

Teoría general del contrato contemporáneo

Teresa de Jesús Muñoz Uscanga



Universidad Veracruzana
Dirección Editorial



Biblioteca **Digital**
de Humanidades

Teoría general del contrato contemporáneo

Teresa de Jesús Muñoz Uscanga



Universidad Veracruzana
Dirección Editorial



Biblioteca **Digital**
de Humanidades

Universidad Veracruzana

Dr. Martín Aguilar Sánchez
Rectoría

Dra. Elena Rustrián Portilla
Secretaría Académica

Mtra. Lizbeth Margarita Viveros Cancino
Secretaría de Administración y Finanzas

Mtra. Rebeca Hernández Arámburo
Secretaría de Desarrollo Institucional

Lic. Agustín del Moral Tejeda
Dirección Editorial

Mtro. José Luis Martínez Suárez
Dirección General del Área Académica de Humanidades

Teoría general del contrato contemporáneo

Teresa de Jesús Muñoz Uscanga

ISBN: 978-607-502-953-5

Primera edición, 2021

Coordinación editorial: César González

Corrección de estilo: Raquel Torres Meléndez

Diseño de portada e interiores: Héctor Opochna López

D.R. © 2021, Biblioteca Digital de Humanidades

Área Académica de Humanidades

Edif. A de Rectoría Lomas del Estadio s/n,

Col. Centro, Zona Universitaria Xalapa, Veracruz, CP 91000

bdh@uv.mx

Tel. (228) 8 42 17 00, ext. 11174

D.R. © 2021, Universidad Veracruzana,

Dirección Editorial

Nogueira 7, col. Centro, Xalapa, Ver.

Apartado postal 97, CP 91000 diredit@uv.mx

Tel. / fax: (228) 8 18 59 80 | 8 18 13 88

Índice

Introducción	6
Siglas	8
I. El hecho jurídico y la autonomía de la voluntad	9
II. La libertad económica	19
III. Los límites a la autonomía de la voluntad	29
IV. El contrato como fuente de las obligaciones	54
V. El <i>iter</i> contractual y sus fases	63
VI. Elementos de existencia del contrato	67
VII. Elementos de validez del contrato	86
VIII. La ineficacia del contrato	103
IX. La interpretación, calificación e integración del contrato	128
X. Los contratos atípicos	136
Fuentes de información	144
Anexos	152

Introducción

En este trabajo analizamos bajo una visión contemporánea la teoría de los contratos, a partir del estudio del hecho jurídico, con énfasis en las teorías alemana y francesa, y de la diferencia entre el hecho jurídico *strictu sensu* y el acto jurídico.

También abordamos el estudio sobre la libertad que tenemos de decidir actuar o no, cuándo y cómo hacerlo, para crear y gobernar relaciones jurídicas. Hacemos referencia a la autonomía de la voluntad, misma que nos permite regular y lograr la consecución de nuestros fines y necesidades, porque las personas somos libres y decidimos obligarnos cuando celebramos un contrato. Asimismo, gracias a esta autonomía podemos determinar libremente el contenido del contrato que regirá la relación y los efectos que producirá y, por si fuera poco, la posibilidad de modificar posteriormente las condiciones y las modalidades fijadas al momento de la celebración, dentro de un espacio libre (con límites), mediante una norma individualizada, reconocida y elevada por el propio ordenamiento jurídico a la categoría de ley entre las partes. Con la implementación de esos límites se pretende hacer uso de una autonomía equitativa para las partes, protegida por el derecho.

Igualmente, incluimos el papel que han desempeñado la libertad económica y la tecnología en la contratación, el cual, reconocemos, no siempre ha sido satisfactorio: si bien agilizan los procesos en los negocios y, por consecuencia, en la contratación, también han generado un desbalance. En ese sentido, proponemos la reivindicación de los límites colaterales de conducta, lo que se traduce en hacer uso de una autonomía justa, que contribuya a una economía que genere equilibrio y bienestar para todos.

Así llegamos a la economía colaborativa, un modelo de negocio que deja obsoleta la idea de comprar, consumir y desechar. Se trata de una nueva tendencia impulsada por las tecnologías, basada en el intercambio y en la optimización de recursos infrautilizados, que ofrece alternativas de competitividad y crecimiento. La economía colaborativa forma parte de nuestro presente, en toda clase de negocios y servicios innovadores, y nos obliga a cooperar con la otra parte a través de la confianza, el respeto y la lealtad para lograr que los efectos del contrato se cumplan y a integrar más que nunca los deberes colaterales de conducta en nuestras relaciones contractuales.

Presentamos un capítulo dedicado al *iter* contractual: serie de pasos que las partes deben seguir con la finalidad de que el contrato se desarrolle de manera ideal. Está integrado por la etapa precontractual, que abarca las comunicaciones previas entre las partes; la etapa de celebración, cuando plasman el objeto y los alcances del negocio jurídico; la etapa de ejecución, donde colaborarán para cumplir cabalmente a lo que se obligaron; y la etapa poscontractual, en que las partes, aunque ya no tengan una relación contractual, deben colaborar en no afectar la esfera jurídica del otro.

Complementamos esta exposición con temas básicos, como los elementos de existencia y de validez de los contratos, la ineficacia del contrato y el proceso *ICI* (interpretación, calificación e integración), cuyo objetivo es desvelar el contenido, fijar el alcance y determinar el significado *ius* del contrato.

El último capítulo lo destinamos a la clasificación de los contratos atípicos, los cuales rigen la actualidad, especialmente en los negocios. Su valor radica en que permiten a las partes lograr su finalidad económica a través de nuevas formas y no de las figuras típicas ya existentes, que pueden llegar a ser insuficientes para las necesidades y exigencias del sistema económico y social.

La teoría de la totalidad o teoría general de los sistemas propone que todos los elementos de un sistema están estrechamente relacionados y son interdependientes; sin duda, el mundo jurídico no es la excepción.¹ El patrimonio de las personas está dividido en activo y pasivo: en el primero encontramos los derechos reales y los personales, en donde se ubican las obligaciones, que tienen como fuentes: la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo o pago de lo indebido, la gestión de negocios, la responsabilidad objetiva, el hecho ilícito y el contrato, este último considerado un negocio jurídico, pues permite a las partes y a los abogados modelar artesanalmente realidades jurídicas, como si se tratase de un *sandbox* ('caja de arena', término extraído del mundo informático): un espacio similar a un laboratorio de pruebas para proyectos que no están incluidos en las leyes, pero que es necesario desarrollar para satisfacer necesidades sociales actuales, respetando las fronteras que garantizan el equilibrio y la armonía de la relación contractual sin importar tiempo ni espacio.

7

7

1. Sugerimos revisar el mapa 1 "Relaciones patrimoniales", p. 153.

Siglas

CCF	Código Civil Federal
CCO	Código de Comercio
CCV	Código Civil para el estado de Veracruz
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
LFEA	Ley de Firma Electrónica Avanzada
LFPC	Ley Federal de Protección al Consumidor
LFPI	Ley Federal de Protección a la Propiedad Intelectual
LGSM	Ley General de Sociedades Mercantiles
LGTOC	Ley de General de Títulos y Operaciones de Crédito
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
MAC	Material Adverse Change
MOU	Memorandum of Understanding
NDA	Non-disclosure Agreement
PJF	Poder Judicial de la Federación
PGD	Principios Generales del Derecho
RPC	Registro Público de la Propiedad y el Comercio
SAT	Servicio de Administración Tributaria
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
S. DE R. L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

I

El hecho jurídico y la autonomía de la voluntad

La contratación está basada en el principio de la autonomía de la voluntad, sin el cual no es posible que existan los contratos: para que una persona se relacione con el mundo exterior es necesario que desee hacerlo.

Este primer capítulo lo dedicamos a cuestiones generales sobre los hechos jurídicos, formados por un universo de acontecimientos cuyas consecuencias están reguladas por algún marco normativo. Es fundamental explorar los hechos, actos y negocios jurídicos (a estos últimos pertenecen los contratos) por el papel que juega en su desarrollo la autonomía de la voluntad, que podemos explicar como el deseo y la libertad para actuar de acuerdo a nuestros intereses.

El análisis del hecho jurídico nos permitirá determinar los tipos de acontecimientos que están regulados en la ley para que se lleven a cabo a través de la participación de las personas, así como sus efectos; conocer las libertades que conlleva el principio de la autonomía (la de decidir si contratamos o no y con quién hacerlo o la de elegir y modificar el contenido del contrato); y analizar la evolución de la autonomía y la intervención del Estado en protección de nuestras relaciones jurídicas.

9

9

1.1 El hecho jurídico

El hecho jurídico es un suceso o acontecimiento que genera efectos, consecuencias y obligaciones de derecho. Para explicar y dar sentido a estos hechos jurídicos existen dos teorías, la francesa y la alemana; con la finalidad de apreciar las diferencias y similitudes entre ambas corrientes hemos agregado el mapa 2 “Teoría del hecho jurídico” (ver p. 153).

De acuerdo con el jurista Ernesto Gutiérrez y González, para la teoría francesa el hecho jurídico *lato sensu* es toda conducta humana o ciertos fenómenos de la naturaleza con consecuencias jurídicas atribuidas por el derecho. En el hecho jurídico (género) se encuentran el hecho jurídico en estricto sentido y el acto jurídico (especies).¹

1. Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho de las obligaciones*, México, Porrúa, 1999, p. 153 – 155.

1.2 El hecho jurídico en estricto sentido

Conforme a lo establecido por la teoría francesa, el hecho jurídico en estricto sentido se produce por los acontecimientos de la naturaleza y la voluntad del hombre; en este caso, la voluntad sólo está dirigida a producir el acontecimiento sin que se deseen las consecuencias, es decir, no hay intención de generar los efectos del hecho. En palabras de Gutiérrez y González: "el hecho jurídico en estricto sentido es una manifestación de voluntad que genera efectos de derecho independientemente de la intención del autor de la voluntad para que esos efectos se produzcan, o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos".²

Así, podemos identificar dos tipos de hechos jurídicos en estricto sentido: aquellos que involucran la autonomía de la voluntad, llamados *hechos cuasivoluntarios* o *del hombre*, y aquellos sucesos de la naturaleza, conocidos como *hechos involuntarios*.

Los primeros implican el interés de producir el acontecimiento lícito o ilícito, pero no sus efectos; es importante considerar que, independientemente de la intención con que el actor realice la conducta, el legislador impondrá consecuencias a éste. Pueden clasificarse en:

- Hechos lícitos: conductas que van conforme a las normas jurídicas y las buenas costumbres, como la gestión de negocios.
- Hechos ilícitos: conductas contrarias o que infringen las normas jurídicas o las buenas costumbres, como los delitos (que pueden ser civiles y penales).

Los segundos corresponden a eventos de la naturaleza que acontecen aun sin el deseo del hombre y de alguna manera afectan o intervienen en su esfera jurídica; por esa razón, se les atribuye efectos de derecho.

Para la teoría alemana, de igual manera, el hecho jurídico en sentido amplio es el género, es decir, los acontecimientos naturales y humanos que producen consecuencias jurídicas. Como señala Pugliatti, están constituidos por la síntesis de dos elementos: el hecho natural o humano (que configura el elemento material) y la calificación proveniente de la norma jurídica (que será el elemento formal).³

En la misma teoría, el hecho jurídico en sentido estricto se refiere al hecho de la naturaleza donde no interfiere la voluntad del hombre y además produce consecuencias jurídicas, como el nacimiento o la muerte de una persona: "los hechos jurídicos se distinguen fundamentalmente en naturales y humanos, los primeros son aquellos que no dependen de la voluntad del hombre, como el nacimiento, muerte enfermedad, naufragio, incendio, parto de un animal o la fructificación de una planta".⁴

2. *Ibidem*, p. 157.

3. Pugliatti en Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, México, Porrúa, 2000, p. 504.

4. Trabucchi citado por *id.* p. 504.

1.3 El acto jurídico

De acuerdo con Manuel Borja Soriano, la teoría francesa define el acto jurídico como la manifestación exterior de voluntad para crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho; produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad.⁵ En ese sentido, un acto jurídico se produce cuando la manifestación de la voluntad va encaminada a lograr una consecuencia (la persona quiere el resultado), ya sea una obligación o un derecho. Puede ser:

- Unilateral: para su formación interviene una sola voluntad o varias que siguen un idéntico fin. No importa el número de voluntades, sino la identidad de efectos jurídicos que se buscan; por ejemplo, la remisión de la deuda.

- Bilateral: requiere dos o más voluntades que busquen efectos jurídicos diversos entre sí; como el contrato (convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos, de acuerdo al artículo 1793 del CCF) y el convenio en estricto sentido (considerando el artículo anterior y el artículo 1792 del mismo ordenamiento, por exclusión, es el que modifica o extingue derechos u obligaciones).

En contraposición, para la teoría alemana el acto jurídico en estricto sentido es todo acontecimiento voluntario que se somete a una serie de consecuencias ya fijadas por los dispositivos legales, las cuales nacen *ipso iure* con la verificación del acto;⁶ la voluntad puede ir encaminada únicamente a su realización, independientemente de que se quieran o no los efectos. De esa manera, el acto jurídico en estricto sentido tiene dos especies: conductas lícitas o ilícitas, cuyas consecuencias se derivan no de la voluntad del autor o autores de la conducta, sino de lo dispuesto por la propia ley. Para la teoría francesa, estaríamos ante un hecho jurídico en estricto sentido voluntario.

11

11

1.4 El negocio jurídico

Según la teoría francesa, no existen los negocios jurídicos. En cambio, la teoría alemana los define como una subespecie del acto jurídico, mediante la cual “el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros, y a la que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza a su tipo”.⁷ En otras palabras, el negocio jurídico es una declaración de voluntad o un cúmulo de declaraciones de voluntad encaminadas a la producción de determinados efectos que el ordenamiento reconoce y garantiza, por el cual los particulares actúan la regulación de sus propios intereses.⁸

En el negocio jurídico, la voluntad participa tanto en la realización del mismo acto como en la producción de los efectos. A diferencia del acto jurí-

5. Manuel Borja Soriano citado por *ibidem*, p. 503.

6. Domínguez M., *Derecho civil. Contratos*, p. 505.

7. Betti citado por *ibidem*, p. 509.

8. Domínguez M., *Derecho civil. Contratos*, México, Porrúa, 2000, p. 506.

co en estricto sentido, donde no hay interés de producir efectos, en el negocio jurídico la declaración de voluntad va dirigida con toda la intención de crearlos.

El negocio jurídico puede ser unilateral, cuando únicamente es necesaria la voluntad de una de las partes para producir los efectos, como el testamento; o bilateral, cuando intervienen dos o más voluntades para la creación de distintos efectos, como los contratos. Entonces, el derecho reconoce que el sujeto tiene libertad para escoger el instrumento jurídico a través del cual se propone alcanzar los fines jurídicos queridos: el hombre puede determinarse a sí mismo, fijarse y alcanzar fines. Como lo menciona Ignacio Galindo Garfias, en el negocio jurídico las partes pueden establecer las reglas (que contienen los derechos y las obligaciones) que regirán sus conductas, cuyo cumplimiento es exigible coercitivamente en la medida en que ellas han convenido en aceptarlas como medio para la realización de la finalidad propuesta.⁹

No hay que confundir el negocio jurídico con la autonomía privada: la segunda, como revisaremos posteriormente, consiste en la potestad de los particulares para crear relaciones jurídicas (derechos y obligaciones) reconocidas por el derecho y con la misma fuerza coercitiva que la ley; mientras que el primero se traduce en el ejercicio de esa potestad mediante la creación de relaciones jurídicas.

1.5 El principio de la autonomía de la voluntad

Alrededor de los hechos jurídicos, especialmente los generados por el deseo del hombre, gira un aspecto fundamental: la libertad que gozamos para decidir actuar o no, cuándo y cómo hacerlo. El ser humano determina su propia conducta; en el campo del derecho, esto es fundamental para que nazcan las relaciones de derecho y sus consecuencias.

La persona concibe el contrato como el medio idóneo para satisfacer sus necesidades más básicas e intereses económicos; por ello, según Olivier Soro, no hay duda en la necesidad de reconocer un margen de "autosoberanía" que le permita reglamentar sus propias relaciones jurídicas, a través de las cuales logrará la consecución de sus fines, intereses y aspiraciones.¹⁰ Aquí situamos la idea de autonomía de la voluntad privada, definida como "el principio jurídico-filosófico que les atribuye a los individuos un ámbito de libertad, dentro del cual pueden regular sus propios intereses; permitiéndoles crear relaciones obligatorias entre ellos que deberán ser reconocidas y sancionadas en las normas de derecho".¹¹

En su sentido más general, la palabra *autonomía* designa la libertad del hombre para decidir su propia actuación, con independencia de cualquier factor externo. En el ámbito jurídico, esta voz tiene un significado más restringido:

9. Ignacio Galindo Garfias, *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 1996, p. 19.

10. Olivier Soro Russell, *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Madrid, Reus, 2016, p. 87.

11. Francisco Cornejo Certucha y Claude Belair, "Autonomía de la voluntad", en *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, p. 278.

la libertad de las personas para determinar la oportunidad y el sentido de su propia conducta en la toma de decisiones.¹²

Como lo expresa Stiglitz, en el principio de la autonomía de la voluntad se integran dos procesos: la **autodeterminación**, que se refiere al instinto de las personas de buscar satisfacer una necesidad y determinante para que se desarrolle el segundo, la **autorregulación**, que vincula a las partes por medio del contrato y constituye su contenido, integrado tanto por preceptos de voluntad como por normas jurídicas.¹³

De esta manera, la autonomía en el ámbito individual equivale a la soberanía; la libre decisión en la propia esfera de actuación del hombre es la facultad que le permite trazarse una norma a la que sujeta su independencia. De acuerdo a lo anterior, el derecho ha desarrollado la idea de que todo individuo tiene la posibilidad de crear cualquier clase de relación jurídica siempre y cuando no se encuentre prohibida por la ley, hasta tal punto que algunos autores consideran *derecho* y *autonomía* conceptos casi sinónimos.

Cuando los individuos actúan libremente en la esfera del derecho utilizan como instrumento los actos jurídicos, aquellas manifestaciones de voluntad encaminadas a crear consecuencias de derecho. Por esta razón, el principio de la autonomía de la voluntad gira en torno a la libertad que tienen los autores de un acto jurídico para celebrarlo o no y para determinar su contenido y alcances; así, la autonomía de la voluntad supone el ejercicio de dos categorías de libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual.¹⁴

13

13

1.5.1 La libertad de contratar

Se trata de la capacidad de decidir contratar o no hacerlo. Cuando un sujeto tiene alguna necesidad, debe satisfacerla; para lograrlo, generalmente necesita de alguien más. El medio puede ser un contrato; en ese punto hallamos la libertad de contratar: porque puede elegir entre celebrar un contrato o no celebrarlo; si decide hacerlo, esa libertad le permite determinar con quién. Así, la libertad de contratar tiene dos cualidades:¹⁵

- a) Elegir celebrar un contrato o no, porque las personas somos libres y decidimos obligarnos al celebrar un contrato cuando así lo queremos. Soro Russell sostiene que somos libres de concluir un contrato u otro o de negarnos a contratar si ésta es nuestra voluntad: nadie puede obligarnos a contratar si no lo deseamos, pues negarse a contratar también

12. Galindo G., *op. cit.*, 1996, p. 17.

13. Rubén Stiglitz, *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 15.

14. Carlos Alberto Soto Coaguila, "La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato", *Vniversitas*, diciembre 2003, núm. 106, pp. 519-562.

15. Néstor de Buen Lozano propone únicamente dos tipos de libertad de contratar: a) libertad para contratar: la facultad del sujeto para celebrar un contrato respecto de un objeto determinado; b) libertad para no contratar: la facultad para rechazar una determinada oferta. El autor no incluye la libertad que tiene el sujeto para elegir con quién celebrar el negocio (Néstor de Buen Lozano, *La decadencia del contrato*, México, Textos Universitarios, 1965, p. 219-220).

es un acto de libertad. El mismo autor agrega que nadie puede querer lo que sea contrario a sus intereses.¹⁶

b) Elegir a nuestra contraparte completa la libertad de contratación: tenemos la capacidad de seleccionar con quién deseamos contratar, aunque nuestra contraparte también tendrá la facultad de elegir si contrata o no con nosotros.

1.5.2 La libertad contractual

Una vez tomada la decisión de celebrar un contrato, las partes tienen la facultad de determinar libremente el contenido que regirá la relación y los efectos que producirá. Mediante el ejercicio de la libertad contractual las partes acuerdan cómo será el negocio jurídico, el cual adecúan a los intereses que buscan satisfacer mediante la conclusión del mismo. Esta libertad contractual concede a los contratantes “un poder de determinación de la propia conducta mediante la creación, modificación o extinción de una norma jurídica”.¹⁷

Dicho de otro modo, la libertad contractual ofrece a las personas que lo deseen la capacidad de crear, modificar o extinguir normas de conducta jurídicamente obligatorias (cuando así lo permita la propia ley), con el fin de lograr la satisfacción de sus intereses y necesidades. Es, pues, la libertad que tienen los contratantes para determinar entre ellos la forma y el contenido del contrato que han convenido celebrar. En palabras de Galgano, “la libertad contractual asume un doble significado: es libertad para conseguir finalidades distintas de aquellas perseguibles con los contratos típicos, pero también es libertad para perseguir con modalidades contractuales atípicas finalidades perseguibles con los contratos típicos”.¹⁸

Para Néstor de Buen Lozano existen otras libertades que abarca la libertad contractual:

a) Para determinar las condiciones del contrato que las partes estimen oportunas. Soro Russell se refiere a “libertad en cuanto al fondo” para referirse a la libertad de fijar todos los pactos o normas contractuales que se crean convenientes para obtener la consecución de un fin que debe ser lícito; las personas (físicas o morales) tenemos la libertad para establecer las reglas que han de regir la conducta en el negocio específico, porque el ordenamiento jurídico nos ha concedido ese valor para hacerlas obligatorias y exigibles jurídicamente.

El artículo 1255 del Código Civil español señala puntualmente que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la

16. Soro R., *op. cit.*, p. 82-83.

17. Lalaguna citado por *ibidem*, p. 87.

18. Galgano citado por *ibidem*, p. 99.

moral ni al orden público".¹⁹ Como analiza Soro Russell,²⁰ este precepto, por una parte, autoriza a las partes fijar todas las posibilidades de las reglas de comportamiento a partir de las cuales surgirán derechos; por otra, indica la prohibición o el límite que se establece cuando aquellas reglas de comportamiento son contrarias al orden público. De esa manera, todo ese conjunto normativo, emanado directamente de la voluntad de los contratantes, creará y configurará el contenido del contrato, permitirá distinguir unos contratos de otros y, en su caso, facultará a las partes para proceder a la extinción conjunta del acuerdo de voluntades.²¹

b) Para modificar el contrato, sus condiciones y modalidades, después de su celebración. Las partes van a gozar de plena libertad para concluir contratos, ya sea siguiendo los esquemas predefinidos por distintos textos legales, adaptándolos a sus necesidades concretas o, incluso, creando figuras contractuales atípicas o innominadas. Dentro de esta libertad, las partes pueden ejercer otras libertades: i) elegir entre los distintos tipos o figuras contractuales previstos por la ley, limitándose a aplicar lo que ésta establece, sin ir más allá; ii) modificar el contenido de una figura contractual legalmente preestablecida para ajustarlo a sus intereses mediante pactos, cláusulas o condiciones que estimen convenientes; iii) crear una nueva figura contractual que no se encuentre prevista en ningún texto legal, aquí el principio de autonomía de la voluntad adquiere toda su plenitud.²²

15

15

La libertad contractual, también conocida como *autonomía contractual*, permite un espacio libre determinado por el ordenamiento jurídico, dentro del cual las partes contratantes pueden autorregular a su libre voluntad sus relaciones contractuales a través de la creación de una norma concreta y particular: la *norma individualizada*, que tiene por objeto delimitar las prestaciones debidas y es elevada por el propio ordenamiento jurídico a la categoría de ley entre las partes.

1.5.3 La evolución del principio de la autonomía de la voluntad

El primer antecedente del principio de la autonomía de la voluntad lo ubicamos en el derecho romano de la época imperial, que comenzaba a conceder mayor importancia al consentimiento en la formación de los contratos; así lo expresa Ulpiano: "*Quid enim tan congruum fidei humana, quam ea, quam inter eos placuerun servare*".²³

19. Código Civil español, Madrid, Ministerio de Gracia y Justicia, 1889. Consultado en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>.

20. Soro R., *op. cit.*, p. 89.

21. De Buen Lozano, *op. cit.*, p. 219.

22. Soro R., *op. cit.*, p. 96-105. // Sugerimos revisar el capítulo X "Los contratos atípicos", de esta obra.

23. Ulpiano citado por Elvira Méndez Chang, Introducción al Derecho Romano, Fondo editorial 2019.

Sin embargo, no es hasta los siglos xvii y xviii que este dogma adquiere fisonomía propia. Su defensor acérrimo fue Hugo Grocio,²⁴ para quien el derecho natural era origen de la naturaleza obligatoria de las relaciones jurídicas emanadas del libre ejercicio de la voluntad. Sostuvo que las personas debían someterse a la palabra dada (*pacta sunt servanda*) e incluso que era válido que un hombre se convirtiera en esclavo, si así lo había prometido.²⁵

En el siglo xviii, Rousseau señaló categóricamente²⁶ que la voluntad de los individuos no alcanza un rango fundamental, pues, de acuerdo a su concepto de *contrato social*, delegan a un ente superior (Estado) una parte de sus derechos a cambio de la seguridad que da la vida organizada.²⁷

Las doctrinas liberales, a partir de su concepción individualista, encontraron en este principio un fundamento ideológico de primer orden. Se afirmó, entonces, que

todos los hombres son iguales, por lo que sus relaciones deberán ser determinadas por acuerdos libremente aceptados entre ellos, sin que nadie pueda imponer a otro su voluntad; como nadie va a actuar contra sus propios intereses, las obligaciones que asuman han de ser necesariamente justas. Lo que pretendía el liberalismo era defender la libertad individual frente a los dictados del poder, preservando un ámbito de autonomía individual en el que el Estado no puede inmiscuirse, salvo que esa intervención estuviera justificada por un interés público.²⁸

Posteriormente, el rechazo al individualismo por la necesidad de proteger los intereses colectivos ha llevado a imponer más restricciones al libre arbitrio de las personas en el campo jurídico, por lo que puede sostenerse que el dogma de la autonomía de la voluntad se encuentra en franca decadencia.²⁹ A este respecto, Borja Soriano asimila el concepto de *libertad jurídica* (lo que no está prohibido, está permitido) con el de autonomía de la voluntad; de acuerdo con esta tesis, el principio de autonomía de la voluntad abarcaría todos los deberes jurídicos cuyo cumplimiento está permitido,³⁰ lo cual desde luego es insostenible.

La libertad de las convenciones –*teoría de la autonomía de la voluntad* para los franceses– afirmó el culto al individuo y a su voluntad y le reconoció el poder de crear a su arbitrio los contratos y las obligaciones que libremente decida. Este principio subiste hasta la fecha, aunque cada vez más limitado: la libertad de acción debe quedar restringida por el respeto a los intereses comunes y el carácter prioritario de los intereses de la sociedad.

24. De nombre real Hugo van Groot, nació en Holanda en 1583 y murió en 1645; fue un destacado jurista y teórico, continuador del movimiento iusnaturalista racionalista de la Escuela Escolástica.

