante. (8) Este era parecido al mutuo con una diferencia significativa: la entrega de la cosa no era en propiedad, ni siquiera en posesión. Era tan sólo en detentación y por ello no se exigía el requisito de propiedad de la cosa entregada. Era asimismo un contrato gratuito, pues de mediar alguna contraprestación ingresa inmediatamente al ámbito de los contratos de arrendamiento.

(8) ARIAS Ramos, J. y ARIAS Bonet, J.A. - op. cit. pág. 631

Por su parte, el contrato de depósito era aquél por medio del cual una persona entrega a otra una cosa mueble, a fin de que se le custodie gratuitamente y se le devuelva cuando para ello sea requerida. (9) Su perfeccionamiento se lograba con la entrega de la cosa, función que constituía una simple detentación. En este contrato, como en los anteriores, debía de existir una plena coincidencia de voluntades entre los contratantes. (10)

El contrato de prenda, era aquél por el que a la persona a la cual se entrega una cosa, constituyendo sobre la misma, y a favor de aquella, un derecho real, se compromete a restituir dicha cosa cuando sea cumplida la obligación garantizada. (11) La finalidad jurídica perseguida no era ya la guarda, ni el uso, ni el préstamo, sino que se trataba de brindar protección a un crédito mediante la entrega de una cosa dada en garantía del mismo. Frente a esta entrega, se debía restituir in specie la cosa recibida cuando se cumpliera la obligación que garantizaba la prenda.

(9) Idem., pág. 627

(10) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- op. cit. pág. 32

(11) ARIAS Ramos, J. y ARIAS Bonet, J.A.-op. cit. pág. 632

1.2.2.- CONTRATOS CONSENSUALES.

Con posterioridad al nacimiento de los contratos reales, surgieron en el sistema contractual romano los contratos consensuales como una categoría específica en la que el consentimiento alcanzaba para hacer nacer obligaciones civiles. Gayo los opone a los formales y en las Instituciones justinianas se oponen a los reales, son aquellos en los cuales la obligación nace del acuerdo entre las partes, expresado de cualquier manera. La libre manifestación del consentimiento importa que los contratos puedan concluirse entre presentes y entre ausentes, de viva voz o por carta. (12)

Tales contratos podían clasificarse en: compra-venta, locación-conducción, mandato y sociedad. Su importancia era sobre todo económica, pues vinieron a brindar el adecuado marco jurídico para ciertas situaciones de hecho que en el sistema antiguo no encontraban cabida. Con ellos, el pueblo romano contó con un medio idóneo que le permitió la contratación

(12) ARANGIO Ruiz, Vincenzo.- Instituciones de Derecho Romano. 10a. edición. 1986. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, pág. 374

entre personas distantes, sobre todo tomando en cuenta la extensión adquirida por el Imperio Romano a consecuencia de sus conquistas, y los negocios entre comerciantes romanos y extranjeros.

El contrato de compra-venta era aquél por el cual uno de los contratantes (vendedor) se obliga a transmitir al otro (comprador) la posesión de la cosa, y a garantizarle su pacífico goce, mientras el otro se obliga a transmitir como contraprestación la propiedad de una suma de dinero. La cosa objeto de la venta se llamaba MERX; el dinero con que se pagaba, PRETIUM.(13)

Tenía por fin inmediato poner en libre posesión una cosa a un determinado sujeto que pagaba una cantidad de dinero por el disfrute pacífico de esa cosa.

Quizás la particularidad del contrato de compraventa romano consistió en el hecho de que mediante el mismo no se transmitía ningún derecho real, ni siquiera el vendedor se obligaba a procurarle el

(13) Ibidem., pág 375.

dominio de la cosa. Tan sólo se cumplía al entregar la posesión de la cosa. Bastaba que el vendedor estuviera en condiciones de transmitir la libre posesión de la cosa para que pudiera formarse el contrato.

Otra peculiaridad de este contrato romano, era que el comprador asumía la pérdida de la cosa debida a consecuencia de que por la compraventa no se transmitía ningún derecho real.(14)

Bajo la denominación de locatio conductio los romanos agruparon dos clases de arrendamiento: arrendamiento de cosa o locatio rei, en donde se usa y disfruta temporalmente una cosa a cambio de un precio o merces; arrendamiento de servicios, diferenciados en locatio operarum, que consistía en poner a disposición de otro, por cierto tiempo, los propios servicios a cambio del pago de una merces, hoy contrato de trabajo, y locatio operis, consistente en prometer a otro, siempre mediante el pago de una merces, toda la actividad necesaria para alcanzar determinado resultado de trabajo, hoy contrato de obra.(15)

(14) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.-op. cit. pág. 36

(15) ARANGIO Ruiz, Vincenzo.- op. cit. pág. 385

En el contrato de arrendamiento, una de las partes se obliga a pagar un precio a la otra, quien a su vez se obliga a proporcionar el uso y disfrute temporal de una cosa o a prestarle determinados servicios o a llevar a cabo una obra.

Existía una verdadera similitud entre la compraventa y el arrendamiento, con la diferencia de que la persona que recibía la cosa quedaba obligado a restituirla en el tiempo estipulado o cuando ocurriera una de las circunstancias resolutivas del contrato.

Por su parte, la modalidad de arrendamiento de servicios tiene su explicación en el cambio operado en el pueblo romano en lo que se refiere a su constitución y ocupación, pues había nacido una nueva clase de romanos como consecuencia inmediata de la movilización hacia las ciudades de los ex-agricultores que encontraban ocupación en las florecientes industrias. (16)

El contrato de sociedad era aquél por el cual varias personas se obligaban a aportar bienes o trabajo

(16) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.-op. cit. pág. 37

para la obtención de un fin lícito, de interés para todos los contratantes. (17)

Encuentra sus antecedentes en la costumbre romana tan arraigada de las sociedades familiares y encuentra su principal razón de ser en las prácticas comerciales de la época, cuyo desenvolvimiento hizo necesario el agrupamiento de esfuerzos en pos de un objetivo común. Los tipos de sociedad más difundidos en Roma eran: la *societas omnium bonorum* y la *societas unius negotiationis*. La primera nace del consorcio familiar, en donde los hermanos, a la muerte del padre continuaban gozando del patrimonio en el estado de indivisión. La segunda nace del comercio internacional y sirve para realizar con fuerzas unidas una o más operaciones del comercio. (18)

Sin embargo a este común acuerdo de las partes debía unirse la llamada *affectio societatis*, requisito esencial para que existiera este tipo de contrato, pues se refería a la intención de constituir una sociedad.

El contrato de sociedad romano podía clasificarse

(17) ARIAS Ramos, J. y ARIAS Bonet, J.A. -op. cit. pág. 660

(18) ARANGIO Ruiz, Vincenzo. -op. cit. pags. 389 y 390

según la índole y extensión de las aportaciones en:

A.-Societates rerum en donde se aportaban bienes de distinta naturaleza;

B.-Societates operarum, en la que se aportaba trabajo o mixta si se aportaban ambas cosas;

C.-Societas totorum en donde se aportaban todos los bienes presentes y futuros y

D.-Societas unius rei en donde se aportaba solamente con una cosa.(19)

El mandato romano era un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a hacer gratuitamente algunas cosas que la otra le encarga. Frecuentemente, la actividad a que el mandatario se obligaba tenía carácter jurídico, pero podía ser de cualquier otro género.(20)

La regla por la cual el mandato debía ser gratuito llegó a presentar algunas excepciones al admitirse, en ciertos casos, que el mandatario recibiese una remuneración reclamable per extraordinariam cognitionem. (21)

(19) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- op. cit. págs. 38 y 39

(20) ARANGIO Ruiz, Vincenzo.- op. cit. pág. 391

(21) ARIAS Ramos, J. y ARIAS Ramos, J.A.-op. cit. pág. 664

1.2.3.- CONTRATOS INNOMINADOS.

Tradicionalmente se viene llamando contratos innominados a aquellos para cuya perfección se exige que una de las partes haya entregado a la otra una cosa o, en general, realizado a su favor una prestación de distinta índole, quedando el otro contratante obligado a llevar a cabo, a cambio, una prestación convenida, la cual no consiste en la devolución de la misma cosa recibida, sino que siempre es de naturaleza distinta a la de la prestación previa del acreedor, que es la que sirve de causa. (22)

Llamarlos innominados no quiere decir que no tuviesen denominación especial, sino que hay que recordar que el punto de partida en el desarrollo de la doctrina romana del contrato, no está en un concepto genérico de contractus, capaz de acoger cualquier contenido obligatorio, sino en el haber reconocido poco a poco la oportunidad de que surgiese, de ciertos actos o declaraciones de voluntad, la obligación del comportamiento correspondiente. (23)

(22) Ibidem., págs. 633 y 634

(23) ARANGIO RUIZ, Vincenzo.- op. cit. pág. 352

El término innominados significa que no fueron reconocidos como figuras singulares, sino que se abarcó en general a toda hipótesis en la cual, conviniéndose que uno de los contratantes cumpla determinada prestación en correspondencia a otra que en su favor realiza el que con él contrata, éste ha ejecutado ya la que a él le incumbía. (24)

Durante mucho tiempo, de los casos de convención que no constituirn contrato, no nacia una acción mediante la cual la parte que habia cumplido la prestación convenida pudiese forzar ala otra parte a cumplir lo que le correspondia, en compensación de la cual se habia realizado la primera. De este modo, no quedaba suficientemente protegido el interés del que cumplió, el cual, logicamente pensando, cuando se decidió al convenio, es porque preferia la contraprestación de la otra parte a la que él daba en cambio. Por eso se concedió una acción dirigida a la ejecución de lo acordado, forzando a la otra parte a cumplir la contraprestación ofrecida con arreglo al

(24) ARIAS Ramos, J. y ARIAS Bonet, J.A. - op. cit. pág. 634

criterio de la buena fe. lo que elevò a tales convenios a la categoria de contratos. Todas estos convenios se agruparon en cuatro casos: do ut des -doy para que des-, do ut facias -doy para que hagas, facio ut des -hago para que des- y facio ut facias -hago para que hagas-. (25)

Con anterioridad a la caída de la República ya existia esta categoria de contratos, pero solo adquirieron pleno desarrollo y vigencia en la Edad Media.

2.-EL CONTRATO EN EL DERECHO INTERMEDIO.

2.1.- EL BAJO IMPERIO. CRISIS DEL IMPERIO ROMANO.

El caracter expansivo del pueblo romano originó la anexión de otras poblaciones que pasaron a formar parte del imperio y que tuvieron que adaptarse rapidamente a las instituciones de la época. Con el Edicto de Caracalla; se fortaleció la unión de los Galos y los Romanos, y con ello, el tratamiento juridico hacia los habitantes del Imperio también adquirió unidad. (26)

Estas integraciones ocasionaron transformaciones de

(25) Ibidem., págs. 634 y 635

(26) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.-op. cit. pág. 45

tipo político, económico y social, y con ello de tipo contractual. Sin embargo, a la época antigua siguió un periodo de crisis, y al verse afectadas las conquistas obtenidas se afectó también al campo de los contratos.

Antes de mencionar brevemente los sucesos que repercutieron directamente en el régimen jurídico, se debe tener en cuenta que el decaimiento del Bajo Imperio no sucedió en todo el territorio al mismo tiempo, por el contrario, mientras en algunas zonas continuaba el esplendor del Alto Imperio, en otras comenzaba dicho decaimiento.

Para la evolución del pueblo romano, fue un hecho significativo el advenimiento de la clase campesina a las grandes ciudades, pues nacía una clase de trabajadores urbanos y con ellos crecía el ámbito contractual.

Durante el Bajo Imperio ocurrió todo lo contrario, pues al renacer la vocación agrícola, se redujo la clase trabajadora y puso en desuso los modos de contratación de la época.

Lo anterior tal vez se deba al descuido en la producción por parte de las clases altas y en su deseo de dinero, pues se producía poco y malo, se pagaban altos impuestos y el comercio de los productos decaía. Todo ello destruyó el sistema comercial que tanto esplendor había alcanzado en otras épocas y las necesidades jurídicas se contraen y reducen al mínimo.

Por otro lado, la crisis política y social tiene su origen en tres principales factores: la dureza con que los Emperadores tratan a la burguesía; el acrecentamiento de las fuerzas militares y con ello una gran indisciplina en esta área y por último, la pasividad y tolerancia frente a las crecientes actividades de los bárbaros.

Al producirse las invasiones, se encontraron dos formas de vida política que en un principio se complementaron e inclusive mantuvieron al sistema administrativo romano. Pero esto no ocurrió en todo el Imperio, pues los Francos impusieron sus costumbres desde el punto de vista político, social y jurídico.

Todos estos factores repercutieron en el sistema contractual romano, de modo que hubo una nueva

modificación en las formas de contratación que alcanzaron su desarrollo en la Alta Edad Media.

3.-LA EDAD MEDIA

No es nuevo el que resulte difícil precisar el momento exacto del comienzo y fin de este periodo de la Historia. Sin embargo, y para efectos del presente estudio situaremos la Edad Media a partir del momento en que las invasiones al Imperio Romano produjeron consecuencias jurídicas llegando hasta la caída del sistema feudal.

Dentro de la misma Edad Media, se encuentran dos etapas que se han denominado Alta y Baja Edad Media. La Alta se caracterizó por el continuo decaimiento de las instituciones romanas a consecuencia de las nuevas costumbres de los invasores germánicos. La Baja está marcada por el florecimiento de las instituciones, por el auge de la sociedad en todos sus aspectos y por el establecimiento de un nuevo sistema económico.

A la par de esta división de tipo histórico, también podemos hablar de dos tipos contractuales distintos. Uno, producto de la crisis de la Alta Edad Media con características formalistas y regresivas,

frente a otro, el de la Baja Edad Media con tintes romanistas, clásico y fluctuante con relación a las regiones en que se aplicaba y entre quienes regía.

3.1.-ALTA EDAD MEDIA

El contrato durante esta época fue un tanto complejo. La descentralización operada en el Imperio impidió que sus habitantes gozaran de la protección que siempre habían recibido por parte del ejército romano, lo cual facilitó los ataques de los bárbaros. El florecimiento de la economía del campo se vio atacado en sus proyecciones comerciales por los constantes actos de piratería que impedían la circulación marítima de productos agrícolas, por lo que el tráfico comercial se vio reducido a su mínima expresión. Hubo que esperar hasta los primeros años del siglo XI para que cobrase impulso el comercio por mar frente al desarrollo económico que alcanzaron las principales ciudades mercaderes.

Tanta inseguridad, obligó a la población a agruparse alrededor de un señor feudal, quien desde sus castillos les brindaba protección a cambio del trabajo de la tierra y el pago de tributos. Comenzaron a

formarse ciudades amuralladas en las cuales la población vivía en condiciones sumamente precarias realizando labores de agricultura en las inmediaciones de sus refugios.

Por otra parte, los pequeños comerciantes vieron reducir cada día más sus posibilidades, a la vez que las rutas marinas comenzaron a disminuir. Todos estos factores hicieron que el señor feudal emergiera en la sociedad medieval y se convirtiera en el centro sobre el cual se desarrollaría todo nuevo sistema.

Junto con lo anterior, se dieron otros dos fenómenos que repercutieron en el ámbito jurídico: las invasiones germánicas y la influencia de la iglesia.

Las corrientes germánicas, requirieron de formas contractuales formales y rígidas por lo que trajeron para el sistema contractual dos consecuencias inmediatas: el decaimiento del Derecho Romano y el nacimiento de un Derecho consuetudinario.

El sistema contractual del medievo se tornó formalista al abandonarse los procedimientos consuesuales de los romanos. La costumbre hizo abandonar el principio

de la personalidad de la leyes al tener plena vigencia los modismos de los pueblos invasores. Sin embargo el sistema romano permaneció latente ante la insuficiencia de soluciones propias, pues tenía aplicación cuando las costumbres de una determinada región eran insuficientes para afrontar los problemas de la época.

Por otra parte, las ideas religiosas, en su afán de moderar los apetitos materiales de los germanos, tuvieron fuerte desarrollo en un principio. Posteriormente, este esfuerzo hubo de recluirse en los monasterios. La pasividad de la Iglesia trajo como consecuencia el relajamiento de principios con gran influencia en el plano jurídico, sobre todo en el plano contractual, como lo son la justicia y la equidad.

En la Alta Edad Media, el desarrollo del contrato fue escaso. La técnica contractual en este periodo fue formalista alejándose de las estructuras consensuales romanas.

Al arribar el siglo X, se pueden ubicar perfectamente dos sistemas contractuales bien diferenciados: Uno formalista, real, abstracto, de origen germánico. Otro, unificado en torno a las

relaciones entre los señores feudales y los vasallos, caracterizado por su alcance, toda vez que en cierta forma se introduce al ámbito del Derecho Público. (27)

Ambos sistemas se complementaron, y constituyeron la técnica contractual más acertada para la situación económica y social de la época, representando una adaptación del contrato a los deseos de un equilibrio social perdido.

Se desarrolla entonces, una nueva modalidad de la contratación acorde con las circunstancias sociales, económicas y territoriales, ya que la evolución del Derecho contractual dependió de las regiones en las que tuvo que regir. No obstante, se logró que toda una serie de principios, fueran aceptados por la mayoría de los pueblos de la Alta Edad Media.

Estos fundamentos jurídicos se expandieron por todo el territorio europeo y junto con las modalidades típicas de cada pueblo, constituyeron el Derecho vigente.

(27) Idem., pág. 55

Como excepción, tenemos a Alemania en donde se encaró la lucha contra el sistema romano de una manera mas radical, contando para ello con la escuela de los naturalistas. Se impuso ahí una contratación mas solemne, pues se realizaba mediante la entrega de una vara en señal de acuerdo de las partes, junto con el apretón de manos seguidas de palabras sacramentales.

En el caso de España, al ser invadida por los visigodos, quienes habian recibido influencias juridicas de los romanos, su Derecho se caracterizó por un fuerte sentido material que le impidió tener contacto con los contratos consensuales, reduciendose a admitir tan solo los contratos solemnes y reales.

Frente a las reglas de tipo extranjero, se gestó un movimiento juridico de acercamiento a las fuentes romanas, ordenado por Alfonso X, el cual incluyó la tarea de la recopilación. La evolución del contrato en estas recopilaciones, tuvo sus peculiaridades, pues lejos de identificarse en un unico sistema, pasaron a constituir ordenamientos normativos de tratamiento distinto y hasta contradictorio en algunos casos.

Por ejemplo, y en relacion estrictamente al contrato, el Fuero Juzgo y Real, sintió el peso de las

costumbres germanas a tal punto, que acudieron al regimen de la vara como principio de solución del contrato medieval. Se dio un retroceso jurídico al no otorgársele validez a las transacciones puramente consensuales.

En lo que se refiere a las Siete Partidas, estas tomaron un rumbo diferente, consagrando el sistema de contratación romano, al aceptar plenamente las relaciones contractuales celebradas exclusivamente a través de la forma consensual.

Como muestra de las técnicas contractuales de la Alta Edad Media, podemos mencionar al PRECARIUM. Esta figura tiene orígenes muy remotos, alcanzando en este periodo un gran desarrollo. A tal punto, que se constituyó como el medio más eficaz para los objetivos de los señores medievales. Era una situación de hecho, revocable en cualquier momento en que el dueño de terrenos u otros bienes, quisiera que cesase. (28)

Recordando el momento histórico-económico de la época, vemos que, los habitantes de las ciudades se

(28) ARIAS Ramos, J. y ARIAS Bonet, J.A. -op. cit. pág. 638

encontraban en estado de indigencia al haber vendido sus tierras para irse a la ciudad. Sin embargo, el deterioro de la industria y del comercio así como el avasallamiento de los particulares ante el derrumbe estatal, provocaron que se formaran grupos en torno a un señor feudal en busca de protección, pero sobre todo en busca de trabajo, el cual podían conseguir aceptando las condiciones contractuales del precarium, que era la entrega de tierras hecha por el señor feudal a sus vasallos, mediante una promesa de fidelidad y una serie de obligaciones a cargo de éste, las cuales casi siempre consistían en prestaciones en dinero o en especie a cambio de la concesión de la tierra.