25. Cornejo C. y Belair, *op. cit.*, p. 217.

26. Stiglitz, *op. cit.*, 1992, p. 17.

27. De Buen Lozano, *op. cit.*, p. 217.

28. José Antonio Ballesteros Garrido, *Las condiciones generales de los contratos y principio de autonomía*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 19.

29. Cornejo C. y Belair, *op. cit.*, p. 230.

30. Manuel Borja Soriano, *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa, 2000, p. 122.

Aunque cualquier intervención a la autonomía de la voluntad es considerada un agravio, este principio va haciendo su camino cada vez más angosto, ya que ha demostrado que genera cierta inequidad cuando se pasan por alto circunstancias imprevisibles o motivos determinantes que alteran la relación de igualdad entre las partes. Por lo anterior, la tendencia es optar por que el Estado establezca límites, con el propósito de defender a los débiles y todas aquellas libertades y derechos que sean más importantes que contratar.

Con la superación del Estado liberal y la llegada del Estado social de derecho, el concepto de libertad contractual ha experimentado profundas modificaciones que han estrechado sus propios márgenes. En un primer momento, se concebía con límites muy laxos, reconocidos por el ordenamiento jurídico; con el paso a un Estado social de derecho, disminuyó y el Estado se volvió más intervencionista,³¹ pues cada vez son más frecuentes las exigencias éticas y de justicia en las contrataciones, las cuales pasaron de ser obligatorias de cumplimiento a supervisadas por el Estado, o al menos es lo que se pretende, con la finalidad de asegurar la equidad de las partes y no infringir otros derechos más importantes que la contratación.

Así, la teoría contemporánea debe reconocer a los contratantes a partir de una nueva visión solidaria, que permita alcanzar el verdadero fin contractual. Asumir que los contratos se celebran desde una postura individualista y de poca confianza nos hace caer en una falsa percepción; si bien es cierto que se trata de un acuerdo de voluntades donde se crean y transmiten obligaciones, no debemos olvidar su raíz: los deberes colaterales de conducta, que emanan de la buena fe contractual.

17

17

1.5.4 El campo de la actuación de la autonomía de la voluntad privada

Las personas contamos con distintos niveles de autonomía de la voluntad, de acuerdo a nuestra conducta o al acontecimiento. El campo de actuación de la autonomía, es decir, hasta dónde podemos decidir, siempre está determinado por las normas de orden público: no es la misma libertad que gozamos en un contrato con un consumidor, al dictar nuestro testamento o al celebrar un contrato entre iguales en la venta de algún bien que forme parte del patrimonio personal. En ese sentido, Soro Russell explica que, atendiendo a la menor o mayor capacidad de las partes a la hora de configurar el contenido del negocio jurídico, pueden distinguirse tres grados de autonomía de la voluntad: mínimo, medio y máximo.³²

En su grado mínimo, los particulares han acordado libremente servirse de un negocio jurídico con el que podrán satisfacer sus necesidades; sin embargo, el orden público no les permite determinar a su antojo los pactos, condiciones y efectos que crean oportunos, ya que han sido prefijados por

31. Así también lo refiere Ballesteros G., en *op. cit.*, p. 28.

32. Soro R., *op. cit.*, pp. 125-149.

la ley imperativa. En este nivel se incluyen las situaciones donde se pretende salvaguardar instituciones de importancia pública, el interés general o la protección de determinados colectivos vulnerables. La autonomía se limita prácticamente a la elección del tipo contractual y los efectos de los negocios jurídicos concluidos *ex lege*. Estos son los ámbitos donde la autonomía se ve reducida a su mínima expresión:

- El derecho de familia: protege a la institución de la familia y sus necesidades por encima de cualquier otra cosa, porque existen deberes y derechos éticos inherentes a la naturaleza humana que son inderogables. La autonomía se ve reducida a la mera creación del vínculo familiar, cuyos efectos surgirán por virtud de la ley y no de la voluntad de las personas que lo crean y conforman.
- El derecho de consumo: la ruptura de la igualdad económica y de las prestaciones de los contratantes se genera porque el contenido de los contratos está predeterminado por la parte más poderosa; por esa razón, el Estado se ve obligado a intervenir, a través de normas imperativas que reducen la autonomía de la voluntad, para proteger los intereses de la parte económica más débil y objeto de numerosos abusos: el consumidor.
- El derecho sucesorio o testamentario: el testamento es un negocio jurídico que puede presentar diversas restricciones a la libre voluntad del testador, debido al interés patrimonial, familiar o de orden público en juego; de ahí, que sea necesario apegarse a las estrictas formalidades impuestas por el ordenamiento jurídico.

Cuando la autonomía de la voluntad funciona en su grado medio, las partes eligen un negocio jurídico preexistente para adaptarlo a sus necesidades personales y satisfacer sus intereses, contrario a la expresión mínima, donde se limitan a aceptar las condiciones señaladas por ley. En los negocios de carácter asociativo, gracias a la asociación con otros, el sujeto logrará objetivos que por sí solo no sería capaz de alcanzar; en virtud del principio de la autonomía privada, el ordenamiento jurídico reconocerá a los fundadores la capacidad de crear, para regular su funcionamiento, un pequeño ordenamiento jurídico de carácter autónomo con poder de mando y disciplinario: los estatutos sociales. Así mismo, en los negocios patrimoniales las partes adaptan los modelos establecidos en la ley, salvo ciertas condiciones señaladas por la misma, para poder conseguir sus fines.

Por último, el ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad en su grado máximo permite que los particulares sean totalmente libres para crear un negocio jurídico *ex novo*, que no ha sido previsto ni regulado por el ordenamiento jurídico, a través de figuras atípicas que se adapten a los objetivos que pretenden conseguir en la práctica.

II

La libertad económica

La libertad económica tiene dos caras: por un lado, motivada por el modelo de la economía colaborativa –fundamentado principalmente en la tecnología y colaboración para aprovechar el acceso a los recursos antes que producir más de ellos–, da más valor, en el proceso de contratación, a las relaciones de participación, cooperación y comunicación que se basen en la confianza y la flexibilidad; por el otro, apoyada en la libertad contractual, puede llegar al extremo de lastimar los derechos de una de las partes y romper con un equilibrio fundamental.

La aparición de herramientas como el internet “ha marcado una nueva era del compartir”,¹ no sólo por la cantidad de actividades que alberga, sino también por las nuevas maneras de llevarlas a cabo. Por eso es necesario atender dos figuras trascendentales en el contrato: la justicia, que garantiza relaciones jurídicas simétricas y equitativas; y la seguridad, que protege el respeto a la palabra dada para que el contrato surta sus efectos.

19

2.1 El liberalismo económico como factor de inequidad prestacional

19

En la era moderna se creía, como lo argumentó Adam Smith,² que las leyes del mercado y del egoísmo eran los motores de la felicidad y la prosperidad de las naciones; durante el siglo XIX y hasta mediados del XX, los valores dominantes del liberalismo excluyeron cualquier limitación a la autonomía de la voluntad privada: fuera del expreso mandato de la ley, la libertad era la regla. Sin embargo, de acuerdo a Soro Russell, gracias al progreso de la técnica y a la aparición del concepto de *Estado social o de bienestar* en el siglo XX, los presupuestos tradicionales de la autonomía de la voluntad mutaron significativamente; de ahí que actualmente se pueda hablar de la existencia de una doble dimensión (individual y social) de la autonomía privada y que, en consecuencia, se conciba el negocio jurídico como un cauce de realización de la persona en la vida social:

El liberalismo establece la limitación del Estado en dos aspectos: límites a su poder y límites en sus funciones; dentro de estas limitantes era necesario reducir su intromisión en los asuntos de los ciuda-

1. Rosario Gómez-Álvarez Díaz y Rafael Morales Sánchez, “Principios ontológicos de la economía colaborativa verdadera”, en *Economía colaborativa... ¿De verdad?*, Rosario Gómez-Álvarez Díaz, David Patiño Rodríguez y Juan José Plaza Angulo (coords.), Sevilla, Universidad de Sevilla-Departamento de Economía e Historia Económica, 2018, p. 15.

2. Adam Smith en Soro R., *op. cit.*, p. 159.

danos y la economía. Actualmente impera el capitalismo compuesto de un sistema económico que impone a los países ciertas reglas encaminadas a establecer y garantizar el mayor desarrollo económico que sea posible.³

La libertad económica, aunada a la aceleración y facilitación de los procesos productivos impulsados por la tecnología, implica a su vez un mayor consumo por parte de la sociedad. En el ámbito de la contratación, esto se traduce en libertad para negociar y contratar sin supervisión, puesto que se ha optado por agilizarla y prácticamente ignorar los detalles. Las grandes empresas, por ejemplo, en el contrato con el que comercializan sus productos o servicios establecen reglas generales y proponen circunstancias mínimas para poder contratar, sin considerar que no todos sus clientes son iguales ni las situaciones que pueden surgir después de la celebración.

Debido a lo anterior, el liberalismo económico y la autonomía de la voluntad propiciaron circunstancias de desventaja entre las partes al momento de contratar, lo cual puede parecer injusto (y lo es); sin embargo, no son consideradas ilícitas por la normativa, al contrario, el Estado ha permitido⁴ que se generen condiciones que limiten a una de las partes, bajo el argumento de estar a la par de las reglas económicas exigidas a nivel internacional: el mismo sistema económico protege o beneficia a las grandes empresas o a los que tienen mayor poder económico para satisfacer únicamente sus necesidades sin considerar a la otra parte (el cliente).

Todos los días somos testigos de la agilización de la contratación, aunque esto también nos convierte en víctimas. Cuando solicitamos un servicio, ya inmersos en la automatización, las partes (la empresa y el cliente) no se reúnen para ponerse de acuerdo sobre el contenido del contrato; todo lo contrario, la empresa extiende el documento y el cliente se limita a firmarlo, muchas veces sin saber qué dice o cuáles son sus condiciones. Eso no es autonomía de la voluntad; no obstante, lo hemos permitido por la rapidez en la que vivimos y el consumismo motivado por el liberalismo. Lo anterior evidencia claramente que estamos ante un **desequilibrio contractual**, definido como el poder que impone una voluntad unilateral a una contraparte que tiene la capacidad de discutir, pero se halla constreñida a aceptar las condiciones contractuales desventajosas.⁵

Ballesteros Garrido⁶ explica que el desequilibrio surge cuando una de las partes asume una posición de poder; como la empresa, la cual desarrolla su actividad mercantil y ofrece sus productos o servicios en los términos que más le resulten más ventajosos: hace uso de la libertad contractual, margina las previsiones legales dispositivas y deja a sus clientes sin posibilidad al-

3. Norberto Bobbio, *Liberalismo y democracia*. México, FCE, 1989, p. 17.

4. En el sentido de que el Estado sólo fungía como un simple observador del desarrollo de las relaciones de los sujetos: "el Estado no tiene otra cosa que hacer que dejar hacer".

5. Rubén Stiglitz, "El desequilibrio contractual. Una visión comparatista", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, julio-diciembre 2012, núm. 37, pp. 13-27.

6. Ballesteros G., *op. cit.*, p. 43.

guna de negociar el contenido del contrato, pues les es otorgado de manera inmutable, con la única opción de elegir entre contratar o no; en caso de que lo hagan, mediante la suscripción de un formulario uniforme, se habla de un *contrato de adhesión*.⁷

Como lo expresa Ballesteros Garrido,⁸ el individuo, en este caso, no está en una posición de igualdad, porque la empresa ofrece únicamente las opciones de celebrar o no el contrato, favorecida por el estatus superior que tiene sobre el individuo en desventaja. De esta manera, la estructura del contrato por adhesión a condiciones generales conduce a constatar la existencia del desequilibrio, su funcionamiento no necesita más que el poder de una cláusula exorbitante que imponga una voluntad unilateral a otro contratante: “el desequilibrio se manifiesta por la inclusión de cláusulas contractuales que favorecen a una de las partes o agravan las obligaciones y cargas de la otra, esas cláusulas perturban la economía del contrato provocando un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes”.⁹

Cuando se afirma la validez indiscriminada de este tipo de contratos, independientemente de su contenido, se olvida que para que un contrato pueda considerarse como tal (para que pueda entenderse que un individuo ha quedado obligado libre y voluntariamente) se requiere que las partes hubieran estado en situación de igualdad, tanto jurídica, como material y económica; cuando existe una desigualdad social sustancial que conduce a un desequilibrio en el contrato, el resultado debe ser rechazado por el derecho.

De acuerdo con Ballesteros Garrido,¹⁰ el derecho contractual no puede continuar limitado a proteger el consentimiento contractual frente a los vicios clásicos de la voluntad, ni la libre iniciativa de los operadores y garantizar la ejecutividad de lo reconocido en el texto firmado: debe jugar un papel activo y examinar hasta qué punto el contrato celebrado es fruto de una verdadera libertad contractual para excluir las cláusulas que no lo sean y sustituirlas por las esperadas conforme a la buena fe. En ese sentido, el derecho debe defender al contratante económicamente débil frente a los abusos del económicamente fuerte, quien puede encontrar en el contrato un instrumento de opresión y explotación.

Al respecto, es importante considerar que en materia de derechos del consumidor existe disposición expresa en el artículo 90 de la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) sobre la invalidez de las cláusulas abusivas:

7. Un contrato de adhesión es un documento elaborado unilateralmente por el proveedor en formatos uniformes, en el que establece términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio. Para que sea válido, sus cláusulas deben ser legibles a simple vista y estar redactadas en idioma español (artículo 85 de la LFPC). Su contenido ha sido redactado por una gran empresa industrial o financiera, a fin de regular la venta y distribución, en gran escala nacional o multinacional, de los productos que fabrica. Soro Russell resume sus características: supone una desigualdad económica y social entre los contratantes; la oferta de contratar se dirige al público en general, no a una persona individualizada; ha sido desarrollado por una de las partes (Soro R., *op. cit.*, n. 326, p. 159).

8. Ballesteros G., *op. cit.*, p. 43.

9. Stiglitz, *op. cit.*, 2012, p. 17.

10. Ballesteros G., *op. cit.*, p. 53.

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.¹¹

2.2 La justicia o la seguridad jurídica, ¿qué debe imperar?

Cualquier contrato de adhesión o que contenga los llamados “términos y condiciones” es el contrato tipo de la economía liberal, distinguido por la nula posibilidad de discutirlo o modificarlo en la etapa tratativa tendente a la celebración: una de las partes (la que goza de poder) siempre será la misma, pero no su contraparte (“cliente”, “usuario” u otro término semejante), cuyas características y circunstancias cambian. Estos contratos generan controversia; por un lado, se encuentra el derecho a obligarnos o no, a decidir con quién hacerlo y a fijar el contenido del contrato; por el otro, se presenta el orden público, el cual evita trasgredir los derechos ajenos y busca proteger necesidades y relaciones sanas y equitativas.

Apelando a la idea sobre el derecho como una herramienta de protección para el económicamente débil ante los abusos de su contraparte, nos preguntamos si debe prevalecer la justicia, en el sentido de si la obligatoriedad del contrato debe ceder para que el contratante perjudicado no sea obligado a cumplir; o si debe imperar la seguridad social y, por consecuencia, el contratante perjudicado sea obligado a cumplir el contrato sin importar lo inicuo que sea. Lo anterior de igual manera lo podemos extrapolar a cualquier contrato de adhesión o no en donde, en pro de la libertad contractual y enarbolando los principios del liberalismo, se contienen obligaciones (coetáneas a la celebración del contrato) ofensivamente gravosas, pero que no actualizan ni la lesión, ni la usura.

De esta manera, se confrontan dos principios jurídicos fundamentales: la justicia y la seguridad jurídica. Resulta pertinente agregar lo referido por Cecilia Licona Vite en su obra *Usura*, donde explica las dos corrientes teóricas que contrastan estos principios jurídicos.¹²

Para la corriente **individualista**, el principio de autonomía de la voluntad es la base del contrato, es el ejercicio de la libertad que la ley reconoce a las

11. Ley Federal de Protección al Consumidor, México, Cámara de Diputados, 1992. Consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/113_120419.pdf.

12. Cecilia Licona Vite, *Usura. La lesión en los contratos*, México, Porrúa, 2008, pp. 6-15.

partes contratantes de recoger en el contrato lo que crean conveniente y obligarse a su estricto cumplimiento. La escuela del individualismo liberal defiende a ultranza la voluntad privada y la seguridad jurídica, pues entiende que los individuos, al contratar, obran en un plano perfecto de igualdad jurídica y que su voluntad, libremente expresada en el contrato, tiene valor absoluto y debe ser cumplido como la norma jurídica individualizada que es.

La doctrina **socializante**¹³ emerge como contrapartida de la escuela clásica, cuyos postulados son revisados y corregidos frente al exceso de individualismo para cubrir las exigencias de solidaridad social y protección del ignorante, inexperto o pobre, frente al ilustrado, profesional o rico. Según esta corriente, el Estado ha debido intervenir cada vez con mayor fuerza para restringir el círculo de iniciativa privada y evitar el abuso del fuerte sobre el débil. Desde esta corriente se han identificado figuras jurídicas contractuales donde se gesta el desequilibrio prestacional y se transgrede la equidad desde el momento de celebración de la convención, a saber: la renuncia de derechos, las restricciones a la responsabilidad del deudor, la cláusula penal, los intereses, las condiciones, los gravámenes o cargas.

En términos generales, el problema de la autonomía individual se presenta complejo en su naturaleza, estructura, fundamentos y límites, y más aún si tenemos en cuenta que, en su esencia misma, se encuentran entrelazados conceptos como la *libertad personal*, en toda su extensión, y el *orden público*, en relación con el *interés individual*. El papel que desempeña la autonomía en las relaciones entre particulares se enlaza íntimamente con el concepto jurídico filosófico de *persona*, en el cual se unifican la norma jurídica y la idea de justicia. Por ello y en razón de la persona, debe plantearse y resolverse el aparente conflicto entre el poder reconocido a los particulares para estipular y el poder del Estado para regular las relaciones económicas.

Consideramos que, por supuesto, debe prevalecer la seguridad jurídica, la cual se traduce en un derecho de la colectividad y en un bienestar social, por encima del bienestar individual que protege la justicia. Sin embargo, lo ideal es encontrar un balance entre ambas para no caer en el desequilibrio de las partes, ni permitir que sea violentada nuestra autonomía para decidir si celebramos un contrato o no, con quién y nuestras propias normas contractuales.

A través de la teoría relacional¹⁴ de los contratos hemos encontrado el punto medio entre la justicia y la seguridad jurídica. Tal como lo explica Ripert,¹⁵ no tiene que existir tensión entre ambas si la seguridad jurídica, en

13. Se funda en la idea de que la voluntad no puede ser fuente de injusticias.

14. Esta teoría nació en Estados Unidos. Sus precursores Ian Macneil y Stewart Macaulay defienden la sofisticación y modernización del derecho de los contratos haciendo énfasis en la planificación contractual y en la interpretación flexible de los contratos, abogando por una fragmentación del derecho de contratos para que las distintas modalidades de contratación encuentren reglamentos eficientes y acordes a sus finalidades económicas y, por último, revalorizando el papel de las normas sociales, entre las que se encuentran la costumbre y los usos comerciales (Santiago Martínez Ochoa, "Teoría relacional de los contratos: una visión del derecho de contratos", *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 2005, núm. 35, pp. 203-229).

15. Ripert citado por Rocío Caro Gándara, "Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional", *Recerca: Revista de Pensament i Anàlisi*, 2014, núm. 14, p. 96.

lugar de entenderse como intangibilidad de los acuerdos, es decir, como un criterio rígido y por tanto una fuente de injusticia, se usara como un término más flexible que tome en consideración todos los intereses presentes, lo que exigiría establecer una jerarquía de valores, pues la única seguridad jurídica es la que se fundamenta en la justicia.

Propugna por que la intervención judicial se dirija principalmente al cumplimiento de los deberes contractuales –que optamos por llamarles *deberes colaterales de conducta*–, mismos que enriquecen el contenido obligatorio del contrato y tienden a preservar el equilibrio contractual.¹⁶

El derecho debe adaptarse a las nuevas necesidades del entorno, aunque, no por ello, estamos a favor de vulnerar la certidumbre y la seguridad jurídica. De hecho, la fuente real del derecho nos empuja a enfrentar estos retos a través de la flexibilidad y la seguridad, sobre todo en el ámbito mercantil, el cual debe estar a la vanguardia para satisfacer las necesidades del dinámico mundo comercial.

2.3 La economía colaborativa: nuevas formas de hacer negocios

Actualmente ha recobrado fuerza un estilo de vida basado en diversas tendencias, como la alimentación orgánica, la conservación del medio ambiente, la sensibilización sobre el uso más eficiente de nuestros recursos, la sustentabilidad, la espiritualidad y la colaboración dentro de las comunidades, las cuales comparten algo en común: son actividades básicas practicadas por sociedades pasadas que olvidamos con la evolución e implementación de la ciencia, la tecnología, el individualismo y el capitalismo.

Lo anterior hace preguntarnos si estamos regresando al origen; esta incógnita también aplica para la economía,¹⁷ principalmente porque se observan modelos de negocios que reúnen la **colaboración** y la **tecnología** para alcanzar el éxito. Con la combinación de estas dos herramientas se busca implementar actividades productivas que sean colectivas, es decir, una economía más justa que genere equilibrio y bienestar para todos: así nace lo que conocemos como *economía colaborativa (sharing economy)*.

La economía colaborativa surgió en la segunda década del siglo XXI.¹⁸ Es una salida al capitalismo desmesurado, se fundamenta en la explotación de recursos ociosos por parte de los particulares, beneficia el medio ambiente y crea vínculos comunitarios más estrechos entre los ciudadanos.¹⁹ Por ser un fenómeno nuevo, todavía se está definiendo; sin embargo, podemos identificar

16. *Ibidem*, p. 94.

17. La economía se encarga de estudiar los recursos, la creación de riqueza y la producción, distribución y consumo de bienes y servicios para satisfacer las necesidades humanas.

18. Así fue divulgado por Lisa Gansky, quien habla sobre los modelos de negocio basados en compartir los bienes, y por Rachel Botsman, quien se ha apoderado de este término para referirse al intercambio de bienes a través de las tecnologías digitales.

19. Henar Álvarez Álvarez, "Régimen jurídico-civil de las viviendas de uso turístico", en *Economía colaborativa y derecho. Aspectos civiles, mercantiles y laborales*, Xosé Manuel Carril Vázquez, Rafael García Pérez y Marcos A. López Suárez (coords.), Pamplona, Aranzadi, 2019, p. 17.

que cuenta con un aspecto positivo, que abarca la colaboración, el compartir, la igualdad y las nuevas oportunidades de negocios, y con uno negativo, pues el capitalismo también ha hecho uso de la economía colaborativa como herramienta de explotación, incertidumbre legal y evasión fiscal.

A este respecto, la Comisión Europea refiere que

está conformada por modelos de negocio en los que se facilitan actividades –mediante plataformas colaborativas– que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares; implica tres categorías de agentes i) los prestadores de servicios, ii) los usuarios de dichos servicios; y iii) los intermediarios que a través de una plataforma en línea conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos (“plataformas colaborativas”). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro.²⁰

Una característica esencial de la economía colaborativa es que tiene como objeto económico, en lugar de la transmisión de la propiedad, el acceso temporal a recursos, que pueden ser todo tipo de bienes, servicios, competencias, conocimiento, etcétera. Los cambios tecnológicos propician que los negocios ofrezcan servicios de acceso: en lugar de vender el producto o el bien, ofrecen el servicio de utilizarlo y devolverlo una vez que el consumidor no lo requiere más. Esta nueva orientación de la actividad empresarial se denomina *economía del acceso*; el acceso temporal a recursos puede tomar diferentes formas: trueque, alquiler, préstamo, comercio, arrendamiento, canje, intercambio y venta de bienes de segunda mano.²¹

En el mundo *online* estos procesos son facilitados por la reputación. A este respecto, Rosario Gómez-Álvarez y Rafael Morales²² explican que el paso de la confianza *offline* a la confianza *online* es un cambio disruptivo: al existir más oportunidades de interactuar con desconocidos, la transparencia y la cantidad y calidad de información disponible son los ingredientes necesarios para lubricar el sistema digital, crear confianza a través de la reputación de los agentes y con ello incentivar la participación, la colaboración y el consumo. La reputación es medible cualitativa y cuantitativamente para cada usuario; hoy casi todas las plataformas y redes cooperativas tienen un sistema donde se califica la honradez de sus miembros.²³ Así mismo, la digitalización de

20. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa, Bruselas, Comisión Europea, 2016, p. 3.

21. Rachel Botsman y Roo Rogers, *What's mine is yours: the rise of collaborative consumption*, Nueva York, Harper Business, 2010.

22. Rosario Gómez-Álvarez Díaz y Rafael Morales Sánchez, “Principios ontológicos de la economía colaborativa verdadera”, en *Economía colaborativa... ¿De verdad?*, Rosario Gómez-Álvarez Díaz, David Patiño Rodríguez y Juan José Plaza Angulo (coords.), Sevilla, Universidad de Sevilla-Departamento de Economía e Historia Económica, 2018, p. 30.

23. Jeremy Rifkin, *The age of access: the new culture of hypercapitalism, where all of life is a paid-for experience*, Nueva York, J. P. Tarcher / Putnam, 2000, p. 320.

la experiencia de los demás usuarios es una herramienta más para generar confianza en el entorno digital. Se trata, pues, de algunas de las estrategias de autorregulación que garantizan la protección del consumidor.

El intercambio de los bienes de persona a persona se hace a través de plataformas en línea, creadas en su mayoría por *startups*,²⁴ para simplificar las transacciones y llegar a un mayor número de personas.

La economía colaborativa verdadera se basa en una comunidad de iguales que colabora, coopera y comparte en red mediante sistemas justos que buscan el bien común.²⁵ Estamos en presencia de un mecanismo económico que deja obsoleta la idea de comprar, consumir y desechar. Esta nueva tendencia impulsada por las tecnologías se basa en el intercambio (trueque) y en la optimización de recursos infrautilizados y ofrece alternativas de competitividad y crecimiento especialmente para los emprendedores, como nuevas modalidades de empleo más flexibles que un trabajo ordinario. Por otro lado, representa ventajas para los usuarios o consumidores, porque al ampliarse el mercado bajan los precios de los productos o servicios que demandan. Por eso es que la ola del emprendimiento ha dado como frutos esquemas tan sofisticados como el *crowdfunding*, el *crowdsourcing*, el *joint venture* o el simple intercambio, porque están basados en la economía colaborativa.

Presentamos dos ejemplos de economía de colaboración. **Uber** es una plataforma utilizada para conectar a conductores con personas que necesitan trasladarse. Junto con Airbnb, abandera este modelo, pues a siete años de su creación tiene un valor estimado de 62 millones de dólares; sigue creciendo y ha expandido sus servicios a la logística del transporte de alimentos; su éxito se ha basado en la evaluación positiva de los usuarios. Por otro lado, **Fairmondo** es una plataforma que conecta a las personas que ofrecen productos éticos con aquellas que los buscan; en tres años de trayectoria, cuenta con más de doce mil usuarios y cerca de dos millones de productos; su éxito se debe a que sus usuarios han construido una comunidad basada en el código abierto y en la sostenibilidad.

Es un hecho que el comercio no va a esperar a que la normatividad cambie para seguir creciendo; al contrario, la misma tecnología y su implementación en el comercio y en todos los aspectos de la vida cotidiana genera necesidades que nos obligan a crear y utilizar nuevas herramientas que modifican la manera como nos relacionamos, incluyendo la manera como hacemos negocios. En ese sentido, las leyes, al verse superadas por los nuevos esquemas, tienen que apostar por regresar a los principios de derecho y aplicarlos en las nuevas relaciones jurídicas originadas a partir de la economía colaborativa.