De esta forma, los terratenientes se aseguraban mano de obra barata y numerosa para la explotaciones de sus tierras, por lo que el precarium pasó a constituirse como el instrumento de cambio (bienes-servicios) más utilizado y más seguro de la época al solucionar problemas tanto de los ricos como de los pobres, y al mencionar a aquellos, es preciso mencionar que dicha figura contractual fue utilizada también por la Iglesia, la cual le sirvió, entre otras cosas, para mantener una pacífica armonía con los centros de poder.

y asegurar la protección tanto de sus miembros como de sus bienes.

3.2.-LA BAJA EDAD MEDIA

Un florecimiento político, social y económico, caracterizan a esta época de la historia y constituyen la razón de ser de los cambios jurídicos realizados principalmente en los siglos XII y XIII.

Este resurgimiento puso fin a un periodo de desorden político y social originado por las luchas internas, las cuales junto con las invasiones germánicas convulsionaron a la sociedad del momento, originando en definitiva el feudalismo como nuevo orden político.

Por estar convencidos totalmente que el Derecho es el resultado de las condiciones sociales, políticas y económicas de la sociedad, es necesario presentar algunas de dichas condiciones para conocer el fondo de los sistemas jurídicos imperantes en la época.

La Baja Edad Media constituye el ambiente ideal para el resurgimiento del Derecho, principalmente por tres fenómenos:

A) La investigación en las fuentes romanas como base de apoyo de las nuevas doctrinas jurídicas; B) el desarrollo del Derecho Canónico como consecuencia de la expansión del pensamiento religioso y C) el desarrollo del comercio, como resultado indirecto de las cruzadas y directo de la reconquista de tierras y mares de las manos de los arábigos. (29)

No es fácil determinar el momento exacto en que la sociedad de la Baja Edad Media volvió sus ojos a las reglas romanas.

El descubrimiento de algunos textos y la labor de los glosadores formaron parte en la restauración del sistema romano, pues se crearon escuelas de mucha importancia en la época. También se debe tomar en cuenta la universalidad como característica del Derecho Romano, lo cual permitió superar algunas diferencias de costumbres existentes entre las distintas ciudades.

Por su parte, el desarrollo alcanzado por el Derecho Canónico tuvo también cierta influencia en materia contractual, al buscar el fundamento de la

(29) DE BUEN Lozano, Néstor.- La Decadencia del Contrato. 2a. edición. 1986. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. pag. 33

obligatoriedad de las promesas, pues la inobservancia de la promesa realizada con un juramento, traía aparejada la mentira, y con ella el pecado.

Pero sin duda alguna, uno de los factores que mas influyó en el cambio acaecido en este periodo fue la transformación económica que sufrió Europa a consecuencia del auge comercial que se desarrolló, particularmente por vía marítima. El resultado mas claro e inmediato del renacimiento comercial, fue sacar a la sociedad medieval de su inmovilidad tradicional, convirtiéndola en una sociedad inquieta y pujante.

El comercio y la industria hicieron nacer nuevas ciudades que crecieron bajo su directa influencia. Las comunidades mercantiles dieron origen a nuevos conglomerados humanos que pronto alcanzarían importancia propia, frente a la sociedad feudal que trataba de impedir tal desenvolvimiento al ver el riesgo que corría su organización.

El contrato pronto se vio superado por la realidad histórica, la cual impuso la necesidad de una adaptación jurídica para satisfacer las necesidades de la sociedad medieval.

Junto al derecho romano, consuetudinario y al canónico, y debido al florecimiento del comercio y de la industria, aparece el fundamento de la disciplina mercantil por la necesidad de regular las relaciones de la época, ya que al mismo tiempo surge la constitución de una nueva clase social: los mercaderes.

En esta nueva sociedad del siglo XIII se dieron dos clases sociales bien diferenciadas: los nobles y los comerciantes.

Esta dualidad social transformó el ámbito del Derecho que debió atender las necesidades jurídicas de cada una de las clases. Para los nobles bastó el régimen feudal que ya existía, pero los mercaderes precisaron cambios radicales para satisfacer sus necesidades de seguridad y rapidez en las transacciones. Asimismo, se hizo necesaria la actividad bancaria, ya que el dinero entraba en todo tipo de transacciones y los bancos formaban parte fundamental del desarrollo comercial. Esta situación hizo prevalecer la idea de contar con un contrato menos formal y menos rígido, teniendo como antecedentes los sistemas contractuales romanos, especialmente en la forma consensual del Alto Imperio. La relación entre las transformaciones

económicas y la vida del contrato es constante, directa e inmediata, de ahí que fuera necesario romper con el sistema contractual formalista que se había introducido en la sociedad medieval, relegando paulatina, pero fuertemente al contrato feudal, pues las transformaciones en los contratos no se agotaron al solucionar situaciones entre la nueva burguesía constituida por los mercaderes. También las relaciones entre los feudales y sus vasallos debieron ser transformadas.

En definitiva, lo sucedido en esta época es claro ejemplo de la influencia que puede tener el aspecto económico en el mundo jurídico, al desarrollarse una rama del derecho destinada a cubrir las necesidades de un gremio, que con el tiempo, tendría un papel de mucha importancia en la historia de la humanidad.

4.-LA EDAD MODERNA

Tal y como se ha venido haciendo, antes de entrar directamente al tema contractual de la época, es necesario ubicarnos en el momento histórico en el cual se desarrolla la figura del contrato, de tal manera que se pueda establecer una relación entre las

transformaciones de éste y los cambios sufridos por la civilización.

4.1.-SITUACION POLITICA, SOCIAL Y ECONOMICA EN LA EDAD MODERNA.

A partir del siglo XVI, se desarrollan en Europa una serie de acontecimientos políticos, sociales y económicos que repercuten directamente en la figura del contrato de tal forma que durante este período el sistema contractual pasó a constituirse en el centro de todo regimen jurídico.

Se llega al grado de tener a la autonomía de la voluntad como concepción soberana de todo los derechos y obligaciones, sin embargo, fueron necesarios la conjunción de varios factores para destruir el sistema medieval e implantar el individualismo jurídico basado en las ideas de libertad.

Politicamente, la Edad Moderna se caracteriza porque corresponde a la formación de las nacionalidades y a la creación de un estado absoluto. Numerosas contiendas bélicas que soportaron las naciones, hicieron crisis en la época al llevar a la nobleza al empobrecimiento, y como consecuencia, al abandono de las

inmensas propiedades para beneplácito de la nueva burguesía en cuyas manos terminaba toda propiedad que los nobles perdían, creando con ello ciertas modificaciones respecto a la circulación de la riqueza.

No obstante fue necesario aguardar el desarrollo del comercio exterior y de la industria para que la incipiente pero poderosa clase social despegara hacia el capitalismo.

El sistema feudal sufre una profunda alteración al instaurarse la monarquía en la mayoría de los estados. Así por ejemplo tenemos los reinados de Carlos I y Felipe II en España; el reinado de los Luises en Francia, cuya idea del absolutismo se refleja en la frase de Luis XIV -"El Estado soy yo-"; de Enrique VIII en Inglaterra; etc. Todos ellos investidos de facultades ilimitadas, dando su característica propia al absolutismo, el cual repercutió, tanto en el ámbito del Derecho Público, como del Derecho Privado.

Todo lo anterior, dio origen a fuertes oposiciones que alcanzaron su máxima expresión en el pensamiento de Rousseau, quien en su obra "El Contrato Social" expresa que "...ningún hombre tiene la autoridad natural sobre su semejante, ya que no hay fuerza que

produzca derecho alguno, pues sólo las convenciones son la base de toda autoridad del hombre. (30)

Al referirse a la Edad Moderna, no se puede dejar a un lado el desarrollo de las teorías económicas, debido a todos los cambios y tendencias económicas de la época.

Por una parte, se da el auge del comercio con sus técnicas propias para favorecer las transacciones mercantiles, facilitando la circulación de la moneda y el uso del crédito.

La acumulación de metales da origen al mercantilismo favorecido por los descubrimientos de nuevas tierras y sus minas, permitiendo que la monarquía de la época intervenga en la economía del estado al tratar de orientar al país a la adquisición de la riqueza monetaria, garantizando la explotación de las minas e impidiendo la salida de metales.

Se protege al comerciante y al industrial, a la vez que se procura el desarrollo a través de las exportaciones. Se prohíbe el libre intercambio de

bienes, al gravar con elevados impuestos los productos importados.

Todo esto fue la huella que dejó el absolutismo en materia de política económica y todo ello repercutió directamente en la transformación de la teoría del contrato.

En efecto, la seguridad, la simplicidad, la rapidez y la libertad fueron cuestiones indispensables para que el contrato cumpliera su verdadera función, frente al desarrollo alcanzado por la industria y el comercio, los cuales originaron un crecimiento en el volumen de transacciones. Al mismo tiempo el comercio marítimo necesitaba una figura contractual capaz de suponer riesgos y especulaciones propios de la actividad, de ahí que, la completa libertad en las transacciones era necesaria.

Estas circunstancias condujeron a los doctrinarios de la Edad Moderna a buscar los fundamentos de la fuerza vinculante de los contratos en la simple convención o acuerdo de voluntades, recurriendo ahora al Derecho Natural y no al Canónico.

Posteriormente, y debido a las concepciones políticas de la época, el Derecho Natural sería

substituido por el simple principio de libertad y de ahí que se convirtiera al contrato en piedra angular de todo el sistema jurídico.

En este momento de la Historia, y aunados los fenómenos económicos de la época, las nuevas corrientes del pensamiento y las transformaciones políticas de la misma, provocaron el descontento popular y prepararon el camino para dos de los hechos de mayor trascendencia para la Humanidad: La Revolución Industrial del año 1740 aproximadamente y la Revolución Francesa de 1789.

4.1.1.- LA REVOLUCION INDUSTRIAL

La Revolución Industrial Inglesa la podemos ubicar entre mediados del siglo XVII y principios del siglo XIX.

La situación política en Inglaterra era diferente a la de los demás países, ya que en ella existía un parlamento el cual dificultaba la llegada del absolutismo al poder. Fue Carlos I quien logró disolver el parlamento y convertirse en monarca absoluto. Asimismo fue quien presenció el levantamiento del pueblo contra dicho poder absolutista.

Fueron varios los factores que provocaron el trascendental acontecimiento. Unos de caracter politico y otros, los detonantes, de caracter económico. Por ello se dice que la revolución no sólo fue industrial, sino que, tanto la sociedad como las ideas, sufrieron una transformación por la interdependencia de todos los factores que la provocaron. La aparición de las maquinas de vapor fue tal vez el pilar en donde se desarrolló toda la industria inglesa, al aparecer asimismo, nuevas técnicas de fundición. La agricultura se vió favorecida por la obtención de hierro, pues se mejora la maquinaria agricola y las areas rurales vuelven a tener auge. Al mejorarse los medios de producción junto con los medios de transporte, el comercio tiende a crecer, y es entonces que el sistema bancario evoluciona notablemente, sobre todo en lo que al manejo del crédito se refiere.

En lo que respecta a la cuestión juridica, resulta obvio que el Derecho no podia permanecer ajeno a todos estos cambios, pues fueron de profundas consecuencias sociales. El Derecho hubo de adaptarse a todos ellos, sufriendo modificaciones en la mayoria de sus areas: mercantil, laboral, civil, etc. y en lo

referente al aspecto contractual, al presentarse un gran marco de libertad económica, el voluntarismo alcanzó su máxima expresión.

Con este nuevo concepto nacieron las ideas de que " los hombres tienen el derecho de hacer lo que se les antoje con lo que es suyo, que el beneficio del capital es también el beneficio de la comunidad, que la pobreza es un crimen, que el diablo debe apoderarse de los que se queden atrás. (31)

Tales ideas fueron imponiendo poco a poco el concepto de liberalismo, el cual traería como consecuencia el capitalismo y el imperialismo económico.

4.2-LA EVOLUCION DEL CONTRATO EN ESPAÑA.

La Edad Moderna se caracteriza por el predominio de la actividad compiladora sobre el derecho consuetudinario, y como resultado, del derecho escrito sobre el no escrito. Sin embargo el recopilador no incorpora a la obra ningún aporte, sólo se limita a sistematizar lo ya conocido.

(31) Idem., pág. 80

España es uno de los países en el que mayor importancia tuvieron las compilaciones. Su influencia es fundamentalmente romana, con visos canónicos y de derecho mercantil francés.(32) Como ejemplo de lo anterior tenemos Las Partidas, Las Leyes de Toro, La Novísima Recopilación, y en el orden puramente mercantil, Las Ordenanzas de Bilbao.

En La Novísima Recopilación de la Leyes de España, se encuentra un apartado denominado "De los Contratos y Obligaciones en General", en el cual se tratan diversos contratos, y en donde se puede apreciar la preponderancia de la voluntad en la formación de los contratos, para que éstos surjan a la vida jurídica. Es el principio de que el contrato constituye fuente general de las obligaciones, sin necesidad de que esté previamente configurado en la ley. Estamos en presencia del reconocimiento de la eficacia de los contratos innominados, de origen netamente romano.

Respecto a los contratos en particular, en la Novísima Recopilación quedan regulados los préstamos, los depósitos, el arrendamiento y las compraventas,

(32) DE BUEN Lozano Netor.- op. cit. pág. 43

pero en general las disposiciones son de carácter prohibitivo, estableciendo limitaciones a la libertad de contratación, pero sin considerar esto como intervencionismo estatal, ya que se deja a las partes en libertad de contratar como mejor les convenga.

En materia mercantil, Las Ordenanzas de Bilbao mantienen un criterio de consensualidad, estableciendo reglas especiales respecto al modo de probar los términos del contrato, a los negocios entre ausentes, al modo de interpretar los contratos cuando no hubieren existido muestras, y en la forma de interpretación de los contratos en general en caso de confusión por oscuridad de sus cláusulas y de ahí hasta llegar al consensualismo como fuente principal de los contratos. (33)

Como se puede observar, las modificaciones que fueron necesarias se dieron sobre todo en contratos de tipo mercantil, ya que, por su misma naturaleza, la materia mercantil exige mayor facilidad en las transacciones y negocios que la que pudiera necesitarse en materia civil, pues es a través de aquellos como la economía de la época se va desarrollando.

(33) Idem., pág. 46

4.3.- EL LIBERALISMO.

El mencionar al liberalismo, no se pretende desarrollar en su totalidad el estudio de dicha doctrina, pues por sí sola puede ser fuente de todo un trabajo de investigación. Lo que se intenta es, como se ha estado haciendo, ubicar el momento histórico-económico para entender mejor la influencia que los sucesos tuvieron en el campo del Derecho, ya que como es bien conocido, las ideas liberales influyeron de manera radical en algunos códigos de la época y aún en codificaciones posteriores, llegando a influir en códigos mexicanos.

Asimismo, considero importante este apartado, pues son las ideas liberales y sobre todo el sistema económico liberal, el antecedente de nuestro actual sistema económico, y por el cual considero ha nacido necesariamente el contrato por adhesión.

4.3.1.- LA REVOLUCION FRANCESA.

El día de la toma de la Bastilla por el pueblo francés en 1789, marca el inicio de la Revolución en Francia.

El pueblo francés se hallaba cansado del absolutismo, el cual concentraba todos los poderes en el Rey y cuyo gobierno se dirigía hacia la nobleza y el clero quienes gozaban de beneficios y prerrogativas como el de no pagar los exagerados tributos a la corona, convirtiéndose en una clase dirigente y privilegiada. Frente a ellos se encontraban los campesinos y pequeños comerciantes agobiados por impuestos que detenían el desarrollo de sus actividades; y sufriendo la misma situación, pero con mas voz para hacerse oír, se encontraba también la burguesía, compuesta por personas que, sin pertenecer a la nobleza, movían las ruedas de la actividad económica, convirtiéndose en dueños de los instrumentos de producción y sobreponiéndose a los aristócratas de sangre, los cuales veían el trabajo como algo denigrante.

La explotación del pueblo y campesinos por sus gobernantes y la creciente inconformidad de la nueva burguesía hizo que el 14 de julio de 1789 se marcara como el fin de una era y de una fórmula política y se diera el nacimiento de un sistema nuevo de vida.

Los enciclopedistas franceses (Diderot, Montesquieu, Voltaire, D'Alembert y otros) fundamentaron

el movimiento revolucionario en sus ideas de libertad, igualdad y fraternidad, lo cual hizo que los revolucionarios triunfantes tomaran estos conceptos como base para sus propios principios.

Fundada en los principios antes mencionados, la revolución francesa sufre alternativas y ataques que ponen en peligro su éxito inicial. Intenta establecer una monarquía constitucional, pero derriba a la realeza en 1792. Tiende hacia la democracia -con altibajos de dictadura- hasta 1794, año de la caída de Robespierre. Desciende hacia una oligarquía burguesa, para culminar su vida azarosa con la dictadura de Bonaparte (1799), en el que encuentra su mejor expresión jurídica.(34)

En el aspecto contractual, es importante mencionar que en el código napoleónico se da un valor absoluto a la voluntad de las partes expresado en el principio de la autonomía de la voluntad, a tal grado que el contrato llega a tener rango de ley entre las partes limitado únicamente por el orden público y las buenas costumbres.

(33) Ibidem., pág. 52

4.3.2.- EL LIBERALISMO ECONOMICO.

Como se vió en el apartado anterior, la Revolución Francesa fué un movimiento revolucionario burgués apoyado en una clase trabajadora, frente a la cual se erige como nuevo poder gobernante, por ser quien detenta los bienes de la riqueza. Con ésto, la teoría de la libertad se convierte en una teoría en la cual el lucro tiene papel fundamental, al darse las bases para la libre competencia y tener como apoyo las leyes económicas naturales o del mercado.

En este punto mencionaremos el ambiente económico liberal dentro del cual se va a mover la institución del contrato, ya que dicho sistema será predominante en el mundo hasta la Primera Guerra Mundial.

El mas grande expositor del liberalismo económico fue Adam Smith, y su obra fundamental se llamó La Riqueza de las Naciones, la cual constituye un análisis de interpretación de un fenómeno que ya se anunciaba en Europa: el capitalismo.

Lo que mueve a la iniciativa privada, dice Smith, es su afán de lucro. Frente a las necesidades de la sociedad, el individuo crea, en el ejercicio de la libertad de empresa, la forma de satisfacer dicha

demanda produciendo, tanto como puede, mercancías que posteriormente pondrá en venta tratando de obtener la mayor utilidad posible. Sin embargo, al ver las utilidades que tal individuo obtiene, y siempre bajo la regla de la libertad de empresa, aparecen otros individuos en el mercado, creando lo que se conoce como competencia. Esto provoca que sea necesario un mejor producto y un mejor precio, lo cual finalmente y "por ley natural" va a beneficiar al consumidor, pues impide la especulación abusiva.

Lo anterior es regulado por la ley de la oferta y la demanda. Las necesidades del consumidor no son ilimitadas, por lo que no puede haber una producción ilimitada de un determinado producto dentro de un cierto periodo de tiempo, ya que las necesidades del consumidor llegan a un punto en que se satisfacen y dejan de existir. Los artículos ofrecidos al consumidor mantiene un precio únicamente mientras el volumen de los mismos no sobrepasa el de la demanda. Dado lo anterior, los productores, para seguir teniendo algunas utilidades, deben valerse de acciones como reducción de precios o de producción, buscar nuevos consumidores, o bien buscar nuevos campos de actividad, lo que ocasiona que

la economía se diversifique.

Esto último se refiere a la relación entre productor y consumidor, pero igual sucede en las relaciones del capital y el trabajo. El obrero al vender sus servicios, convierte su trabajo en mercancía igualmente sujeta a la ley de la oferta y la demanda. Cuando el productor obtiene buenas utilidades, su interés lo mueve a elevar su producción y para ello tiene que contratar un mayor número de obreros y pagarles salarios mas altos. Pero al alcanzar el punto en que la oferta de mercancías es mayor que el de su demanda, y para seguir obteniendo utilidades, se ven obligados a reducir salarios o al despido de obreros. Estos obreros ahora desocupados, forman un nuevo volumen de oferta de trabajo barato; entre mayor volumen, más barato.

Respecto al papel que juega el Estado dentro del contexto liberal, es que éste no debe intervenir de ninguna forma en el juego económico, pues sostenían los liberales que la intromisión estatal sólo alteraría el funcionamiento de las leyes económicas naturales. Al Estado le corresponde, a lo más, vigilar la seguridad exterior de la nación y la de los

individuos (Estado gendarme) y la de efectuar ciertas tareas de beneficio común que, no ofreciendo el incentivo de la utilidad a la iniciativa privada, deben de ser cumplidas. Tales tareas se podrían reducir a la construcción de caminos y la enseñanza elemental. (35)

Lo anterior es simplemente un pequeño esbozo de lo que era el liberalismo económico, el cual basado en la idea de libertad, entendía ésta como el medio adecuado para llevar a cabo actividades lucrativas aun y cuando esto significara la explotación del resto de la gente.

En plena época del liberalismo surgen fuerzas con las que la burguesía habría de enfrentar y aún hoy enfrenta luchas terribles. El hombre hizo mal uso de la libertad por la que tanto había sacrificado y vuelve la vista hacia sistemas de control que otrora había combatido. Una clase social despreciada -el proletariado- busca su salida y mientras lo logra, el pensamiento tiende al socialismo, primero utópico y luego marxista que produce, como reacción, una doctrina

(35) MONTENEGRO, Walter.- Introducción a las Doctrinas Político Económicas. 1a. reimpresión de la 3a. edición. 1983. F.C.E. México, D.F. págs. 30 y ss.

social de la Iglesia católica.(36)

4.3.3. CRISIS DEL LIBERALISMO.

No se puede decir que hoy en día el sistema liberal burgués haya desaparecido totalmente, pero por no ser este un trabajo de tipo económico-político, no ahondaré mucho al respecto. Sin embargo la historia nos muestra que cada vez que un sistema económico descansa sobre las clases populares, las reacciones no se dejan esperar.

Simplemente, y como se ha venido haciendo, lo que se pretende señalar es la evolución histórica de las relaciones humanas, a través de sus cambios económicos, pues son estas las que impulsaron la crisis del sistema liberal y dieron la pauta para los principios que en estos tiempos se manejan.

La Revolución Industrial en Inglaterra junto a los postulados de la Revolución Francesa, desencadenaron una serie de conflictos que el nuevo sistema no supo resolver.

En Inglaterra se crearon muchos problemas al pasar

(36) DE BUEN, Néstor.- op. cit. pag.60

de una economía agraria a una industrial. Los campesinos al verse despojados de sus fuentes de trabajo, no tuvieron mas remedio que emigrar a las ciudades, surgiendo los conflictos lógicos de escasez de vivienda, falta de alimentos, aumento en la criminalidad, insalubridad, etc. En consecuencia, los logros obtenidos por los industriales ingleses, pronto se convirtieron en los principales factores del desorden social y de caos económico, que impulsaron nuevas corrientes de pensamiento desarrolladas en la segunda mitad del siglo XIX.

En Francia, los principios revolucionarios de igualdad, libertad y fraternidad fueron superados por una realidad basada en el lucro y la explotación, creados por una minoría privilegiada que fundaba su sistema económico en el sacrificio de la mayoría.

Las "leyes naturales" de Adam Smith no dieron los resultados que de ellas se esperaban. Para comenzar, fueron desnaturalizadas no tanto por la acción del Estado, en un principio, como por la obra de los propios capitalistas. Como muestra de ello están los grandes monopolios que dificultaron el funcionamiento de la libre competencia, anulando la ley de la oferta y la

demanda. El capitalismo liberal demostró ser incapaz de frenar el apetito de lucro y con ello se dió la sobreproducción, teniendo como consecuencia la desocupación y una creciente y cada vez mas profunda diferencia de clases.

Los ricos se hacian tan desmesuradamente ricos y las necesidades de la vida moderna crecian tan rapidamente, que la desproporción entre los extremos del bienestar y la miseria fue adquiriendo caracteres monstruosos. (37)

Como se mencionó anteriormente, junto a todos lo elementos que sumergieron al liberalismo en tan profunda crisis de la cual no pudo salir, aparecieron nuevas corrientes del pensamiento que tendian a una igualdad social. Ellas son: La Doctrina Social de la Iglesia; El pensamiento de Marx; y el toque juridico dado por Leon Duguit en su obra "Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón".

Lo que todas ellas tienen en común, es la critica al sistema liberal y las ideas de igualdad. Profundizar demasiado en cada una de las anteriores doctrinas

(37) MONTENEGRO, Walter.- op. cit. pág. 48

excedería los límites de este trabajo; además de necesitar varios volúmenes antes de agotarlos completamente, pues no dejó de reconocer lo apasionante de dicha tarea. Por lo tanto, simplemente se anotarán los detalles principales de cada una de ellas.

4.3.3.1- EL PENSAMIENTO MARXISTA.

Marxismo y socialismo científico son sinónimos. El calificativo de científico, aunque sea aplicado a una doctrina política, es porque dicha doctrina fue formulada dentro de un plan que en mucho se aproxima al método científico; esto se debe a que en gran parte, la teoría marxista tiene sus fundamentos establecidos sobre la economía. Esta es la principal diferencia entre socialismo científico y el socialismo utópico, ya que este último concede mucha importancia a cuestiones tan imponderables como lo pueden ser la bondad del hombre, su fuerza moral y su anhelo de perfeccionamiento. (38)

La obra que constituye la piedra angular del socialismo científico y que constituye un profundo

(38) Ibidem., pág. 138.

análisis del capitalismo y de las leyes que gobiernan su dinamismo, es el libro de Karl Marx "EL CAPITAL" el cual apareció en el año de 1867.

Para Marx la historia se explica en función del desarrollo de los poderes de producción. Los factores materiales del desarrollo económico-social son lo que determinan lo que ocurre en el presente y ocurrirá en el futuro. (39) A cada proceso productivo, debía corresponder una distinta forma de organización económica y como consecuencia, distintas organizaciones de las clases sociales y distintas estructuras en el poder. Cada clase en el poder crea, pese a ella misma, su propio elemento destructor y, además, gradualmente se van acortando los campos antagónicos, para quedar reducidos a dos clases en conflicto con el triunfo final de una de ellas: el proletariado. (40)

Señala Marx que la economía de una sociedad constituye la "infraestructura" de la misma y sobre ella, y conformada por ella, se edifica la "superestructura" integrada por todo el mecanismo ético, cultural, religioso y jurídico que abarca la

(39) Idem., pág. 142

(40) DE BUEN Lozano, Néstor.- op. cit. pág. 75

vida entera de esa sociedad. El ejemplo clásico es la propiedad privada como un hecho económico que forma parte esencial de la infraestructura de la sociedad capitalista. Puesto que se trata de un hecho fundamental, el derecho se ha visto forzado a justificar dicha propiedad privada. Existe una relación tan estrecha entre infraestructura y superestructura que llega un momento en que se pierde de vista la relación causa-efecto. La propiedad privada no fue creada por justificantes legales, sino al contrario, primero es el hecho económico real y consumado de que el hombre se aferra a su propiedad y después, para defender lo que considera suyo, crea recursos morales y legales adaptados para resguardar sus intereses. (41)

El marxismo se enfrenta a la idea liberal proponiendo bases para un sistema social completamente diferente del que ataca. Propone la abolición de la propiedad burguesa de los medios de producción; exige que la educación sea pública y gratuita; pide la centralización del crédito y los medios de transporte en manos del Estado y lucha por una sociedad sin clases

(41) MONTENEGRO, Walter.- op. cit. pàg. 143

en la cual el libre desenvolvimiento de cada uno sera condición del libre desenvolvimiento de todos.

Toda estructura jurídica, liberal y capitalista que descance en la libre empresa y que tenga como simbolo el contrato, debe desaparecer para dar lugar a la economía intervenida en la que el Estado es el patrón, como expresión de la clase proletaria que representa. El contrato adquiere una característica esencialmente diferente, al constituirse en el medio para hacer efectivos lo planes económicos nacionales.

4.3.3.2.- LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA CATOLICA.

Entre la tesis marxista y la doctrina social de la Iglesia Católica, hay mas puntos de contacto de los que muchos advierten.(42)

El cristianismo ha sido, durante 20 siglos, parte activa en la vida espiritual de millones de seres humanos, por lo que resulta natural que de uno u otro modo haya tenido contacto con los fenómenos político-sociales que se desarrollaron en ese lapso. La forma en que la Iglesia ha expresado sus puntos de vista sobre

(42) DE BUEN Lozano, Néstor.- op. cit. pág. 74

los distintos problemas que aquejan al mundo, abarca tanto las Encíclicas Papales como los distintos documentos que enuncian su posición frente a dichos problemas. Aquí nos referiremos tan sólo a las principales encíclicas, para resaltar la importancia que la Iglesia Católica ha tenido en el desarrollo del hombre.

El cristianismo no pudo permanecer ajeno a las conmociones causadas por la aparición del sistema socialista frente al fracaso del liberalismo, por lo que la Iglesia incursionó en los problemas que agobiaban al hombre, principalmente a causa del desequilibrio social que el industrialismo había generado. Efectivamente, por una parte, el industrialismo hacía patentes las injusticias sociales. El hombre había dejado de verse a sí mismo como "prójimo" para convivir en un sistema en el que se aprovechaban los fuertes de los débiles. Por otra, las filas marxistas se engrosaban con gente que salía de las iglesias a buscar soluciones materiales a sus problemas vitales.

A principios del siglo XIX, el sacerdote Robert de Lamennais inicia en Francia un movimiento destinado a aproximar entre sí a la Iglesia Romana y las masas

trabajadoras de Europa. Su planteamiento era que la Iglesia debía ponerse decididamente, de parte de los desposeídos, lo que inmediatamente le conquistaría la simpatía de y adhesión de éstos. Al principio, el Papa León XII apoyó las ideas de Lammenais, pero cuando éste pidió que la Iglesia adoptara los principios de la Revolución Francesa, estimulando además la organización de sindicatos y propugnando por un gobierno republicano, el Papa le retiró su apoyo y el movimiento del Padre Lammenais quedó frustrado.(43)

Campañas similares iniciaron en Inglaterra los pastores protestantes Maurice, Kingsley y Ludlow en donde se solidarizaban con las demandas de los trabajadores en su afán de obtener un trato más justo. Su programa estaba inspirado en la noción de que, si bien el socialismo ignoraba las necesidades y aspiraciones espirituales del hombre, por su parte el cristianismo descuidaba sus necesidades y aspiraciones materiales.(44)

Volviendo al mundo católico, en los años 1891 y 1931 los Papas León XIII y Pío XI promulgaron

(43) MONTENEGRO, Walter.- op. cit. pág. 105

(44)Ibidem., pág. 106

respectivamente las encíclicas RERUM NOVARUM y QUADRAGESIMO ANNO, en donde se establecen las bases de la doctrina social de la Iglesia Católica. Dichas encíclicas contenían una síntesis de la situación política, social y económica de la época, criticando al sistema capitalista liberal a la vez que proclamaron las ansiadas reivindicaciones de los trabajadores en pos de frenar y humanizar el sistema, procurando, en todo momento, no identificar sus criterios con las corrientes socialistas.(45)

Para León XIII era criticable la solución socialista en cuanto ataca la propiedad privada. Respecto a posibles soluciones, acepta la intervención del Estado como administrador de la cosa pública y cuidador de la clase proletaria, procurándoles vestido, casa y protección.

Rechaza la idea de huelga pero exhorta a evitar sus causas. Critica la lucha de clases y propone la cooperación de clases, afirmando del obrero que debe poner de su parte el trabajo que libre y equitativamente se ha contratado, sin perjudicar al capital ni hacer

(45) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- op. cit. pág. 157

violencia a sus amos.(sic) A los ricos y a los patronos les recuerda que no deben tener a sus obreros como esclavos debiendo respetar su dignidad personal, ya que lo vergonzoso e inhumano es tratar a los hombres como si fueran cosas.(46)

Por su parte, Pio XI en su enciclica dictada en el cuadragésimo aniversario de la Rerum Novarum, reafirma la precaria situación del mundo liberal y admite la necesidad de acondicionar los principios de la anterior enciclica a las actuales condiciones de la época. En efecto, ya para entonces se había librado la Primera Guerra Mundial, se había vivido una fuerte recesión económica y la revolución rusa y la integración del Estado Soviético eran un éxito. Esto último hacía mas necesaria la revisión de los conceptos de la doctrina eclesiástica, puesto que a la fuerza adquirida por partidos comunistas habíasele de poner un frente adecuado.

Pio XII reconoce un doble carácter individual y social al concepto de propiedad privada, ya que ésta atiende al interés de los particulares y mira al bien

(46) DE BUEN Lozano, Néstor.- op. cit. pág. 79

comun. Sugiere una mejor distribución de los ingresos de las empresas y señala que el salario debe ser suficiente para la sustentación del obrero y su familia. Respecto a la intervención del Estado en la economía de las naciones, Pío XI repudia el principio liberal de la libre competencia y señala que es necesario que se sujete la economía a un verdadero principio directivo. Sostiene que capitalismo esclaviza a los obreros y desprecia su dignidad humana, ya que, los negocios, y por lo tanto todo el capital, sirven a su voluntad y a sus intereses. Las soluciones que se proponen son: un sistema de economía dirigida y límites justos y razonables que dictase el poder público a la libre competencia. (47)

Treinta años después, el Papa Juan XXIII, consciente de la situación por la que atraviesa el mundo, resuelve actualizar la doctrina social de la Iglesia. Por una parte ratifica las declaraciones de las anteriores encíclicas en favor de la propiedad privada como base de la actividad económica. Por otra, proclama que las relaciones económico-sociales,

(47) Ibidem., págs. 81 y 82

especialmente en el aspecto laboral, deben estar regidas por los principios de la justicia, la caridad y el amor al prójimo, condenando todo tipo de abuso y explotación. Reitera que las condiciones exigen la intervención del Estado quien tiene el deber de incrementar el progreso social, mediante promoción del desarrollo económico.

Con todo lo anterior, vemos que definitivamente las ingerencias de la Iglesia Católica en la vida externa del hombre han llegado a conformar un fuerte factor de transformación en su vida de relación, política y económica que por ende el Derecho no puede dejar pasar por alto.

4.3.3.3- LA DOCTRINA SOCIAL DE LEON DUGUIT.

En el año de 1911, el profesor León Duguit, de la universidad de Burdeos, dictó un ciclo de conferencias en los meses de septiembre y octubre, bajo el título común de "Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón", en donde deja ver su posición frente a la realidad jurídica del siglo, constituyéndose en el principal gestor del

movimiento de socialización del Derecho.(48)

Afirma Duguit que en el siglo XIX el derecho privado, continuador en lo esencial del Código de Napoleón, había sufrido una transformación profunda en su estructura. Frente a un concepto liberal y por lo mismo, individualista, se crea una concepción realista y esencialmente socialista, sin que el término socialista signifique adhesión a partido político alguno. Simplemente se refiere a la oposición entre un sistema jurídico fundado sobre la idea del derecho subjetivo del individuo y el fundado sobre la idea de una regla social que se impone al individuo.

Señala Duguit que el sistema liberal descansa en una serie de instituciones fundamentales: la libertad individual, reflejada en el orden jurídico en el principio de la autonomía de la voluntad y su consecuencia: el derecho subjetivo; el principio de inviolabilidad del derecho de propiedad; el contrato como único productor de situaciones jurídicas y la responsabilidad individual por culpa.(49)

(48) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- op. cit. pág. 165
(49) DE BUEN Lozano, Néstor.- op. cit. pág. 85

Partiendo del principio de que el Derecho Subjetivo es el resultado de poner dos voluntades en conflicto, Duguit afirma que esto implica una jerarquía de las voluntades una de las cuales es superior a la otra, y que por lo tanto la noción de derecho subjetivo se encuentra totalmente arruinada al convertirse en una noción de orden metafísico, la cual no se puede sostener en una época de realismo y positivismo y cuya solución excede lo jurídico para invadir otras esferas ajenas al Derecho.(50)

Sobre la base de la negación del Derecho subjetivo, ya que el derecho es un producto de la vida de relación y por lo tanto no puede hablarse de derechos subjetivos de un hombre sólo, la libertad jurídica queda estrechamente reducida a la función social como una consecuencia de la obligación que se impone a todos los hombres de desenvolver su individualidad, factor esencial de la solidaridad social, la cual tiene su fundamento en la semejanza de las necesidades de los individuos que constituyen un mismo sector social, y a la vez, en las aptitudes

(50) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- op. cit. pág 166

personales de los hombres de un mismo grupo que viven cohesionados bajo dicha solidaridad. (51)

La función social consiste en que ni el hombre ni la colectividad tienen derechos. Sin embargo, todo hombre tiene una cierta función que llenar, una tarea que cumplir cuya inobservancia produciría un caos social. Por el contrario, el derecho sancionará y protegerá todos aquellos actos que se realicen para cumplir la misión social. Los hombres no tienen el derecho de ser libres, sino la obligación de actuar para cumplir su fin social, mientras que el Estado protegerá toda actividad humana dirigida a ese fin y castigará todos los actos que le sean contrarios. (52)

La crítica de Duguit al sistema liberal abarca todas sus estructuras, y por consiguiente, el contrato entra también dentro de su estudio, ya que tal sistema se apoya en la creencia de que toda situación jurídica debe nacer de un contrato, y sólo por excepción podrá surgir por la sola fuerza de la ley.

Para Duguit, la fórmula del contrato exige dos voluntades individuales que, al ponerse de acuerdo sobre

(51) Ibidem., pág. 167

(52) DE BUEN Lozano, Néstor.- op. cit. pág. 87

un objeto, dan nacimiento al acto. El acto de voluntad de una de las partes se determina por el acto de voluntad de la otra, por lo que al no concurrir dichas voluntades, no puede hablarse de la existencia de un contrato. (53) Así de simple.

Duguit parte de la negación del contrato como única fuente creadora de Derecho, pues señala que al lado de esta institución, aparecen nuevas categorías de actos jurídicos que los civilistas quieren a todo trance comprender, de grado o por fuerza, en el antiguo cuadro del contrato, pero que en realidad son actos absolutamente diferentes, que son quizás actos unilaterales. (54) Y afirma que, al aferrarse al tradicionalismo, "recurren al sistema de agregar epítetos a la palabra contrato, y así se habla de contratos de adhesión, contratos de taquilla, contratos de colaboración, cosas éstas que no son contratos". Los contratos de adhesión son negados como tales por Duguit, ya que en ellos sólo ve una mera declaración de voluntad. (55)

(53) Idem., pág. 89

(54) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- op. cit. pág. 168

(55) DE BUEN Lozano, Néstor.- op. cit. pág. 89

Definitivamente considero que en estos tiempos existen actos jurídicos nuevos que difícilmente pueden enmarcarse dentro de la estructura clásica del contrato, sin embargo, esto sólo significa que las nuevas situaciones socio-económicas vienen generando a su vez nuevas figuras jurídicas que deben moldear y actualizar los pilares estructurales del contrato clásico, el cual ha sido ya rebasado por la dinámica social y necesita urgentemente irse incorporando a la realidad de un sistema jurídico actualizado.

-----O-----

"EL CONTRATO MANTENDRA INTACTA SU FUNCION DE PRINCIPAL FUENTE DE OBLIGACIONES; NO HAY SIGNO ALGUNO DE CRISIS COMO TAL. PERO NO CON LOS MOLDES CLASICOS, SINO CON MODALIDADES PROTEICAS APROPIADAS A UNA REALIDAD NEGOCIAL MULTIFORME: LA QUE INCLUYE EL GESTO SIMPLE POR EL CUAL SE COMPRA UN DIARIO Y LA SERIE DE OPERACIONES COMPLEJAS POR LAS CUALES SE CONCLUYE UNA TRANSACCION EN LA GRAN INDUSTRIA; Y ABARCA POR EJEMPLO, LA VENTA DE UN BUEY O DE UN HUEVO, DE UN RAMO DE FLORES, DE UN PAR DE MEDIAS O DE UNA FABRICA LLAVE EN MANO".

Atilio Alterini y Roberto López Cábana, en "La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno"

CAPITULO SEGUNDO

I.-LA CONTRATACION MODERNA Y LAS TRANSFORMACIONES EN LOS CONTRATOS.