2.4. La teoría relacional del contrato

La teoría relacional del contrato nació en Estado Unidos. Sus precursores Ian Macneil y Stewart Macaulay defiende la sofisticación y la modernización del

24. Empresas que buscan iniciar proyectos, también conocidas como emprendedoras, que llegan a ser muy rentables.

25. Gómez-Álvarez *et al.*, *op. cit.*, p. 33.

derecho de los contratos y hacen énfasis en la **planificación contractual** y en la **interpretación flexible de los contratos**. De ahí, que aboguen por una fragmentación del derecho de contratos para que las distintas modalidades de contratación encuentren reglamentaciones eficientes y acordes a sus finalidades económicas, y revaloricen el papel de las normas sociales, entre las que se encuentran la costumbre y los usos comerciales.²⁶

La teoría clásica considera que el contrato representa un cambio por el que cada parte da algo en respuesta a la promesa del otro: estamos claramente frente a un contrato transaccional. Para Macneil, todo intercambio implica algún tipo de relación entre las partes y, por consiguiente, todo contrato es relacional de una manera u otra; sin embargo, considera que hay contratos más relacionales que otros.²⁷ Esto lo explica situando hipotéticamente todo contrato al interior de un espectro contractual, que abarca desde lo que él denomina **contrato discreto** (transaccional) hasta el más relacional de los contratos; dentro de ese espectro todos los contratos contienen algún elemento que los hace más o menos relacionales. Para definir el contrato discreto, el autor lo equipara con un simple contrato de compraventa, donde no necesariamente hay relaciones precedentes ni futuras entre las partes y la transacción efectuada es corta y de alcance limitado. En cambio, los contratos relacionales contemplan otros factores que generan valor a todo el proceso contractual, "un proceso progresivo en donde las partes van recolectando información y gradualmente van acordando más y más a medida que proceden".²⁸

Los contratos relacionales permiten que las partes participantes de un acuerdo puedan ajustarse a diferentes circunstancias futuras; en ese sentido, deben ser flexibles para lograr resolver los problemas que surjan con mayor rapidez y menos contratiempos. Son, entonces, un mecanismo de salvaguarda diseñado para facilitar los intercambios, suavizar fricciones y tomar disposiciones, en su caso, para un "contrato incompleto", en escenarios complejos.

En las relaciones transaccionales, en el entendido de que su finalidad es el interés individual, los integrantes generalmente actúan más discretamente, se observa individualismo y alto grado de competitividad entre ellos. Por el contrario, en las relaciones contractuales las partes se conducen de manera más abierta, pues se centran en el éxito del grupo y en ayudarse unos a otros para conseguir la misma meta, lo que suele desencadenar en resultados satisfactorios.²⁹

En un contrato relacional, se anteponen las relaciones a largo plazo, continuas y complejas, sobre las transacciones individuales; de esa manera, se privilegia no sólo el producto, sino también el proceso. Las responsabilidades, los beneficios y las eventuales consecuencias de problemas no resueltos

26. Martínez O., *op. cit.*, p. 207.

27. Para este autor existen contratos más relacionales que los demás, situados al final de su espectro contractual. Ello presenta un problema, debido a que esos contratos albergan dos sentidos: se consideran relacionales por presentar ciertas características de un tipo de contrato y, a la vez, por el simple hecho de ser un contrato (puesto que virtualmente todo contrato es relacional). Para evitar confusiones, Macneil sugiere reemplazar el término *contrato relacional* por *contrato entrelazado* (*intertwined*) (*vid. Martínez O., op. cit.*, p. 6).

28. Steward Macaulay citado por Martínez O., *op. cit.*, p. 209.

29. Javier Egea Rausell, *Práctica del contrato relacional para la integración de proyectos*, Valencia, Universitat Politècnica de València, 2016, p. 44.

son compartidos entre todos los signatarios del contrato, pues la meta principal es lograr un proyecto en que todos se beneficien de sus frutos y, como consecuencia, estén motivados por igual para prevenir fallas y problemas futuros.

Según Martínez Ochoa,³⁰ la teoría relacional de los contratos tiene como objetivo ampliar la visión de los contratos a partir de un enfoque interdisciplinario que permita describir las relaciones actuales contemporáneas y crear nuevas propuestas para planificar, enseñar, interpretar o regular los contratos de conformidad con la realidad que develan esas descripciones. Incluye la fragmentación del derecho de los contratos, con la finalidad de que las distintas modalidades de contratación que surgen en el mundo de los negocios encuentren reglamentaciones eficientes y conforme a las finalidades económicas perseguidas.

En relación con lo anterior, surge una visión posmoderna del contrato basada en la **solidaridad contractual**, a partir de los **deberes colaterales de conducta** y el **principio de buena fe**, los cuales representan un medio para verificar la validez de los actos contractuales. Este pensamiento proclama que la validez de la voluntad individual, si bien es la fuente primaria de los efectos de las obligaciones, debe someterse a las exigencias de la vida actual en sociedad, por lo que persigue el equilibrio en los negocios y la protección de los más débiles. Sus partidarios critican el derecho clásico por su perspectiva egoísta y proponen que la ley y el juez consideren evitar los abusos que se presentan en el tráfico jurídico por la pretensión irreal de que las partes son libres e iguales al negociar.³¹

Es preciso que adaptemos nuestros acuerdos contractuales, según nuestras necesidades, en acuerdos de orden relacional, pues estos generan un ambiente de confianza, comunicación abierta y participación, y crean una cultura corporativa, de reciprocidad, beneficios mutuos y relaciones a largo plazo, donde se comparten y gestionan conjuntamente los riesgos. Como resultado de lo anterior, la visión del contrato se amplifica y se extiende más allá del momento en que se cristaliza el acuerdo de voluntades, para poder contar con un análisis tanto de las relaciones que surgen entre las partes, como del contexto en que se desenvuelven.

30. Martínez O., *op. cit.*, p. 203.

31. Mariana Bernal Fandiño, *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2013, pp. 18, 19.

III

Los límites a la autonomía de la voluntad

Para evitar que las personas generen situaciones de abuso y fracturen el equilibrio de las partes en relaciones contractuales por medio de la autonomía de la voluntad, es necesario reconocer sus límites, mismos que se encuentran señalados en la ley. Aunque algunos carecen de precisión o son prácticamente ignorados por las partes, deben ser considerados por los jueces al momento de resolver conflictos generados de contratos con obligaciones totalmente desequilibradas.

De acuerdo con Galindo Garfias,¹ en la autonomía privada el problema no radica en la libertad del hombre, sino en establecer los límites dentro de los cuales puede alcanzar válidamente los fines que se propone a través de la celebración de negocios jurídicos.

3.1 Justificación de los límites a la autonomía de la voluntad

El ordenamiento legal confiere a las partes un poder normativo, que no es completo ni arbitrario, sino más bien está condicionado y regulado por el mismo ordenamiento delegante. En el principio de la autonomía de la voluntad suele explicarse la voluntad de las partes como la suprema ley en los contratos; sin embargo, esa voluntad tiene límites a efecto de que sea eficaz y válida (especialmente en las relaciones asimétricas). De esta manera, el principio de obligatoriedad (*pacta sunt servanda*)² del contrato puede verse atenuado por lo inequitativo de las prestaciones contractuales convenidas,³ mismas que, una vez reconocidos los límites a la voluntad pactada, podrían equilibrarse. Así, la autonomía no es absoluta y sus límites intervienen durante todo el *iter* contractual (proceso que explicaremos más adelante) y no sólo durante la celebración, como podría pensarse.

De acuerdo con Katuska Hernández y Danay Guerra,⁴ los límites son normas, restricciones o imperativos de carácter ordinario contenidos en la

1. Galindo G., *op. cit.*, 1996, p. 162.

2. Según el artículo 1729 del ccv: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley" (Código Civil para el Estado de Veracruz, Veracruz, Gobierno del Estado, 1932. Consultado en <https://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/CCIVIL2911116.pdf>).

3. Esto es, cuando coetáneamente a la celebración del contrato se reúnen condiciones que generan inequidad en las prestaciones contractuales.

4. Katuska Hernández Fraga y Danay Guerra Cosme, "El principio de la autonomía de la voluntad contractual civil, sus límites y limitaciones", *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, junio 2012, núm. 6, pp. 27-46.

ley, por lo que no pueden ser eludidos. Van ligados al derecho desde su origen, integran el contenido del propio contrato y representan los linderos de la facultad de las personas para crear obligaciones contractuales (podemos, incluso, encontrar límites cuando el contrato ha terminado, en la etapa pos-contractual).⁵

Su finalidad es hacer uso de una autonomía justa y equitativa para las partes, reconocida y protegida por el derecho, como lo dicta el artículo 6 del ccf: "la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero".⁶ Además, el artículo 8 del mismo ordenamiento indica que "los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario". Por último, el artículo 1839 del ccf explica que "los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas, aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley".

Del análisis anterior observamos que la voluntad de las partes no deberá afectar ni traspasar el orden público, su principal límite y del que se desprenden los demás. En las disposiciones de orden público, que son las normas imperativas y que pueden ser imperativas en sí mismas, encontramos los requisitos esenciales del contrato y las normas individualizadas (las cláusulas del contrato) y prohibitivas, así como las buenas costumbres, integradas por los deberes colaterales de conducta cuya fuente es la buena fe. Según Galindo Garfias,⁷ la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por:

- A. Los elementos esenciales del contrato, sustraídos a la modificación por la voluntad de las partes.
- B. El orden público (licitud del objeto de las obligaciones contractuales).
- C. La naturaleza jurídica y la función instrumental de cada contrato en particular, que no pueden ser desvirtuadas por acuerdo de los contratantes.

Por su parte, De Buen Lozano⁸ expone que los límites de la libertad para decidir crear contratos dentro de todo aquello que la ley ordena son los elementos esenciales de los contratos, la preponderancia del orden público y las buenas costumbres. Mientras que García Amigo⁹ explica que la autonomía debe ejercitarse a partir de las declaraciones de voluntad manifestadas por las partes

5. Sugerimos revisar el capítulo V "El iter contractual y sus fases", de esta obra.

6. Código Civil Federal, México, Cámara de Diputados, 1928. Consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_030619.pdf. // Debido a la naturaleza del presente texto, todas las leyes y los códigos citados se anotarán una vez, en su primera mención.

7. Ignacio Galindo Garfias. Teoría general de los contratos. Editorial Porrúa, s.a. 1996. p. 11.

8. De Buen Lozano, *op. cit.*, p. 226.

9. García Amigo, *op. cit.*, p. 55.

en el contrato, lo que implica que debe reunir una serie de requisitos (exigidos por el orden jurídico) que garantice la voluntad efectiva de los particulares, entre los que se encuentran los elementos esenciales. El ordenamiento jurídico también determina límites negativos, más allá de los cuales las declaraciones de voluntad de las partes no reciben protección jurídica y quedan fuera del ámbito del poder normativo que les fue delegado, tales límites vienen dados por la ley prohibitiva, el orden público y las buenas costumbres. Cabe destacar que estos autores hablan de los límites desde el punto de vista de la celebración del contrato, sin contemplar que existen otros momentos durante los cuales es posible identificarlos, aun cuando las partes no se han obligado o cuando han cumplido con sus respectivas obligaciones.¹⁰

3.2 El orden público

Entendemos el orden público como el límite general de la autonomía de la voluntad. Corresponde al **conjunto de instituciones jurídicas** que identifican o distinguen el derecho de una comunidad: principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos, es decir, no están bajo el imperio de la autonomía de la voluntad, ni por la aplicación del derecho extranjero. En ese sentido, el orden público no comprende solamente normas legisladas, sino también tradiciones y prácticas de las profesiones jurídicas; podría decirse que engloba la cultura jurídica de una comunidad determinada, incluyendo sus leyes, principios (buenas costumbres), ideales, dogmas y mitos sobre su derecho y su historia institucional.

De acuerdo con Rolando Tamayo,¹¹ el orden público funciona como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos o se impide que ciertos actos válidos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico. A partir de esta definición, sostenemos que el límite principal de la autonomía es el orden público, pues abarca aspectos que no pueden ser alterados por la voluntad de las partes: ir en contra de él implicaría la ilicitud del objeto del contrato. Incluso, cualquier otro límite que pudiera existir o agregarse, siempre buscará protegerlo.

La doctrina francesa señala que para identificar el orden público hay que emplear el criterio de la finalidad de la regla: las reglas que defienden un interés general son las que tienen valor de orden público, a diferencia de las que se inspiran en un interés particular. La finalidad de respaldar un interés general o social es la característica que permite reconocer que nos encontramos frente a un principio jurídico de orden público; por el contrario, cuando se trata de favorecer intereses particulares, no entra en juego ese principio. Se entiende, entonces, que todas aquellas estipulaciones que vulneran la buena fe y el equilibrio de las prestaciones entre las partes contratantes (buenas costumbres) carecen de validez por ser normas protectoras del interés de un contratante frente al otro.

10. Recomendamos ver mapa 3 "Límites a la autonomía de la voluntad" (p. 154).

11. Rolando Tamayo y Salmorán, "Orden público", en *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, pp. 2279-2281.

Los seguidores del liberalismo, según Planiol y Ripert, sostienen que “la voluntad no debe limitarse más que por motivos imperiosos de orden público y que tales restricciones deben reducirse a su mínima expresión, ya que los intereses privados, libremente discutidos, concuerdan con el bienestar público, y que del contrato no puede existir injusticia alguna, dado que las obligaciones son asumidas libremente”.¹² También consideran que el Estado no debe intervenir en el contrato, sólo el juez de manera limitada, con la única función de hacer efectivo el contrato cuando alguien se niegue a cumplir con las obligaciones que aceptó.

Sin embargo, siempre será preponderante el orden público, el cual está conformado por dos intereses:

- **Interés privado**, definido por Cornejo Certucha¹³ como el conjunto de pretensiones tuteladas por el derecho que tiende a cumplir las necesidades específicas de determinados individuos y grupos sociales. La satisfacción del interés privado se deja al libre arbitrio de los particulares y el Estado únicamente se encarga de garantizar las condiciones propicias mediante las disposiciones legislativas que integran las normas de derecho privado. Estas normas se caracterizan por la aplicación del dogma de la autonomía de la voluntad, el cual sostiene que los particulares deben regular libremente sus propios intereses por medio de negocios jurídicos, sin más limitaciones que las necesarias para proteger los principios fundamentales de la convivencia social.
- **Interés público**, entendido como el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas por la intervención directa y permanente del Estado, con el fin de satisfacer sus necesidades como institución. Estas pretensiones se denominan de interés social o general. Es difícil establecer dónde termina el interés privado y donde comienza el público: los intereses particulares garantizados por el orden jurídico son, en última instancia, cuestión de interés público.

Como ya mencionamos, a partir del orden público, el principal límite a la autonomía de la voluntad, se desprenden dos límites más: la ley y las buenas costumbres.

3.3 La ley (disposiciones de orden público)

La norma es un supuesto que impone cierta conducta como debida. Por una parte, la ley imputa consecuencias jurídicas que deberán aplicarse a cualquier

12. Stiglitz, *op. cit.*, 2012, p. 19.

13. Cornejo Certucha, F. M., & Belair, C. (1999). Autonomía de la Voluntad. En Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto Mexicano de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (pp. 278-280). México. D.F.: Porrúa. 2279).

persona que actualice el supuesto previsto; por otra parte, las normas individualizadas que están contenidas en contratos o sentencias no son generales y atribuyen efectos a personas individualmente determinadas.¹⁴

Ambos tipos de normas forman parte del orden público porque tienen un interés general; específicamente, las leyes imperativas o prohibitivas¹⁵ buscan proteger de manera especial intereses de orden colectivo, su inobservancia, además de afectar intereses privados, menoscabaría el interés general. Así lo expresa el artículo 8 del CCF: “los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

3.3.1 Tipos de disposiciones normativas

El artículo 8 del CCF no especifica cuáles son las leyes de interés público. Cuando las partes se encuentren en el proceso de crear las cláusulas o el contenido del contrato, primero tendrán que considerar las normas de interés público, mismas que no podrán ser suprimidas; en caso de que sea así, será ilícito. Se han identificado dos tipos de normas, para facilitar su comprensión y diferencias hemos preparado la siguiente tabla:

Tabla 1 Disposiciones normativas

TIPOS DE DISPOSICIONES NORMATIVAS			Consecuencia
Supletoria/Permisiva/ dispositiva	Pueden ser derogadas por las partes o se aplican cuando la voluntad es omisa. (cláusulas naturales) “PODRÁN” V.gr. 114 LGSM		El hecho de obrar en contra de ellas no es ilícito.
Disposiciones de Orden público. (actuar en contra genera ILICITUD)	Imperativa: No se pueden derogar por las partes	1. Imperativa propiamente dicha /preceptiva (+)	Ordenan la observancia de determinada conducta. De manera expresa señala que quedará afectada con nulidad o que no admite pacto en contrario. V.gr. Art 141 LGSM
		2. Prohibitiva (-)	Impiden la realización de una conducta por ser dañina para el orden público, señalando de forma expresa o tácita. “NO PODRÁN” V.gr. 115 LGSM
			Nulidad Absoluta. V.gr. Art. 104 LGSM 1.- No admite pacto en contrario 2.- No produce efectos contra 3ros. 3.- Se tendrán por no puestas A. Nulidad absoluta: Protege intereses generales. V.gr. Art. 133 LGSM B. Nulidad Relativa: Protege intereses particulares V.gr. 194 LGSM C. Resulta más grave imponer la nulidad del acto, que tolerar sus efectos: Art. 158 CCF (caso específico)

Fuente: Elaboración propia.

3.3.1.1 Supletoria o permisiva o dispositiva

Las leyes supletorias se emiten para regir las conductas humanas cuando los sujetos que las producen no han previsto todas las consecuencias de su pro-

14. Federico Caxiola Moralia, “Ley”, en *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, pp. 1963-1964.

15. Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 2001, p. 40.

ceder. Conocidas como *cláusulas naturales*, se aplican cuando “es omisa la o las voluntades que suplen el silencio de los que realizan una conducta”;¹⁶ si no se realiza o se pacta una conducta contraria a lo que este tipo de ley supone, no se está realizando un hecho ilícito. Por lo mismo, pueden ser derogadas por los particulares y, dada su naturaleza, es evidente que el hecho de actuar en contra de ellas no es ilícito. Están orientadas a la concesión de un determinado permiso; por ejemplo, el artículo 114 de la LGSM: “Cuando así lo prevenga el contrato social, podrán emitirse en favor de las personas que presten sus servicios a la sociedad, acciones especiales en las que figurarán las normas respecto a la forma, valor, inalienabilidad y demás condiciones particulares que les corresponda”.¹⁷

3.3.1.2 Disposiciones de orden público

Las normas de orden público son obligatorias, por lo que no pueden ser derogadas por las partes. Conducirse en contra de éstas genera ilicitud, ya que se violentaría el interés general; aquellos que lo hagan son acreedores a alguna sanción impuesta por el orden normativo. El ya mencionado artículo 8 del ccf expone: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en casos en que la ley ordene lo contrario”.

En palabras de Manresa, estas normas declaran expresamente su carácter de obligatorias, se manifiestan como prohibitivas y contienen motivos fundamentales de justicia que los contratantes por ningún motivo pueden dejar en el olvido.¹⁸ Las partes deben considerarlas como contenido obligatorio de su contrato o pacto porque son disposiciones de orden público. Al respecto, Licona Vite¹⁹ apunta que su finalidad es la preservación de la convivencia y la paz social y que por ello abarcan:

- I. Las leyes de derecho público.
- II. Las disposiciones que reglamentan el Estado y la capacidad de las personas.
- III. Las disposiciones que organizan la propiedad.
- IV. Las disposiciones que tutelan los derechos de terceros.
- V. Las disposiciones que tienden a la protección de uno de los contratantes contra el otro (lesión).

3.3.1.2.1 Imperativa propiamente dicha o preceptiva

Por medio de las disposiciones imperativas propiamente dichas, el Estado obliga a la observancia de conductas determinadas u ordena lo que se debe hacer en atención al orden social. Si los particulares celebran un contrato

16. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 314.

17. Ley General de Sociedades Mercantiles, México, Cámara de Diputados, 1992. Consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/144_140618.pdf.

18. Manresa citado por Soro R., *op. cit.*, p. 189.

19. Licona V., *op. cit.*, 2008, p. 139.

que tenga por objeto una conducta contraria o que tienda a alterar las situaciones tuteladas por esas leyes, estarán realizando un contrato con objeto ilícito.²⁰

La norma imperativa señala, de manera explícita, que actuar en contra de lo dictado como obligatorio conlleva **nulidad (absoluta)** porque se violenta el orden público y, de manera implícita, que "no admite pacto en contrario", "no produce efectos contra terceros" o "se tendrán por no puestas". Como ejemplos, el artículo 2122 del CCF: "Es **nulo** todo pacto que exima al que enajena de responder por la evicción, siempre que hubiere mala fe de parte suya"; o el artículo 141: "Las acciones pagadas en todo o en parte mediante aportaciones en especie, **deben** quedar depositadas en la sociedad durante dos años. Si en este plazo aparece que el valor de los bienes es menor en un veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados, el accionista **está obligado** a cubrir la diferencia a la sociedad, la que tendrá derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor de las acciones depositadas".

La nulidad absoluta no puede convalidarse, es decir, no desaparece por la confirmación del acto, ni por prescripción (caducidad). Debe ser declarada por un juez, una vez lo cual sus efectos se retrotraen y se destruye el acto desde su nacimiento.

Para los contratos, las normas imperativas son los **requisitos esenciales**²¹ y las **normas individualizadas**. Los primeros señalan la observancia de determinada conducta y no deben confundirse con los elementos de existencia del contrato,²² que son iguales para todos los contratos (consentimiento, objeto y, en algunos, solemnidad). Se trata de aquellas obligaciones particulares que demanda un contrato específico (por ejemplo, compra-venta, donación, arrendamiento) para que se le considere como tal y sin las cuales no puede concebirse su existencia.

Los elementos esenciales, entonces, brindan al contrato su clasificación jurídica; si se omiten o modifican, transforman ese mismo contrato en otro (ya sea típico o atípico), de ahí que deban incluirse forzosamente. Se observan a partir de la fase de celebración o perfeccionamiento del *iter* contractual, para lo cual es importante conocer qué tipo de contrato se celebra (a esto se le llama **calificación del contrato**), independientemente del nombre que le asignen las partes, pues de ello dependen sus efectos y finalmente las consecuencias jurídicas que tendrá en la esfera personal-patrimonial de quienes intervienen en la contratación. Por tanto, es indispensable identificar y hacer un análisis de los requisitos que lo componen, tanto de los esenciales como los de existencia.²³

20. Soro R., *op. cit.*, p. 190.

21. Aunque también podríamos llamarlos "elementos especiales", pues es común que en la doctrina los términos *esencial* y *de existencia* se consideren sinónimos.

22. Sugerimos revisar el capítulo VI "Elementos de existencia del contrato", de esta obra.

23. La explicación puede ser más clara si comparamos los requisitos esenciales de la compra-venta con los requisitos esenciales del contrato de donación: según el artículo 2248 del CCF, "habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero"; por otro lado, el 2332 del CCF sostiene que "la donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra,

Si su naturaleza llegara a modificarse, no hay un castigo como tal: gracias a la autonomía de la voluntad, los sujetos pueden definir sus propias reglas para obligarse como ellos quieran, siempre y cuando se respeten y no sobrepasen los límites a la autonomía. Por el contrario, omitir los requisitos de existencia, comunes a todos los contratos, provoca como consecuencia la inexistencia.

Ahora bien, las normas individualizadas,²⁴ otra clase de normas imperativas en sí mismas, actúan como límite hasta el cumplimiento del contrato, en la etapa de ejecución del *iter* contractual. Derivan de la voluntad de los particulares, en cuanto éstas aplican ciertas normas genéricas,²⁵ y representan el contenido o las cláusulas que las partes incluyen en el contrato y que son obligatorias para ellas (**principio de obligatoriedad**). Por eso se dice que los contratos son ley para quienes lo celebraron, ya que, como lo mencionamos anteriormente, el orden público también protege intereses particulares.²⁶ El artículo 1796 del CCF dicta que “desde que se perfeccionan los contratos obligan a las partes a lo que pactaron (normas individualizadas) y a las demás consecuencias derivadas de su naturaleza [...]”. La sanción por la inobservancia a estas normas no es la nulidad absoluta, sino la rescisión o, en su caso, el cumplimiento forzoso.

3.3.1.2.2 Prohibitiva

Las normas prohibitivas tienden a reprimir la voluntad de los particulares en aquellas manifestaciones que pueden ser dañinas para el orden y la convivencia social. En pocas palabras, impiden la realización de una conducta.

Cuando la ley considera que algo puede trastornar el orden jurídico si se dejara al libre arbitrio de la voluntad individual, de manera expresa y terminante establece una prohibición,²⁷ la cual puede ser expresa o tácita; por ejemplo, el artículo 2302 del CCF: “Queda prohibida la venta con pacto de retroventa, así

gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes”; sobre el mutuo, el artículo 2384 del CCF señala que se trata de “un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad”. Los artículos anteriores indican los elementos esenciales que debe contener el contrato específico del que se habla; en el caso hipotético de que las partes celebren un contrato que denominen de compra-venta y pacten que una de ellas transmitirá la propiedad de un bien a la otra sin que ésta pague algún dinero por la transmisión (o sea, será una transmisión gratuita), se tratará más bien de una donación: la consecuencia de omitir los requisitos esenciales de un contrato determinado será su transformación en otro distinto o en uno atípico.

24. Así las llama Eduardo García Máynez. Expone que aplican a uno o varios miembros, individualmente determinados, y que son normas individualizadas las resoluciones judiciales y administrativas, los testamentos, los contratos y los tratados internacionales. Existe un proceso creador de normas individualizadas, integrado por los requisitos de existencia y validez; en los contratos debe distinguirse entre la norma contractual y el proceso de contratación (Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1998).

25. Son las que obligan o facultan a todos los comprendidos dentro de la clase designada por el concepto-sujeto de la disposición normativa. Pero todo viene de un orden jerárquico normativo del que está compuesto el sistema de derecho: en primer lugar, las normas constitucionales, en segundo lugar, las normas ordinarias, en tercero, las normas reglamentarias y, por último, las normas individualizadas (García Máynez, *op. cit.*, p. 82).

26. García Máynez, *op. cit.*, p. 133.

27. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 315.

como la promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compra-venta entre los mismos contratantes”.

La ley prohibitiva es impulsada por un interés general, tiene por objeto la protección del orden jurídico y asume un carácter rígido e inflexible; impone la pena más grave de la que puede disponer: **la nulidad**, ya sea absoluta o relativa, dependiendo del tipo de interés que proteja la norma transgredida. Si los intereses en juego son particulares y se refieren a determinadas personas, la violación se considera más leve, pues lo último que busca la ley es provocar la ineficacia del acto.²⁸ El ccf establece grados en la sanción, de acuerdo a cada caso.²⁹

Se establece **nulidad absoluta** si el acto va en contra de una ley orientada a la protección de un interés general de orden público. En cambio, se dicta **nulidad relativa** cuando el acto va en contra de una ley prohibitiva que protege intereses particulares relativos a cierto tipo de personas; esta sanción, más leve, sólo se aplicará cuando lo pida expresamente la parte afectada.