Como se puede ver en la primera parte de este trabajo, el Derecho en general y los contratos en especial, han ido cambiando y evolucionando conforme las necesidades socio-económicas de cada época así lo han requerido. Es imposible que tal cosa no suceda, pues sabemos que todo cambio social acarrea consigo el cambio de las estructuras en que se sustenta, y el pilar jurídico es de suma importancia, ya que no podrían coexistir, por ejemplo, una base jurídica de tipo liberal junto a una realidad social de tipo feudal.

Sin embargo, considero que en las últimas décadas, y dada la dinámica con que los cambios sociales acontecen, el Derecho ha sufrido un lamentable rezago en cuanto a la actualización y adecuación de sus instituciones, principalmente en lo que a contratos se refiere.

1.-LA SOCIALIZACION DEL DERECHO EN MATERIA DE CONTRATOS.

Mucho se ha utilizado la palabra social en esta época. Se aplica como calificativo de la política, la

economía y en las últimas décadas, también del Derecho. En este aspecto, se habla del Derecho Laboral y del Derecho de Seguridad Social como materias pertenecientes al Derecho Social, al no poder encuadrarlas dentro del Derecho Público o el Derecho Privado. Tal cosa no la discuto, ni es tema de este trabajo, sin embargo, en estos tiempos creo que la socialización del Derecho abarca también el ámbito contractual. De súbito, lo anterior pareciera una descabellada aseveración. No lo considero así, y esto quedará sustentado en el desarrollo del presente apartado.

La idea de la socialización del Derecho surge a principios del presente siglo como una de las manifestaciones ideológicas de rechazo hacia el liberalismo, como consecuencia de los abusos del sistema económico implantado. Ante el auge socializante, el contrato no pudo permanecer ajeno y tal vez hasta sea la primera figura jurídica que haya tenido que asimilar las transformaciones.

Al utilizar el término socialización, conviene aclarar el sentido que se le dará a dicha palabra, pues para nuestros fines no tiene ningún tipo de

connotación política. El enfoque de lo social dentro del Derecho y en especial dentro de los contratos, no ha de entenderse en el sentido estricto que pugna la supresión de la propiedad individual sobre los medios de producción a favor de la comunidad, sino en el sentido amplio como configuración social de la convivencia humana que aspira a la protección de los económicamente débiles y, con ello, al bien común en lo posible. Los medios de producción privados se conservaran en tanto no den lugar a beneficios monopólicos injustificados, ni a la explotación social, como pudiera ser en el caso de grandes empresas que suministran bienes vitales. En este caso habrá que ver la función social del "individuo- empresa". La faceta social del Derecho Privado es sólo una expresión de una variación efectuada en la función social de la relación contractual debilitando el punto de vista individual en beneficio de lo social. Ya no se parte del individuo, sino de la importancia de su actividad dentro de un concreto orden social y económico. (56) En este aspecto, se puede hablar de la función social del contrato y los contratantes.

(56) SANTOS Briz, Jaime.- Tendencias Modernas en el Derecho de Obligaciones. Revista de Derecho Privado. julio-agosto 1960. Madrid, España. pág. 549

El contrato atendería a los valores sociales que de ninguna manera pueden dejarse de lado al ser éste el instrumento que poseen los individuos para atender las necesidades humanas.

No pretendo sacar al contrato de su ordenamiento jurídico privado, ni crear una nueva rama jurídica independiente. Únicamente se trata de hacer ver la necesidad que tiene el Derecho de reconocer la variación que ha tenido el contrato en su función social, y así actualizar algunos de sus conceptos. No se habla de un Derecho Social autónomo, sino de la socialización del Derecho Privado.

2.-LA DOCTRINA CLASICA DE LOS CONTRATOS FRENTE A LAS NUEVAS FORMAS DE CONTRATACION.

2.1.- DINAMICA SOCIAL Y FUNCION ECONOMICA DE LOS CONTRATOS.

Resulta difícil el estudio de la institución del contrato ante las nuevas modalidades que el tráfico jurídico ha impuesto, pues es enfrentar estructuras superadas por la realidad socio-económica. Tan es así, que ha ido creciendo la opinión de que la noción y la utilidad del contrato tienden a desaparecer, por la

prevalencia de los intereses sociales sobre los intereses individuales, utilizando expresiones que dan a entender que hoy día la voluntad de las partes juega un papel muy limitado y secundario en la formación de los contratos.(57) Se habla de la crisis y decadencia de la institución; anteriormente ya había mencionado que desde mi punto de vista no existe tal crisis contractual.

La constante movilidad y el dinamismo que caracteriza a la sociedad, ha concentrado a la población en grandes ciudades, creando el fenómeno de la sociedad en masa, y esto ha repercutido directamente sobre nuestro ordenamiento jurídico, provocando el desuso de muchos de sus principios, entre ellos los conceptos liberales del contrato.

Uno de los signos más típicos de esta sociedad de masas, lo constituye la despersonalización del individuo en lo que a contratos se refiere, pues también las relaciones contractuales, al querer ser conecuentes con la realidad social, comienzan a manifestarse por medio de la contratación masiva.

(57)SANCHEZ Medal, Ramón.- De los Contratos Civiles.
Ba. edición.1986. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F.
pág.3

Lo anterior debiera resultarnos tan normal en esta época, como lo pueden ser las conquistas espaciales o los adelantos tecnológicos, así como lo es el nacimiento de nuevas ramas del Derecho a partir de tales adelantos. Ahora a nadie sorprende el oír hablar de Derecho Aeronáutico o Derecho de Informática.

Desde la segunda mitad del siglo XIX se ha venido consolidando el sistema económico capitalista caracterizado por la producción industrial en masa. El progreso tecnológico permite que las grandes empresas realicen en masa una actividad de producción o de mediación en el mercado de los bienes y servicios. Estos dos protagonistas -las grandes empresas y la producción industrial en masa- crean una realidad económica y jurídica en donde la producción y la distribución implican la conclusión masiva o en serie de los negocios contractuales.(58)

Dicho lo anterior, se puede pensar en el contrato como una institución con función netamente económica, pues se ha visto el importante papel que juega en el intercambio de bienes y servicios.

(58) BROSETA Pont, Manuel.- Manual de Derecho Mercantil. 2a. edición. 1974. Editorial Tecnos. Madrid, España. págs. 49 y 50.

Aunque esto ha sido tema de muchos debates, no podemos dejar de lado el aspecto económico, pues ya hemos visto en la primera parte de este trabajo, la forma en que los fenómenos económicos repercuten en el sistema jurídico, y mas precisamente en el contrato.

La ingerencia de la economía en la vida de relación de nuestros días ha alcanzado límites insospechables que el legislador liberal no tuvo ni siquiera posibilidades de vislumbrar. Ningún jurista del siglo XIX, por más previsor que fuera, pudo haber imaginado la incidencia que iban a tener en el campo jurídico los grandes adelantos científicos, los progresos técnicos, etc. Todas las características de la realidad económica nos están dando pautas de lo distintas que son ahora las condiciones en las que debe desenvolverse el individuo para contratar. (59).

Diferentes y diversas son las posturas doctrinales que existen respecto a la cuestión de si el contrato tiene o no función económica. Para el maestro Néstor de Buen, se debe preguntar si el contrato se produce sólo en el caso de que existe, como objeto del mismo,

(59) VALLESPINOS, Carlos Gustavo. op. cit. pág. 185.

una obligación patrimonial, y considera que la trascendencia del problema debe encontrarse en que, de aceptar la respuesta afirmativa, quedarían excluidas de la naturaleza contractual todas las relaciones cuyo objeto fuera extrapatrimonial. (60)

Como anteriormente se dijo, las opiniones a este respecto son diversas. Su clasificación sería la siguiente: (61)

a) Autores que soslayan el problema: Pothier, Josserand, Baudry-Lacantinerie y Planiol

b) Autores que niegan que el contrato tenga, exclusivamente interés patrimonial, fundándose en que el negocio jurídico puede carecer de él: Windscheid, Ihering y Enneccerus.

c) Autores que niegan que el contrato, por sí mismo, tenga contenido patrimonial: Colin y Capitant y Mazeaud.

d) Autores que aceptan el contenido patrimonial del contrato en virtud de que estiman que el Derecho de Obligaciones del que forma parte la Teoría General del Contrato, tiene siempre un contenido patrimonial: Rojina Villegas.

(60) DE BUEN Lozano, Néstor.- op. cit. pág. 166.

(61) Ibidem., págs. 166 y ss.

e) Autores que distinguen entre la prestación en sí misma considerada y el interés que puede tener el acreedor en recibirla: Scialoja y Ruggiero.

f) Autores que atribuyen al contrato, por sí mismo, una función patrimonial: Messineo y Cariota Ferrara.

Personalmente no estoy de acuerdo con todos los autores clásicos, sólo concuerdo con aquellos que atribuyen al contrato una función económica, o dicho de otro modo y de acuerdo con el maestro De Buen, una función patrimonial.

Una de las principales razones que tengo para sustentar lo anterior, se encuentra en la primera parte de este trabajo. La evolución del contrato siempre se ha dado por cuestiones económicas.

Por otro lado, y siguiendo a Messineo entre los que aceptan la función patrimonial del contrato, una de las razones de fondo en que se apoya dicho autor es el art. 1321 del Código civil italiano, el cual define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial.(62)

(62) Idem., pág. 171

En nuestro código no existe precepto legal semejante al del Código italiano, sin embargo, pienso que ello sólo se debe a que nuestra legislación en materia de contratos se encuentra desactualizada. El hecho de no poder apoyar dicha aseveración en alguna norma de nuestra legislación vigente, no es de ninguna manera motivo para que lo anteriormente dicho deje de ser válido. No trato de innovar. Lo tristemente cierto, es que la dinámica económica y social han rebasado nuestro vieja legislación contractual, la cual necesita ser actualizada.

En esta época en donde el Derecho Privado se ve fuertemente penetrado por las repercusiones económicas, el contrato es considerado como la vía jurídica por la cual algunos fenómenos económicos encuentran su camino, ya que en último término todos los fenómenos jurídicos que procuran el curso de la economía, como el fundamento de las obligaciones contractuales y la adquisición de derechos reales, mas o menos, se remontan al contrato. La influencia que ejerce la realidad económica en el Derecho de la contratación es tanta que debe modificar en alguna forma la dogmática

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

tradicional, pues ha provocado convulsiones dentro de ella que han dado lugar a que se formule con razón la pregunta de si aún puede justificarse continuar el sistema tradicional del Derecho de Obligaciones en una época en que se estima que el contrato ha sido sofocado por intervenciones y vinculaciones administrativas de toda clase. (63)

Nuestra actual realidad económica nos está permitiendo ver y vivir lo distintas que son ahora las condiciones en las que el individuo debe desenvolverse para poder contratar. Cada día resulta más visible su situación de inferioridad frente a las grandes concentraciones de capital que han acaparado prácticamente el mercado de la oferta de contrato, pues las grandes empresas y los grandes productores de bienes y servicios se han agrupado alrededor de determinadas pautas de contratación de manera que las condiciones de la oferta aparecen uniformadas o estandarizadas frente a la gran masa de consumidores. El hecho de que en estos días sea posible obtener determinados bienes o servicios mediante el simple hecho de apretar un botón,

(63) SANTOS Briz, Jaime.- Derecho Económico y Derecho Civil. 1963. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. pág. 97

nos dan la pauta del extremo en que se encuentra el fenómeno de la contratación con relación al tiempo en que éste se caracterizaba por tratos previos y largas deliberaciones tendientes a lograr el consentimiento contractual.

2.2.- CONCEPCION CLASICA DE LOS CONTRATOS.

Antes de iniciar el presente apartado, cabe advertir que no es mi finalidad el desarrollar el tema al modo como lo exige una obra sobre la teoría general del contrato, simplemente se pretende mostrar lo esencial de dicha institución.

Ahora bien, considero importante el estudio de la concepción clásica del contrato, pues a partir de ella es que se ha dado por hablar en estos tiempos de una supuesta crisis contractual, tanto por autores nacionales como extranjeros. En efecto, la aparición por causas económicas de un sinnúmero de estructuras negociales, las cuales no han podido ser enmarcadas jurídicamente dentro del concepto contractual clásico, han originado la idea de que el contrato se encuentra en franca decadencia, respecto a su idea clásica.

2.2.1.- NOCION DE CONTRATO.

Para encontrar una definición de contrato, debemos recurrir a textos sobre Derecho de las Obligaciones, pues es sin duda fuente importante de ellas, y me atrevo a decir, la principal.

Con el significado de convención creadora de obligaciones, la palabra CONTRACTUS no aparece en el Derecho Romano hasta el siglo I de la era cristiana. Parece haber sido empleado al principio únicamente para los contratos que se forman por el solo consentimiento. La expresión fue generalizada después. Gayo dice que la obligación es contraída (contrahitur) de diferentes modos, lo que significa simplemente que el negocio ha sido concluido (negotium contractum). En las compilaciones de Justiniano, la palabra contractus es tomada en el sentido general que tiene hoy. Lo que sin duda condujo a los romanos a admitir la formación de ciertos contratos por el solo consentimiento, fueron las necesidades del comercio y tal vez del comercio internacional. (64)

(64) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean.-Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Tomo IV Volumen. 1. 1964. Ediciones La Ley. Buenos Aires, Argentina. págs. 35 y 37

En el Tratado Práctico de Derecho civil Francés cuyos autores son Marcel Planiol y Georges Ripert, éstos mencionan a la convención como el acuerdo de dos o más personas en cuanto a un objeto de interés jurídico. Las convenciones pueden tener como finalidad, crear, probar, modificar o extinguir obligaciones. Pero la denominación de contrato se viene dando tradicionalmente a las del primer grupo, o sea, a las creadoras de obligaciones. Así se puede ver en el art. 1101 del Código Civil, inspirado en una definición de Pothier. (65)

Por otra parte, Ripert y Boulanger nos dicen en su Tratado de Derecho Civil que una convención es el acuerdo entre dos o mas personas con el fin de crear, modificar o extinguir una obligación. El contrato es una especie particular de convención cuyo carácter propio es el de ser productor de obligaciones. Las dos expresiones son empleadas con frecuencia la una en lugar de la otra y no hay ningún error en hacerlo. Las obligaciones nacidas de los contratos son llamadas

(65) PLANIOL, Marcelo y Ripert Jorge.- Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo VI. 1940. Editora Cultural, S.A. La Habana, Cuba. pág. 23.

obligaciones convencionales, así como obligaciones contractuales. (66)

En México, para definir al contrato es necesario recurrir a los dos primeros artículos del Libro Cuarto, Primera Parte, Título Primero, Capítulo I del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Así tenemos que el artículo 1792 dice : "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".

El artículo 1793 dice: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

La anterior distinción tiene su antecedente en el Código Civil francés que distingue la convención o acuerdo de voluntades, que es el género, del contrato que es el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación. Sin embargo, la mencionada distinción no es ya reconocida en la actualidad, pues el vigente Código Civil italiano la ha eliminado y nuestro mismo

Código Civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios (art. 1859), lo cual hace que en realidad resulte ya bizantina la diferencia entre convenio y contrato.(67)

Pese a lo anterior, el maestro Gutiérrez y González va más allá y menciona tres acepciones del término convenio, e inclusive propone un nuevo concepto de convenio al considerar que a través de dicha figura jurídica se puede pactar la conservación de derechos y obligaciones, conducta la cual no se puede asimilar a ninguna de las otras cuatro establecidas por la norma transcrita anteriormente. Así pues, señala como acepciones las siguientes:

a) Una amplia o "lato sensu", la del artículo 1792.

b) Otra restringida que equivale al concepto de contrato según el artículo 1793, y

c) La de convenio en sentido estricto o "strictu sensu" que es el acuerdo de voluntades que modifica o extingue derechos y obligaciones.

(67)SANCHEZ Medal, Ramón.- op. cit. pág. 4

(68)GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto.-Derecho de las Obligaciones. 5a. ed.1974.Ed. Cajica,S.A. México,D.F. pág. 183.

Habiendo sido definido el contrato como el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, se puede deducir que no hay contrato si a) no hay acuerdo de por medio entre las partes y b) dicho acuerdo no tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

Lo anterior nos lleva a analizar los elementos esenciales del contrato, es decir, aquellos elementos que serán necesarios para la existencia de dicha figura. Tales elementos los encontramos en el artículo 1794 de nuestro Código Civil que a la letra dice:

art. 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

- 1.- Consentimiento;
- 2.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

2.2.2.- CONSENTIMIENTO.

Consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Todo consentimiento implica la manifestación de dos o más voluntades, y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico. (69)

(69) ROJINA Villegas, Rafael.- Compendio de Derecho Civil. T.III Teoría General de las Obligaciones. 12a. ed. 1983. 5a. ed. 1974. Ed. Cajica, S.A. México, D.F. pág. 183.

La noción misma del contrato implica que haya por lo menos dos partes con voluntad para crear entre ellas una relación jurídica, de ahí que, podemos decir que el consentimiento va a formarse por un concurso de esas dos voluntades, en donde cada parte declara su voluntad. La voluntad que se manifiesta primero es la oferta o policitud, y la segunda es la aceptación.

Ripert y Boulanger nos dicen que es precisamente el encuentro de las dos voluntades lo que va a formar el contrato, pues siguiendo la etimología misma de la palabra, las partes tienen al mismo tiempo idéntico sentimiento.(70) En este mismo sentido, nuestro Código Civil nos señala en el artículo 1807 que "el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación..."

Ahora bien, de acuerdo al artículo 1803 del ordenamiento señalado en el párrafo anterior, "el consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a

(70)RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean.- op. cit. pág 46.

presumirlo, excepto en lo casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente". Más adelante, el artículo 1812 nos dice que "el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

A lo anterior, algunos autores(71) agregan que, existe un proceso psicológico que precede a la formación de un contrato -una etapa precontractual-, pues para llegar al concurso de voluntades, ordinariamente hay negociaciones o tratos previos entre las partes, que comprenden la discusión de las cláusulas hasta ponerse de acuerdo, pues no siempre la oferta es aceptada lisa y llanamente, además de que no se puede contratar confiando enteramente a la otra parte la tarea de fijar las condiciones del contrato, pues en este caso no habría acuerdo de voluntades.

Desde mi punto de vista, el discutir o no el clausulado de un contrato, se refiere únicamente a esa etapa llamada pre-contractual, o sea antes de la formación del contrato, de tal modo que no es elemento de éste. Se puede dar o no la libre discusión de las

(71) Así opinan: SANCHEZ Medal, Ramón.- op. cit. pág. 31;
ROJINA Villegas, Rafael.- op. cit. pág 55 y
RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean.-op. cit. pág. 47

cláusulas, pero tal cosa no afectará al contrato en sí, pues éste aún no se ha formado. Además, el consentimiento no exige que haya tal concertación, es simplemente una oferta y una aceptación.

Por otra parte, en los últimos tiempos es cada vez más raro el hecho de que exista una libre e igualitaria discusión del clausulado, ya que la dinámica del tráfico de bienes y servicios no lo permite. Más adelante, cuando se trate el tema de contrato por adhesión, veremos el papel que juega el consentimiento en este caso, específicamente la voluntad de las partes.

2.2.3.-EL OBJETO.

Sin que deje de ser parte importante para la existencia de un contrato, considero que el objeto no ha resentido, como el consentimiento, los cambios que las tendencias modernas han proyectado en el contrato, afectando más al elemento volitivo que al objeto de las relaciones jurídicas.

De acuerdo al artículo 1794 del Código Civil, el segundo elemento para que un contrato pueda existir es el objeto que pueda ser materia de éste, y posteriormente, en el artículo 1824, señala que "son

objeto de los contratos: I.- la cosa que el obligado debe dar; II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

El artículo 1825 nos dice: " la cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio".

Ahora bien, en este caso, es importante precisar que es lo que se entiende por objeto.

Del artículo 1824, se desprende que nuestro Código confunde el objeto del contrato -su objeto directo-, con el objeto de la obligación -que es el objeto indirecto-. El objeto del contrato no es la cosa o el hecho. Estos son los objetos indirectos de la obligación, pero como el contrato la crea y ésta tiene como objeto la cosa o el hecho, la terminología jurídica, por razones prácticas y de economía en el lenguaje, ha confundido, el objeto de la obligación con el objeto del contrato. (72)

Desde el punto de vista doctrinario, los juristas

(72) ROJINA Villegas, Rafael.- op. cit. pág. 82

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 material que la persona debe entregar.