En algunas ocasiones, si la ley prohibitiva busca proteger el orden social, pero de su violación se crean consecuencias de derecho que ameritan una tutela especial, resultará más grave imponer la nulidad del acto que tolerar sus efectos. En ese caso, únicamente se aplicará a los infractores una sanción de tipo administrativo o penal, pero se dejarán vivas las consecuencias civiles del acto. Como ejemplo, el caso de una mujer que se haya casado trescientos días antes de haberse divorciado de su anterior matrimonio; este acto va contra el artículo 158 del ccf: “La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo”. Aunque lo lógico sería pensar que la consecuencia es la nulidad absoluta, la ley considera que son peores las consecuencias sociales que acarrea anular el matrimonio; por eso, permite que subsista el acto y aplica sanciones leves. En ese sentido, el artículo 264 del mismo ordenamiento establece que “es ilícito, pero no nulo, el matrimonio [...] cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289”; y el artículo 265 del mismo ordenamiento indica que “las que infrinjan el artículo anterior [...] incurrirán en las penas que señale el Código de la materia”, es decir, el Código Penal. El artículo 247 del Código Penal para el estado de Veracruz sostiene: “A quien contraiga matrimonio a sabiendas de la existencia de un impedimento no dispensable se le impondrá de **seis meses a cuatro años de prisión y multa hasta de cuarenta días de salario**”.

Ahora bien, la legitimación para obrar es un caso especial de las normas prohibitivas tácitas o de prohibición virtual. Se trata de la actitud, atribuida o integrada por la ley o por la voluntad, para adquirir derechos o contraer obligaciones o disponer de objetos concretos, por sí, por medio de otro o por otro; implica la relación de interés jurídico entre el sujeto y el objeto y es uno de los presupuestos para determinar si el objeto u hecho es lícito o no.

Es imposible que el ordenamiento jurídico señale todos los casos de “no hacer”; sin embargo, el mismo marco normativo permite concluir de manera lógica que actuar contrariamente a un acto permitido expresamente es ilícito.

28. No todo acto que pugne contra este tipo de ley recibirá el mismo castigo o sanción (aunque sí se considerará ilícito), ya que no toda norma prohibitiva busca la tutela del mismo tipo de intereses.

29. Sugerimos revisar el tema 7.4.3 La licitud, en el capítulo VII, de esta obra.

Por ejemplo, el CCF en su artículo 2269 señala que “ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad”: la prohibición virtual sería que no podemos vender lo que no es nuestro.³⁰

Bernardo Pérez Fernández³¹ menciona que algunos autores se refieren a la “falta de legitimación” para hablar de la incapacidad de ejercicio especial; así también, que la legitimación es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de la posesión que se tiene frente al acto. Para ejemplificar, expone que en una compraventa los padres en ejercicio de la patria potestad no están legitimados para adquirir los bienes del menor.

La legitimación ordinaria representa la coincidencia entre el sujeto del negocio y el sujeto de interés, es decir, que en una misma persona recaigan los dos estatus: una persona, dueña de una casa, que la vende sin necesidad de un representante. En cambio, estamos frente a una representación excepcional cuando una misma persona no logra reunir los dos estatus y quien celebra el acto no es sujeto de interés, como en el caso de la representación.

Por su parte, Sánchez Meda³² expone que hay contratos que, aunque se hayan celebrado con todos los requisitos generales de validez, carecen de efectos jurídicos en virtud de razones de interés público y no por ineptitud natural de las personas que los celebran. Esto sucede cuando la ley prohíbe a esas personas ser parte en un determinado contrato, ni por sí mismos, ni por representante, ejemplos de ello son el representante sin autorización, el cónyuge sin asentimiento del otro cónyuge, el copropietario sin consentimiento de los otros copropietarios y el vendedor sin aprobación del verdadero titular: ninguno de ellos tiene legitimidad para contratar porque no son titulares de derechos; por lo tanto, no pueden transferirlos o gravarlos. En caso de que llegaran a celebrar contratos, estos no afectarán jurídicamente a los verdaderos titulares de los derechos, quienes podrán solicitar la inoponibilidad; de ahí que la falta de legitimación produzca ineficacia del contrato, el cual podría volverse eficaz por virtud de **la ratificación**.

Tanto las disposiciones imperativas propiamente dichas, como las prohibitivas, suponen la expresión de un deber: las primeras, de manera positiva (qué se debe hacer); las segundas, de manera negativa (qué no se debe hacer).

30. No debe confundirse con la capacidad (proporción de idoneidad del sujeto para un tipo de acto). Al respecto, la SCJN estableció lo siguiente: “La distinción entre capacidad y legitimación se establece con toda evidencia: capacidad es la aptitud intrínseca de una persona para dar vida a actos jurídicos; legitimación es la aptitud para hacer surgir actos que tengan un determinado objeto, en virtud de una relación en que la parte se encuentra con éste. Hay que ver en la capacidad la idoneidad de la persona para el acto jurídico, con independencia de una relación del sujeto con el objeto del acto. En la legitimación, la idoneidad de la persona para el acto, resultante de una particular relación del sujeto con el objeto del acto mismo. Así, por ejemplo, cuando se dice que el menor de edad no puede realizar negocios jurídicos, se resuelve un problema de capacidad, cuando se dice que el tutor no puede ser adquirente de los bienes confiados a su gestión, se resuelve un problema de legitimación” (Amparo directo 3840/71. José Antonio Lammoglia Aranda. 29 de marzo de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Solís López).

31. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2012, p. 31.

32. Sánchez M., *op. cit.*, p. 74.

3.4 Las buenas costumbres

Para Sánchez Medal, las buenas costumbres son conceptos morales y directivos, en las cuales se inspira nuestro actual derecho positivo. Coinciden con el sentir común de las personas equilibradas, intelectual y emocionalmente maduras, con criterio sereno o la concepción ética que predomina en nuestro medio cultural y que forma nuestra legislación.³³ Según Messineo, representan el conjunto de principios morales corrientes en un determinado momento y lugar (moral social) y la opinión que se practica y se considera por la generalidad de las personas honestas, correctas, de buena fe y sanos de principios (ética social).³⁴

En resumen, comprenden principios éticos, morales y sociales que varían de una sociedad a otra. De esa manera, el juzgador deberá valorar necesariamente el conjunto de esos principios que imperan en un lugar al momento de declarar la nulidad de un acto por contravenir las buenas costumbres. Si consideramos que en cada país y época la conciencia general acepta una doctrina moral propia, el problema al que nos enfrentamos es no lograr una definición objetiva de las buenas costumbres. No es suficiente con mencionar que son deberes morales, éticos y sociales, hay que establecer cuáles, comenzando por la buena fe.

39

3.4.1 La buena fe

39

Entendemos la buena fe como el principio fuente de las buenas costumbres, conforme a lo señalado por Muñoz Laverde.³⁵ Laverde sostiene que la buena fe es un canon esperado de conducta que trae consigo múltiples consecuencias. No solamente es un principio general de derecho,³⁶ también es un deber moral. En ese sentido:

Los autores mexicanos, especialmente Galindo Garfias, sostienen que la buena fe, es la expresión de un deber moral calificado de social,

33. *Ibidem.* p. 41.

34. Messineo en Licona V., *op. cit.*, 2008, p. 140.

35. Muñoz Laverde en Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, *Interpretación, calificación e integración del contrato. Aproximación tridimensional al "proceso interpretativo" en el derecho privado contemporáneo*, México, Porrúa, 2016, p. 42.

36. La SCJN establece que los PGD "deben ser verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, mediante procedimientos filosófico jurídicos de generalización, de tal manera que el Juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido, si hubiere previsto el caso; siendo condición también de los aludidos 'principios', que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenarse aplicando aquéllos; de lo que se concluye que no pueden constituir 'principios generales del derecho', las opiniones de los autores, en ellas mismas consideradas, por no tener el carácter de generalidad que exige la ley y porque muchas veces esos autores tratan de interpretar legislaciones extranjeras, que no contienen las mismas normas que la nuestra" (*Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo LV, marzo de 1938, p. 2642, reg. digital 357113).

que adquiere imperatividad y coercibilidad, al ser postulada como un principio de derecho en la medida en que se transforma en regla de derecho. Así la noción de buena fe en el ámbito del derecho se presenta como no sólo un postulado moral incorporado al ordenamiento jurídico como un principio general de derecho, sino como una fuente de derecho subsidiaria; una guía del intérprete en su labor doctrinal y jurisprudencial; una norma de conducta rectora en el ejercicio de los derechos subjetivos y en el cumplimiento de obligaciones; un deber jurídico, una convicción razonablemente fundada de que con nuestra conducta no dañamos a otro.³⁷

Los PGD son aquellos que le dan debida coherencia, unidad e integridad a nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando carezcan de reconocimiento o formulación expresa. Aparecen con tal evidencia que el legislador, ya sea de manera consciente o inconsciente, los tiene siempre presentes al momento de normar cualquier situación.³⁸ Aparte de la buena fe, otros PGD son la equidad, la libertad, la justicia, la igualdad y la seguridad jurídica.

Estos principios son fuente de derechos y obligaciones que podríamos denominar *autoejecutables*, en el sentido de que no es necesario que la ley los invoque para que rijan una determinada situación justiciable. Por eso, cuentan con tres funciones: crean, interpretan e integran; es decir, tienen la capacidad de formar normas, de las cuales algunas serán reconocidas e integradas al marco normativo (derecho positivo) y otras no y serán consideradas normas morales (buenas costumbres).

Tenemos entonces que el principio general de derecho de la buena fe es un patrón de conducta que exige a todos los miembros de la comunidad jurídica comportarse en todas sus acciones según los dictados que imponga: corrección, lealtad, honradez y rectitud. Gobierna en el derecho de las obligaciones y será aplicado durante todo el *iter* contractual y no únicamente en el contenido. Como mencionamos, es una norma integradora y creadora dentro del sistema jurídico. Hay que tener en cuenta que los acuerdos a los que llegan los sujetos contractuales son autónomos, pero también incompletos (porque no pueden prever todo). Ahí aparece el principio de la buena fe, que “no es un fin en sí mismo, sino un medio para encauzar la protección de determinados valores o intereses sociales”.³⁹

La doctrina identifica dos aspectos de la buena fe: el subjetivo y el objetivo. **La buena fe subjetiva** (creencia o confianza),

también llamada *buena fe en sentido psicológico* o *buena fe creencia*, en la creencia –nacida de un error excusable– de que la propia conducta no va contra derecho. Este concepto engloba, en verdad,

37. Jaramillo, *op. cit.*, p. 17.

38. Eugenio Valladares Bonet, *La inobservancia del deber de buena fe como causa de incumplimiento contractual*, trabajo de fin de máster, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2014, p. 11.

39. Vladimir Monsalve Caballero, “La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción”, *Revista de Derecho*, diciembre de 2008, núm. 30, p. 35.

un doble campo de acción: en primer lugar, consiste en creer que no se está dañando un interés ajeno tutelado por el derecho o en ignorar que se estaba provocando tal daño –como ocurre, por ejemplo, con la posesión de buena fe–; en segundo lugar, consiste en la creencia o en el error de una persona, que genera un beneficio indebido en otro sujeto con quien se relaciona (como sucede, por ejemplo, con el pago de lo que no se debe).⁴⁰

Denota un estado de conciencia a través de la convicción interna o psicológica del sujeto de encontrarse en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así.⁴¹ Para su aplicación hay que considerar la intención y el estado psicológico del sujeto de la relación jurídica.

También se le conoce como *buena fe-creencia*, porque la persona cree estar en lo correcto, pero no es así. Por eso, Monsalve Caballero explica que el comportamiento de alguien objetivamente antijurídico puede ser considerado honrado y justo por el derecho, teniendo en cuenta la situación subjetiva de su autor.⁴² En este caso, la buena fe es una causa de exclusión de la culpabilidad en un hecho formalmente ilícito y, por consiguiente, una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma. Un claro ejemplo de ello es el matrimonio nulo, pero contraído de buena fe: cuando alguno de los contrayentes ha ignorado la existencia del vicio que ocasiona su invalidez y ha expresado su consentimiento con la convicción de la plena validez del acto, la consecuencia será la exoneración de la sanción o la atenuación de ésta frente a la que formalmente merecía (nulidad de matrimonio).⁴³

Por otra parte, **la buena fe objetiva** (probidad, corrección o lealtad), “también llamada *buena fe en sentido ético* o *buena fe lealtad*, consiste en la creencia y en la confianza que tiene un sujeto en que una declaración surtirá en un caso concreto los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales. Son las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico, que llevan a creer en la palabra empeñada”.⁴⁴ Se entiende como un concepto técnico-jurídico de conducta. Se trata de un parámetro que debe ser observado en las relaciones que los particulares establecen, es decir, un deber de conducta que implica el deber de comportarse con corrección y lealtad en la relación jurídica.⁴⁵

En este caso, la buena fe es una fuente de creación de deberes especiales de conducta, exigibles en cada caso de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad perseguida por las partes a través de ella, quienes no sólo se deben a aquello que han estipulado (norma individualizada) o a lo que escuetamente determina el texto legal, sino a todo aquello que cada situación impone. Por eso, la buena fe debe ser entendida como rectitud y honradez

40. Alejandro Borda, “La buena fe en la etapa precontractual”, en *Vniversitas*, julio-diciembre 2014, núm. 129, p. 49.

41. Valladares Bonet, *op. cit.*, p. 14.

42. Monsalve C., *op. cit.*, p. 17.

43. Arturo Solarte Rodríguez, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, *Vniversitas*, diciembre 2004, núm. 108, pp. 282-315.

44. Alejandro Borda, *op. cit.*, p. 43.

45. *Id.* P. 16.

en el trato: supone un comportamiento certero o una manera de proceder que las partes deben atender en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y especialmente del *iter* contractual.

En el momento en el que las partes entran en contacto negocial, sus comportamientos y el ejercicio mismo de sus derechos les imponen estándares de conducta que, en determinadas ocasiones, actúan como derechos y, en otras, como limitantes frente al ejercicio de su potestad contractual. Lo anterior en el sentido de que la buena fe se presenta como una cláusula general que reclama un comportamiento diverso, positivo u omisivo en relación a la circunstancia concreta, de la actuación de las partes, y cuya prevalencia sobre la determinación negocial y contractual se debe a su característica de **norma de orden público**: es el principio más importante de nuestro ordenamiento y el fundamento ético reconocido y encontrado en la idea de la moral social, activa y solidaria, según la tradición de las buenas costumbres. La buena fe es un deber de conducta de ejecución continuada, es decir, un principio a mantenerse en todas las etapas de proceso contractual.

La buena fe objetiva corresponde lo que en la doctrina se conoce como *buena fe contractual*, que exige a los sujetos conducirse con corrección y lealtad en el negocio jurídico de acuerdo al ordenamiento jurídico, y ofrece un camino para aquellas situaciones que no estén contempladas en la ley. Arturo Solarte Rodríguez⁴⁶ señala que la buena fe contractual tiene una aplicación tanto en la ejecución del acto jurídico, como en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, a través de una serie de deberes de conducta que amplía los deberes contractualmente asumidos por cada una de las partes.

3.4.1.1 Los deberes colaterales de conducta

De la buena fe nace un modelo no formulado legalmente que vive en las creencias y en la conciencia social, al que deben ajustarse los comportamientos. En todo momento del *iter* contractual (no sólo en la etapa de ejecución y cumplimiento contractual), las partes que intervienen están obligadas a conducirse con la diligencia y la consideración de protección de interés mutuo, lo que les permitirá a su vez confiar en que su contraparte actuará de la misma manera.⁴⁷

En el perfeccionamiento del contrato las partes establecen las cláusulas, es decir, las reglas con las que han de regir su conducta para lograr los efectos deseados. El contenido del contrato o más bien lo convenido entre las partes será una ley para ellas (principio de obligatoriedad), que afecta únicamente a las partes. El artículo 1796 del cCF señala que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. **Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley**". Lo subrayado en negritas justifica nuestra idea de que las

46. *Id.* 16.

47. Monsalve C., *op. cit.*, p. 16.

partes no sólo están obligadas al contenido propio del contrato, pactado expresamente, sino también al contenido implícito del mismo, o sea, *los deberes colaterales de conducta*.⁴⁸

Por su parte, Juan Roca Guillamón precisa que claramente los contratos obligan a lo expresamente pactado, pero también a algo más: todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe –donde nosotros incluimos los deberes secundarios de conducta–,⁴⁹ el uso y la ley. Lo que significa que además de la propia voluntad de los contratantes y las normas de derecho dispositivo caben otros aspectos a los que están obligados.⁵⁰

La noción de deberes secundarios de conducta surgió como respuesta ante ciertos contextos en los cuales el debido cumplimiento de una obligación exige desplegar ciertas conductas adicionales. En esos términos, el deudor de una obligación no sólo se halla jurídicamente obligado a cumplir una prestación principal o primaria, sino también debe cubrir una serie de **deberes complementarios**, necesarios para que el acreedor vea satisfecho su interés.⁵¹

Los **deberes de prestación** u obligaciones directamente derivadas del contrato son todas aquellas relaciones jurídicas que están estrechamente relacionadas con la satisfacción de los intereses jurídicos que de manera principal se consideran cuando se celebra un determinado contrato y que se refieren a la obligación de la transmisión de la cosa y el pago del precio en un contrato de compraventa; Dieter los denomina “relaciones obligacionales en sentido estricto”.⁵² Por otra parte, los deberes secundarios son exigidos por la buena fe y dependen de la naturaleza del contrato y de la fase del *iter* contractual en la que se encuentren las partes; aunque son accesorios, su finalidad radica en la realización del interés común. Entre los más relevantes se encuentran los deberes de información, protección, consejo o fidelidad.

Las buenas costumbres se manifiestan a través de los deberes secundarios de conducta, obligatorios, gracias al principio de buena fe, que reina en el derecho de los contratos, principalmente en el cumplimiento de las prestaciones. Las prestaciones mismas, que son objeto del contrato, se transforman en lo principal, en lo esencial.

Para ejemplificar lo anterior, proponemos el contrato de obra, donde

las obligaciones nucleares del locador son la ejecución de la obra y su misma entrega, pero circundan a estas obligaciones, deberes contiguos (o de conductas) que impone la buena fe y que se traducen entre otras cosas, por ejemplo, en permitir al dueño de la obra la fis-

48. A los cuales también podríamos denominar *deberes morales de conducta* o incluso *deberes contractuales naturales*. Asimismo, se les conoce como *deberes colaterales, complementarios o contiguos*.

49. Consideramos desafortunado referirlos como deberes “secundarios”, ya que resultan indispensables para alcanzar los fines genuinos del contrato.

50. Roca Guillamón en Valladares Bonet, *op. cit.*, p. 33.

51. Andrés Varizat, “Los ‘deberes secundarios de conducta’ en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Diario de Consumidores y Usuarios*, 5 de julio de 2016, núm. 81.

52. Dieter en Solarte Rodríguez, *op. cit.*, p. 23.

calización y el control de la misma. Por otra parte, el dueño de la obra tiene las obligaciones nucleares de pagar el precio de la obra, recibir la cosa y pagar a las personas que trabajaron en la obra o suministrar materiales si no paga al empresario y hasta la suma que adeude este último. Pero tiene a su vez los deberes secundarios de conductas, de colaboración, que imponen la posibilidad por parte del empresario de realizar la obra. Y si bien señalamos que tiene el derecho de controlar la obra, como corolario del deber de conducta del locador, no debe (y esto es un deber de conducta del locatario) obstaculizar al empresario mediante una fiscalización excesiva.⁵³

Sobre este tema, hemos detectado que el problema que surge a partir de las buenas costumbres (los deberes secundarios de conducta y la buena fe) es intentar fijar la responsabilidad por su incumplimiento: ¿qué sanción debe aplicarse cuando una de las partes actúa contra las buenas costumbres? ¿Es posible que exista una sanción para aquellos deberes que no están especificados ni contenidos en las cláusulas del contrato? Por lo pronto, adelantamos que, si bien las partes quedan obligadas a lo pactado, la misma ley les impone respetar las conductas naturales que se derivan del negocio jurídico que se proponen celebrar, tal como lo dispone el artículo 1796 del ccf antes citado.

3.4.1.2 Clasificación de los deberes colaterales de conducta

Existen distintos deberes colaterales de conducta, los cuales deben estar presentes en todas las fases del *iter* contractual. Dependiendo del contrato que se celebre, algunos pueden estar o no estar; sin embargo, hay otros de los que no se puede prescindir, ya que, de lo contrario, pondrían en peligro la plena satisfacción del negocio. Entre los más importantes, destacamos los siguientes.

El **deber de coherencia**, que, de acuerdo con Bernal Fandiño,⁵⁴ constituye un efecto principal del solidarismo contractual y tiene como objetivo preservar la confianza entre las partes del contrato. La conducta coherente se exige tanto al deudor de la prestación, quien no puede adoptar conductas contradictorias para cumplir con el interés de la otra parte, como al acreedor, quien no puede ser obstáculo para tal cumplimiento. Este deber corresponde a la necesidad de obrar con plena y sistemática coherencia negocial, con la finalidad de no afectar el derecho del otro ni su confianza, y se relaciona con la cooperación y la solidaridad que debe inspirar actualmente el derecho privado; cuenta con dos caras: por una parte, exige que exista continuidad en el comportamiento; por la otra, su observancia se materializa en la ausencia de contradicción.

El **deber de información**, que consiste en enterar, dar noticia de una cosa o de circunstancias, instruir, prevenir, exponer situaciones de hecho y de derecho que se conocen o se deben conocer: todo lo que sea relevante y suficiente con miras a la toma de una decisión. Si no se informa o se omite parte de

53. Nicolás A. Benítez, "Responsabilidad postcontractual y deberes secundarios de conducta", *Revista Jurídica de Daños*, 19 de noviembre de 2013, núm. 7.

54. Bernal F., *op. cit.*, p. 38.

la información, se incumple el deber de buena fe, lo que dará lugar a reparar el eventual daño producido. La obligación de informar encuentra su razón cuando hay desigualdad de conocimientos entre los contratantes o cuando es necesario formar adecuadamente su consentimiento, y pretende lograr el restablecimiento de la igualdad entre las partes y evitar el ejercicio abusivo de posiciones dominantes.⁵⁵ El problema es determinar cuál es el contenido fundamental que debe ser transmitido a la otra parte.

Hoy por hoy este deber es el más exigible y tutelado en lo que tiene que ver con las relaciones comerciales y, especialmente, con la protección al consumidor; sin embargo, como menciona Solarte Rodríguez,⁵⁶ no es contradictorio a la obligación que tienen los contratantes de informarse adecuadamente respecto a la materia sobre la que van a contratar. En todo caso, habrá que analizar las circunstancias concretas de las partes (entorno, aptitudes y posibilidades con las que cuentan para autoinformarse), con la finalidad de identificar hasta dónde llega el deber de informar y en dónde comienza la obligación de las partes de conocer sobre la contratación y todo lo que implica.

El **deber de secreto y confidencialidad o reserva** tiene su base en la necesaria discreción que se deriva del objeto de determinados contratos y se encuentra presente aunque las partes no lo dispongan así expresamente: en algunos negocios jurídicos, la información que se transmite o que se obtiene de una de las partes no puede divulgarse, publicarse ni utilizarse por la persona que la ha recibido, quien, en caso de violar este deber, podría ser sancionada con la indemnización.⁵⁷ Este deber también se fundamenta en la gran importancia que actualmente damos a la posesión de información, porque una vez que la hemos transmitido a terceros perdemos el control absoluto sobre la misma; el hecho de que cualquiera pueda aprovechar ese conocimiento perjudica a aquel al que pertenecía.

En el derecho internacional,⁵⁸ específicamente en el artículo 39 del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, se habla de la protección de información no divulgada y se establece que las personas pueden impedir que la información que legítimamente esté bajo su control se divulgue o sea utilizada por terceros sin su consentimiento y de manera contraria a los usos comerciales, siempre y cuando esta información sea secreta, tenga un valor comercial y se haya mantenido en secreto por la persona que la controla. En la práctica, para referirse a este deber se utilizan los conceptos *declaración unilateral de confidencialidad* o, en el derecho an-

55. Solarte Rodríguez, *op. cit.*, p. 10.

56. *Id.* P. 25.

57. *Id.* P. 30

58. El artículo 2.1.16 de los Principios UNIDROIT explica el deber de confidencialidad como: "Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte" (Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales, Roma, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 2010. Consultado en <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>).

glosajón, los *Non-disclosure Agreement (NDA)*. Cuando por un origen contractual surge la obligación de secreto y éste es violado, la cuestión radica en establecer la cantidad indemnizatoria, de acuerdo a los factores de culpa o dolo.

El **deber de custodia, protección o cuidado** recae sobre el deudor de una prestación principal y su objetivo radica en evitar que sean lesionados los intereses personales o patrimoniales de la contraparte, especialmente aquellos referidos a la protección de su vida e integridad física; por esa razón, este deber es observado en todas las relaciones contractuales donde la ejecución de la prestación principal puede poner en riesgo o peligro bienes personales o patrimoniales de una de las partes.⁵⁹ En la etapa precontractual, surge cuando una de las partes que negocia manifiesta su intención de examinar las mercancías a contratar antes de decidir adquirirlas o no: en caso de haber pérdida o deterioro de las cosas por defecto o por culpa imputable a quien se le han entregado, al tratarse de un comportamiento opuesto a la buena fe, existe defraudación y falta de confianza depositada. Será el patrimonio del autor del perjuicio el que soportará la pérdida sufrida como contrapartida del beneficio o placer conseguido o esperado; por lo tanto, es equitativo que, aun cuando esté libre de toda culpa, sea quien soporte en forma de reparación pecuniaria el daño procedente de sus actos: todo riesgo creado debe quedar a cargo de la actividad creadora de quien da lugar a estos riesgos.⁶⁰

En el derecho alemán, este deber supone una norma imperativa, pues está considerado en el artículo 311 de su Código Civil; la sanción por su violación genera indemnización.⁶¹ En el derecho colombiano, está explícitamente incluido en su Código de Comercio, dentro del artículo 1273: "el mandatario deberá proveer a la custodia de las cosas que le sean expedidas por cuenta del mandante, y tutelar los derechos de éste en relación con el transportador o terceros. En caso de urgencia el mandatario podrá proceder a la venta de dichas cosas en bolsas o martillos";⁶² así como en el 1275:

"Deber de custodia cuando no se acepta el encargo. Las personas que se ocupen profesionalmente en actividades comprendidas por el mandato, que no acepten el encargo que se les ha conferido, estarán obligadas a tomar las medidas indicadas en el artículo 1273 y todas aquellas que sean aconsejables para la protección de los intereses del mandante, mientras éste provea lo conducente, sin que por ello se entienda tácitamente aceptado el mandato".⁶³

En nuestro país, el Código Mercantil señala que "aunque el comisionista rehúse la comisión que se le confiera, no estará dispensado de practicar las diligencias que sean de indispensable necesidad para la conservación de los

59. Solarte Rodríguez, *op. cit.*, p. 26.

60. Monsalve C., *op. cit.*, p. 61.

61. Código Civil de Alemania (en alemán Bürgerliches Gesetzbuch o BGB) Artículo 311.

62. Código de Comercio colombiano, Colombia, Ministerio de Justicia, 1971. Consultado en <https://www.ccb.org.co/content/download/file/Codigo>.

63. Código de Comercio colombiano, Colombia, Ministerio de Justicia, 1971, Consultado en <https://www.ccb.org.co/content/download/file/Codigo>.

efectos que el comitente le haya remitido, hasta que éste provea de nuevo encargado, sin que por practicar tales diligencias se entienda tácitamente aceptada la comisión” y “cuando sin causa legal dejare el comisionista de avisar que rehúsa la comisión, o de cumplir la expresa o tácitamente aceptada, será responsable al comitente de todos los daños que por ello le sobrevengan”.⁶⁴

El **deber de consejo o asesoramiento** puede considerarse parte del deber de información, pues el obligado a dar el consejo tiene que realizar una valoración de la información objetiva a su alcance y, con base en un análisis de ventajas y desventajas, advertir o disuadir a quien recibirá el consejo sobre las consecuencias que tendría actuar en uno o en otro sentido. Para Valladares Bonet,⁶⁵ es contrario a la buena fe negociar con la otra parte sabiendo que tiene alguna consideración errónea o está tomando riesgos excesivos y no advertirle de esta contingencia; también es contrario a la buena fe no informar a la otra parte de la existencia de obstáculos (casi) infranqueables que ignore.

Se diferencia del deber de información en cuanto a que constituye una opinión motivada que puede llegar a ser una advertencia disuasiva, en atención a las eventuales consecuencias que afrontaría el destinatario, es decir, el consejo presupone siempre requisitos adicionales o más rigurosos que el de información. No todo obligado a informar está obligado a aconsejar y quien ha recibido el consejo es completamente libre de tomarlo o no y de actuar como le convenga. En relación con este deber, se encuentra el no aprovecharse de la posición privilegiada sobre el otro contratante, cuando una de las partes se encuentra en ventaja, tanto en conocimientos del objeto del contrato, como económicas, sociales y culturales.

El **deber de fidelidad y lealtad** puede explicarse a través del artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT: “las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional; [...] las partes no pueden excluir ni limitar este deber”. La fidelidad está ligada con el deber de confianza, pues implica que la otra parte ejecutará la obligación y velará por los intereses del contrato para que se cumpla: “la protección de la confianza debida recíprocamente por los contratantes [...] exige de parte de los mismos un comportamiento correcto, coherente, justo, honrado y leal, de cumplimiento de reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, etc., de modo que se pueda dar al contrato cumplida efectividad en orden al fin propuesto”.⁶⁶ Asimismo, tiene que ver con el **deber de no interferir, transparencia, respeto y responsabilidad**; incluso, con una obligación tan sencilla como la de redactar clara y precisamente el contenido del contrato, pues las cláusulas escritas correctamente evitarán confundir y entorpecer el entendimiento y la ejecución de las obligaciones principales. En pocas palabras, las partes deben actuar con diligencia y con la obligación de procurar los intereses del otro.

Por último, el **deber de no competencia**, el cual puede incluirse entre los deberes de secreto, confidencialidad y reserva, porque busca principalmente proteger el interés de no utilizar los conocimientos que fueron entre-

64. Artículos 277 y 278 del CCO mexicano (Código de Comercio, México, Cámara de Diputados, 1889. Consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_311218.pdf).

65. Valladares Bonet, *op. cit.*, p. 26.

66. Valladares Bonet, *op. cit.*, p. 36.

gados o compartidos (como secretos de fabricación o inventos industriales) en el mismo ámbito negocial ni en ningún otro que represente un peligro para el dueño de esa información. También tiene estrecha relación con el de fidelidad, pues considera que las partes deben guardarse respeto entre sí, incluso después de haber concluido la relación contractual, y no entorpecer los intereses del otro.

En México, los deberes de conducta no se consideran totalmente parte del derecho imperativo; a diferencia de Europa, donde algunas legislaciones comienzan a distinguirlos e incluirlos como obligatorios y no sólo por la vía contractual, también por mandamiento de la misma ley.⁶⁷ En nuestro país, son reconocidos si el mismo contrato los incluye, como las cláusulas de confidencialidad o de no competencia; en caso de que se violen, tendrán como consecuencia una indemnización, pero, ¿qué pasa si no se incluyen expresamente como contenido obligacional del contrato y una de las partes actúa en contra de alguno de ellos?

Como ya expresamos, los deberes colaterales de conducta se derivan de las buenas costumbres y su fuente es la buena fe; así también, crean disposiciones de orden público. La ley es clara al estipular que todo objeto-hecho, motivo o fin del contrato, contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres (deberes colaterales) es ilícito, lo cual, en el caso de las leyes de orden público, provoca nulidad (absoluta o relativa; aunque, en algunos casos, el acto puede subsistir sin anularlo): ¿qué sanción corresponde a aquellos motivos que vayan contra las buenas costumbres? La ley mexicana establece en el artículo 1910 del ccf: “el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Como observamos, los deberes colaterales de conducta tienen dos finalidades. La primera, evitar un desequilibrio entre las partes (lesión objetiva), es decir, que una de ellas se valga de su posición superior; por ejemplo, porque no reveló información importante a su contraparte o no tuvo los cuidados suficientes para velar por sus intereses. La segunda, complementar las obligaciones y responsabilidades naturales de las partes, que, aunque no se expresen, son las esperadas al actuar para satisfacer los intereses propios.

3.4.1.2.1 Situaciones que protegen los deberes colaterales de conducta

Los deberes colaterales de conducta, que se aplicarán en todas las etapas del *iter* contractual, están directamente relacionados con negocios jurídicos donde pueda haber desventaja entre los sujetos, sean o no parte; procuran evitar casos como abuso de derechos, daño a terceros o inequivalencia prestacional en relaciones asimétricas subjetivas u objetivas; están previstos en las dispo-

67. En España encontramos la Ley 1/2019 de Secretos Empresariales, cuyo objeto es la protección del deber de confidencialidad aplicado en los secretos empresariales, que conocemos como los secretos industriales regulados en la Ley de Propiedad Industrial; sin embargo, esta ley española incluye acciones de defensa y normas procesales.

siciones de orden público que tutelan los derechos de terceros y aquellas que tienden a la protección de uno de los contratantes contra el otro (de las que ya hicimos mención cuando tratamos las disposiciones de orden público). A continuación, detallamos las situaciones que estos deberes protegen.

La teoría del **abuso del derecho** resultó en una figura jurídica ante la evolución de la vida social, con lo cual surgieron nuevas instituciones y relaciones sociales y, por consiguiente, nuevas relaciones jurídicas y concepciones del derecho. Esta teoría trata de establecer si el agente puede o no hacer uso de la facultad jurídica que le concede la ley cuando ese ejercicio afecta a un tercero o al grupo social.⁶⁸ El artículo 1912 del ccf afirma: "cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

Planiol sostiene que basta con que alguien pase los límites objetivos establecidos por el ordenamiento jurídico y cause un daño, independientemente de cuál sea su intención (elemento subjetivo), para que esté obligado a repararlo: "lo que es cierto es que los derechos nunca son absolutos, sino hasta cuando se traspasan, el abuso no es cuando se ejercitan los derechos sino cuando estos son traspasados".⁶⁹ Por su parte, Bonnecase considera que sí es necesario que exista el elemento subjetivo, es decir, la intención de dañar, además del elemento objetivo, que es el ejercicio inútil del derecho;⁷⁰ por lo anterior, se deduce que el Código Civil sigue la teoría de Bonnecase, como se observa en el artículo 1912 transcrito anteriormente, que incluye explícitamente la intención: el "fin de causar el daño".

La teoría del **no abuso del derecho** se utiliza para controlar el goce de los derechos derivados de los contratos, con el objetivo de que este ejercicio no sea ilícito o ilegítimo, e impedir que los contratantes se sirvan de esos derechos con una finalidad distinta de aquella para la cual fueron pactados. A través de esta teoría, el Estado puede prohibir la conducta de los particulares; en principio, es indudable que no existe inconveniente alguno en llevar al terreno contractual esta limitación.

El artículo 840 del ccf indica que no es "lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario"; así también, en el artículo 1912 del ccf se lee: "cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

Manuel Bejarano comenta que el uso abusivo de derechos está caracterizado por causar un daño. La conducta perjudicial puede tener una juridicidad aparente; sin embargo, aunque parezca que el agente está actualizando su derecho, el sentido con el que lo hace o su intención lo desvirtúa en una acción antijurídica, porque perturba a su vez intereses protegidos por la norma. El mismo

68. Enrique Cuentas Ormachea, "El abuso del derecho", *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 1997, núm. 51, pp. 463-484.

69. Mercedes Campos Díaz Barriga, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente: el caso del agua en México*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 57-58.

70. *Ibidem*, p. 58.

autor argumenta que “las facultades no son absolutas, su ejercicio encuentra los límites del derecho de los demás a no sufrir daños por consecuencia de la conducta ajena y de la preservación de los intereses esenciales que garantizan la paz y armonía de la sociedad, si bien es lícito usar el derecho para producir utilidad a su titular, dicho ejercicio está limitado a que no se cause perjuicio a los demás”.⁷¹

Aunado al caso anterior, se encuentra el **daño a terceros**, como lo plasma el artículo 6 del ccf: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”. Al celebrar un contrato, las partes pueden beneficiar a un tercero, pero no desfavorecerlo. Aquí un ejemplo más claro, el artículo 840 del ccf, donde se lee: “No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario”. El propio marco legal indica que, si la única finalidad del ejercicio del derecho de propiedad es dañar al tercero, el acto será ilícito y acarrea la consecuencia de nulidad absoluta.

Incluimos un ejemplo más, el artículo 935 del ccf: “El propietario de las aguas no podrá desviar su curso de modo que cause daño a un tercero”. Aunque en este caso la ley no dicta que la causa sea ilícita o será sancionada con nulidad absoluta, sabemos que es así porque la voluntad del tercero no está participando; otro caso, el artículo 1109 del ccf: “El propietario de una finca o heredad puede establecer en ella cuantas servidumbres tenga por conveniente, y en el modo y forma que mejor le parezca, siempre que no contravenga las leyes, ni perjudique derechos de tercero”.

La ley protege al tercero de cualquier abuso ocasionado por las partes que celebran un contrato, por la misma razón descrita en el párrafo anterior: no se pueden generar perjuicios a un sujeto ajeno, que no participa voluntariamente en el contrato. La protección del tercero es de interés público; si no fuera así, sería común ver contratos donde las partes disfruten los derechos y encomienden las obligaciones a sujetos que jamás tomaron parte ni estuvieron de acuerdo.

Por último, a partir de la observancia de los deberes colaterales de conducta en los contratos, se busca evitar la **inequivalencia prestacional en relaciones asimétricas**, para construir relaciones jurídicas equilibradas, aunque las partes no estén en la misma posición, y evitar lesión por parte de alguna de ellas. Autores como Bejarano, Sánchez Medal y Gutiérrez y González sostienen que la lesión es un vicio del consentimiento, en relación con lo que el artículo 17 del ccf dice al respecto: “Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios”.

Por su parte, Jorge Alfredo Domínguez Martínez argumenta que es importante considerar el artículo 2230 del mismo ordenamiento, el cual manifiesta

71. Bejarano S., *op. cit.*, 1998, p. 254.

que “la nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz”. El autor señala que, en primera instancia, el artículo define la lesión como un vicio del consentimiento, al disponer: “la nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad”; sin embargo, atendiendo el resto, se concluye que ni la lesión ni la capacidad son vicios del consentimiento: “sólo puede invocarse (la nulidad) por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento (refiriéndose al error, dolo y la violencia), se ha perjudicado por la lesión (no se incluyó como vicio) o es el incapaz (tampoco es vicio)”.⁷²

En un contrato conmutativo, la lesión es el perjuicio que experimenta una de las partes por no recibir de la otra un valor igual al de la prestación que suministra; es resultado, pues, del desequilibrio de las respectivas prestaciones de las partes.⁷³ En la ley, los elementos subjetivos de la lesión no bastan para que sea protegida: la víctima tiene que ser ignorante, inexperta o miserable en un grado extremo para considerarla; además, en la legislación mexicana se excluye el estado de necesidad como elemento de lesión.

En los contratos mercantiles, la lesión es causa de nulidad, ya que supone la comparación entre las prestaciones de las partes, las cuales, al momento de la celebración, han de ser ciertas y permiten apreciar el beneficio o la pérdida que el contrato pueda causar. Aunque el artículo 385 del cco establece que “las compraventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión”, el artículo 81 del mismo ordenamiento indica que “serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos”.

Sólo existe lesión cuando el desequilibrio de las prestaciones es contemporáneo a la celebración del contrato, los desajustes posteriores a ese momento no causan nulidad. Un contrato de tracto sucesivo, equilibrado en el momento de concertarse, podría desajustarse por el cambio de la situación económica del lugar donde ocurre su cumplimiento: en ese sentido, no hay lesión. La teoría de la imprevisión postula la necesidad de reajustar en estos casos los efectos del acto para equilibrar las prestaciones.⁷⁴ También podríamos acudir a las fuentes de derecho internacional y al propio derecho anglosajón,

72. Domínguez M., 2000, p. 49.

73. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 371.

74. Bejarano S., *op. cit.*, 2015, p. 152.

específicamente a algunas cláusulas famosas como MAC (*Material Adverse Change*),⁷⁵ de *hardship*⁷⁶ y el problema del *hold up*.⁷⁷

Ahora bien, la lesión objetiva representa una desproporción de las prestaciones, la cual, como menciona Licon Vite, está fundada en la desigualdad estrictamente material (onerosidad excesiva): "cuando existe un perjuicio patrimonial derivado del hecho de recibir una de las partes, en un acto jurídico oneroso, una prestación inícuca, mientras que la otra parte alcance un beneficio desproporcionado, esta inequivalencia de las prestaciones se produce al momento de la celebración del negocio lesivo".⁷⁸ Para que haya lesión, es necesario que el contrato contenga un elemento objetivo para alguna de las partes, el cual representa la desproporción exagerada en sus respectivas prestaciones; además, es necesario que exista un elemento subjetivo, como la explotación de alguna debilidad personal, miseria, ignorancia, inexperiencia y el estado de necesidad (aunque en México este último elemento no sea considerado por el Código Civil).

De lo anterior, podemos establecer que en los contratos siempre debe imperar la equidad entre las partes. Con el fin de garantizar el equilibrio prestacional, el Estado ha tomado parte de la libertad de los contratantes; esta intervención representa un peligro para la seguridad y estabilidad de los contratos.

En torno a la *desproporción*, no hay una definición que permita identificar el nivel que debe alcanzar la prestación para que se considere desproporcionada; existe un debate entre si se requiere que la inequivalencia alcance una dimensión matemáticamente determinada por el legislador o conviene dejar al juzgador, en uso de su sano criterio, la valoración de la desproporción lesiva. En esta pugna se confrontan dos corrientes, la clásica y la moderna. La primera se inclina por fijar límites matemáticos al perjuicio patrimonial; la segunda, por delegar al arbitrio judicial la apreciación de la disparidad de las

52

52

75. "Para regular el derecho de salida o renegociación por este tipo circunstancias, las partes acuerdan y redactan una serie de cláusulas que garanticen su derecho a retirarse de la operación o renegociarla cuando en el periodo interino se produzcan cambios excepcionales adversos que afecten a la transacción, sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad jurídica por incumplimiento. Dentro de estas cláusulas, se encuentran las llamadas cláusulas MAC (*Material Adverse Change*), traducidas normalmente a nuestro idioma como *cláusulas de cambio adverso relevante*" (María Fenollar González, "Las cláusulas MAC (*Material Adverse Change*) en los procesos de fusión y adquisición de empresas en el ordenamiento jurídico español", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2019-2020, núm. 12, p. 196).

76. Las cláusulas de *hardship* en los contratos internacionales son un mecanismo de adaptación del contrato, creado por los usos y las costumbres en el comercio mundial. Su finalidad consiste en crear las circunstancias necesarias para que el contrato se mantenga a lo largo del tiempo, sin que los cambios imprevistos y repentinos a las condiciones iniciales lleguen a afectarlo. Así, la aplicación de este tipo de cláusulas busca la renegociación del contrato aun cuando se encuentra en etapa de ejecución (Ana María Castro y Ana Cecilia Zapata, "El *hardship* en los contratos internacionales", en *Revista E-mercatoria*, 2005, núm. 2, pp. 97-123).

77. "El problema del *hold-up* ocurre cuando una compañía se abstiene de celebrar un contrato y de hacer una inversión idiosincrática para evitar el riesgo de que la otra parte le exija posteriormente, bajo amenaza de incumplimiento, una modificación para su beneficio exclusivo" (Juan Gaviria, *El problema del hold-up en el derecho de contratos de Estados Unidos, Colombia y México*, Universidad Pontificia Bolivariana / Red Internacional de Juristas para la Integración Americana / Porrúa, 2014, p. 20). "La palabra idiosincrática significa que al menos una de las partes ha invertido antes de cumplir sus obligaciones contractuales en activos cuyo valor en usos alternativos es significativamente menor" (*ibidem*, p. 16).

78. Licon V., *op. cit.*, 2008, p. 155.

prestaciones. En la polémica, un grupo de juristas apoya la tendencia de que la ley fije un límite que constituya un defecto en los contratos que repercuta en su validez, y considera conveniente que sea el propio legislador quien se encargue de establecerlo, a partir del cual podrá clasificar la desproporción como enorme y declarar la nulidad.

En nuestro país, la lesión incluye los elementos subjetivos y objetivos, así lo reconoce el artículo 17 del ccf: "Cuando alguno, **explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado** a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año". Se entiende, entonces, que no basta con atribuir a una de las partes un lucro excesivo frente a la otra parte, debe existir explotación de la ignorancia o extrema miseria, elementos subjetivos y carentes de medición.

IV

El contrato como fuente de las obligaciones

Identificamos dos acercamientos al término *obligación*: en relación al vínculo jurídico que genera o respecto del concepto de *deuda*. Bejarano comenta que la obligación puede entenderse, desde el punto de vista del acreedor, como la facultad que tiene de exigir de otro (deudor) una prestación; o desde la perspectiva del deudor, como la necesidad de cumplir o proporcionar al acreedor una prestación.¹

De esa manera, la obligación es: 1) la relación jurídica existente entre un acreedor y un deudor, donde el primero tiene el derecho de exigir el cumplimiento de una prestación de dar, hacer y no hacer; y 2) la necesidad jurídica de cumplir con la prestación de dar, hacer y no hacer, a favor del acreedor, quien tiene el derecho subjetivo de exigir el cumplimiento de la misma.²

En ambos casos, la obligación representa una necesidad de actuar en determinado sentido, como lo manifiesta Gutiérrez y González, al explicarla en sentido amplio como la necesidad jurídica de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral) en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir o que ya existe. Como se aprecia, para definirla, sólo considera la conducta en favor de otra parte, sin contemplar el papel que juega el acreedor; sin embargo, en un mismo concepto tienen que estar integradas ambas partes.

Desde nuestra perspectiva, entendemos por obligación la relación jurídica que existe entre el acreedor y el deudor: el primero es facultado por el derecho para exigir, mientras que el segundo tiene la necesidad de cumplir con la prestación, como se observa en el mapa 4 "Las obligaciones y sus fuentes" (p. 154). Por su parte, Borja Soriano adopta la siguiente definición: relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta a otra, llamada acreedor, por una prestación o una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor.³ A nuestro parecer, se trata de una idea acertada y completa, porque incluye todos los elementos de la obligación; a saber: 1) los *sujetos* (por lo menos un sujeto activo y uno pasivo); 2) una *relación jurídica*, pues el derecho reconoce y protege el vínculo que existe entre el acreedor y el deudor para que el primero pueda exigir el cumplimiento de la prestación; 3) el *objeto*, una prestación o abstención de carácter patrimonial, que deberá recaer en una conducta de dar, hacer o no hacer, con un valor exigible.

1. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 68.

2. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 46.

3. Borja Soriano, *op. cit.*, p. 71.

4.1 Las fuentes de las obligaciones

Las obligaciones nacen esencialmente de seis actos. El primero de ellos constituye **la declaración unilateral de la voluntad**, entendida

como la exteriorización de voluntad sancionada por la ley, que implica para su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial, pecuniario o moral, en favor de una persona que eventualmente puede llegar a existir o si ya existe, aceptar la prestación ofrecida; o con la cual hace nacer a favor de una persona determinada, un derecho sin necesidad de que esta acepte, o finalmente, con la cual extingue para sí, un derecho ya creado a su favor.⁴

Por ejemplo, el testamento o la renuncia de derechos.

Así también, el **enriquecimiento ilegítimo o pago de lo indebido**, o sea, el acrecentamiento sin causa que obtiene una persona en detrimento de otra. La primera está obligada a indemnizar a la segunda en la medida de su propio enriquecimiento.⁵

La **gestión de negocios** también representa una fuente de obligaciones. Consiste en la intromisión intencional de una persona que carece de obligación legal en asuntos de otra, con el propósito de evitar causar daños. Gutiérrez y González explica que es un hecho jurídico *stricto sensu*, en virtud del cual una persona, quien recibe el nombre de *gestor*, se encarga voluntaria y gratuitamente de un asunto de otra persona, quien recibe el nombre de *dueño*, con ánimo de obligarlo y sin ser su representante por mandato de ley o por convenio o por acto unilateral de "poder".⁶

Asimismo, la **responsabilidad objetiva**, es decir, la necesidad jurídica de una persona, llamada *obligado-deudor*, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, llamada *acreedor*, que le puede exigir la restitución de una situación jurídica al estado que tenía y que le causa un detrimento patrimonial, originado por: una conducta o un hecho previsto por la ley como objetivamente dañoso; el empleo de un objeto que la ley considera en sí mismo peligroso; o la realización de una conducta errónea o de buena fe.⁷

Por último, el **hecho ilícito**, definido como toda conducta humana culpable, por intención o por negligencia, que pugna por un deber jurídico *stricto sensu* con una manifestación unilateral de voluntad o con lo acordado por las partes en un convenio,⁸ y el contrato, tema principal de este trabajo y que profundizaremos en los siguientes capítulos.

Sobre este tema, cabe puntualizar que nuestro estudio se centra en el contrato y, en dado caso, en la declaración unilateral de la voluntad. Dejamos a

4. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 492.

5. De acuerdo con Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 515, y Borja Soriano, *op. cit.*, p. 323.

6. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 530.

7. *Ibidem*, pp. 794-795.

8. *Ibidem*, p. 543.

un lado el resto de las fuentes de las obligaciones porque el hecho ilícito como tal no es voluntario; la gestión de negocios es un acto unilateral, se considera como un *cuasicontrato* y está ubicado como un hecho jurídico *stricto sensu*; el pago de lo indebido proviene de un error, que, aunque genera una obligación, no hay una voluntad de por medio. Dentro del contrato podemos encontrar **renuncia de derechos**, sin embargo, ésta sí cuenta con límites a la autonomía de la voluntad, así lo señala el artículo 6 del ccf: “**La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero**”.

4.2 La extinción de las obligaciones

Las obligaciones se extinguen cuando se disuelve la relación jurídica entre el acreedor y el deudor. Lo natural es que la obligación se efectúe por medio de su cumplimiento, ya sea con el pago del objeto o con la prestación debida; sin embargo, hay otras maneras de extinción.

A través de la **novación**, que el artículo 2213 del ccf define como un contrato, pero en realidad se trata de un convenio *lato sensu*, solemne, celebrado entre dos o más personas que guardan entre sí el carácter previo de acreedor y deudor, aunque en ciertos casos puede intervenir un tercero. Manuel Bejarano explica claramente que es un convenio “por el que las partes deciden extinguir una obligación preexistente mediante la creación de una nueva, que la sustituye y difiere de ella en algún aspecto esencial”.⁹ Sus efectos son los de *extinguir* y *crear*; si *creara* y *transmitiera*, sería contrato, o si *modificara* y *extinguiera*, correspondería a un convenio *stricto sensu*.¹⁰ Entonces, la novación cuenta con los siguientes elementos: a) la existencia de una obligación previa; b) la creación de otra obligación que extingue la anterior; c) un elemento esencial diferente entre la obligación previa y la nueva (como cambio de objeto o de los sujetos); d) la voluntad necesariamente expresa de novar (artículo 2215 del ccf).

En la **dación en pago**, un acreedor acepta recibir de su deudor, por pago de su crédito, un objeto diverso del que se le debe.¹¹ El artículo 2095 del ccf manifiesta que “la obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida”. Aunque la legislación mexicana considere la dación una forma de pago, Bejarano Sánchez la entiende simplemente como el cumplimiento actual de la obligación a través de una conducta distinta a la que era su objeto original, con el consentimiento del acreedor.¹²

Por medio de la **compensación** también se puede dar término a las obligaciones. El artículo 2185 del ccf estipula que “tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíproca-

9. Bejarano S., *op. cit.*, 1998, p. 416.

10. *Ibidem*, 2012, p. 414.

11. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 1149.

12. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 430.

mente y por su propio derecho"; el artículo siguiente del mismo código establece que "el efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor". Gutiérrez y González afirma que la compensación opera bajo los siguientes requisitos básicos (los dos últimos no son indispensables): a) la reciprocidad de obligaciones entre personas que se consideran deudoras-acreedoras, por su propio derecho; b) que el objeto de ambas obligaciones sea fungible; c) que las deudas sean líquidas, exigibles y expeditas; d) que los créditos sean embargables; e) capacidad de los deudores; f) lugar de pago de las deudas compensables.¹³

La **confusión** es una vía por la cual las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona; en ese sentido, la obligación cesa cuando existe confusión o renace si la confusión cesa (artículo 2206 del CCF). A este respecto, Bejarano Sánchez señala que la reunión del crédito y la deuda en el patrimonio único de la persona extermina la relación jurídica de la obligación o derecho personal: no es concebible que el derecho a cobrar y el deber de pagar se concentren en el mismo sujeto, ya que no habría de exigirse el pago y carecería de sentido que éste se efectuara para permanecer en el mismo patrimonio.¹⁴ Precisamente por ello, la confusión ocurre cuando el crédito y la deuda forman parte del mismo patrimonio (no necesariamente de la misma persona). En vez de un medio de extinción, la confusión podría suponer más bien un obstáculo al cumplimiento de la obligación; cuando ésta tiene sentido y existe algún interés jurídico de por medio, el derecho y el deber subsisten no obstante la confusión.

Otra manera de extinguir las obligaciones es la **remisión de deuda**, la cual consiste en el "perdón del acreedor a favor del deudor, a quien releva del cumplimiento; [...] el acreedor renuncia a su crédito o abdica de su derecho crediticio u obligacional y declina la facultad de exigir al deudor el cumplimiento o pago de su deuda, total o parcialmente, teniéndola por extinguida sin haber recibido la prestación a la que tenía derecho. Si el perdón es total, el término usual es *remisión*; si es parcial suele hablarse de *quita*".¹⁵

Según el artículo 2209 del CCF, "cualquiera puede **renunciar** su derecho y **remitir**, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe". Por su parte, Gutiérrez y González se encarga de diferenciar entre *renuncia* y *remisión*: la primera, en tanto declaración unilateral de voluntad,

"es el género y se realiza respecto a derechos reales (en este caso, se utiliza especialmente el término **abandono**) o de cualquiera otra índole; la segunda es una especie del género renuncia y se realiza respecto a derechos personales o de crédito. Por otro lado, la renuncia puede hacerse a favor de una persona determinada o indeterminada y sin ánimo de beneficiar a alguien en especial; mientras que la remisión sólo es en beneficio del obligado-deudor".¹⁶

13. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 1130.

14. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 439.

15. Licona V., "Remisión de deuda", en Diccionario jurídico mexicano. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, p. 2782.

16. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 1124.

El autor concluye que es necesaria la distinción precisa entre ambos fenómenos por parte de la legislación mexicana;¹⁷ de su explicación, podemos puntualizar que toda remisión es una renuncia, pero no toda renuncia implica una remisión.