El maestro Bejarano Sánchez señala que la más correcta es la segunda, pues la primera es inútil e inexacta -todos los contratos tendrían el mismo objeto- y la tercera comprende sólo una especie de objeto: el de dar. Por tanto, el objeto de todo contrato es el objeto de la obligación creada por él. De ahí que el contrato tendrá tantos objetos, como obligaciones haya engendrado: cada obligación tiene su propio objeto, el cual consistirá en el contenido de la conducta del deudor, aquello a lo que se comprometió o debe efectuar. Para descubrir el objeto de un acto jurídico, basta responder a la pregunta a qué está obligado el deudor. La respuesta a tal interrogante proporciona el objeto. (73)

(73) BEJARANO Sánchez, Manuel.-Obligaciones Civiles. 3a.ed. 1984. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Harla, S.A de C.V. México, D.F. pág. 68

El marco que he trazado para la realización del presente trabajo, me limita el desarrollo mas extenso de estos dos elementos, los cuales ocupan bastantes páginas en cualquier tratado de Obligaciones. Para fines de esta tesis, baste con saber que estos dos son los elementos necesarios para que un contrato exista, de tal modo que, cuando pasemos a los contratos por adhesión, podamos ver si tales figuras cuentan con dichos elementos. Una respuesta afirmativa, seria muy significativa, en cuanto a la idea clásica que se tiene de contrato, la cual se encuentra cada vez más alejada de la realidad, y sin embargo se sigue impartiendo en las aulas.

3.- TENDENCIAS MODERNAS EN LOS CONTRATOS.

Como lo hemos visto anteriormente, los fenómenos sociales y económicos han causado grandes variantes en el Derecho, sobre todo en materia contractual. Así pues, por triste que sea, nuestro Código Civil de más de medio siglo de antigüedad no contempla las nuevas tendencias que existen en esta materia. La lucha que existe entre los principios tradicionales plasmados en nuestra legislación vigente y las situaciones

jurídicas creadas por la realidad socio-económica del tráfico negocial, nos impulsa a ver brevemente algunas de las nuevas tendencias que existen en esta materia, hasta llegar a desarrollar en el capítulo siguiente el contrato por adhesión, que sin duda es una de las figuras nuevas más discutidas.

Como anteriormente lo señalé, la actual contratación se caracteriza principalmente por ser masiva, por así requerirlo el tráfico comercial. Al hablar de comercial, nos estamos entonces refiriendo a esa otra rama del Derecho Privado denominado Derecho Mercantil, que es en donde radica principalmente la importancia de la materia contractual, pues es el Derecho de los actos en masa realizados por empresas. (74)

Actualmente, considero un cuanto tanto obsoleto el querer estudiar la materia de contratos como parte del Derecho Civil, pues en la práctica el número de contratos meramente civiles es muy reducido. Tan es así, que algunas legislaciones, como la suiza y la

(74) RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín.—Curso de Derecho Mercantil T.I 14a. edición.1979. Editorial Porrúa, S.A. México,D.F. pág. 11.

italiana, dan un tratamiento unitario a los actos civiles y mercantiles.

Aunque hasta hace algunas décadas, el contenido de los contratos se establecía caso por caso, dicho romanticismo se ha perdido por las exigencias del tráfico mercantil, ya que éste impide la adaptación fiel del contrato a los intereses específicos que en el caso concreto pueda tener cualquiera de las partes, y así se ven obligados a plegarse a las modalidades de un contrato predeterminado, que se repite uniformemente en una serie interminable de contratos iguales.(75)

Esto rompe con la idea y la posibilidad de que exista esa etapa precontractual de discusión del clausulado, pues se ha llegado a un grado de tipificación contractual, que ha hecho desaparecer el elemento personal de las relaciones jurídicas, permitiendo el nacimiento de relaciones negociales en forma esquemática por medio de formularios que traen redactado de antemano el contenido del contrato, por lo que la discusión, se limita en algunos casos, a la simple fijación de los precios, cuando éstos no están

(75)URIA, Rodrigo.- Reflexiones sobre la Contratación Mercantil en Serie. Revista de Derecho Mercantil. Vol. II no.2 1956. pág. 222.

fijados también por tarifas inderogables impuestas, algunas veces por el poder público y otras por el poder absoluto de las grandes empresas.

Los grandes consorcios empresariales utilizan este contrato tipificado o estandarizado, principalmente por tres razones: en primer lugar, el deseo de racionalizar al máximo los contratos, dada la simplificación de la actividad que es necesario desplegar para la firma de éstos, ya que ahorran negociaciones y discusiones, además de que facilita la contratación por medio de agentes y representantes sin necesidad de consultar al principal; en segundo lugar porque permite a las empresas operar sobre la base de un régimen contractual seguro al ofrecer un contenido previamente analizado en sus consecuencias jurídicas, eliminando litigios e incertidumbres; por último, porque de ese modo, la empresa consigue fortalecer al máximo su posición económica preponderante frente al cliente. (76)

En el siguiente capítulo, cuando trate los contratos por adhesión, analizaré las condiciones generales de este tipo de contratos.

(76) Ibidem., pág. 223.

Por otro lado, y también como una tendencia moderna en materia de contratos, se habla de las relaciones contractuales de hecho como una nueva fuente de obligaciones similar al contrato. El primero que reconoció la particularidad de dichas relaciones fácticas fué el jurista alemán Haupt, quien señala que son vinculaciones especiales que debieran ser tratadas por la jurisprudencia como si hubieran sido creadas por un contrato perfecto. Larenz las llama obligaciones derivadas de una conducta social típica y las explica diciendo que el moderno tráfico en masas trae consigo en algunos casos, de acuerdo con la concepción del tráfico, la asunción de deberes y el nacimiento de obligaciones sin que se emitan declaraciones de voluntad dirigidas a tal fin. En lugar de declaraciones, surge la oferta pública de hecho y la aceptación de hecho, las cuales no suponen declaraciones de voluntad, pero sí implican una conducta que por su significado social típico tiene los mismos efectos jurídicos que la actuación jurídico-negocial. (77)

(77) SANTOS Briz Jaime.- op. cit. Tendencias Modernas en el Derecho de Obligaciones. pág. 554.

Como ejemplo de lo anterior, es la utilización de tranvías, autobuses o vehículos análogos de transporte público. Sostiene Larenz que en estos casos es ficticio considerar que la marcha del vehículo contiene una oferta constante para concluir contratos de transporte, cuya aceptación reside en el hecho de tomar dicho vehículo, ya que quien utiliza un transporte público no se encuentra en la situación de aquél a quien se ha hecho una oferta de contrato, sino que se encuentra mas bien en la situación general de toda persona que toma parte en el tráfico y piensa si ha de hacer uso de un medio de transporte que está al servicio de todos. Si opta por utilizarlo, la consecuencia jurídica que se produce es el nacimiento de una relación jurídica, un contrato de transporte, y no porque esa consecuencia se haya querido o declarado, sino porque su conducta está unida a dicha consecuencia. Lo que atribuye significado jurídico a estos hechos, no es la voluntad jurídica negocial de las partes, sino la valoración jurídica que obtiene en el tráfico por suponer una conducta social típica.(78)

(78) Idem.

Así, tras señalar brevemente algunas de las nuevas formas de contratación moderna, hemos visto como ha ido quedando atrás el concepto clásico del contrato. Estas nuevas formas de relaciones contractuales han nacido por fenómenos contemporáneos y definitivamente han afectado la dogmática contractual clásica, sobre todo en lo que a voluntad de las partes y a la autonomía se refiere, pues no en pocos casos, el Estado se ha visto obligado a intervenir en defensa del económicamente débil, dando un giro especial a esta interesante materia.

De esta forma, he venido deslindando algunos conceptos que me permitan alcanzar el objetivo final del presente trabajo, que es la técnica contractual moderna en que se crean relaciones jurídicas realizadas mediante la adhesión.

"EL CONTRATO DE ADHESION, NO ES
SOSPECHOSO PORQUE NO SEA DE NATURALEZA
CONTRACTUAL SINO AL CONTRARIO, POR
CUANTO ES CONTRATO".

Georges Ripert en "La Regla Moral
en las Obligaciones Civiles".

CAPITULO TERCERO

I.- LOS CONTRATOS POR ADHESION.

Lo escrito en los dos anteriores capitulos, me conduce necesariamente al presente tema. La razón de ello es clara: el contrato por adhesión es una prueba tangible de a) la evolución del contrato por necesidades económicas y b) la transformación del concepto clásico del contrato dadas las tendencias modernas en materia contractual. De ahí que, a partir de este momento, lo que sigue será un estudio sobre los contratos por adhesión, ya que no pretendo analizar todas las formas que puedan surgir de la técnica contractual moderna, limitándome tan sólo al análisis de una de sus principales manifestaciones.

1.- RAZONES DE SU APARICION.

El contrato por adhesión es un producto de nuestra época que no pudieron haber previsto los juristas del siglo pasado, pues es hasta inicios de éste, cuando Saleilles lo menciona en su obra "La Déclaration de Volonté" publicada en el año de 1901, que los tratadistas empiezan a ocuparse de él.

Como lo apunto en el capítulo anterior, las necesidades de la vida contemporánea han requerido de

la materia contractual los mecanismos más convenientes para satisfacer las exigencias del tráfico negocial de nuestra época. Junto con el fenómeno de la gran empresa y el creciente número de consumidores de bienes y servicios que aquella produce, se advierte la necesidad de acelerar el tráfico económico para transformarlo en un tráfico de masa. Esto provoca la necesidad de una nueva técnica de contratación que sustituya la fase de negociaciones preparatorias del acuerdo, para ser reemplazada por cláusulas predeterminadas que la parte con mayor poder contractual previamente haya redactado, ante las cuales el consumidor de bienes y servicios sólo podrá adherirse.

Definitivamente creo que uno de los factores que favorecieron la aparición de los contratos por adhesión, fué la necesidad de conciliar los acuerdos bilaterales con la mayor celeridad posible, tal y como se requiere dentro de una economía dinámica dejando a un lado la reflexión y la discusión del clausulado, convirtiendo en rutina lo que anteriormente revestia de gran importancia, pero a su vez reduciendo al mínimo el esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo. (79)

(79) Ver supra pag. 94 en donde se analiza mas ampliamente la razón que las empresas tienen para utilizar contratos estandarizados.

Aparte del factor económico y social y del dinamismo con el que ambos cuentan, es importante resaltar otro aspecto que propició el nacimiento de los contratos por adhesión, el cual se refiere a la forma misma como están estructuradas las empresas.

En efecto, la estructura de las empresas modernas exige la aplicación de dos principios económicos fundamentales a través de los cuales podrán alcanzar los objetivos de producción y distribución. Estos son: la racionalización y la automatización.

El primero de ellos se refiere a elevar al máximo la productividad con el menor desgaste productivo posible. Por su parte, la automatización tiene como fin las explotaciones técnicas con el máximo de rentabilidad y seguridad, para facilitar el trabajo del hombre. Además, estos principios se conjugan con otro fenómeno que es la estandarización, por la cual la producción se realiza cada día mas uniformemente, a la que le sigue una comercialización estandar de bienes y servicios.

Todos estos factores también han debido influenciar necesariamente a las relaciones contractuales. En primer lugar, las relaciones

jurídicas entre proveedor y consumidor se han uniformado a través de la utilización de formularios en los que quedan establecidas las condiciones bajo las cuales la empresa ofrece sus productos o servicios. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la despersonalización en las relaciones contractuales se acrecentó en gran medida, haciendo realmente imposible una fase negocial previa, la cual en estos casos, ninguna de las partes contratantes realmente busca.

De no haber implantado la contratación a través de la adhesión, las empresas, las industrias y en general todos los proveedores de bienes y servicios no podrían aplicar ninguno de los principios económicos que en general las inspiran.(80)

Lo que actualmente estamos viviendo en materia contractual no es mas que una simple adecuación a las modernas formas de intercambio de bienes. Lo mismo sucedió en otra fase histórica de la institución contractual, cuando los usos mercantiles ejercieron su influencia para otorgar fuerza vinculante al simple acuerdo de las partes, desprovisto de formalidades. Son

(80) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- op. cit. pag. 235.

estos mismos usos los que ahora han modificado la concepción clásica del contrato, principalmente en lo que a manifestación del consentimiento se refiere; aspecto que era y sigue siendo fundamental, pero que dadas las actuales condiciones del comercio, amerita una nueva revisión y estudio desde otra perspectiva.

Luis Muñoz señala que "en la doctrina moderna y en la realidad socioeconómica de hoy, tienen extraordinaria importancia los contratos llamados de adhesión", y continúa, citando a Liefmann, diciendo que "el contrato de adhesión prospera al par que las formas monopolistas, ya que este tipo de contrato supone una situación económica de monopolio legal o de hecho que permite la imposición al consumidor del monopolista, pues áquel sólo en un régimen de libre competencia puede encontrar otros productores que le faciliten mejores condiciones." (81)

Hablar de monopolios, de consumidores, de productores y de libre competencia, es hablar de la época en donde encuentra campo fértil una figura como la que nos ocupa.

(81) MUÑOZ, Luis.- Teoría General del Contrato. Cardenas, Editor y Distribuidor. 1973. México, D.F. México. pag.5

2.- TERMINOLOGIA.

La controversia en torno a esta figura, empieza inmediatamente desde la forma de denominarla. La terminología utilizada para identificar a este fenómeno contractual de nuestros días nació cuando en 1901, el jurista francés Raymond Saleilles analizaba el art. 133 del Código Civil alemán sobre la interpretación de las declaraciones de voluntad y llama "contratos de adhesión" a "pretendidos contratos que no tienen de contrato sino el nombre y cuya construcción jurídica está por hacer..." (82).

Resulta tan importante la terminología aplicada a esta figura y se encuentra tan estrechamente relacionada con la idea de la naturaleza jurídica que de ella se tenga, que el maestro Gutiérrez y González afirma que por apearse a los términos tradicionales y por inercia jurídica, se les sigue llamando contratos sólo porque presentan algunas semejanzas con este tipo de actos, "olvidando que las semejanzas en el Derecho siempre existirán, pero el Derecho a pesar de ellas, habrá de regular las relaciones conforme a los principios de cada

(82)SALEILLES, Raymond.- De la Déclaration de Volonté, pág. 129 y ss. cit. por GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. p. cit. pág. 387.

institución...".(83) Así pues, decide denominarlos él mismo como "guiones administrativos", sin conceder siquiera el hecho de poder anteponerles el término "contrato", siendo claro que para dicho maestro, tal figura está fuera de la naturaleza contractual.

Dereux, en un estudio sobre la naturaleza jurídica de esta figura, objetó la denominación empleada por Saleilles y empleó el término "por adhesión" el cual considero mas afortunado, pues si estamos frente a una nueva categoría contractual, la cual vendría a sumarse a los contratos clásicos, entonces sería apropiado hablar de "contratos de adhesión", así como hablamos de contratos de arrendamiento, contrato de compraventa, contrato de mutuo, etc.

Pero si consideramos que no se trata más que de una nueva técnica en la formación de los contratos, cualquiera que éstos puedan ser, lo adecuado es llamarlos "contratos por adhesión" y así podríamos hablar de contrato de arrendamiento por adhesión, contrato de compraventa por adhesión, contrato de mutuo por adhesión, etc.

(83)GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto.- op. cit. pág. 390

Vallespinos considera que la distinción doctrinaria entre contrato "por" y contrato "de" adhesión se encuentra totalmente superada, y decide llamarlos contratos estándar, fundando su posición "no en la despreocupación del significado de cada una de las denominaciones anteriores, sino en el hecho de que en nuestros días se ha desplazado el centro de atención hacia otro punto neurálgico de la contratación moderna: hacia la estandarización de los contratos como expresión típica de la realidad económica moderna." (84) Sin embargo, y a pesar de lo anterior, este autor acepta que la denominación estricta es contratos por adhesión.

Cualquiera que pueda ser la terminología que se use, ésta siempre irá ligada al concepto que se tenga sobre su naturaleza jurídica y utilizar la denominación de contrato por adhesión, como lo he venido haciendo y no cualquier otra, implica asumir una postura definida dentro de uno de los más debatidos problemas que esta figura presenta.

(84) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- op. cit. pág. 239

3.- NATURALEZA JURIDICA.

Ciertamente, la naturaleza jurídica de la figura que nos ocupa resulta ser una de las cuestiones más controvertidas sobre el tema.

Para quienes vemos en el contrato por adhesión tan solo una manera diferente de expresar el consentimiento en la fase preliminar de cualquier otro tipo de contrato, el problema de la naturaleza jurídica se encuentra resuelto. Sin embargo, es por quienes niegan su naturaleza contractual, que al tema se le da relevancia y ello justifica su tratamiento.

No son muchos los autores que externan opinión propia al respecto. La mayoría escribe sobre lo que otros estudiosos del Derecho han opinado. Por ello, de la mayor parte de la bibliografía consultada se pueden señalar dos teorías extremas: contractualista y anticontractualista. Podría mencionar una tercera que llamaremos ecléctica, sin embargo encontramos más interesante la opinión de Gutiérrez y González, quien da su propio punto de vista al respecto y nos habla de "guiones administrativos", lo que nos permite ver que para dicho maestro, el debate entre contractualistas y anticontractualistas, es totalmente innecesario, pues la

figura en cuestión presenta naturaleza jurídica propia.

Personalmente creo que la importancia del tema radica en el hecho de verificar si el contrato por adhesión responde a una realidad económico social compatible con la esencia del derecho contractual, o si realmente, como lo dice el maestro Gutiérrez y González, presentan una naturaleza totalmente fuera de lo que conocemos por contrato.

Me pregunto si todo esto pueda ser el resultado de una simple cuestión terminológica. En fin.

3.1.- TESIS CONTRACTUALISTA.

Los seguidores de esta corriente como Geny, Planiol, Ripert, Demogue y Salle, entre otros, se rehusan a reconocer en esta figura una categoría jurídica que se diferencie con certidumbre de los otros contratos. Para esta posición no existen distinciones de fondo entre los contratos por adhesión y los que podríamos llamar contratos de discusión, pues en ambos casos está presente el acuerdo de partes nacido del doble juego de las voluntades.

Dereux afirma en su estudio denominado "De la Nature Juridique des Contrats D'adhesion" que los

contratos por adhesión son contratos, pues presuponen necesariamente una voluntad común de dos o más personas para nacer, ya que no se puede considerar que esos actos existen antes del momento en que se ha producido la adhesión. Dicho autor señala dos tipos de cláusulas en los contratos por adhesión: las esenciales y las accesorias. Las cláusulas esenciales son aquellas que tanto el oferente como el adherente, en vista de las circunstancias del contrato, han debido considerar como vitales para ambas partes y generalmente son verbales o manuscritas y sólo podrán generar efectos jurídicos esenciales. Las accesorias, que son generalmente impresas, se consideran como destinadas simplemente a precisar o a completar las obligaciones que resulten de las cláusulas principales, y no como debiendo de una manera disimulada, desnaturalizar o modificar gravemente la esencia del contrato, por lo que es preciso respetar la jerarquía que, en la declaración de voluntad de los contratantes, existe entre las diversas cláusulas del contrato. El respeto del espíritu de las cláusulas esenciales debe dominar todo. (85)

3.2.- TESIS ANTICONTRACTUALISTA.

Planiol y Ripert señalan que, fijándose en la desigual posición de las partes, ciertos tratadistas declaran que en los pretendidos contratos de adhesión falta aquella voluntad libre y clara sin la cual no hay verdadero contrato. Para ellos se trata de un acto unilateral proveniente de una autoridad privada y cuyos efectos, después que un tercero presta su adhesión, quedan determinados por la sola voluntad del oferente, quien dispone de facultades reglamentarias comparables a las de las autoridades públicas.(86)

Por su parte, Duiguit, quien es partidario de esta tesis, sostiene que es un error querer asimilar esta nueva modalidad con los contratos clásicos. Para ejemplificar su idea, habla sobre los distribuidores automáticos afirmando que el industrial al establecer este aparato, crea con ello un estado de hecho tal, que todo individuo al insertar una moneda se hace acreedor al objeto anunciado. En estos casos se pretende que hay un contrato de adhesión, porque quien inserta la moneda se adhiere a un cierto estado de hecho, y precisamente

(86) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge.- op. cit. pág. 163.

esa adhesión es lo que forma el contrato, pero en verdad es un error referir esa adhesión a la idea del contrato clásico. No hay dos voluntades que entren en contacto y se pongan de acuerdo; hay una voluntad que establece un estado de hecho y otra que quiere aprovecharse de ese estado. En estos casos no hay contrato sino un acto unilateral por parte del oferente. (87)

Para finalizar este apartado, recordemos lo que Saleilles opinaba al respecto: "Hay pretendidos contratos que no tienen de contrato sino el nombre y cuya construcción jurídica esta por hacer...a los que se podría llamar contratos de adhesión y en los cuales hay el predominio exclusivo de una sola voluntad, obrando como voluntad unilateral, que dicta su ley; no ya a un individuo sino a una colectividad indeterminada y que se obliga unilateralmente, salvo la adhesión de los que quisieren aceptar la ley del contrato y aprovecharse de esta obligación ya creada sobre sí mismo." (88)

(87)GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto.- op. cit. pág. 388
(88)SALEILLES, Raymond.- op cit.- cit. por BORJA Soriano, Manuel. op. cit. pág. 132.

3.3.- TESIS INTERMEDIA O ECLECTICA.

Aún en lo que a este apartado se refiere, los autores consultados han tenido sus diferencias respecto a quien ubicar dentro de esta corriente. Mientras que el maestro Borja Soriano ubica a Deroux como partidario de la tesis contractualista, Vallespinos y De Buen lo colocan dentro de la postura intermedia, por reconocer en los contratos de adhesión una base contractual con fondo reglamentario.

En mi opinión, hablar de una tercera tesis es incrementar la confusión del problema, pues realmente no hay autores que opinen que se trata en parte de un acto unilateral con visos de contrato, ni viceversa, por lo que he decidido no dar mayor extensión al presente rubro y si ocuparme de la interesante opinión del maestro Gutiérrez y González.

3.4.- GUIONES ADMINISTRATIVOS. (89)

Tal es la denominación que el maestro Gutiérrez y González le da a los contratos por adhesión, y la razón de ello es la naturaleza jurídica

de la figura en cuestión. Dice tal autor que a fines del siglo XIX y con el XX surgieron una serie de figuras jurídicas nuevas, que por presentar a primera vista y en apariencia los elementos estructurales de un contrato, se les considera como tales... "Tal es el caso de la figura que bauticé como guiones administrativos y que en la doctrina clásica se han denominado de manera impropia contratos de adhesión."

Para el maestro, la figura en estudio es simple y sencillamente un acto jurídico con naturaleza especial y propia, que por inercia se ha querido incluir en los moldes de los actos ya conocidos.

Como ejemplo de los guiones administrativos señala los siguientes:

- 1.- El de suministro de energía eléctrica.
- 2.- El de servicio telefónico.
- 3.- El de transporte terrestre, aéreo y marítimo.
- 4.- El contrato-ley en materia laboral.

Apunta el autor en mención que la causa de la desorientación en esta materia se debe a que no se ha hecho una análisis científico de estas figuras, no se vió como surgieron a la vida jurídica ni cual fue su evolución y su contenido económico, pues de lo

contrario los autores se hubieran percatado de que surgieron como verdaderos contratos privados, pero que con las necesidades de la vida moderna sufrieron una transformación en su esencia jurídico-social, y de simples actos en los cuales estaba en juego sólo los intereses particulares, se convirtieron en actos que entrañan una verdadera necesidad colectiva. Lo que antes era un contrato privado que satisfacía una necesidad privada, se ha trocado en un servicio público sin el cual la vida moderna resultaría imposible.

Al convertirse las necesidades privadas en públicas, el Estado debe satisfacerlas y es precisamente esa característica de entrañar una necesidad pública lo que hace que a los guiones administrativos no se les pueda aplicar los principios de estructuración y funcionamiento de los contratos.

Los guiones administrativos, en vista de su evolución social anotada, han sido sacados de manera lenta pero firme, del campo del contrato civil, al grado de que deben estudiarse en el Derecho Administrativo.

Su naturaleza jurídica es la de un acto jurídico administrativo plurilateral, pues en él se encuentran siempre como mínimo tres sujetos: el Estado, la empresa

y el particular usuario.

Los guiones administrativos son actos que requieren como elementos de existencia, no sólo el consentimiento y el objeto, sino que llevan un elemento más: la voluntad del Estado, pero no en forma de una sanción general que otorgan las leyes generales, permanentes y abstractas, sino como elemento esencial y definitivo, pues autoriza conforme a la ley, a los particulares, para que proporcionen el servicio público que entraña todo guión administrativo. Es elemento de esencia de este acto, y concomitante a su nacimiento, la autorización previa de un órgano del Estado. Este elemento solo, le da una naturaleza jurídica y una esencia diversa a la del contrato. Se requiere la aprobación del Estado al empresario; la intervención del Estado no se agota con el hecho de dar esa autorización, sino que, una vez completa la relación entre empresa y usuario, permanece la autoridad vigilando, cuidando que se observen los términos del guión, evitando se causen daños al interés social, e interviniendo para exigir su cumplimiento.

Por todo lo anterior es que se debe denominar a esta figura guión administrativo, pues es el Estado, en

escritos que procura sean lo mas breve posibles, quien establece determinadas reglas para alcanzar el fin de satisfacción de las necesidades públicas. Asi pues, se evita el que se siga denominando a estos actos con el vocablo contrato, pues con esa terminología clásica, se piensa por inercia, en un acto libremente acordado y se lleva obscuridad a la naturaleza jurídica de la institución.

Lo que deben hacer el jurista y el legislador, es, dándose cuenta de lo estrecho que resulta en la actualidad el molde del contrato clásico, aceptar las realidades y designar, al mismo tiempo que regular en forma especial, a esas figuras jurídicas denominadas como quiones administrativos, y que neciamente los tratadistas se empeñan en designar contratos de adhesión.

3.5.- PUNTO DE VISTA PERSONAL.

Coincido con la posición contractualista en el sentido de ver en esta figura tan sólo una nueva forma de la contratación, la cual necesita ser alcanzada por el Derecho en su movimiento de adaptación. En el contrato por adhesión participan

todos los presupuestos de existencia del contrato clásico, adecuado a las nuevas realidades del tráfico contemporáneo.

Resulta interesante apuntar que existen autores que dividen las opiniones sobre la naturaleza jurídica del contrato por adhesión en dos etapas: antes y después de la guerra. Hasta 1939, una parte de la doctrina entiende que los contratos por adhesión no son contratos o, en todo caso, son contratos distintos de los demás. Después de la guerra, la doctrina sostiene que los contratos por adhesión son contratos exactamente igual que los demás, planteando especiales problemas en cuanto a la valoración e interpretación de los actos y formas que constituyen las declaraciones de la voluntad contractual. (90)

Lo anterior me hace pensar en el dinamismo de las transacciones comerciales, y es precisamente por ello, que la doctrina al tratar de mantener actualizada la ciencia jurídica, ha podido ver que la adhesión viene a ser una forma especial de manifestación de la voluntad.

(90) GARCIA Amigo, Manuel.-Condiciones Generales de los Contratos.1969. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, ESPAÑA. pág. 100

No concuerdo con la idea anticontractualista, ya que no es posible confundir las ofertas dirigidas al público, con las que dan pie a un acuerdo por adhesión, pues antes de producida dicha adhesión carecen de existencia, por lo que viene a ser evidente la necesidad de la común voluntad de dos o mas personas.

Por otra parte, siento que los que apoyan la idea anticontractualista, pretenden ver al contrato por adhesión como una figura contractual; en ese sentido, coincido con ellos. Sin embargo, ya he dicho que no constituye una categoría contractual en sí misma, sino una forma de expresar el consentimiento al momento de celebrar cualquier contrato. La adhesión sólo nos indica que el contenido del contrato no ha sido discutido por las partes que lo integran. Sus cláusulas fueron redactadas por una de las partes para que la otra lo acepte o lo rechace. De aceptarlo, lo hace adhiriéndose al clausulado ya estipulado. La adhesión debe considerarse en la actualidad como una simple aceptación contractual la cual reúne todos los requisitos legales, al manifestar tácita o expresamente la voluntad de adherirse.

No comparto tampoco el punto de vista del maestro Gutiérrez y González al ver a esta figura como un guion administrativo, pues los ejemplos que utiliza, si bien eran representativos en su momento, ya no lo son, ni son los únicos aplicables al momento jurídico-económico que estamos viviendo.

En efecto, dicho autor otorga gran importancia a la intervención estatal al momento de tratarse de un servicio público. Sin embargo debemos pensar en que actualmente, no puede existir una empresa que no pretenda que sus productos o servicios no sean de interés colectivo y que por ello no atraigan la atención del Estado.

En la actualidad, la aprobación del Estado a los contratos celebrados por adhesión, se limita a una simple aprobación administrativa de las cláusulas redactadas por el prestador de bienes y/o servicios, sin que por ello los convierta en actos normativos de la administración pública.

La autorización administrativa tiene como finalidad el ejercicio particularmente intensificado del poder de policía sobre actividades regladas o sobre

actividades privadas que afecten intereses públicos. La aprobación no transforma la naturaleza jurídica de las condiciones generales, ni tiene por efecto hacer del acto aprobado un acto del aprobante; no es un elemento integrante del contrato. (91)

Si coincidiéramos con lo que piensa el maestro Gutiérrez y González, tendríamos que aceptar que la compraventa de un refrigerador, los condominios de tiempo compartido en lugares turísticos, la prestación de servicios de un taller mecánico o la simple renta de una película en cinta de video en alguno de los establecimientos dedicados a ello, constituyen servicios públicos por la aprobación administrativa de sus respectivos contratos que celebran por adhesión.

Lo que pretendo resaltar es que ya no debemos de pensar en los contratos por adhesión como aquellos que solamente implican un interés colectivo y por ello un servicio público. En la actualidad son muchos los prestadores de bienes y servicios que celebran sus contratos por medio de la adhesión, y no todos son servicios públicos.

(91) MORELLO, Augusto.- Dinámica del Contrato. Enfoques. 1985. Librería Editora Platense, S.R.L. Buenos Aires, ARGENTINA. pág. 38.

4.- DEFINICION.

Intentar siquiera una definición de una figura tan controvertida, ciertamente resulta arriesgado. Para ello tengo que tomar elementos que considere sean constitutivos de un contrato por adhesión, ya que si aún no se alcanza un consenso general para su denominación, difícilmente se puede llegar a una definición satisfactoria.

Aún mas, me inclino hacia la idea de Vallespinos de utilizar una terminología nueva y distinta a la clásica, en donde las voluntades de los contratantes que llegan a formalizar un acuerdo generador de obligaciones correspondan a la oferta y a la aceptación, pues dado que estamos frente a una nueva forma de contratación, es necesario utilizar términos nuevos que adapten la idea de contrato a nuestra época.

Señala el autor mencionado en el párrafo anterior que desde que la propia técnica todavía no ha alcanzado una denominación generalizada -varía entre contratos de y por adhesión, contratos estándares, condiciones generales de los contratos- es lógico que también sus elementos estén en convulsión

terminológica. (92)

Así pues, pocos son los autores clásicos que intentan una definición de contrato por adhesión, lo cual resulta lógico dadas las razones anteriormente expuestas y si tomamos en cuenta que la mayoría de ellos pertenecen a la primera mitad del presente siglo.

En el libro de Tratado de Derecho Civil, Georges Ripert y Jean Boulanger, llaman contratos de adhesión a aquellos en los cuales una de las partes se encuentra, de hecho, en la imposibilidad de discutir las condiciones del contrato y otorga su adhesión a la voluntad omnipotente de la otra parte, tomando en cuenta que adherirse es consentir, puesto que la debilidad de la voluntad no se considera como un vicio del consentimiento (93).

Francisco Messineo, en su libro Doctrina General del Contrato, llama contratos de adhesión a aquellos en el que las cláusulas son previamente determinadas y propuestas por uno solo de los contratantes, de modo que

(92) VALLESPINDO, Carlos Gustavo.- op. cit. pág. 274.

(93) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean.- op. cit. pág. 48.

el otro no tiene el poder de introducirle modificaciones y si no quiere aceptarlas debe renunciar a estipular el contrato. La falta de determinación del contenido del contrato, implica una situación de disparidad económica y de inferioridad psíquica para el contratante débil. (94)

Creo importante hacer notar lo significativo que resulta el hecho de que los autores citados anteriormente han tratado de definir al contrato por adhesión en sus tratados de Derecho Civil o bien dentro de la doctrina general de los contratos. Esto indica, independientemente de sus posturas respecto a la naturaleza jurídica de esta figura, que en lo que ambos coinciden es que el contrato por adhesión debe ser estudiado dentro del ámbito contractual y no como parte del Derecho Público o Administrativo, pues en tales ramas, no me fué posible encontrar tratadista alguno que tocara el tema. Únicamente tenemos al maestro Gutiérrez y González quien, no obstante abordar esta cuestión dentro de su Teoría General de las

(94) MESSINEO, Francesco.- Doctrina General del Contrato. T.I.1952. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, ARGENTINA. pág. 440.

Obligaciones, lo hace remitiendo nuestra figura en estudio al Derecho Público.

En relación a lo anterior, resulta curioso el hecho de que, al estar investigando sobre el tema, cuestioné a cierto funcionario de la Procuraduría Federal del Consumidor -dependencia encargada del registro de los contratos por adhesión- sobre posible bibliografía que pudiera serme útil para este fin, y haciendo un gesto de obviedad, me remitió a "cualquier libro de Derecho Administrativo."

Continuando con el tema de este apartado, la Ley Federal de Protección al Consumidor en su Capítulo X De los contratos de adhesión, artículo 85 dice que "para efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aún cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus

caracteres tendrán que ser legibles a simple vista."

En la definición anterior, podemos ver que la ley esta utilizando términos nuevos y específicos para hablar sobre los contratos por adhesión, como lo son el de proveedores de bienes y servicios y formatos, además de señalar que se le considerará como tales "aún cuando no tenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato."

Resultaría novedoso para los autores clásicos el hecho de que la ley lo considere contrato a pesar de no presentar las calusulas ordinarias de una figura de este tipo, sin embargo, no creo que sea posible decir con certeza a qué se le pueden llamar "cláusulas ordinarias". Pienso que en este caso lo que importa para la ley es el hecho de que mientras existan los elementos esenciales del contrato, como son el objeto y el consentimiento, no importa tanto la manera en que esté presentado el formato del contrato.

Creo que es un buen intento de definición el que logra la Ley Federal de Protección al Consumidor, sin embargo, lo criticable es que utilice el término DE adhesión.

Ya anteriormente apunté que al utilizar esta terminología se corre el riesgo de pensar en un nuevo tipo de contrato, lo cual me lleva a reflexionar sobre su real existencia o de plano ser tema de otro trabajo, ya que el presente no pretende estudiarla como tal sino como una forma de celebrar todos aquellos contratos que sí constituyen una categoría contractual.

Lo plausible de la definición que nos da la ley, es que no cita a los servicios públicos como únicos dentro de esta forma de contratación.

Por otro lado, si bien entiendo y acepto el hecho de que la mencionada ley pretenda tener un cierto control de las actividades contractuales de los proveedores de bienes y servicios, no acepto el que se presente una definición de contrato por adhesión en un cuerpo normativo al que no le corresponde definirlo.

Considero que sería mas acertado el que fuera en el Código Civil en donde se pudiera encontrar tal definición. Aún mas, tal vez siguiendo el espíritu de la ley debiera estar contemplado dentro del Código de Comercio, ya que estoy totalmente de acuerdo en que al hablar de proveedores de bienes y servicios, se está hablando de personas físicas o morales que hacen del

comercio su actividad principal, o sea, comerciantes.

En el Diccionario para Juristas se puede ver una definición mas de contrato por adhesión; lo lamentable es que nos remite a ver contrato DE adhesión.

Dice el diccionario consultado: "contrato de adhesión es aquel que se caracteriza por el hecho de que una de las partes es la que fija las cláusulas o condiciones del mismo, iguales para todos, sin otra alternativa para quienes deseen participar en él que aceptarlo o rechazarlo en forma total (por ejemplo, los contratos de seguros, de transporte, de suministro de agua, luz y otros servicios públicos)." (95)

Para presentar una crítica de la anterior definición, sería necesario retomar todo lo anteriormente expuesto en el presente apartado.

Nuevamente nos enfrentamos ante un intento de definir una categoría contractual, personalmente ya considerada como inexistente, y ante el lamentable error de utilizar como ejemplos a los servicios públicos.

(95) PALOMAR de Miguel, Juan.-Diccionario para Juristas. 1981. Ediciones Mayo, S de R.L. México, D.F. MEXICO. pág.318.

Sin embargo lo mas patético, es el hecho de que el texto consultado es de 1981, lo que me hacía suponer el poder encontrar una definición actualizada, que rebasara la idea de que el arrendamiento de un carro fuera considerado dentro de la categoría de servicio público.

Para intentar una definición propia, creo necesario ver los elementos existentes en las otras definiciones, retomarlos y adaptarlos a lo que considero pueda ser una definición satisfactoria, cuidando que no se pierda un elemento esencial del contrato, que es el consentimiento.

Así pues, vemos que de las definiciones anteriormente anotadas, se pueden extraer los siguientes elementos:

- 1.- una elaboración unilateral y predeterminada del clausulado.
- 2.- Presentación del clausulado en formatos.
- 3.- La imposibilidad de discutir las cláusulas por una de las partes.
- 4.- La manifestación de la voluntad en el sentido de admitir dicho clausulado, por la parte que no

interviene en su elaboración.

Así pues, como definición de contrato por adhesión, propongo la siguiente:

Contrato por adhesión es todo aquel acuerdo de voluntades que crea o transfiere derechos y obligaciones que se celebra sin discusión previa de su clausulado, en el que una de las partes llamada estipulante redacta unilateralmente las condiciones contractuales, presentándolas en un formato a la otra parte llamada adherente, quien manifiesta su voluntad de celebrarlo aceptando dichas condiciones contractuales sin intentar cambiarlas ni modificarlas.

De la anterior definición se puede desprender la propuesta de que, en cualquier tipo de contrato que se celebre por adhesión, a la denominación de las partes contratantes, independientemente de la que les corresponda, le puede seguir el término estipulante y adherente.

Esto es, en el caso de una compraventa por adhesión, a las partes, por ejemplo, se les puede llamar vendedor-estipulante y comprador-adherente. En

el caso de un arrendamiento por adhesión, serian, por ejemplo, arrendador-estipulante y arrendatario-adherente.

De este modo, se puede saber cual es la forma que se utiliza para celebrar el contrato correspondiente.

Por otra parte, debo hacer notar que, en la definición propuesta, no estoy tratando de definir un determinado tipo de contrato, sino el modo o la forma en que cualquier contrato se pudiera celebrar.

Asimismo, el significado que se le pretende dar a la palabra estipulante dentro de la definición, se deriva a su vez del concepto que Federico de Castro y Bravo tiene de estipulación.

Dicho autor dice que "estipulaciones son el conjunto de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre determinado tipo de prestación se propone celebrar." (96)

Por su parte, Georges Berlioz, dentro de la

(96) DE CASTRO Y BRAVO, Federico.-Las Condiciones Generales de los Contratos y la Eficacia de las Leyes. pág.12. cit. por VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- op. cit. pág. 276.

doctrina francesa, ha definido a las estipulaciones como "las cláusulas donde una de las partes indica cuáles constituyen para ella un reglamento de una eventual relación jurídica que no es sometida a discusión." (97)

El término adherente, lo utilizo en el sentido que el Diccionario de la Lengua Española otorga al vocablo adherir, esto es, pegarse una cosa con otra. (98)

En este caso, el adherente viene a ser la parte que se une al clausulado mostrado por el estipulante. El hecho de unirse es el modo de manifestar el consentimiento para celebrar la relación contractual.

Adherirse, en mi definición, es consentir.