La **prescripción** extingue la facultad a un acreedor, quien se ha abstenido de reclamar su derecho durante determinado plazo legal, de ejercer coacción legítima contra un deudor, quien se opone al cobro extemporáneo o exige la declaratoria de prescripción.¹⁸ El artículo 1136 del ccf señala: “La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva; la liberación de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa”.

Este fenómeno no implica como tal la extinción de las obligaciones,¹⁹ lo que se extingue es la facultad de ejercer coacción legítima sobre el deudor, quien cuenta con una excepción perentoria para oponerse a la coerción. El deudor de un crédito prescrito que se resiste a pagar no incurre en un hecho ilícito: la prescripción, de hecho, lo excluye de responsabilidad civil.²⁰

Por último, tenemos el **pago**, la consecuencia general de todas las obligaciones. Si el objeto de la obligación consiste en dar una cosa, se paga dando la cosa; si consiste en una prestación de hacer, se paga haciendo; si consiste en no hacer, se paga no haciendo.²¹ Por eso, más que una forma de extinción, es un efecto, pues todas las obligaciones deben cumplirse. El cumplimiento puede ocurrir: a) si es realizado de manera voluntaria por el deudor y recibido de la misma forma por el acreedor, con lo cual existe propiamente un pago; b) si es efectuado contra la voluntad del acreedor, estamos ante la *consignación en pago*; c) si se lleva a cabo contra la voluntad del deudor, se presenta la *ejecución forzada*.²²

4.3 El concepto de contrato

El ccf, en su artículo 1793, define los contratos como “los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos”. Como todo convenio, el contrato es un acto jurídico:²³ una manifestación exterior de la voluntad que tiende a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley. Se trata de un acto bilateral o plurilateral, pues su existencia depende forzosamente de la

17. *Id.*

18. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 447.

19. Lo mismo opina Gutiérrez y González, quien argumenta que la prescripción no extingue ni siquiera la acción. Para que eso ocurra, se requiere una sentencia que cause ejecutoria y que se determine que la prescripción operó. Cuando la prescripción se opone se le conoce como *prescripción liberatoria*; si sólo con la sentencia se extingue la acción y la obligación subsiste, se convierte en la llamada *obligación natural* (Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 1083).

20. Bejarano S., *op. cit.*, 1998, p. 154.

21. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 839.

22. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 281.

23. Anteriormente abordamos que, según la teoría francesa, del hecho jurídico en sentido amplio se desprenden los actos jurídicos, mismos que se dividen en unilaterales y bilaterales, en estos últimos encontramos los convenios y los contratos (Sugerimos revisar el mapa 2 “Teoría del hecho jurídico”, p. 153).

concertación de dos o más voluntades jurídicas.²⁴ Se considera como una fuente de obligaciones, porque crea un vínculo jurídico entre las partes que se traduce en la necesidad de cumplir con una prestación y cuenta con el reconocimiento del derecho para ser exigible.

4.4. Los efectos del contrato

Los efectos del contrato son las consecuencias jurídicas que se producen al momento en que se perfecciona (el nacimiento o transmisión de obligaciones y transmisión o constitución de derechos reales) o se ejecuta. Son obligatoriedad, intangibilidad, relatividad y oponibilidad; a continuación, explicamos cada uno.

Según el artículo 1796 del ccf, "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley". La **obligatoriedad**, entonces, es el primer efecto que produce el contrato. El acuerdo de voluntades tiene fuerza de ley entre los contratantes, quienes deben cumplir con el contrato y respetar la palabra dada (*pacta sunt servanda*).

Sin embargo, el alcance de la fuerza obligatoria del contrato no se limita exclusivamente a lo dispuesto en las cláusulas que lo integran. Además, las partes tienen que acatar los principios legales concernientes al acto que han celebrado, las reglas emergentes del uso y los deberes colaterales de conducta, aunque no se mencionen expresamente. Asimismo, por este efecto quedan obligadas siempre que las circunstancias permanezcan como al momento de concertar el contrato (*rebus sic stantibus*); si llegaran a cambiar por causas imprevistas, deben ser eximidas de cumplir con él.

Ahora bien, la **intangibilidad** se refiere a que una de las partes no puede modificar el contrato por decisión unilateral (propia), así lo indica el artículo 1797 del ccf: "La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes", a excepción de los casos en que la ley lo permita o de un pacto expreso entre las mismas partes que faculte a una de ellas a desistir unilateralmente del contrato; por ejemplo, el artículo 2478 de ccf: "Todos los arrendamientos que no se hayan celebrado por tiempo expresamente determinado, concluirán a voluntad de cualquiera de las partes contratantes, previo aviso por escrito dada la otra parte con quince días de anticipación, si el predio es urbano, y con un año si es rústico". La *rescisión* representa otro ejemplo; se trata de un acto jurídico unilateral por el que se le pone fin (salvo que la ley lo prohíba) a otro acto bilateral plenamente válido, sin necesidad de declaración judicial, por incumplimiento imputable a una de las partes.²⁵

24. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 29.

25. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 647.

Cuando una de las partes no ha cumplido con sus obligaciones, la ley permite a la otra reclamar su resolución a través del *pacto comisorio*, una cláusula natural que puede expresarse de manera explícita al plasmar el contenido textual o correspondiente al artículo 1949 del CCF.²⁶ También existe el pacto comisorio tácito, implícito en todos los contratos bilaterales. Si el pacto comisorio llegara a excluirse, la ley lo establece supletoriamente a lo que pacten las partes.²⁷

La **relatividad**, según Sánchez Medal, consiste en que el contrato beneficia o perjudica directamente a las partes y únicamente para ellas crea derechos u obligaciones, no para terceros,²⁸ como lo expresa el artículo 1796 del CCF: "Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes [...]". Los actos jurídicos comprometen la libertad únicamente de quienes los celebran: quedan ligados a ellos quienes deciden libremente asumir tal responsabilidad. El derecho moderno suavizó este principio, también conocido como *res inter alios acta*, y ajustó su alcance: ahora, el contrato sí puede favorecer a los terceros y concederles derechos, pero no puede obligarlos.²⁹

Gutiérrez y González explica que, para los efectos de un contrato, un **tercero** es toda persona que no intervino con su voluntad jurídica para asumir para sí derechos u obligaciones en la celebración del acto jurídico, es el representante y el sucesor a título del que no fue representado.³⁰ Para precisar el alcance de la relatividad de los contratos es fundamental considerar que entre las partes y los terceros hay tres categorías de intermediarios: causahabientes a título universal, causahabientes a título particular y acreedores quirografarios.³¹

Los primeros suceden a una persona en todo o en una parte alícuota de su patrimonio, considerado como una unidad de derecho compuesta por todos los derechos y obligaciones que no están estrictamente ligados a dicha persona; por ejemplo, los herederos en una sucesión, la sociedad incorporante con respecto a la sociedad incorporada en la fusión de sociedades. Por su parte, los causahabientes a título particular adquieren de una persona un determinado bien en concreto o un derecho real sobre el mismo. Por último, los acreedores quirografarios son quienes únicamente tienen un crédito sin garantía real en contra de otra persona.

De los anterior se desprende que los derechos y las obligaciones emanados de un contrato solo aprovechan o perjudican directamente a las partes, hayan actuado éstas por sí o por medio de representante, y a los causahabientes de ellas a título universal, pero no aprovechan ni perjudican directamente ni a los causahabientes a título particular de las mismas partes ni tampoco a los acreedores quirografarios de ellas.

26. "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible".

27. Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 655-656.

28. Sánchez M., *op. cit.*, p. 85.

29. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 54.

30. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 4677.

31. Sánchez M., *op. cit.*, p. 86.

A través de la relatividad, entonces, los terceros sólo pueden beneficiarse, mas no obligarse. La **promesa de Porte Fort**, por ejemplo, se trata de la obligación asumida por una de las partes de tomar las medidas necesarias para convencer a una persona ajena al contrato de prestar su concurso en cierto acto o realizar determinada conducta; el contrato sólo obliga a las partes, no al tercero: si el obligado obtiene la conformidad del tercero, cumple su prestación, y si no lo logra, queda obligado al pago de pena convencional.³² También existe la **estipulación en favor de tercero**, cuando en un contrato se estipula que uno de los contratantes dará o hará alguna cosa en provecho de un tercero extraño al contrato, que no esté representado en él. El estipulante no actúa por mandato: contrata en su nombre para producir un efecto en beneficio de otro, llamado *tercero beneficiario*, quien adquiere a través de la estipulación el derecho de crédito contra el promitente, con la única reserva de aceptar la estipulación.³³ Como podemos notar, los ejemplos anteriores constatan que el contrato no puede obligar a los terceros, pero sí puede favorecerlos.

Así lo expresa el CCF en su artículo 1841: “[...] Sin embargo, cuando se promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque el contrato no se lleve a efecto por falta de consentimiento de dicha persona. Lo mismo sucederá cuando se estipule con otro, a favor de un tercero, y la persona con quien se estipule se sujete a una pena para el caso de no cumplir lo prometido”; y en el 1870: “El derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los contratantes conservan de imponer las modalidades que juzgue convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato”.

Finalmente, otro efecto del contrato es la **oponibilidad**, característica esencial de los derechos reales que se manifiesta como el poder de hacerlos valer frente a todos (*erga omnes*).³⁴ Bejarano Sánchez explica que es un error suponer que sólo los derechos reales son oponibles a terceros, porque también los derechos de crédito constituyen una realidad. Los efectos reflejos derivan principalmente de los contratos con efectos reales: a estos efectos reflejos corresponde la oponibilidad a terceros, quienes tienen que respetar las transmisiones o constituciones de derechos reales derivados de los contratos.

Para que un contrato constitutivo o traslativo de derechos reales sobre inmuebles pueda oponerse o perjudicar a los terceros es necesario su inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Si un mismo inmueble fue enajenado a diversas personas, pero no en copropiedad, prevalece la enajenación que se haya hecho registrado primero; de lo contrario, prevalece la primera en fecha; y de no ser posible ésta, prevalece la enajenación en favor de la persona que posea el inmueble. Para los muebles, prevalece la enajenación primera en fecha; de lo contrario, prevalece la enajenación de la persona que se encuentre en posesión de la cosa. Si un mismo crédito fue cedido a varios cesionarios sin

32. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 180.

33. Tesis I.4o.C.205 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, tomo xxxi, enero de 2010, p. 2039, reg. digital 165591.

34. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 177.

ser cotitulares, prevalece la primera cesión notificada al deudor. Si la misma cosa ha sido dada en arrendamiento separadamente a dos o más personas y por el mismo tiempo, prevalece el arrendamiento primero en fecha, y si no es posible, se dará preferencia al arrendamiento del arrendatario que esté en posesión de la cosa arrendada.

V

El iter contractual y sus fases

Hemos mencionado anteriormente el término *iter contractual* para referirnos al proceso que los sujetos deben seguir con la finalidad de lograr la plena la satisfacción de sus intereses mediante el contrato. Completar correctamente las diferentes fases que configuran ese camino producirá los efectos deseados. Dentro de cada una de esas etapas, se establecen límites a la autonomía de la voluntad, los cuales deberán ser tomados en cuenta y respetados por las partes, como se observa en el mapa 5 "El iter contractual" (p. 155).

5.1 La fase prenegocial o de generación

También llamada *preliminar*, es previa a la perfección del contrato. La conforman los actos, negocios y contratos que preceden el acuerdo de voluntades buscado por las partes. Estos actos están destinados y dirigidos a alcanzar el acuerdo definitivo por el que las partes negocian y pueden ser reuniones presenciales y a distancia, envío y recepción de correos electrónicos: en general, todos aquellos actos unilaterales y bilaterales que van acercando a las partes hasta lograr el consentimiento. Estas "acciones preparatorias pueden iniciarse con una primera muestra de interés o solicitud de información que conduzcan a la primera oferta o precisamente a arrancar con una oferta que pasa a negociarse".¹

Dentro de esta etapa, el derecho anglosajón incluye los *Memorandum of Understanding* (MOU),² que en derecho latino conocemos como *memorándums de entendimiento*. Este documento es un acuerdo que busca regular la etapa de negociación, previa a la suscripción de un determinado contrato; es vinculante para las partes que lo suscriben; puede contener o no obligaciones de acuerdo a la intención de sus suscriptores y, de contenerlas, éstas son exigibles y generan responsabilidad por su incumplimiento.³

A partir de estos actos preliminares, debe observarse el principio de buena fe, que guía el desenvolvimiento de los que intervienen y se manifiesta a través de lealtad, respeto y confianza, con la finalidad de arribar a un contrato válido. Si bien, las partes no están obligadas a contratar todavía, deben rela-

1. Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, "La etapa precontractual en la contratación mercantil", en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, María José Morillas Jarillo, María del Pilar Perales Viscasillas y Leopoldo José Porfirio Carpio (coords.), Madrid, Universidad Carlos III, 2015, p. 1806.

2. También existen los *Joint Working Arrangement* ('acuerdos de trabajo conjunto').

3. Jorge López Fung, "Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento", *Ius et Veritas*, 2016, núm. 52, pp. 202-213.

cionarse de buena fe, ya que la ruptura dolosa o intempestiva de las tratativas previas puede derivar en una causal de responsabilidad precontractual.⁴

En relación con lo anterior, el artículo 2:301 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos dicta sobre las “negociaciones contrarias a la buena fe”:

“(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte”.⁵

Es así como en esta fase se genera la confianza entre los sujetos para llevar a cabo la celebración del contrato principal. Los participantes sí tienen límites, en especial si hablamos de un precontrato: los memorándums de entendimiento. En caso de que no exista precontrato, los límites girarán alrededor de los deberes colaterales de conducta: fidelidad, lealtad, respeto mutuo, información, consejo, custodia, protección y cuidado, dependiendo del contrato que se trate.

64

5.2 La fase de celebración o perfeccionamiento

64

Llamada también *de perfección*, es la etapa donde nace la obligación principal al producirse la manifestación del consentimiento formado por dos declaraciones unilaterales de la voluntad, dispuestas a obligarse. Contiene tres filtros:

- I. Los elementos de existencia del contrato, gracias al cumplimiento de los cuales se determinará la existencia o no del negocio jurídico.
- II. Los elementos esenciales del contrato en particular, que definirán los efectos del contrato.
- III. Los elementos de validez del contrato, que suponen la ausencia de vicios en el consentimiento, la capacidad, la forma y la licitud.

En el último filtro aumenta la relevancia de esta fase, pues la validez determinará la producción de los efectos del contrato. Valladares Bonet⁶ manifiesta que en este punto se desarrolla la redacción y la suscripción de los contratos por escrito y se fijan las cláusulas que no ataquen las normas imperativas ni

4. Benítez, *op. cit.*, p. 11. // La responsabilidad precontractual nació en el derecho alemán como *culpa in contrahendo* y ha sido desarrollada en legislaciones como la alemana, la española y la italiana.

5. Principio Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, Negociaciones de mala fe, hacen la misma mención en su artículo 2.1.15 // Los Principios UNIDROIT hacen la misma mención en su artículo 2.1.15.

6. Valladares Bonet, *op. cit.*, p. 29.

resulten ilícitas. Asimismo, se tiene que observar el proceder y el compromiso de cada una de las partes, para que ninguna de ellas se aproveche de la posible desventaja de la otra (pues ejercerán la autonomía de la voluntad para redactar sus propias cláusulas) y el contrato logre alcanzar plena validez.

Los elementos de existencia, esenciales y de validez estarán sujetos a los límites de la voluntad, cuyo principal sustento es el orden público, a través de las leyes de orden público y las buenas costumbres, como deberes secundarios de conducta. Resaltamos la importancia del deber de no aprovecharse de la posición privilegiada, pues no acatarlo genera lesión y nulidad relativa del contrato.

5.3 La fase de ejecución o cumplimiento

El paso anterior termina cuando las partes firman el contrato. De no mediar una condición suspensiva o un plazo suspensivo, comienza la etapa de ejecución o cumplimiento, donde las partes deben proceder a cumplir con la prestación a la que se obligaron. A partir de la celebración en el tercer filtro (los elementos de validez) y hasta el momento de la ejecución, se despliegan los efectos del contrato, según los siguientes casos:

- a. Todos los efectos (eficacia).
- b. Sólo algunos de ellos.
- c. Otros totalmente distintos a los que las partes querían.
- d. Ninguno (ineficacia). Esta anomalía puede tener su origen en la fase de celebración o ser ajena a ésta.

En el transcurso de esta etapa las partes deben conducirse aún con más responsabilidad y respeto y apoyar los actos que tiendan a la ejecución del negocio jurídico, con el fin de garantizar su cumplimiento. Dentro de la ejecución, incluimos la interpretación, calificación e integración del contrato, proceso por el cual se descifra el significado real del mismo para saber cuáles serán sus efectos y cómo han de efectuarse las obligaciones que contiene.

En esta fase, los límites a la voluntad se observan de acuerdo a lo que indica el artículo 1796 del ccf:

los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado [el contenido del contrato, es decir, la norma individualizada], sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe [deberes colaterales de conducta], al uso o a la ley [obligaciones que de manera natural aplican según la ley].

Incumplir las obligaciones genera ilicitud, pero la ley no sanciona con nulidad o anulabilidad, más bien otorga al deudor el derecho de decidir entre el cumplimiento forzoso o la rescisión del contrato, esta última de acuerdo a las siguientes variantes: la acción *quanti minoris*; la acción redhibitoria; la simulación; la acción pauliana (aplica en el caso de fraude de acreedores; no como parte del *iter* contractual, pues quien hace valer esta acción es ajeno al contrato); evicción o saneamiento.

5.4 La fase poscontractual

La última parte del proceso sucede cuando el contrato llega a su término por la causa, al menos teóricamente, más natural: el cumplimiento o pago. Después de que los contratantes hayan cumplido las prestaciones principales del contrato, puede considerarse que volverán a ser "perfectos desconocidos" y que nada se deben el uno al otro, pues ya no existe una relación que los una.

Incluso así, se les exige que actúen de acuerdo a las buenas costumbres (normas morales), como fidelidad, respeto y lealtad, y no interfieran en la esfera de los intereses del otro.⁷ De no hacerlo, dañará a la otra parte y faltará a su *responsabilidad poscontractual*, que Nicolás Benítez explica como "el resultado de la violación de un deber de conducta, derivado de la buena fe que se erige como standard jurídico, con posterioridad a la satisfacción de las prestaciones principales de un contrato, produciendo en la otra parte un daño indemnizable".⁸ El autor se fundamenta en el artículo 1.198 del Código Civil argentino: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión".⁹

7. Valladares Bonet, *op. cit.*, p. 41.

8. Benítez, *op. cit.*, p. 28.

9. Código Civil argentino, Buenos Aires, Congreso de la Nación, 1869. Consultado en <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>.

VI

Elementos de existencia del contrato

Como estudiamos en el capítulo anterior, la fase de perfeccionamiento en el *iter* contractual tiene que cumplir con tres filtros; el primero se basa en determinar la existencia o no del negocio. El ccf en su artículo 1794 establece que para la existencia del contrato se requiere de consentimiento y de un objeto que pueda ser materia del mismo. De acuerdo con Gutiérrez y González,¹ el contrato es la vía más amplia para la creación voluntaria de derechos de crédito convencionales. La manera como se establezcan sus elementos producirá los efectos de un acto de este tipo; si llegara a faltar alguno, el acto simplemente no existiría. A continuación, explicamos a profundidad cada uno de ellos; también preparamos el mapa 6 “Elementos de existencia del contrato” (p. 155).

6.1 El consentimiento

Cada persona ejerce su derecho de libertad sin ignorar el de los demás: de manera autónoma cede parte de su libertad para permitir el goce general y la paz pública. Tal autolimitación la conduce a aceptar las leyes. La libertad se ejerce cuando consiente obligarse a celebrar actos jurídicos que limitan su libertad; esa limitación está reconocida por el derecho, el cual le otorga derechos y obligaciones. En ese sentido, el mismo derecho advierte sobre el aumento de la intervención del Estado sobre la libertad de contratar y los desvalidos, mediante la imposición de reglas prohibitivas e imperativas de observancia forzosa.

En resumen, y como hemos mencionado, la autonomía de la voluntad es la libertad de obligarse mediante la celebración de actos jurídicos cuyo contenido no contradiga las normas de interés público, las buenas costumbres y los derechos de tercero; así lo establece el artículo 6 del ccf: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.

Bejarano puntualiza que sin la decisión voluntaria de celebrar no se podrá formar y nunca podrá existir el contrato; en ese sentido, la voluntad es el motor principal de la celebración del acto: esa voluntad se conoce como *consentimiento*, formado a su vez por dos voluntades.² Gutiérrez y González explica el consentimiento como el acuerdo entre dos o más voluntades que tienden a crear, transferir, conservar, modificar o extinguir efectos de derecho,

1. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 22.

2. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p.54.

por medio de una manifestación exterior.³ En ese tenor, Fernández del Castillo agrega que el consentimiento recae sobre el objeto jurídico y material del contrato, y que no debe confundirse con los tratos o acuerdos preliminares, que sólo versan sobre el posible contenido del contrato.⁴

6.1.1 Elementos del consentimiento

El consentimiento requiere de dos declaraciones unilaterales de voluntad, es decir, que exista un acuerdo de voluntades, el cual se forma cuando una oferta vigente es aceptada. Entonces, el consentimiento está compuesto por la **oferta** y la **aceptación**; en caso de que falte alguno de ellos, no es posible su integración.

Según Bejarano, la oferta es la propuesta de contratar: es una manifestación unilateral de voluntad negocial que contiene elementos esenciales característicos del acto jurídico que se desea celebrar, la cual se dirige a otra persona, determinada o indeterminada, que se encuentre presente o no. Varias personas pueden emitir una sola y coincidente manifestación de voluntad, que seguirá siendo unilateral si su sentido es el mismo. La oferta es, además, una propuesta negocial de celebrar un negocio jurídico con el propósito de engendrar derechos y obligaciones.⁵

Por su parte, Gutiérrez y González la describe como una "declaración unilateral de la voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, que enuncia los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad".⁶

La oferta debe contener los datos necesarios para dar a conocer el tipo de acto que se propone y las condiciones en que se desea contratar. Siempre se dirige a otra persona –elegida previamente o alguien que quiera obligarse y reúna los requisitos– que la debe recibir y complementar para integrar el acuerdo. La aceptación, por su parte, es una "declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta y se reduce a un sí".⁷

El destinatario de la oferta y el proponente pueden encontrarse en comunicación inmediata, es decir, cara a cara o en el mismo sitio (contrato entre presentes), o distantes y discutir los términos de la oferta por medio de radio-telefonía, televisión o internet. También es posible que los contratantes establezcan una comunicación mediata a través de cartas o telégrafo (contrato entre no presentes).

La comunicación entre las partes puede establecerse de manera expresa o tácita. La primera se manifiesta por la palabra, la escritura o con signos

3. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 249.

4. Pérez Fernández del Castillo, B. (2010). *Contratos civiles*. México, Porrúa.

5. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 57.

6. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 251.

7. *Ibidem*, p. 257.

inequívocos; mientras que la segunda se exterioriza a través de una conducta o actitud que revele claramente un interés de negociar y contratar.⁸

El consentimiento entre presentes se perfecciona en el instante en que expresan su voluntad. Si las personas mantienen la negociación mediante teléfono, el consentimiento puede perfeccionarse al instante; sin embargo, el primer párrafo del artículo 1811 del CCF indica que "la propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos".

6.1.2 Las teorías del perfeccionamiento del contrato entre ausentes

El contrato entre ausentes tiene lugar cuando el destinatario de la oferta no se encuentra en frente del autor y no es posible conocer si acepta o no. Si el autor de la oferta establece un término para aceptar, queda obligado a mantenerla durante ese lapso; en caso de no fijarlo, la ley dicta que deberá conservar la oferta por tres días, sin considerar el tiempo de ida y vuelta que tarde en llegar el correo.⁹

Una vez emitida la policitud, si se recibe y acepta, el consentimiento se integra. Es fundamental precisar el momento y el lugar en que se perfecciona el contrato entre ausentes, por diversas razones, como determinar la capacidad de las partes, el inicio de la prescripción o el tribunal competente; para lograrlo, existen cuatro sistemas:

- I. La declaración: sostiene que el consentimiento se da en el momento en que el destinatario recibe la oferta y está conforme con ella. Tiene el inconveniente de que la conformidad del destinatario es un acto interno, que por sí mismo no puede ser probado.
- II. La expedición: cuando el que recibió la policitud está de acuerdo, manifiesta su aceptación por escrito y envía la carta por correo. No basta la simple aceptación, es necesario que esa voluntad se exprese claramente.¹⁰
- III. La recepción: cuando el oferente recibe la aceptación por carta, aunque desconozca aún el contenido.
- IV. La información: el consentimiento se perfecciona una vez que el peticionante hace saber al aceptante que recibió su aceptación o, como sostiene Enrique Zuloaga, cuando el oferente conoce la aceptación, es decir, se informa de ella.¹¹

Para el caso mercantil, el CCO adopta la recepción como sistema que perfecciona el contrato mercantil; en su artículo 80 señala que "los convenios y con-

8. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 52.

9. *Ibidem*, p. 30.

10. Carlos Enrique Zuloaga, *Pacto contractual y contratos atípicos*, México, Porrúa, 2002, p. 20.

11. Carlos Enrique Zuloaga, *Pacto contractual y contratos atípicos*, México, Porrúa, 2002. P.46.

tratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada".

6.1.3 El contrato electrónico

La contratación electrónica se sitúa en el marco del desarrollo e implantación de las nuevas tecnologías y se concibe como un servicio más de la sociedad de la información. Atendiendo la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el legislador con la elaboración de una ley de este tipo persigue favorecer la celebración de contratos por vía electrónica; así lo establece, para el caso de España, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) y, para el caso mexicano, el cco.

La contratación electrónica es "aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad, el desarrollo o la interpretación futura del acuerdo".¹² Según Guisado Moreno, se trata de una "modalidad de contratación de bienes y servicios realizada a distancia entre sujetos que pueden o no intervenir con carácter profesional en el tráfico, a través de los soportes electrónicos proporcionados por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, particularmente Internet, como instrumento más representativo de la actual revolución tecnológica".¹³

Para que el contrato sea puramente electrónico debe cumplir con dos requisitos: que el medio de comunicación empleado permita la transmisión electrónica de datos y, lo más importante, posibilite al destinatario procesar y archivar electrónicamente el mensaje; y que tanto la oferta como la aceptación se hayan comunicado por algún medio telemático. Sin embargo, no es imprescindible que la ejecución del contrato se lleve a cabo también por medios electrónicos.

La normativa que regule este tipo de contratación debe estar formada por normas flexibles que tomen en cuenta la neutralidad tecnológica, para evitar continuos cambios de legislación. No debería suponer una alteración del derecho existente de obligaciones y contratos y tendría que crearse siempre a partir de los principios de buena fe y de libertad de pacto.¹⁴

6.1.3.1 La oferta electrónica

La oferta puede ser el resultado de tratos previos entre las partes en una negociación en la que se discuten los términos del contrato futuro; sin embargo, "cada vez es más frecuente que se trate de un documento predispuesto de for-

12. Miguel Ángel Davara Rodríguez, *Manual de Derecho Informático*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 189.

13. Ángela Guisado Moreno, *Formación y perfección del contrato en Internet*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 68.