Difícil pues, resulta el tratar de definir figura tan controvertida como ésta. Sin embargo, creo que a dicha tarea se debe avocar el legislador, así como a revisar la definición de contrato "de" adhesión de la Ley Federal de Protección al Consumidor, modificarla en su caso y sobretodo de ubicarla en un lugar más adecuado.

(97)BERLIOZ, George.- Le Contrat D'adhésion. pág.30. cit. por VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- op. cit. pág. 276

(98)Diccionario de la Lengua Española. 19a.ed Madrid, ESPAÑA.

5.- CARACTERISTICAS DEL CONTRATO POR ADHESION.

De las definiciones anotadas en el apartado anterior, se pueden sacar algunas de las características de esta figura. Algunos autores le otorgan otras más que, si bien se presentaron en el surgimiento de esta figura y continúan presentándose en la mayoría de los contratos por adhesión, hoy resultaría arriesgado generalizar completamente.

Para Planiol y Ripert el contrato por adhesión presenta las siguientes características:(99)

1.- En todos los contratos, la oferta tiene un carácter general y permanente, dirigida a persona indeterminada.

2.- La oferta emana de un contratante que tiene a su favor un monopolio de hecho o de derecho, o al menos, gran poder económico.

3.- El objeto del contrato es la prestación de un servicio privado, con utilidad pública, pretendido por todo el mundo y que solamente una persona determinada

(99)PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge.- op. cit. pág. 161.

puede proporcionar.

4.- La oferta aparece bajo la forma de un contrato-tipo generalmente impreso con numerosas cláusulas difíciles de comprender y aún de leer para los legos, cuyas condiciones generales forman un conjunto que se presenta en bloque a los adherentes.

5.- El contrato comprende una serie de cláusulas establecidas en exclusivo interés del oferente; unas sancionan con severidad extremada el incumplimiento eventual del adherente; otras suprimen o limitan la responsabilidad contractual del oferente.

Por su parte Sallé resume las características del contrato por adhesión en las siguientes:(100)

- 1.- La oferta se hace a una colectividad.
- 2.- El convenio es obra exclusiva de una de las partes.
- 3.- La reglamentación del contrato es compleja.
- 4.- La situación del oferente es preponderante.
- 5.- La oferta no puede ser discutida.
- 6.- El contrato oculta un servicio privado de utilidad pública.

Las mayoría de las anteriores características se pueden aceptar, ya que encierran lo que en general es un contrato por adhesión, sin embargo, cabe hacer algunas aclaraciones.

Creo que no todos los contratos de adhesión encierran un servicio privado de utilidad pública, pues caeríamos nuevamente en el error de considerar una simple compraventa en un gran almacén, o si se quiere, un contrato de seguro de vida, como de utilidad pública.

El oferente no en todos los casos es el que goza de poderío económico. En ocasiones, el adherente bien pudiera ser de mayores recursos económicos que él.

Considero que el presupuesto de monopolio pudiera ser más característico que el de la desigualdad económica, si se piensa que en un momento dado, dos empresas de similar poderío económico dedicadas, como monopolistas, a actividades disímiles, pudieran celebrar un contrato por adhesión. Por otro lado, no debemos olvidar que en nuestro país quedan prohibidos los monopolios.

El considerar a la parte oferente en una posición preponderante y, por lo tanto, al adherente en una

posición de debilidad, no radica tanto en la cuestión económica o monopólica, sino en el hecho de que a éste se le atribuye un consentimiento de poca calidad por no haber participado en la redacción del contrato.

Sin embargo, en nuestra época, los contratos por adhesión se puede dar y se dan, por la libre determinación del mismo adherente al que no le interesa participar en la elaboración del clausulado de la relación jurídica que va a celebrar. No por ello se puede menospreciar su voluntad diciendo que su consentimiento esté disminuido.

Por otra parte, del art. 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor podemos destacar algunas otras características de los contratos por adhesión:

1.- El objeto de los contratos no sólo encierra la prestación de un servicio, sino también la adquisición de un producto.

2.- No es necesario que presente las cláusulas ordinarias de un contrato.

3.- Los contratos por adhesión que se celebren en territorio nacional deberán estar escritos en español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple

vista.

4.- Al hablar de proveedores de bienes y servicios, da un caracter de mercantilidad al contrato.

6.- LIBERTAD CONTRACTUAL Y LIBERTAD PARA CONTRATAR EN LOS CONTRATOS POR ADHESION.

El presente apartado no pretende analizar la teoría de los anteriores conceptos por sí mismos, pues tal cosa saldría del marco planteado para este trabajo.

Dicha tarea bien puede ser objeto de un estudio independiente.

Lo que se pretende es ver la situación que éstos presentan cuando se encuentran frente a los contratos por adhesión.

Definitivamente, y a riesgo de sonar repetitivo, este es uno de los puntos de mayor controversia en torno a la figura en estudio, pues es en el punto de la libertad contractual y para contratar, derivados del dogma de la autonomía de la voluntad, en donde centran algunos autores su atención para negarle toda característica de contrato a aquellos que se realizan por adhesión, ya que para ellos, en dicha

figura se pulveriza el concepto clásico de libertad en los contratos, llegando incluso a utilizar expresiones como crisis o decadencia de los contratos al encontrarse ante figuras como la que me ocupa.

Considero que gran parte del problema, radica en el hecho de continuar viendo a la contratación moderna a través del lente de los postulados clásicos. En este caso, la diferencia que existe, por ejemplo, entre el aceptante de la doctrina clásica y al adherente en esta nueva modalidad de celebración de los contratos se magnifica, pues se ve minimizado el rol de la voluntad de éste. Pero, con una óptica actualizada podremos ver que el consentimiento tiene la misma importancia, ya que en ambos casos llega a ser el elemento que dará nacimiento al contrato respectivo que se celebre por adhesión.

Tal vez sea conveniente recordar en este punto lo que ya quedó anotado en el capítulo de antecedentes del presente trabajo. Las ideas de libertad y autonomía de la voluntad, tuvieron su máximo esplendor en la etapa del liberalismo francés, constituyéndose en los pilares fundamentales de la estructura jurídica

de esa época. En base a estos principios es que se construyó la idea clásica de contrato. De esto, ya hace mucho tiempo.

6.1.- LIBERTAD PARA CONTRATAR Y LIBERTAD CONTRACTUAL.

Por libertad para contratar se entiende la libertad para celebrar o no el contrato y para escoger a la persona con quien éste ha de celebrarse. Libertad contractual se refiere a la libertad de las partes en cuanto a la determinación del contenido del contrato.

Sobre estas bases es como se va a desarrollar el tema de la libertad dentro del contrato por adhesión.

Para los clásicos, cada una de estas libertades forman un todo único y por ello la relación contractual será válida sólo cuando concurren estas dos especies de libertad. Sin embargo, al ser alcanzados tales principios por las modernas formas de contratación y los cambios jurídicos derivados de la dinámica económica a los que me referí en el capítulo anterior, han ocasionado que crezca la idea de

que existe una crisis contractual, con la cual no estoy de acuerdo. Mi opinión es que el contrato se sigue manteniendo vigente como el medio idóneo para crear y transferir derechos y obligaciones. No podemos negar el surgimiento de nuevas figuras contractuales que por no estar nombradas en nuestros códigos se les conoce como contratos atípicos, así como es innegable también el desarrollo de la técnica contractual.

Es por ello que la palabra crisis utilizada como sinónimo de decadencia o de situación grave refiriéndose ésta al contrato, no es la adecuada para nombrar al fenómeno contractual que estamos viviendo.

Si tuviéramos que pensar en una crisis, efectivamente la hay pero respecto a los conceptos clásicos y no directamente en el contrato. En materia contractual lo que se vive es un cambio, el cual se antoja necesario e irreversible para adecuar la figura del contrato a las necesidades sociales y económicas de nuestra época.

6.1.1.- LIBERTAD CONTRACTUAL.

Ahora bien, el concepto clásico de libertad contractual en los contratos por adhesión ciertamente

se ve menguado por la falta de discusión del clausulado, ya que como vimos anteriormente, una de sus características es que una de las partes no puede determinar el contenido del negocio que va a celebrar, adhiriéndose a un clausulado predeterminado y redactado por la otra. Sin embargo, se da el caso de que la parte adherente conoce dicho clausulado y lo hace suyo al momento de adherirse, luego entonces, ya no hubo necesidad de discutirlo y no por ello se puede decir que se nulifica la libertad contractual, ya que las condiciones del contrato de no ser aceptadas, simplemente no tienen ningún efecto jurídico.

El contrato que se celebra por adhesión sigue siendo fruto del encuentro de intereses recíprocos en donde concurren ambas voluntades sobre un objeto lícito y posible, si bien en un esquema distinto al tradicional.

Por otro lado, se puede pensar que el adherente muchas veces no conoce ni discute con anterioridad el clausulado del contrato, no porque no lo quiera hacer, sino porque se ve forzado a aceptar dichas condiciones si desea obtener el bien o el servicio que el proveedor le ofrece. En estos casos, se dice que la libertad

contractual del adherente se ve afectada por un estado de necesidad, de la cual el estipulante se está aprovechando. Esto pudiera interpretarse como lesión, sin embargo, la extrema necesidad no está contemplada en el artículo 17 de nuestro Código Civil, tal vez desatinadamente. Por mi parte, no conozco a nadie que se encuentre en un estado de necesidad de celebrar un contrato de seguro o bien el de celebrarlo con alguna empresa de televisión por cable.

La manifestación de la voluntad, en este caso en forma de adhesión, es lo que va a dar vida jurídica a un contrato, y no lo son los tratos precontractuales ni el hecho de que se pueda discutir un clausulado. El consentimiento tiene el mismo efecto tanto en los contratos por adhesión como en los que no son celebrados mediante esta forma. Además, no existe la discusión previa a la celebración del contrato como requisito de existencia o de validéz de éste.

En otro orden de ideas, la libertad contractual no ha sido la misma desde que se desarrolló su concepto en tiempos del liberalismo francés. Dicho concepto ha ido cambiando con el tiempo, en la medida que ha sido

necesario para evitar precisamente que la voluntad de las partes sobrepase las disposiciones de la ley y que la libertad contractual en los contratos se utilice como medio "jurídico" para el abuso, sea éste en contratos por adhesión o contratos "negociados".

6.1.2.- LIBERTAD PARA CONTRATAR.

Como lo anoté anteriormente, la libertad para contratar se refiere a la posibilidad de escoger libremente a la parte con quien ha de celebrarse un contrato, así como a decidir si se contrata o no.

Desde el punto de vista clásico del contrato, esta libertad también ha tendido a desaparecer con el surgimiento de los contratos por adhesión, puesto que una de las características atribuidas a éste es el de considerar a la parte estipulante dentro de un monopolio de hecho o de derecho, lo cual deja al adherente en una situación de desventaja, pues no tiene a otra persona con quien contratar el bien o servicio que desea, ni la posibilidad de elegir si contrata o no, cuando dicho bien o servicio le es indispensable. Han visto en el contrato por adhesión un instrumento de opresión económica para coartar la libertad del adherente.

Efectivamente, el monopolio es la pulverización de la libertad para contratar por antonomasia, pues no hay otras personas con quienes se pueda celebrar un contrato, teniendo forzosamente que hacerlo con la que goza de ese monopolio de hecho o de derecho.

Pero por otra parte, no creo que sea tarea del Derecho el buscar la igualdad económica entre las partes que celebran un contrato, sino, en todo caso, el de tutelar los intereses del contratante que se encuentra en una situación de desventaja frente a un monopolista, si al momento de contratar con éste se le presentan condiciones que le pudieran causar algún perjuicio. Mientras exista tal tutela y la igualdad ante la ley se mantenga, no podemos hablar de una desventaja jurídica real.

Ahora bien, en un sistema de libre comercio y competencia como el que vivimos, considero raro el que se pueda dar dicha situación de monopolio.

Inclusive nuestro actual gobierno ha dado muestras de reducir el estatismo que en otras épocas se observaba. La participación cada vez mayor de la iniciativa privada en áreas que antes eran del Estado,

la apertura de mercados y sobretodo la posibilidad que se vislumbra de contar con proveedores de bienes y servicios americanos y canadienses con el tan anunciado Tratado de Libre Comercio, ha ocasionado que los comerciantes, contrario a lo que era anteriormente, ofrezcan condiciones, si no ventajosas, si favorables a los potenciales consumidores. A lo anterior hay que agragar las disposiciones de la nueva Ley de Competencia Económica.

El adherente de nuestra época, como consecuencia de lo antes dicho, cuenta ya con varias opciones para contratar, pues si no son de su agrado las condiciones ofrecidas por un proveedor, tiene la posibilidad de ir con otro que sea mas de su agrado, expandiéndose, en lugar de desaparecer, su libertad para contratar.

Veamos lo que puede suceder en nuestra época respecto a los contratos por adhesión y la libertad para contratar, utilizando tres casos de contrato bien representativos del que me ocupa: la banca, el seguro y el transporte.

Con la privatización de la banca mexicana, el potencial adherente es materialmente bombardeado por publicidad ofreciendole diferentes y mejores servicios

que puede contratar con determinado banco. Si bien no se le ofrece la posibilidad de discutir un contrato bancario, si le presentan las cláusulas que puedan serle mas favorables, evitándose entonces la necesidad de discusión que tal vez ni el adherente quiera, al ver que las condiciones ofrecidas le son benéficas para sus fines. Ahora bien, siempre cuenta con la posibilidad de recurrir a otro banco, si el primero no le ofrece condiciones que a su parecer le puedan resultar convenientes.

Del contrato de seguro se puede repetir lo anteriormente dicho. Ciertamente, en este tipo de contratos a la parte adherente le está totalmente negado el negociar el clausulado que se le presenta. No tiene mas opción que adherirse a lo que se le propone.

Sin embargo, cuenta con la posibilidad de hacer suyas sin necesidad de discusión, las cláusulas que alguna otra compañía de seguros le ofrezca y manifestar su consentimiento a contratar mediante la adhesión.

Respecto al contrato de transporte, pongo por ejemplo el del transporte aéreo. No se puede negociar el precio ni ninguna de las condiciones sobre el que se

va a regir el contrato. Lo único que se puede decir es el destino al que se quiere llegar utilizando dicho medio de transporte.

Pero precisamente en estos días, -octubre del 93-, las diferentes líneas aéreas han desatado una lucha increíble por hacerse de usuarios, reduciendo el valor de un boleto en casi un 70% de su valor normal. Lo que sucederá es fácil de predecir. La línea aérea que no reduzca sus tarifas, simplemente no cuenta con viajeros. Al usuario no le interesa en este caso discutir las condiciones del contrato, pues simplemente va a optar por la aerolínea cuyos precios sean mas bajos, haciendo suyas las condiciones del contrato aún y cuando no las conozca, pues lo que importa para él en esos momentos es la posibilidad de llegar a su destino.

En estos tres ejemplos, creo que nada importa el hecho de que el poder volitivo del adherente no se haya manifestado mediante una fuerza negociadora. Vemos también que no hay tal monopolio, al menos en estos tres casos, pues en todos ellos, el adherente ha tenido la posibilidad de celebrar el contrato respectivo con quien más creyó conveniente.

Por otro lado, creo absurda la posibilidad real de

que en nuestro tiempos se dé la discusión previa de un clausulado en los negocios celebrados mediante la adhesión. Ya anteriormente señalé que unos de las principales razones por las que aparecieron los contratos por adhesión, es precisamente para evitar la pérdida de tiempo en negociar el contenido del contrato respectivo. Además, no veo qué tanto se pueda o deba negociar al realizar una compraventa en un gran almacén, cuyas condiciones contractuales nos han sido impuestas, si se tiene la posibilidad de ir a cualquier otro a obtener el bien que se busca. Aunque nos impongan sus condiciones.

Así pues, se puede pensar en que efectivamente la libertad contractual en los contratos por adhesión se ve gravemente amenazada por el hecho de no discutir el clausulado. Ya apunté anteriormente, que en todo caso, éste hecho no constituye un requisito de validez ni de existencia del contrato. Por otra parte, la libertad para contratar pudiera equilibrar la balanza entre los dos tipos de libertad, ya que si se decide no aceptar determinado clausulado por considerarlo perjudicial a los intereses del potencial adherente, existe la

posibilidad de contratar con otro cuyas condiciones se puedan hacer propias, manifestando la voluntad mediante la adhesión.

No debo ignorar el hecho de se pueden cometer grandes abusos a través de la contratación por adhesión, pero los mismos se pueden dar en otros tipos de contratos. Por otro lado, la libertad para contratar y la libertad contractual ya no tienen el mismo peso en la teoría moderna del contrato, como lo tuvieron con el auge del dogma de la autonomía de la voluntad, la cual, si bien constituía la base en que se apoyaba la teoría clásica, también hubo de ser limitada desde su nacimiento para evitar los excesos a que tan propensos estamos los de condición humana.

Sin embargo, la existencia de los contratos, incluyendo a los celebrados por adhesión, es posible gracias al reconocimiento de la autonomía de la voluntad por parte del ordenamiento jurídico, pues si los particulares careciesen de poder contractual normativo se destruiría la posibilidad de su existencia. (101)

(101) GARCIA Amigo, Manuel.- op. cit. pág 80.

7.- LOS CONTRATOS POR ADHESION EN EL DERECHO MEXICANO.

Desafortunadamente, en México no se han hecho los estudios teóricos necesarios en esta materia, como ha ocurrido en otros países.

No son muchos autores los que se han ocupado de ellos y quienes lo han hecho, ha sido simplemente comentando lo de otros o definitivamente negándoles toda naturaleza contractual principalmente por chocar con los conceptos clásicos del contrato.

Pero por otro lado, el legislador mexicano ha tenido a bien no ignorarlos e inclusive se ha visto en la necesidad de plasmarlos dentro de un cuerpo normativo, aunque no dentro de las normas jurídicas relativas a los contratos. Dicha necesidad fué motivada principalmente por el cada vez más creciente número de contratos que se celebran utilizando la adhesión y para evitar los abusos en que pudieran incurrir los estipulantes frente a los adherentes.

Es entonces que el legislador mexicano determina regular el contrato por adhesión mediante una institución de tipo administrativo como lo es la

Procuraduría Federal del Consumidor.

7.1.- LEY FEDERAL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.

En efecto, es en esta ley en donde encontramos en el Derecho Mexicano al contrato por adhesión dentro de la tutela de los intereses del adherente o los consumidores por parte del Estado, pues en su artículo primero claramente señala que el objeto de la ley "es promover y proteger los derechos del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores".

Se debe tener por entendido, que dichas relaciones entre las partes se derivan de la celebración de contratos por adhesión. Es aquí entonces, en donde se busca el equilibrio entre los contratantes cuando uno de ellos redacta unilateralmente las condiciones contractuales y ello pudiera afectar los principios de libertad, tanto contractual como para contratar de la persona que consiente mediante la adhesión.

Anteriormente quedó anotada la definición que de "contrato de adhesión" da la ley e hice la observación de la terminología mal empleada, puesto

que, lo que la ley regula no es un tipo de contrato, sino una forma de celebrar éstos. Asimismo, señalé que la ley, al hablar de proveedores y de consumidores, otorga a los contratos por adhesión una naturaleza mercantil.

En efecto, de la definición que la misma ley da de proveedor y consumidor, se puede deducir lo anterior.

Dice la ley en su artículo 2o. incisos I y II:

I.- Consumidor es "la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios..."

II.- Proveedor es "la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes productos y servicios."

La anterior definición de proveedor me parece un intento de particularizar lo que dice el Código de Comercio en su artículo 3o. al considerar como comerciantes a las personas que hagan del comercio su actividad principal.

Ahora bien, desconozco cuál sea la verdadera intención de la ley, pues pudiera interpretarse de dos maneras, a saber:

1.- Que los contratos por adhesión siempre tendrán naturaleza mercantil. Si este es el caso, entonces para el legislador mexicano no existen contratos civiles que pudieran celebrarse por adhesión.

2.- Que a la ley sólo le interese regular los contratos por adhesión con contenido mercantil. Luego entonces, los adherentes en los contratos civiles por adhesión, al no ser consumidores, quedan desprotegidos por las leyes pues en ningún otro lado se regula esta forma de contratación.