14. Rafael Illescas Ortiz, *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2001, p. 20.

ma unilateral por el oferente, en relación con el cual su destinatario no puede más que aceptarlo o rechazarlo".¹⁵

El oferente puede establecer un plazo de vigencia de su propuesta; una vez transcurrido, caduca automáticamente. Es posible también que la propuesta no tenga vencimiento; en ese caso, puede entenderse que su duración es indefinida y no se extinguirá por el paso del tiempo, sino por otras circunstancias. Por otro lado, es sumamente importante considerar el deber que tiene el oferente de brindar información previa sobre el contrato, justamente en el momento de hacer la oferta.

Para que exista una oferta vinculante es necesario que considere ciertos aspectos fundamentales, además de los elementos esenciales de la contratación a distancia.¹⁶ En primer lugar, el destinatario del servicio debe disponer de los medios que le permitan acceder electrónicamente a sus datos de identificación de manera fácil, directa y gratuita. En segundo lugar, el prestador del servicio debe hacer constar los distintos trámites a seguir para celebrar el contrato e informar si archivará el documento electrónico que formalice el contrato y, en tal caso, si será accesible. En tercer lugar, el destinatario debe informar sobre los medios técnicos que tenga a su disposición para identificar y corregir los errores en que pueda incurrir al introducir los datos para la celebración del contrato.

6.1.3.2 La aceptación electrónica

De acuerdo con Guisado Moreno, las características que debe cumplir la aceptación electrónica son:

1. Conformidad: la correspondencia exacta entre la oferta y la aceptación, de modo que no exista duda acerca de la intención de contratar en los términos establecidos por el oferente.
2. Definitiva: para que la declaración de voluntad del destinatario de la oferta valga como aceptación debe ser definitiva, simple y pura. Se eliminan la aceptación condicional y la efectuada con reservas.
3. Recepticia: debe ir dirigida al oferente mediante el procedimiento electrónico establecido; ya sea que la declaración de aceptación se remita al oferente por correo electrónico o través de un *click* en la palabra *Aceptar* visualizada en la pantalla de la computadora.
4. A tiempo: debe ser realizada dentro del plazo estipulado en la oferta.
5. Seria: debe manifestar la voluntad seria del declarante de quedar obligado y ser exteriorizada naturalmente en la forma señalada por el oferente.

15. Bernardo Moreno Quesada, "La oferta de contrato cuarenta años después", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Juan Luis Iglesias Prada (coord.), Madrid, Civitas, 1996, p. 148.

16. Alfonso González Gozalo, *La formación del contrato tras la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Granada, Comares, 2004.

6.1.3.3 La manifestación de la voluntad y el consentimiento en el contrato electrónico

El contrato electrónico puede celebrarse entre ausentes o presentes, una vez que es admitido que se realiza entre *presentes virtuales* y bajo la característica de un *contrato a distancia*. De acuerdo con María José Viega, actualmente existen tres maneras de materializar la formación de la voluntad en los contratos:

- I. *Off line*: se trata del caso de los contratos tradicionales entre presentes. Aunque exista una oferta o invitación a contratar a través de internet, el negocio deberá concretarse presencialmente.
- II. *On line*: la oferta y la aceptación se producen en internet.
- III. *Off line-On line*: la oferta se recibe por un medio tradicional y se acepta a través de internet o viceversa.¹⁷

En el modo *on line*, hay dos temas trascendentales a la hora de estudiar el consentimiento: la adecuada identificación del emisor de la declaración de voluntad y el valor jurídico del documento electrónico.

Cuando hablamos de la formación de la voluntad contractual, nos referimos al encuentro de la voluntad contractual de los contrayentes y, por tanto, de la creación del acuerdo de partes. Y cuando hay referencia a los actos jurídicos electrónicos consistentes en declaraciones de voluntad contractual, se debe distinguir: a) Si la voluntad fue transmitida por vía electrónica: el sistema informático es un medio de comunicación y el mensaje puede tratarse de la oferta, que es dirigida a un sujeto específico o al público en general, o ser la aceptación de la oferta; b) Si la voluntad se formó y luego se transmitió electrónicamente a través de un sistema informático: la voluntad contractual se forma con el auxilio de un sistema informático y es expresada mediante un sistema informático o telemático; por ejemplo, un sistema de reposición de *stock* que puede calcular si un producto está por agotarse y generar automáticamente una orden de compra electrónica al vendedor.

Ahora bien, los contratos electrónicos pueden perfeccionarse vía *mail*, sitios electrónicos y servicios *on line* y subastas electrónicas. En el caso de los contratos negociados por correo electrónico, queda prueba por escrito; el problema es determinar el momento de recepción de la oferta, ya que el oferente puede revocarla si aún no ha sido recibida.

Cuando la oferta, que incluye los términos y las condiciones del contrato, se encuentra expuesta en una página electrónica, la aceptación se otorga según se indica, ya sea dando *click* en un botón o introduciendo un símbolo o código; en muchas ocasiones, también se llena un formulario de orden que se envía al vendedor. En esta modalidad surgen dos dificultades: demostrar que el usuario ha leído y aceptado las condiciones generales de la contratación y la problemática inherente al contrato de adhesión. En diversas ocasiones existen exoneraciones

17. María José Viega, "Aspectos jurídicos de la contratación a través de internet", ponencia presentada en las Jornadas de Informática de la Administración Pública, Montevideo, 2003, p. 3.

de responsabilidades, términos y condiciones de acceso y uso de la página *web* que no son suficientemente visibles. Se ha entendido que los contratos realizados a través de las computadoras son contratos a distancia, pero hay que distinguir entre celebración instantánea o discontinua: puede existir consentimiento entre personas que no están físicamente presentes, pero que se comunican instantáneamente; en ese caso, se trata de un contrato entre presentes.

Por último, las subastas electrónicas normalmente consisten en subastar diferentes objetos a partir de un precio inicial y los ofrecimientos sucesivos realizados por los interesados.

6.1.3.4 El perfeccionamiento del contrato electrónico

Como señala Domínguez Luelmo, "el momento de perfección del contrato electrónico es una de las cuestiones más debatidas y genera gran inseguridad sobre todo para el consumidor",¹⁸ debido a que no existe una intermediación en el momento del intercambio de las declaraciones de voluntad. La tarea de establecer momento y lugar de perfección de un contrato puede resultar sencilla cuando se contrata entre personas presentes; no lo es en el caso de la contratación electrónica, por lo cual han surgido diferentes criterios para definir cuándo y dónde se forman los contratos a distancia: la teoría de la **emisión**, según la cual el contrato se perfecciona en el momento y el lugar donde el destinatario de la oferta exterioriza su aceptación; y la de la **cognición**, que sitúa la conclusión del contrato en el momento y en el lugar en el que el oferente conoce la aceptación.

Para solventar las dificultades prácticas que estas tesis extremas plantean, retomamos dos teorías intermediarias: la teoría de la **expedición**, más próxima a la teoría de la emisión, en la medida en que fija la perfección del contrato en el instante en que el destinatario de la oferta remite la aceptación al oferente; y la teoría de la **recepción**, más cercana a la teoría de la cognición, según la cual el contrato se entiende celebrado cuando la aceptación es recibida por el oferente, con independencia de que la conozca o no.

El perfeccionamiento de un contrato determina su existencia, su nacimiento a la vida jurídica, y marca el instante a partir del cual las partes se hallan vinculadas por el contenido del mismo, de obligatorio cumplimiento para ambas. Determinarlo en la contratación a distancia, en la que existe una diferencia temporal entre la emisión de la oferta y la manifestación de la aceptación, resulta complejo; sin embargo, es conveniente aclarar que esa complicación podría evitarse de convenirlo previamente las partes: el uso de instrumentos de comunicación entre sujetos físicamente distantes es necesario para fijar en qué instante y en qué lugar exactamente se considera perfeccionado el contrato.

En España, hasta la entrada en vigor de la LSSI, las soluciones ofrecidas por el Código Civil y el Código de Comercio en lo referente al momento de per-

18. Andrés Domínguez Luelmo, "La contratación electrónica y la defensa del consumidor", en *El comercio electrónico*, Marina Echebarría Sáenz (coord.), Madrid, Edisofer, 2001, p. 37.

fección de los contratos celebrados a distancia eran distintas: mientras que el primero se mostraba partidario de la teoría de la cognición, el segundo se posicionaba a favor de la teoría de la emisión. En México, según el artículo 80 del cco, se perfeccionan atendiendo la teoría de la recepción.

En la contratación electrónica es preciso distinguir si el contrato se celebró mediante intercambio de correo electrónico o a través de una página web, ya que esta última modalidad se equipara a la contratación por medio de dispositivos automáticos. En concreto, cuando la contratación se gestiona a través del correo electrónico, el contrato quedará perfeccionado desde que el prestador haya recibido la aceptación del comprador (o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe), siguiendo, por tanto, la teoría de la recepción. En cambio, cuando se contrate a través de una página de internet, el contrato se entenderá perfeccionado desde que el comprador emita su declaración de aceptación (en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación), la conozca o no el prestador, siguiendo, así, la teoría de la expedición.

Si consideramos que la contratación electrónica se realiza entre personas no presentes, tiene especial relevancia determinar el lugar de perfeccionamiento del contrato, lo cual permitirá establecer los tribunales competentes y el derecho aplicable. El Código Civil y el Código de Comercio españoles, al igual que en nuestro país, establecen que el contrato se presume celebrado en el lugar donde se hizo la oferta. La lssi señala que, en los supuestos donde intervenga un consumidor, el contrato se entenderá celebrado en el lugar donde tenga su residencia habitual, buscando con ello otorgarle una mayor protección. Cuando la contratación se celebre entre empresarios o profesionales, habrá que atender, en primer lugar, lo que pactaron al respecto; en caso de no haberlo hecho, el contrato se entenderá celebrado en el lugar donde esté establecido el prestador de servicios, es decir, quien realizó la oferta.

Ahora bien, la contratación electrónica cobró mayor relevancia durante la pandemia por COVID-19: debido a la sana distancia obligatoria y que nos encontramos inmersos en la sociedad de la información, el uso de las tecnologías fue inevitable y necesario. Si bien es cierto que el contrato puede existir sin su materialización documental, para efectos probatorios es importante contar con una evidencia, la cual puede ser electrónica o no.

Podemos clasificar los documentos electrónicos en: **analógicos**, que precisan de un dispositivo electrónico para su lectura, pero no son digitales; por ejemplo, una cinta de casete o de video; **digitales**, los cuales contienen la información codificada en *bits*, por lo que, para leerla, visualizarla o grabarla, se necesita de un dispositivo que transmita información codificada. A estos documentos digitales se les denomina *mensaje de datos*; al respecto, el artículo 89 del cco los define como "la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología".

A nivel mundial, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en el proceso de armonización (*soft law*) emitió dos leyes marco en pro de la uniformidad: la Ley Modelo Sobre Comercio Electrónico (1996) y la Ley Modelo Sobre Firmas Electrónicas (2001). Méxi-

co las adoptó en su cco el 29 de mayo del 2000; posteriormente, se reformaron diversas disposiciones: el Código Civil Federal; el Código Federal de Procedimientos Civiles; y se emitieron la Ley de Firma Electrónica Avanzada y la Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2016: requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos y digitalización de documentos.

Cuando la voluntad se manifiesta por escrito, comúnmente es representada a través de la firma, palabra que proviene del latín *firmare* y significa 'afirmar'; se trata de una serie de signos inequívocos que nos permite asumir el asentimiento del signante. Podemos establecer los siguientes tipos de firmas: **autógrafo**, trazado gráfico que habitualmente contiene el nombre y los apellidos de una persona, con el cual se suscriben documentos, se les da autoría o se obliga a lo que en ellos se dicta;¹⁹ **electrónica**, los datos electrónicos consignados en un mensaje de datos o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que aprueba la información contenida en él; produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa y es admisible como prueba en juicio;²⁰ **electrónica simple**, los datos electrónicos anexos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, usados por el usuario para firmar; produce efectos legales y es un elemento de prueba admisible ante un tribunal, aunque es posible que tenga que complementarse con otros elementos;²¹ puede ser: *clip wrap*, *user name* y *password*, NIP, autógrafa soporte digital, biométricos; **electrónica avanzada**, "conjunto de datos y caracteres que permite la identificación del firmante, que ha sido creada por medios electrónicos bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos, la cual produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa";²² por ejemplo: el certificado de sello digital, emitido por el SAT, compuesto por un archivo digital de seguridad (.cer) y un archivo digital de llave privada (.key).

La Ley de Firma Electrónica Avanzada en su artículo 8 establece que deberá cumplir con:

I. Equivalencia Funcional: Consiste en que la firma electrónica avanzada en un documento electrónico o en su caso, en un mensaje de datos, satisface el requisito de firma del mismo modo que la firma autógrafa en los documentos impresos;

19. Maite Sanahuja y Óscar J. Moreno, "La importancia de la firma en los contratos administrativos", *Fiscalización Local*, 26 de junio de 2013. Consultado en <https://www.fiscalizacionlocal.es/la-importancia-de-la-firma-de-los-contratos-administrativos/#:~:text=%C2%ABla%20firma%20es%20el%20trazado,que%20en%20ellos%20se%20dice>.

20. Artículo 89 del cco.

21. "Tipos de firma electrónica", *Viafirma*. Consultado en <https://www.viafirma.com/faq/es/tipos-de-firma-electronicas/#:~:text=Son%20los%20datos%20electr%C3%B3nicos%20anexos,-con%20otros%20elementos%20de%20prueba>.

22. "Firma electrónica avanzada", *Compuexpediente*. Consultado en <https://www.compuexpediente.com/firma-electronica-avanzada#:~:text=Es%20el%20conjunto%20de%20datos,admisibles%20como%20prueba%20en%20juicio>.

II. Autenticidad: Consiste en que la firma electrónica avanzada en un documento electrónico o, en su caso, en un mensaje de datos, permite dar certeza de que el mismo ha sido emitido por el firmante de manera tal que su contenido le es atribuible al igual que las consecuencias jurídicas que de él deriven;

III. Integridad: Consiste en que la firma electrónica avanzada en un documento electrónico o, en su caso, en un mensaje de datos, permite dar certeza de que éste ha permanecido completo e inalterado desde su firma, con independencia de los cambios que hubiere podido sufrir el medio que lo contiene como resultado del proceso de comunicación, archivo o presentación;

IV. Neutralidad Tecnológica: Consiste en que la tecnología utilizada para la emisión de certificados digitales y para la prestación de los servicios relacionados con la firma electrónica avanzada será aplicada de modo tal que no excluya, restrinja o favorezca alguna tecnología en particular;

V. No Repudio: Consiste en que la firma electrónica avanzada contenida en documentos electrónicos garantiza la autoría e integridad del documento y que dicha firma corresponde exclusivamente al firmante, y

VI. Confidencialidad: Consiste en que la firma electrónica avanzada en un documento electrónico o, en su caso, en un mensaje de datos, garantiza que sólo pueda ser cifrado por el firmante y el receptor.²³

76

Al celebrar un contrato, la firma electrónica avanzada brinda mayor seguridad y certeza que la firma electrónica simple; vemos entonces que fundirse el consentimiento de las partes provenientes de una firma electrónica, resulta un *hash*, es decir, un algoritmo matemático que transforma cualquier bloque arbitrario de datos (mensaje de datos) en una nueva serie de caracteres con una longitud fija.

Con respecto a los efectos jurídicos de los mensajes de datos, resulta importante señalar lo que el cco establece en su artículo 89 bis:

No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un Mensaje de Datos. Por tanto, dichos mensajes podrán ser utilizados como medio probatorio en cualquier diligencia ante autoridad legalmente reconocida, y surtirán los mismos efectos jurídicos que la documentación impresa, **siempre y cuando los mensajes de datos se ajusten a las disposiciones de este Código y a los lineamientos normativos correspondientes.**

Y en su artículo 93:

Cuando la ley exija la forma escrita para los actos, convenios o contratos, este supuesto se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje

23. Ley de firma electrónica avanzada, doF. 11-01-2012, Art. 8.

76

de Datos, **siempre que la información en él contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta**, sin importar el formato en el que se encuentre o represente. Cuando adicionalmente la ley exija la firma de las partes, dicho requisito se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que éste sea atribuible a dichas partes.

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Civiles indica categóricamente en su artículo 210-A que

Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la **fiabilidad del método** en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, **si es posible atribuir** a las personas obligadas el contenido de la información relativa **y ser accesible para su ulterior consulta**.

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.²⁴

Conforme a lo expuesto, son cuatro los aspectos a considerar y resguardar para generar efectos jurídicos deseables: atribución, integridad y accesibilidad, e integridad. La atribución del mensaje de datos se da *per se*, si ha sido signado con firma electrónica avanzada, como se desprende del artículo 8 de la Ley de Firma Electrónica Avanzada: "Autenticidad: Consiste en que la firma electrónica avanzada en un documento electrónico o, en su caso, en un mensaje de datos, permite dar certeza de que el mismo ha sido emitido por el firmante de manera tal que su contenido le es atribuible al igual que las consecuencias jurídicas que de él deriven". Además, el principio de no repudio, también consagrado en la LFEA, establece que la firma electrónica avanzada contenida en documentos electrónicos garantiza la autoría del documento y que dicha firma corresponde exclusivamente al firmante.

En caso de que se firme el mensaje de datos con firma electrónica simple, depende del proveedor de servicios relacionados de firma electrónica que contrates y de cómo opere la plataforma, pues es importante preconstituir evi-

24. Código federal de procedimientos civiles. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943. Texto vigente. Última reforma publicada DOF 07-06-2021. Artículo 210-A.

dencias de atribución al incorporar: voz, firmas autógrafas digitalizadas, video, entre otras, al unirse en un solo mensaje de datos, proceden a conservarlo solicitando la *constancia de conservación* a un prestador de servicios de certificación, que la LFEA define en su artículo 2 como: “las instituciones públicas conforme a las leyes que les son aplicables, así como los notarios y corredores públicos y las personas morales de carácter privado que de acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio sean reconocidas con tal carácter para prestar servicios relacionados con la firma electrónica avanzada y, en su caso, expedir certificados digitales”.

Un prestador de servicios de certificación garantiza la integridad y accesibilidad a la postre del mensaje de datos, emitiendo para ello la constancia de conservación. En cuanto a la integridad, sólo puede confirmarla un experto, quien podrá medir el grado de *corruptibilidad* y asegurar que el mensaje de datos fue generado, comunicado y recibido fielmente.

6.2 El objeto

Como ya mencionamos, el CCF, en su artículo 1794, refiere que el segundo elemento de existencia del contrato es el objeto. De acuerdo a varios autores,²⁵ distinguimos entre dos tipos. El *objeto directo*, que se refiere a la creación y transmisión de derechos y obligaciones y es el mismo en todos los contratos, por lo que nunca va a cambiar. Anteriormente explicamos que el término *obligación* encierra a su vez dos nociones: el derecho de exigir del acreedor y la necesidad de cumplir con la prestación del deudor.²⁶

Y el *objeto indirecto*, el cual corresponde a la conducta de hacer o no hacer o al bien que se debe dar y varía dependiendo del contrato que se trate; por ejemplo, en una compraventa el objeto indirecto será (dar) un bien; en un contrato de prestación de servicios, será una conducta o actividad (hacer). Cuando hablamos sobre las obligaciones, mencionamos que uno de sus elementos es el objeto, el cual representa un dar, hacer o no hacer, y se clasifica como *directo*; en los contratos, en cambio, lo identificamos como *indirecto*.

Otros autores²⁷ opinan que existen el *objeto material*,²⁸ mismo que se desprende del objeto indirecto y representa el bien material o el hecho, sea positivo o negativo; Sánchez Medal denomina al primero *objeto-cosa* y al segundo *objeto-hecho*.²⁹ Lo cierto es que nuestro Código Civil no hace ninguna distinción entre el objeto indirecto y el objeto material del contrato.

Para Bejarano, el objeto de todo contrato es el objeto de la obligación

25. Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Bernardo Pérez Fernández y Manuel Borja Soriano, por nombrar algunos.

26. Sugerimos consultar el capítulo IV “El contrato como fuente de las obligaciones”, de esta obra.

27. Como Ernesto Gutiérrez y González y Manuel Bejarano Sánchez.

28. Galindo Garfias argumenta que la cosa que el obligado debe dar, hacer o no hacer, es el objeto de la obligación, mientras que el objeto del contrato es lo que en cada caso constituye la materia de las obligaciones nacidas del mismo (*Op. cit.*, 1996, p. 120). // Domínguez Martínez se refiere a este objeto como “objeto indirecto doctrinal” (2000, p. 61).

29. Sánchez M., *op. cit.*, pp. 35-45.

creada por él, es decir, la conducta del deudor, aquello a lo que se comprometió a dar o que debe efectuar (lo cual corresponde al objeto indirecto).³⁰ En ese mismo tenor, Galindo Garfias señala que “el objeto del contrato es crear por acuerdo de las voluntades del deudor y del acreedor determinadas prestaciones; se dice que el objeto de la obligación es a un mismo tiempo objeto del contrato y objeto de la obligación”.³¹ Para una mejor comprensión de este tema, recomendamos revisar el mapa 7 “El objeto como elemento de existencia” (p. 156).

6.2.1 La prestación de dar y el objeto-bien

No debe confundirse la prestación, que es la conducta impuesta, con el objeto del contrato, que es el bien jurídico que pretende alcanzar el acreedor por medio de la ejecución de la prestación.³² El artículo 2011 del CCF refiere que la prestación del bien (obligación de dar) puede consistir en:

1. La traslación de dominio de cosa cierta. Sánchez Medal identifica dos: la enajenación de una cosa cierta o de un género o la constitución de un derecho real.
2. La enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta
3. La restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

El común denominador de las conductas anteriores es el hecho jurídico de la transmisión (definitiva o temporal) de un derecho y no necesariamente de una cosa [sic] bien, aunque por regla general recae sobre cosas corporales.³³

La prestación de dar, entonces, se refiere al derecho que recae sobre la cosa, no a la cosa en sí. La cosa tiene existencia independiente al contrato, sobre ella inciden los efectos o las consecuencias jurídicas del mismo. Por otra parte, el hecho o la abstención son conductas a cargo del obligado y, por tanto, consecuencias inmediatas o posteriores a la celebración.

Ahora, según el artículo 1824 del CCF, “la cosa que el obligado debe dar” es objeto de los contratos. La definición de la RAE propone que *cosa* es “todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, concreta, abstracta o virtual”. En el ámbito jurídico, la cosa es toda realidad corpórea o incorpórea, interior o exterior al ser humano, susceptible de entrar en una relación jurídica a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y pueda ser supeditado a un titular. La raíz latina de la palabra *bien* significa, en un sentido amplio, causar felicidad; jurídicamente, todas las cosas que no estén excluidas del comercio pueden ser objeto de apropiación.³⁴

El objeto-bien se refiere, entonces, a lo que se debe entregar. No en to-

30. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 63.

31. Galindo G., *op. cit.*, 1996, p. 119.

32. *Ibidem*, p. 121.

33. *Ibidem*, p. 126.

34. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 290-291.

dos los casos corresponde a un objeto material, como en el contrato de prestación de servicios, donde el objeto equivale a un hacer. A continuación, desarrollamos las características del objeto-bien, que se reducen a ser posible naturalmente y ser posible jurídicamente.

Para que el bien pueda ser objeto del contrato debe ser **posible naturalmente**, es decir, existir en la naturaleza o ser susceptible de llegar a existir y ser creación de la naturaleza o del hombre, por lo que es necesario que sea percibido a través de los sentidos. La imposibilidad física surge cuando la conducta del obligado no puede realizarse porque se opone a las leyes de la naturaleza, no existe en la naturaleza o no puede existir; sin embargo, existen dos excepciones:

A. Puede ser objeto de contrato una cosa que no exista, la cual necesariamente debe llegar a existir y en su género ya es conocida. Como la compra de esperanza, la venta de las futuras cosechas o el contrato de compra de cosa esperada.³⁵

B. Puede celebrarse un contrato cuyo objeto material nunca haya existido, el cual razonablemente es susceptible de llegar a existir. Gutiérrez y González presenta como ejemplo el contrato de encomienda de creación. También puede ser objeto de un contrato una cosa que no ha existido y que puede o no llegar a existir: en este caso, las partes se comprometen a hacer o a dar una cosa que la naturaleza no ha creado, pero que los científicos pueden crear o consideran posible que sea creada, como un medicamento para curar una enfermedad aún incurable o la invención de un *gadget*.

En ambos casos, es necesario que las partes estén conscientes de que la cosa, al momento de la celebración, no existe, pero es seguro que existirá en un futuro. De esa manera, las cosas futuras sí constituyen la posibilidad de ser objeto de contratación, como lo dicta el artículo 1826 del ccf: "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento".

Para ser objeto de contrato, el bien también tiene que ser **posible jurídicamente**, lo que implica que sea determinable en cuanto a su especie y calidad y forme parte del comercio. El primer aspecto se aplica cuando el objeto de la obligación es una cosa, la cual se considera cierta si se encuentra determinada en el contrato o si se cuenta con los elementos indispensables para su individualización.³⁶ Entendemos por "especie" una limitación del género, o sea, una individualización en cuanto a cantidad y calidad, que implica contar, pesar o medir la cosa.

A este respecto, Gutiérrez y González indica que en una propuesta el oferente debe especificar con exactitud cuál es la cosa que conforma el objeto del contrato;³⁷ por su parte, Bejarano puntualiza que "no es posible que

35. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 287.

36. Galindo G., *op. cit.*, 1996, p. 119.

37. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 289.

nazca un vínculo jurídico establecido respecto de una cosa indeterminada e indeterminable porque al no proporcionarse las bases para su individualización, ni el acreedor sabrá qué cosa puede exigir, ni el deudor conoce qué deberá entregar".³⁸

El artículo 1825 del ccf puntualiza los requisitos del objeto-bien, el cual puede consistir en:

- A. Un cuerpo cierto y concreto: una cosa individualmente determinada.
- B. Un género (la transmisión requiere especificación o individualización de la cosa).
- C. Dinero: en el caso de obligaciones pecuniarias, cuando sea el objeto mismo de la obligación o cuando sea un medio de pago que permita la satisfacción por equivalente de la obligación (como la obligación del inquilino de indemnizar al arrendador en caso de incendio de la finca arrendada).³⁹

La ley busca que la materia de un contrato se encuentre especificada con el mayor detalle posible; incluso considera que la determinación individual es lo ideal. Sin embargo, no es una exigencia constante e ineludible en la contratación: la determinación en cuanto a la especie ya satisface los requerimientos estructurales del caso, lo recomendable es particularizar el bien hasta donde se pueda.

Ahora bien, el requisito de estar en el comercio se traduce como la susceptibilidad de apropiación particular. La cosa puede ser propiedad exclusiva de alguien, sea cual fuere, pública o privada, la naturaleza del propietario.⁴⁰ Existen dos razones por las cuales las cosas puedan estar fuera del comercio: por su naturaleza (no pueden ser objeto de relación jurídica alguna ni ser poseídas por algún individuo exclusivamente, como el sol o el mar) o por disposición de la ley (las que ella declara irreductibles a propiedad particular, lo que no significa que sea imposible establecer una relación jurídica de otro tipo).⁴¹ Ello se traduce en la *incomerciabilidad* e *inalienabilidad*, que implican la incapacidad de la cosa de formar parte del patrimonio.

Domínguez Martínez⁴² menciona que, independientemente del motivo, que una cosa esté excluida del comercio significa que no puede ser poseída exclusivamente por un individuo. Explica que la prohibición de apropiación particular también puede tratarse de cualquier sujeto de derecho privado o de derecho público.

En cuanto a la inalienabilidad, la ley, para proteger a cierto tipo de personas, prohíbe la enajenación, gravamen o embargo de la cosa, aunque sí esté dentro del comercio. Domínguez Martínez⁴³ la define como la condición de una

38. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 71.