Como lo dije anteriormente, desconozco cuál pueda ser la verdadera intención del legislador. Sin embargo, creo que esta duda hubiera podido aclararse si se hubiese regulado el contrato por adhesión dentro de un cuerpo normativo adecuado al caso.

De ese modo, se dejarían para los contratos mercantiles celebrados por adhesión las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor, y por otro lado, se regularían las relaciones entre adherente y estipulante, protegiendo los intereses de los primeros cuando se dé el caso de que celebraran contratos civiles, también por adhesión.

En el apartado correspondiente a las autoridades, la ley señala:

Artículo 19.- La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial estará facultada para expedir normas oficiales mexicanas respecto de:

VII.- Los términos y condiciones a que deberán ajustarse los modelos de contratos de adhesión que requieran de inscripción en los términos de esta ley.

Artículo 24.- La procuraduría tiene las siguientes atribuciones:

XV.- Registrar los contratos de adhesión que lo requieran, cuando cumplan la normatividad aplicable, y organizar el Registro Público de contratos de adhesión.

De los artículos transcritos, se desprende una limitante más al principio de la autonomía de la voluntad, en aras de proteger al que se considera el contratante débil.

Se está otorgando facultades a la autoridad administrativa para poder restringir dentro de un modelo autorizado de contrato, las condiciones y términos que el proveedor ha de presentar al consumidor, así como la

obligación de inscribir el modelo de contrato en un registro público.

Pienso que la intención de la autoridad en este caso, es estandarizar los diferentes tipos de contratos en uno solo para cada proveedor de bienes o servicios.

No me atrevo a concluir respecto a los artículos mencionados, que la finalidad sea que, tanto consumidor como proveedor, se adhieran a condiciones contractuales impuestas y redactadas por la autoridad, pues entonces estaríamos hablando de una figura totalmente diferente a la del presente estudio con una naturaleza jurídica ajena a la contractual.

En el capítulo X de la ley, se señala:

Artículo 86.- La Secretaría, mediante normas oficiales mexicanas podrá sujetar contratos de adhesión a registro previo ante la Procuraduría cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento.

Las normas podrán referirse a cualesquiera términos y condiciones, excepto precio.

Artículo 87.- En caso de que los contratos de adhesión requieran de registro previo ante la Procuraduría, ésta se limitará a verificar que los modelos se ajusten a lo que disponga la norma correspondiente y a las disposiciones de esta ley, y emitirá su resolución dentro de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de registro. Transcurrido dicho plazo sin haberse emitido la resolución correspondiente, los modelos se entenderán aprobados y será obligación de la Procuraduría registrarlos, quedando en su caso como prueba de inscripción la solicitud de registro. Para la modificación de la obligaciones o condiciones de los contratos que requieran de registro previo será indispensable solicitar la modificación del registro ante la Procuraduría, la cual se tramitará en los términos antes señalados.

Artículo 88.- Los interesados podrán inscribir voluntariamente sus modelos de contrato de adhesión aunque no requieran registro previo, siempre y cuando la Procuraduría estime que sus efectos no lesionan el interés de los consumidores y que su texto se apega a

lo dispuesto por esta ley.

Artículo 89.- La procuraduría, en la tramitación del registro de modelos de contratos de adhesión, podrá requerir al proveedor la aportación de información de carácter comercial necesaria para conocer la naturaleza del acto objeto del contrato, siempre y cuando no se trate de información confidencial o sea parte de secretos industriales o comerciales.

En los artículos transcritos se puede ver claramente cuál es la intención de la autoridad: proteger al contratante adherente; en este caso particular, el consumidor. Dicha protección se lleva a cabo mediante la revisión, autorización y registro de los contratos por adhesión respectivos que sean utilizados por los proveedores para sus transacciones comerciales.

De acuerdo a la ley, deberá existir un registro previo del contrato, cuando éste pueda presentar condiciones desfavorables al consumidor. En ese trámite podrán aplicarse las medidas necesarias para cambiar

los términos del contrato en todo aquello que presente una desventaja al consumidor excepto lo referente a precio.

Me pregunto lo que sucedería si fuera el precio el que implicara un término o condición inequitativa o abusiva o una prestación desproporcionada.

Creo yo que, al hablar de utilizar la norma oficial mexicana, la autoridad pretende tener cierto control de calidad en los contratos por adhesión otorgando la autorización del contrato siempre y cuando se sujete a dicha norma.

Ahora bien, de los artículos mencionados, también se desprende el hecho de que al parecer no todos los contratos por adhesión requieren ser registrados ante la autoridad, pues en el artículo 88 se abre la posibilidad de que el proveedor decida si está interesado o no en registrar su contrato aún y cuando no requiera registro previo, siempre y cuando se estime que sus efectos no lesionan el interés del consumidor.

Lo que yo entiendo de esto es lo siguiente: si un contrato por adhesión representa situaciones abusivas

para el consumidor, éste debe registrarse. Si no está en ese supuesto, no requiere registro previo y el proveedor es libre de decidir si lo registra o no; pero si los efectos del contrato del que voluntariamente lo pretende inscribir, lesionan el interés de los consumidores de acuerdo al criterio de la Procuraduría, la potestad de que antes gozaba se convierte en obligación y su contrato deberá sujetarse al registro quiéralo o no.

Ahora bien, si mi entendimiento es el correcto, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial junto con la Procuraduría de la Defensa de Consumidor, serán las autoridades encargadas de decidir si el contenido del contrato presenta prestaciones desproporcionadas, inequitativas, abusivas o con altas probabilidades de incumplimiento -supongo que por parte del proveedor- o no, y si éste se apeg a lo dispuesto por la norma oficial mexicana.

Con el respeto que me merece el legislador mexicano, desde mi punto de vista los artículos referentes a los contratos por adhesión contenidos en la Ley de Protección al Consumidor, resultan ser un galimatías jurídico, que se hubiera podido evitar si

se hubiesen regulado dentro del cuerpo normativo correspondiente. De ese modo, en la ley antes citada no se hubiera tenido que resumir en unos cuantos artículos todo lo referente a los contratos por adhesión, ocupándose tan sólo de lo que a su registro se refiere.

El capítulo X de la Ley de Protección al Consumidor termina con el artículo 90 que a la letra dice:

Artículo 90.- No serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando:

I.- Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;

II.- Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato;

III.- Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor;

IV.- Prevengan términos de prescripción

inferiores a los legales;

V.- Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y

VI.- Obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

El artículo anterior viene a ser una limitante más de la autonomía de la voluntad, del proveedor, al invalidar los tipos de cláusulas que contengan lo señalado en sus incisos. Nuevamente creo que el esfuerzo del legislador es loable, pero plasmado en un lugar equivocado. Tal reglamentación se hubiera podido hacer dentro del Código Civil, y no sólo en lo que se refiere al proveedor sino a cualquier estipulante.

Sin embargo, la reglamentación de los contratos por adhesión es necesaria y el problema no se puede soslayar. Estamos ante una figura que efectivamente se puede prestar a situaciones inequitativas y abusivas, así como a prestaciones desproporcionadas. Su regulación por la autoridad permite que se dé el equilibrio necesario entre las partes, cuando sólo una

de ellas tiene el poder de redactar las cláusulas de un contrato que utilizará en forma general y constante para llevar a cabo sus transacciones.

Si la libertad contractual y la libertad para contratar se ven menoscabadas en los contratos por adhesión, corresponde ahora a la autoridad el elevar al adherente a un plano de igualdad frente al estipulante, tutelando sus intereses y evitando que sea sorprendido en su buena fé.

Por otro lado, mi insistencia en cuanto al error del cuerpo normativo regulador de los contratos por adhesión no resulta del todo infundada. En algunas legislaciones se ha tratado el presente tema dentro de los códigos civiles respectivos, pues al ser la adhesión una forma de manifestación del consentimiento, se consideró necesario hacerlo dentro de ese apartado. En otros, al igual que México, se han creado leyes especiales.

Aunque también hay países en donde el tratamiento del tema por medio de una legislación especial

Lo anterior me lleva necesariamente al siguiente apartado del presente capítulo.

B.- EL CONTRATO POR ADHESION EN EL DERECHO
COMPARADO.

El presente apartado no tiene como finalidad el analizar el contrato por adhesión en las diferentes legislaciones. Simplemente se trata de hacer notar lo que en otros países se ha hecho al respecto dada la importancia del tema.(102)

ITALIA.

El código civil italiano, en el que tuvieron plena recepción los principios individualistas y liberales, ahora ha tratado de adaptarse a las nuevas corrientes contemporáneas a través de las modificaciones que le introdujeron los legisladores del año 1942, siendo el primer ordenamiento jurídico que reguló la eficacia y la interpretación de los contratos concluidos por medio de la adhesión aceptando la tesis contractualista.

Es en los artículos 1341,1342 y 1343 del código civil en donde se da tratamiento al tema, en donde el legislador italiano ha formulado una distinción universal que sirve para todos los contratos privados.

(102) VALLESPINOS, Carlos Gustavo.- op. cit. págs. 345 a 440. También GARCIA Amigo, Manuel.- op. cit. págs. 36 a 71 y 100 a 129.

Por una parte los contratos que tienen un contenido que representa el resultado de los tratos precontractuales entre las partes con intereses contrapuestos, y por la otra el "contrato per adhesione" caracterizado porque el consentimiento de una de las partes es manifestado mediante su adhesión a un esquema contractual predispuesto por la otra.

La razón de ser de las normas son:

- 1.- Asegurar la tutela del contratante más débil, que es precisamente el adherente.
- 2.- Asegurar la recíproca igualdad de las partes en la formación del contrato.
- 3.- Que la parte adherente conozca efectivamente las cláusulas más perjudiciales para él, garantizando una formación consciente de la voluntad contractual y el correcto funcionamiento del mecanismo contractual.

HOLANDA.

El código civil holandés es una de las legislaciones más modernas que regulan el problema de los contratos por adhesión. Las normas destinadas a regular la adhesión se encuentran previstas en el Libro VI, capítulo V, que legisla sobre los contratos en

general y en cuya sección primera contiene dos artículos que prevén el régimen jurídico de las condiciones generales en los contratos por adhesión.

El sistema holandés delega la cuestión referida a la formación del contenido contractual a un organismo dependiente del Estado. La empresa que desea contratar sobre la base de condiciones generales acude a depositarlas a una notaría o juzgado; luego, cuando se celebran los contratos respectivos, se remiten a las condiciones generales depositadas. Así, se reserva a los jueces la actividad de resolver cuestiones derivadas de una relación jurídica contractual ya formalizada en base a condiciones aprobadas.

ARGENTINA.

En este país se han llevado a cabo serios esfuerzos en el estudio de esta materia.(103)

En 1981 se realizaron las Octavas Jornadas Nacionales de Derecho Civil dedicadas al tema de "Contratos con Contenido Predispuesto. Condiciones Negociales Generales" de donde emanaron las siguientes

(103) ALTERINI, Atilio y LOPEZ Cañabana, Roberto.- La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno. Ed. Abeledo-Perrot.1989.Buenos Aires, ARGENTINA. págs.84 y ss.

recomendaciones:

1.- Los contratos concluidos sobre base de condiciones generales constituyen materia de Derecho contractual. El control jurisdiccional de los contratos concluidos por adhesión a condiciones generales es pertinente no sólo en la indagación de la invalidez e interpretación de sus cláusulas, sino además en la eventual revisión de las mismas.

2.- Las condiciones contractuales que puedan calificarse como sorpresivas no integran el contrato.

3.- Están afectados de nulidad relativa los contratos celebrados mediante condiciones generales cuando éstas comprometan elementos esenciales de la contratación. Si comprometen elementos accidentales el contrato será válido pero las cláusulas cuestionadas serán pasibles de nulidad.

4.- En una reforma del código civil deben introducirse disposiciones que conformen un régimen destinado a regular los contratos con contenido predispuesto.

Es interesante anotar lo sucedido en la Terceras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, que se llevaron a cabo en 1988 y trataron el

tema de "Del Contrato Clásico al Contrato Moderno", arribando a las siguientes conclusiones:

I.- Teoría General del Contrato.

1.- La denominada crisis de la autonomía de la voluntad no afecta la vigencia del contrato como fuente de obligaciones.

2.- Los negocios celebrados por adhesión o sometidos a cláusulas predispuestas tiene carácter contractual.

3.- En los contratos en que una de las partes tiene superioridad técnica corresponde interpretar que la otra se halla en situación de inferioridad jurídica.

II.- Régimen Especial de los Contratos por Adhesión o Sometidos a Cláusulas Predispuestas.

1.- En esta materia tiene fecunda aplicabilidad los estándares jurídicos de moral y buenas costumbres, buena fé, impedimento para obrar abusivamente, efecto vinculante de los propios actos, así como normas imperativas.

2.- Corresponde considerar inválidas las cláusulas que: a) afecten el derecho del adherente o amplien los derechos del predisponente en desmedro de

la relación de equivalencia; b) establezcan la no responsabilidad del predisponente, aunque hayan sido admitidas por el adherente.

3.- Se propicia la estructuración de un Derecho del Consumidor, que privilegie la prevención del daño.

EGIPTO.

El código civil egipcio cuenta con una norma jurídica específica para los contratos celebrados por adhesión. En su artículo 149 dispone que " el juez puede, si el contrato contiene cláusulas leoninas, modificar estas cláusulas o dispensar a la parte adherente del cumplimiento de ellas conforme a las reglas de la equidad. Toda convención en contrario es nula".

El sistema implantado en Egipto, ha permitido al juez, al otorgarle amplísimas facultades, revisar el contrato lesivo, sustituyendo la obligación contractual por una obligación judicial.

Vallespinos considera acertado el sistema egipcio de control de los contratos por adhesión y señala que el camino más adecuado para arribar a la justicia contractual lo constituye la revisión judicial, a

través de cuyo análisis se puede revisar el clausulado o bien liberar al contratante de su cumplimiento, sin embargo lamenta que carezca de una mayor sistematización. (104)

FRANCIA.

En Francia se ha llegado al acuerdo unánime de reconocerles naturaleza contractual a los contratos por adhesión. Sin embargo, los esfuerzos doctrinales y legales se han encaminado hacia la protección del consumidor, procurando establecer un Derecho del Consumidor orientado hacia disposiciones exclusivamente proteccionistas, sin atacar la estructura misma del contrato. Utilizan un sistema muy similar al mexicano, creando inclusive organismos similares a la Procuraduría Federal del Consumidor. como el Instituto Nacional de los Consumidores y la Unión Federal de Consumidores.

-----0-----

CAPITULO CUARTO.

I.- CONCLUSIONES.

1.- La evolución del contrato siempre ha estado aunada a los cambios de tipo social y económico de cada época, en una necesidad de adaptarse al momento histórico.

2.- La doctrina clásica de los contratos ha sufrido modificaciones con las transformaciones modernas de los contratos, haciendose necesaria una doctrina moderna.

3.- A pesar de todos los cambios que los contratos han sufrido junto con los cambios socio-económicos, el consentimiento y el objeto se mantienen vigentes como elementos de existencia.

4.- El contrato por adhesión es producto de las transacciones modernas.

5.- La terminología correcta de la figura en estudio es contratos POR adhesión y no contratos DE

adhesión, pues no se está nombrando a un tipo determinado de contrato, sino a una forma de manifestar el consentimiento.

6.- Por lo mencionado anteriormente, la naturaleza jurídica de los contratos por adhesión sigue siendo contractual.

7.- En la definición personal que se presenta, no se define a una figura contractual determinada, sino que se refiere al modo de celebrar cualquier tipo de contrato, esto es, mediante la adhesión.

8.- Las características de los contratos por adhesión han ido cambiando desde que se inició su estudio. Ya no siempre existe el estipulante económicamente poderoso, frente al adherente; ya no necesariamente se trata de un estipulante con un monopolio de hecho o de derecho; no necesariamente encierra un servicio privado de utilidad pública; la Ley de Protección al Consumidor añade nuevas características al contrato por adhesión.

9.- En el contrato por adhesión la manifestación del consentimiento se da al momento de adherirse.

10.- La discusión previa del clausulado no es elemento esencial del contrato, por lo que se puede dar aún sin que exista la negociación precontractual.

11.- La libertad para contratar no ha sido tan afectada como la libertad contractual y la propia autonomía de la voluntad, la cual siempre ha sido limitada en los ordenamientos jurídicos.

12.- En el Derecho Mexicano, el contrato por adhesión se contempla dentro de la Ley de Protección al Consumidor.

13.- La terminología empleada en la citada ley no es la adecuada.

14.- Aparentemente, la Ley de Protección al Consumidor da al contrato por adhesión una naturaleza jurídica mercantil, o sólo tutela los contratos por adhesión que tengan fines mercantiles.

15.- La regulación de los contratos por adhesión debe contemplarse en el código civil dentro del capítulo de consentimiento, sin que ello quiera decir que no pueda ser regulado por otras leyes en cuestiones más específicas.

16.- No se critica el hecho de crear leyes protectoras del consumidor ni el tender hacia un Derecho de los Consumidores. Lo criticable resulta que sólo en este tipo de leyes se pretenda ver el contrato por adhesión, ya que no es exclusivo de esta materia.

17.- En el Derecho Comparado se han hecho estudios más exhaustivos en esta materia. La legislación mexicana debe estar al tanto de de todos ellos.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- ALTERINI, Atilio y LOPEZ Cábana, Roberto. La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno. 1989. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, ARGENTINA.
- 2.- ARANGIO Ruiz, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. 10a. edición. 1986. Ediciones Depalma. Buenos Aires, ARGENTINA.
- 3.- ARIAS Ramos, J. y ARIAS Bonet, J.A. Derecho Romano. Tomo II 18a. edición. 1988. Editorial Revista de Derecho Privado EDARSA. Madrid, ESPAÑA.
- 4.- BEJARANO Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. 3a. edición. 1984. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Harla, S.A. de C.V. México, D.F. MEXICO.
- 5.- BORJA Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 10a. edición 1985. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.
- 6.- BROSETA Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. 2a. edición. 1986. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.
- 7.- BUEN Lozano, Nestor de. La Decadencia del Contrato. 2a. edición 1986. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.
- 8.- GARCIA Amigo, Manuel. Condiciones Generales de los Contratos. 1969. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, ESPAÑA.
- 9.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 5a. edición 1974. Editorial Cajica, S.A. México, D.F. MEXICO.
- 10.- MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. tomo I. 1952. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, ARGENTINA.
- 11.- MONTENEGRO, Walter. Introducción a las Doctrinas Político Económicas. 1a. reimpresión de la 3a. edición 1983. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. MEXICO.

- 12.- MORELLO, Augusto M. Dinámica del Contrato. 1985. Librería Editora Platense, S.R.L. Buenos Aires, ARGENTINA.
- 13.- PALOMAR De Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. 1981. Mayo Ediciones, S.de R.L. México, D.F. MEXICO.
- 14.- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. tomo VI. 1940. Editora Cultural, S.A. La Habana, CUBA.
- 15.- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. tomo IV. vol. 1. 1964. Ediciones la Ley. Buenos Aires, ARGENTINA.
- 16.- RODRIGUEZ Rodriguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. tomo I. 14a. edición 1979. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.
- 17.- ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. tomo III. 12a. edición. 1983. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.
- 18.- SANCHEZ Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. 8a. edición. 1986. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.
- 19.- SANTOS Briz, Jaime. Derecho Económico y Derecho Civil. 1963. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, ESPANA.
- 20.- SANTOS Briz, Jaime. Tendencias Modernas en el Derecho de Obligaciones. 1960. Revista de Derecho Privado. Julio-agosto. Madrid, ESPANA.
- 21.- URIA, Rodrigo. Reflexiones sobre la Contratación Mercantil en Serie. Revista de Derecho Mercantil. vol II no. 2. 1956. Madrid, ESPANA.
- 22.- VALLESPINOS, Carlos Gustavo. El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales. Editorial Universidad. 1984. Buenos Aires, ARGENTINA.

CODIGOS Y LEYES CONSULTADOS

1.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Comun y para Toda la República en Materia Federal. Comentado. Tomos I-V. 1a. reimpresión de la 1a. edición. 1988. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Miguel Angel Porrúa, Librero-Editor. México, D.F. MEXICO.

2.- Ley Federal de Protección al Consumidor. 1993. Editorial PAC, S.A. de C.V., México, D.F. MEXICO

-----0-----