39. Sánchez M., *op. cit.*, p. 36.

40. Domínguez M., *Derecho civil. Contratos*, p. 71.

41. Cf. artículos 748 y 749 del ccf.

42. Domínguez M., *Derecho civil. Contratos*, p. 71.

43. *Id.*

cosa que legalmente no puede enajenarse, por lo que su propietario debe conservar. Por su parte, Francesco Ferrara⁴⁴ precisa que no debe confundirse con la in comerciabilidad: son in comerciables los bienes que no pueden ser objeto de apropiación por parte de los particulares, como los bienes del dominio público del Estado. Para Domínguez Martínez, el bien es todo aquello susceptible de propiedad particular, lo cual equivale a estar en el comercio; por ello, los bienes del dominio público sí están en el comercio, pues son susceptibles de apropiación por pertenecer al sector público.

Entonces, la imposibilidad jurídica significa que la cosa se opone a un presupuesto lógico jurídico, necesario para que nazca válidamente una determinada obligación. Son legalmente imposibles las cosas cuya especie no es ni puede ser determinada y aquellas que están fuera del comercio.⁴⁵

6.2.2 La prestación de hacer o no hacer y el objeto-hecho

El objeto-hecho puede ser positivo (hacer una cosa) o negativo (no hacer una determinada cosa). Cuando el objeto de la prestación consiste en la abstención de una conducta se trata de un "no hacer": no de una inactividad genérica del deudor, sino de una inactividad concreta y determinada, específicamente señalada en la ley del contrato. Galindo Garfías expone que, para exigir del deudor el cumplimiento de una conducta omisiva, es posible que el interés del acreedor no sea pecuniario, puede ser de orden moral o de otra naturaleza.

De acuerdo al ccf en su artículo 1827, el hecho, en calidad de positivo o negativo, debe ser posible física y jurídicamente. La posibilidad significa que una conducta humana (un fenómeno de la naturaleza) pueda tener existencia porque es conforme a las leyes naturales (posibilidad física) o se ajusta a las normas del derecho positivo (posibilidad jurídica); implica que sea humanamente factible. El artículo 1828 del ccf explica la imposibilidad como "el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización".

En ese sentido, un hecho es físicamente imposible cuando no puede realizarse porque una ley natural lo impide, como tocar el sol; tampoco puede ser ejecutado ni por la persona obligada ni por ninguna otra.⁴⁶ Cabe señalar la imposibilidad subjetiva del deudor, contraria a la objetiva, la cual se traduce como *ineptitud*; en ese caso, la prestación del hecho puede realizarse por otra persona y no es propiamente un hecho imposible.⁴⁷

En el ámbito jurídico, un hecho es posible cuando es compatible con una norma jurídica que necesariamente debe regirlo y que no constituye un obstá-

44. En Borja Soriano, *op. cit.*, p. 145.

45. Borja Soriano, *op. cit.*, pp. 142-143.

46. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 145.

47. Sánchez M., *op. cit.*, p. 40.

culo insuperable para su realización;⁴⁸ por el contrario, es imposible cuando va en contra de los presupuestos lógico-jurídicos de una norma que necesariamente debe regirlo y constituye un obstáculo para su ejecución.⁴⁹

Ferrara aporta que lo imposible jurídico alude a aquello que por el ordenamiento del derecho positivo no puede verificarse y es incompatible y contradictorio con la existencia del derecho; de esta manera, el hecho jurídicamente imposible no viola la ley (cuando un hecho viola la ley, se denomina *hecho ilícito*) sino que "intenta en vano sustraerse de ella".⁵⁰ El mismo autor explica que, para que un efecto legal se origine, la ley ya ha establecido de modo absoluto ciertas condiciones que deben integrarse preliminarmente para lograrlo: primero debe existir una norma que dicte cuáles son los requisitos o condiciones para que se produzca un determinado efecto; al no existir una norma que rijta tal conducta, tampoco existirá el hecho, porque la norma es necesaria para el nacimiento del mismo y, por consecuencia, de sus efectos.

La consecuencia jurídica para el hecho jurídicamente imposible corresponde a la inexistencia.⁵¹ Si el hecho llegara a trasgredir una norma jurídica positiva, las consecuencias dependerán del tipo de norma que se viole; considerando que la licitud es un requisito de validez del acto jurídico, podría ser la nulidad, ya sea absoluta o relativa.

Un ejemplo actual de instituciones con imposibilidad jurídica en México lo constituye la "trieja",⁵² que se forma cuando tres personas (del mismo sexo

48. Manuel García Rendón, *Sociedades mercantiles*, México, Oxford University Press, 1993, p. 50.

49. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 74.

50. Citado por Borja Soriano, *op. cit.*, p. 145.

51. Artículo 2224 del ccf: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado". // "Si por actos inexistentes debe entenderse, aquellos que adolecen de un elemento esencial, ya sea el consentimiento o el objeto, y que no reúnen los elementos de hecho que suponen su naturaleza o su finalidad, y en ausencia de los cuales, lógicamente es imposible concebir su existencia; y por cuanto se refiere a los actos jurídicos viciados de nulidad absoluta, puede sostenerse que son aquellos en que el acto se ha realizado de manera imperfecta, aunque sus elementos esenciales se presenten completos, ya que al haber sido celebrados sin observar las reglas imperativas establecidas en la ley, carecen de perfección conforme a las normas previstas para garantizar la defensa del interés general o de orden público, y así, asegurar la protección de un interés privado; es indudable que, atento lo anterior de conformidad con los artículos 2078, 2079 y 2080 del Código Civil del Estado de México, el acto jurídico que adolezca de objeto o de consentimiento, o haya ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición, no es susceptible de valer ni desaparecer por confirmación, cuyos vicios pueden invocarse por todo interesado, a efecto de prevalecerse contra los mismos. En tal virtud, al ser iguales las sanciones para tales actos, por consistir en que no pueden engendrar alguna consecuencia jurídica, pues aunque produzcan provisionalmente ciertos efectos, éstos se retrotraerán al momento en que se declarase judicialmente la nulidad absoluta o la inexistencia, con lo que se destruye el acto de que se trate, tales circunstancias implican que, en la realidad, las diferencias entre nulidad absoluta e inexistencia, son puramente conceptuales y teóricas, de acuerdo con la doctrina. Por lo cual, si el matrimonio es un contrato civil, como así se establece en el párrafo tercero del artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es evidente que las nulidades y las inexistencias de los actos jurídicos pueden afectar el matrimonio, en razón de ser un contrato; y sin embargo, es válido afirmar que el matrimonio como contrato tiene particularidades y efectos, de las que los demás actos jurídicos y contratos no participan y, consecuentemente, las sanciones civiles que se aplicaren, en el caso de nulidad absoluta o de inexistencia, sustraen al matrimonio del régimen general de las nulidades y de las inexistencias, por lo que los hijos habidos dentro de un matrimonio declarado nulo, deben conservar su filiación, según lo estatuye el artículo 326 del Código Civil del Estado de México (*Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, volumen 205-216, cuarta parte, p. 116, reg. digital 239988).

52. Laila Abu Shihab, "Tres hombres se casaron legalmente en Colombia: así es la primera trieja del

o no) se unen legalmente para crear “un régimen de patrimonio especial de trijea”. En nuestro sistema jurídico, este acto no existe, porque no hay una disposición legal que norme la unión entre tres personas para formar un régimen patrimonial ni en matrimonio, ni a través de la sociedad de convivencia; en la ley sólo está previsto el matrimonio entre dos personas, independientemente de su sexo.⁵³ En Ciudad de México, existe la Ley de Sociedad de Convivencia, definida en su artículo segundo como “un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”. De esta manera, en nuestro país el régimen de patrimonio especial de trijea es un hecho imposible jurídicamente, aunque no ilícito, porque no contraría ninguna ley.

Podemos mencionar ejemplos de personas que quieren casarse con bienes⁵⁴ o con animales; incluso, en un futuro no muy lejano, las personas podrán contraer matrimonio con robots (androides).⁵⁵ Si estos casos llegaran a traspasar las fronteras de la ciencia ficción, no podrían ser calificados de ilícitos porque no existe ninguna ley que regule estas conductas. Como mencionamos, para que un hecho se considere posible jurídicamente tiene que existir en una norma positiva que lo tipifique; si no está contemplado en alguna norma, no quiere decir que sea ilícito,⁵⁶ simplemente no es posible jurídicamente.

Ahora bien, podemos afirmar, tomando en cuenta el método exegético de interpretación, que los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, quien no tiene por misión hacer el derecho, porque el derecho ya está hecho. Así llegamos a la tesis de la *plenitud hermética o hermenéutica del derecho*, que explica que “el orden jurídico es pleno y completo. Constituye un todo normativo, un sistema continuo en el que no cabe imaginar fisuras o fallas que impidan regular necesaria y totalmente desde el punto de vista jurídico cualquier conflicto de posible planteamiento”;⁵⁷ de ahí que la función judicial de interpretación sea esencial para el orden jurídico, en virtud del sistema escalonado de las normas y de la imperatividad del derecho.

Si bien es cierto que en la ley pueden existir lagunas, no en el derecho, pues está construido sistemáticamente y se vale de sus otras fuentes para llenar esos posibles vacíos o aplica las normas generales y subsume⁵⁸ en ellas los casos concretos; el juez no podrá, en ningún caso, dejar de fallar acerca de

país”, *CNN*, 13 de junio de 2017. Consultado en <http://cnnespanol.cnn.com/2017/06/13/tres-hombres-se-casaron-legal-mente-en-colombia-asi-es-la-primera-trieja-del-pais>.

53. Artículo 146 del Código Civil para la Ciudad de México: “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”.

54. “Mujer se casa con delfín”, *Emol*, 31 de diciembre de 2005. Consultado en <http://www.emol.com/noticias/internacional/2005/12/31/206453/mujer-se-casa-con-un-delfin-en-israel.html>.

55. “Un ingeniero chino se casa con mujer-robot construida por él mismo”, 20 Minutos/EFE, 3 de abril de 2017. Consultado en <http://www.20minutos.es/noticia/3002387/0/boda-mujer-robot-yin-gying-zheng-jiajia/>.

56. Lo ilícito va en contra de lo que dicta una ley o norma jurídica.

57. Julián Calvo, *La plenitud del ordenamiento jurídico penal*, México, UNAM-Facultad de Derecho, 2004, p. 3.

58. La subsunción lógica es aplicar a las sentencias jurídicas el silogismo jurídico: la premisa mayor es la ley; la premisa menor, el hecho por juzgar; la conclusión, el fallo o la sentencia.

las cuestiones sometidas a su conocimiento invocando el silencio, la oscuridad o la falta de norma aplicable al caso. Desde el punto de vista hermético, los argumentos anteriores relacionados con la imposibilidad jurídica del hecho serían inválidos, pues absolutamente todo en la realidad está contemplado en el derecho; en consecuencia, no existen actos jurídicamente imposibles, porque el derecho positivo lo es todo.

6.3 La solemnidad

La solemnidad es un elemento esencial especial, ya que sólo participa en aquellos actos donde la ley lo demanda explícitamente. La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita, pero esto no quiere decir que las partes de un contrato puedan optar por cualquiera de las dos opciones, más bien deben atender lo señalado por las disposiciones legales para determinar cuál es el medio legal para que una voluntad se manifieste adecuadamente.⁵⁹

Ahora bien, "la importancia social o económica de ciertos actos impone la necesidad de celebrarlos con determinados ritos, que son condición de su existencia".⁶⁰ Gutiérrez y González expone que "la solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto".⁶¹ El efecto de este rito o acto formal es dar existencia al acto jurídico; ante su falta, por ministerio de la ley, la voluntad de los que pretendan contratar no produce los efectos deseados y sus voluntades no alcanzan el rango de acto jurídico. Los contratos solemnes, entonces, se otorgan ante funcionarios públicos, porque así lo indica la ley.

En palabras de Domínguez Martínez,

la solemnidad participa en los menos de los actos y de los negocios; los casos son contados, pero son al mismo tiempo de una trascendencia considerablemente mayor que la de los negocios únicamente formales. En efecto, el matrimonio es el acto idóneo para la formación del núcleo familiar; el reconocimiento de un hijo permite nada menos que fijar la filiación entre reconociente y reconocido, como un cúmulo de consecuencias extraordinariamente importante pues con ello el segundo sujeto tiene definida su genealogía, y el testamento es el único medio ofrecido por el sistema legal para que la persona disponga lo conveniente en su concepto de relación con su patrimonio para cuando fallezca.⁶²

59. Domínguez M., *Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. Porrúa 2000, pp. 552-553.

60. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 77.

61. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 295.

62. Domínguez M., *Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. Porrúa 2000, p. 51.

VII

Elementos de validez del contrato

La validez consiste en la idoneidad de un contrato en el momento de su celebración, la cual permitirá producir los efectos jurídicos acordados por las partes.¹ Los elementos de existencia constituyen la estructura que debe tener; para producir sus efectos, son necesarios los elementos de validez. El artículo 1795 del CCF señala los motivos por los que un contrato puede ser inválido;² nos basamos en su contenido para elaborar el mapa 8 "Elementos de validez del contrato" (p. 156) y enlistar los requisitos de un contrato válido, los cuales explicaremos a fondo durante ese capítulo:

1. Que las partes que intervienen en el contrato cuenten con capacidad para realizarlo.
2. Que el consentimiento sea libre, es decir, que no sea expresado por presión o equivocación.
3. Que el objeto, motivo o fin vayan en el mismo sentido que la ley y las buenas costumbres.
4. Que la voluntad se manifieste de acuerdo a lo que dicta la ley.

86

86

7.1 La capacidad

El consentimiento debe formarse por manifestaciones de voluntad correspondientes a personas capaces. Entendemos por *capacidad* la aptitud que la ley reconoce a las personas para ser sujeto de derechos y obligaciones, y para ejercitar los mismos; en ese sentido, identificamos dos grados de capacidad, la de goce y la de ejercicio.

La primera es ejercida por todos los hombres, pues representa un atributo de la personalidad.³ El CCF en su artículo 22 señala que toda persona sin excepción, desde el momento en que es concebida hasta su muerte, tiene la capacidad de goce, pues se trata de una cualidad inherente a su valor y dignidad.⁴

La segunda se refiere a la aptitud para hacer valer los derechos y asumir deberes jurídicos.⁵ Implica la posibilidad de participar directamente (sin necesidad de representantes) en actos jurídicos, como los contratos. La capacidad

1. Galindo G., "Validez", en *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, pp. 3218-3219.

2. "El contrato puede ser invalidado: I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II. Por vicios del consentimiento; III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece".

3. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 122.

4. Sánchez M., *op. cit.*, p. 46.

5. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 392.

de contratar pertenece a la capacidad de ejercicio; entonces, de la capacidad de ejercicio que gozan los sujetos depende la validez del contrato.

Las sociedades (personas morales) también tienen capacidad de goce, porque pueden establecer cualquier clase de contratos y de declaraciones jurídicas que estén dentro del objeto social; pueden no sólo asumir las obligaciones que de ellos resulten, también adquirir los derechos correspondientes. Todas las actividades de la sociedad tienen que cumplir con la finalidad social para la que se constituyó; en ese sentido, y como lo refiere Domínguez Martínez, es normal que para evitar complicaciones al momento de celebrar el contrato social se establezca dentro del objeto que, además de todas las actividades y actos tendientes a la consecución del objeto social, también podrán realizarse "toda clase de operaciones mercantiles, financieras o industriales que se refieran directa o indirectamente a la conservación del objeto social".⁶

Para su actuación jurídica, las personas morales requieren, como en el caso de personas físicas disminuidas en su inteligencia, de una persona física con capacidad de ejercicio que la represente legalmente. Nos referimos a los representantes de las personas morales, quienes obran como sujetos externos independientes y ajenos a ella; mediante su intervención se subsana la falta de capacidad de las sociedades, porque generalmente son entes no físicos. La sociedad establece relaciones con el mundo exterior, con terceros, mediante sus órganos; por eso, todos los actos realizados por los órganos, como la asamblea, son propios de la sociedad.

87

87

7.1.1 La incapacidad

En ocasiones, la ley establece que determinadas personas no pueden tener ciertos derechos (incapacidad de goce) o no pueden ejercitarlos por sí solos aun teniéndolos (incapacidad de ejercicio). En pocas palabras, la incapacidad se traduce en privar de algunos derechos a algunas personas.⁷

La incapacidad de goce implica que un derecho concedido a la generalidad de las personas le sea negado a cierta categoría de ellas. Entre los ejemplos más comunes encontramos los ministros de culto para heredar por testamento⁸ o la imposibilidad de los extranjeros de adquirir propiedad de tierras y aguas en todo el país, porque así lo dicta la ley;⁹ en este último caso, hablamos de incapacidad parcial de goce.

6. Domínguez M., *Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. Porrúa 2000, p, obra, p. 289.

7. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 384.

8. En el artículo 130 de la CPEUM se lee: "Los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquellos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado".

9. Según el artículo 27 de la CPEUM: "Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas [...]. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas".

En cambio, la incapacidad de ejercicio existe cuando ciertos sujetos no pueden hacer valer por sí mismos sus derechos y se exige que sus actos sean realizados por una persona con de plena capacidad de obrar con el propósito de protegerlos, pues podrían ser víctimas por minoría de edad, locura, adicciones o imposibilidad de comunicar su voluntad.¹⁰ La ley toma en cuenta el grado de madurez mental de los sujetos para dotarlos gradualmente de capacidad para actuar o, por el contrario, para considerarlos no aptos para manejarse por sí solos en la vida jurídica.¹¹ Un menor de edad, por ejemplo, podrá ejercer ciertos actos jurídicos que impacten poco en su patrimonio; posteriormente, al cumplir la mayoría de edad, contará con autosuficiencia para proceder sin impedimentos en todos los actos.

Existen dos clases de incapacidad de ejercicio:

a) General: el artículo 450 del ccf enuncia quiénes son sujetos de incapacidad natural y legal.¹² Estas personas, denominadas *incapaces*, podrán ejercer sus derechos por medio de un representante legal, sus padres o un tutor.¹³

b) Especial: la ley prohíbe a algunas personas ejercitar ciertos actos, incluso si cuentan con lucidez o madurez mental. Pérez Fernández del Castillo explica que esta incapacidad aplica cuando personas mayores de edad, que no se encuentren en los casos marcados por el artículo 450 del ccf, se ven impedidas de actuar por la relación que tienen con una persona o con una situación particular. Para ejemplificar, el artículo 159 del ccf: "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela"; el artículo 176 del mismo ordenamiento: "El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes"; o el artículo 12 del cco, el cual indica que "los corredores", "los quebrados que no hayan sido rehabilitados" y "los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión [...] a partir de que cause ejecutoria la sentencia respectiva y hasta que se cumpla la condena" no pueden ejercer el comercio.

La capacidad y la incapacidad de ejercicio nacen en el ordenamiento legal, por lo que no pueden ser objeto de regulación convencional: la voluntad de los particulares no puede capacitar o incapacitar a alguien.¹⁴ En la contratación, según el artículo 1798 ccf, "son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

10. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 144.

11. Domínguez M., *Derecho civil. Contratos*, p. 167.

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

13. Artículo 23 del ccf.

14. Domínguez M., *Derecho civil. Contratos*, p. 191.

Ahora bien, la sanción por incapacidad de goce, la cual protege intereses colectivos, es la **nulidad absoluta**; para incapacidad de ejercicio, la cual protege intereses particulares, es la **nulidad relativa**.¹⁵

7.2. La ausencia de vicios de la voluntad

Podemos referirnos a los vicios de la voluntad como vicios del consentimiento toda vez que el consentimiento está formado por dos voluntades, la del oferente y la del aceptante. La voluntad es libre de vicios cuando se declara con plena conciencia de la realidad y con absoluta libertad y espontaneidad; en cambio, si un individuo “manifiesta su intención de celebrar el acto jurídico, sólo porque su decisión ha sido desviada por causas extrañas, sin las cuales el contrato no se habría realizado”,¹⁶ el consentimiento está viciado.

El vicio es la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución: cuando un elemento de existencia se presenta de manera imperfecta, está viciado.¹⁷ Según el artículo 1812 del ccf, “el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”.

El error, el dolo, la mala fe, la violencia y la lesión han sido catalogados como vicios;¹⁸ sin embargo, Domínguez Martínez explica que el dolo y la mala fe son agentes del error y sólo este último es vicio; la violencia no es vicio, sino el miedo que provoca, de tal manera que la violencia es para el miedo como vicio, lo que es el dolo y la mala fe para el error.¹⁹ Para el caso de la lesión, el mismo autor argumenta que tiene un trato aparte. Ahora bien, la nulidad fundada en error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, puede demandarse por quien ha sufrido esos vicios o se ha perjudicado por la lesión (se señala independientemente porque no es considerada un vicio).²⁰ Cuando una persona ha sido violentada físicamente o con amenazas, experimenta miedo, el cual provoca el sometimiento de la voluntad; de esa manera, los únicos vicios de la voluntad son el error y el miedo.

7.2.1 El error

El error es una concepción falsa de la realidad contractual, provocada por dolo o mala fe. Conlleva falta de conciencia por parte del contratante afectado respecto de los términos y alcances de lo que contrata. Es importante puntualizar que no todo error tiene trascendencia para el derecho.²¹

15. Bejarano S., *op. cit.*, 1998, p. 125.

16. García Rendón, *op. cit.*, p. 90.

17. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 327.

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

19. Domínguez M., *Derecho civil. Parte general*, p. 592.

20. *op. cit.*, p. 49.

21. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 91.

El error no debe confundirse con la ignorancia, la cual se explica como ausencia de conocimiento. El primero, en cambio, nace de la discrepancia entre la realidad y el pensamiento. A continuación, explicamos los diferentes tipos de error.²²

El error de hecho recae sobre situaciones objetivas relacionadas con los sujetos o con los objetos receptores de los efectos del contrato. Se distinguen tres grados de errores de hecho, clasificados según la naturaleza de sus efectos sobre la eficacia de la voluntad jurídica: obstáculo, error-nulidad y error indiferente.

El obstativo consiste en una divergencia inconsciente entre la voluntad y su declaración, que impide la reunión de las voluntades. Recae sobre un aspecto tan importante y trascendente que obstaculiza la integración del consentimiento; ya sea en la identidad de la persona (en ese caso, es necesario que el contrato sea *intuitu personae*); en la identidad del objeto-bien (error *in corpore*), cuando, por ejemplo, una persona dueña de dos cosas semejantes cree vender una y el comprador cree comprar la otra; o en la naturaleza del contrato (error *in negotio*), cuando, por ejemplo, una de las partes entrega la cosa pensando que es un préstamo, mientras que el receptor cree que es una donación.

El error-nulidad o error-vicio vicia únicamente la voluntad por afectarla considerablemente, mientras que el obstativo la destruye por existir discrepancia entre la misma voluntad y la declaración: "la voluntad existe y corresponde a la declaración; sin embargo, la voluntad está viciada en su formación y el error, en este caso, es un vicio de la voluntad".²³ Este error es de menor trascendencia que el primero. Puede recaer en la sustancia del bien, aquella que las partes han tenido en mira como esencial en un negocio, sin la cual no hubieran contratado; se requiere que exista una falta de acuerdo entre lo querido y lo obtenido de tal magnitud que modifique considerablemente la calidad del bien y que, de haberse conocido, el contrato no se hubiera celebrado. También puede recaer sobre las cualidades de la persona, lo cual implica una equivocación en torno a características y cualidades personales, que a su vez influirá el carácter *intuitu personae* del contrato.

El error indiferente no recae sobre el motivo determinante de la voluntad porque no afecta ni las cualidades sustanciales del objeto ni las cualidades de la persona. Sánchez Medal explica que "radica en contratar bajo condiciones menos onerosas o desfavorables de las que se pensó, sin llegar al extremo de no haber contratado si se hubieran conocido".²⁴ Abarca el error de cálculo y el de cuenta:²⁵ el primero versa sobre los beneficios o perjuicios obtenidos realmente de los que se pensaron producir en un principio, durante la celebración del contrato (esa diferencia es mínima o insignificante); el segundo consiste en el resultado equivocado obtenido de operaciones matemáticas.

22. Recomendamos revisar el mapa 9 "El error como vicio de la voluntad" (p. 157).

23. Domínguez M., *op. cit.*, p. 597.

24. Sánchez M., *op. cit.*, p. 53.

25. Aunque algunos autores separan el error indiferente del de cálculo, consideramos mantenerlos juntos, pues el error de cálculo puede rectificarse, es decir, no provoca la nulidad del contrato.

El segundo tipo de error es el de derecho, que afecta la existencia o la interpretación de las normas jurídicas. Existe cuando las partes o una de ellas tienen una concepción equivocada sobre alguna norma aplicable al contrato.²⁶ El error de hecho recae sobre algún elemento interno del negocio; el de derecho, en cambio, sobre el contenido de la disposición legal ignorada o interpretada equivocadamente, un aspecto ajeno al mismo, aunque relacionado.²⁷

Por último, distinguimos el error que recae sobre el motivo determinante de la voluntad: "afecta una de las voluntades intervinientes en el otorgamiento de un negocio jurídico, de tal manera que si su titular hubiere tenido conciencia de la realidad no hubiere otorgado aquél";²⁸ tiene como consecuencia la invalidez del contrato. Según el artículo 1813 del ccf: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa". La causa (errónea) tiene que estar expresada en las cláusulas del contrato para que pueda ser materia de prueba, justificarse con base en presunciones humanas y conocer con certeza cuál fue el supuesto falso motivador de la celebración.²⁹

El error puede ser generado de manera fortuita y espontánea, se mantiene en aquel que lo padece y se deriva de la equivocación propia de la víctima; también puede ser inducido por alguien que tiene interés de explotar a otro, valiéndose de artificios como el dolo o la mala fe.

91

91

7.2.1.1 El dolo y la mala fe

Uno de los contratantes puede caer en el error porque el otro contratante lo indujo o bien porque una persona ajena al contrato generó el error. El artículo 1815 del ccf explica el dolo en los contratos como "cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes", y la mala fe como "la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido". Según lo anterior, se desprenden dos maneras de identificar el dolo:³⁰

- a. Cualquier sugestión o artificio que se emplee para *inducir* a error.
- b. Cualquier sugestión o artificio para *mantener* en el error a alguno de los contratantes.

26. Borja Soriano opina que este error es la falsa opinión que tiene un contratante sobre una regla jurídica o sobre su interpretación a consecuencia de su ignorancia (*Op. cit.*, p. 119).

27. Domínguez M., *Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. Porrúa 2000, p. 601.

28. Domínguez M., *Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. Porrúa 2000, p. 603.

29. Domínguez M., *op. cit.*, p. 604.

30. De acuerdo al análisis que hace Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 354-357.

En el segundo tipo existe la simulación de no conocer la realidad de la circunstancia, como sucede cuando se trata de mala fe, entonces, correspondería más bien a un tipo de mala fe. Para Gutiérrez y González, las "maquinaciones" se emplean para inducir al error (dolo), mientras que los "artificios" corresponden a la disimulación (mala fe); por tanto, *disimular* y *mantener* son equivalentes.

Para mayor claridad, nos basamos en las definiciones que la RAE propone para las siguientes palabras, ya que el artículo 1815 puede resultar confuso.

- *Sugestión*: dominar la voluntad de alguien, llevándolo a obrar en determinado sentido.
- *Artificio*: disimulo, cautela, doblez.
- *Inducir*: provocar o causar algo.
- *Mantener*: proseguir en lo que se está ejecutando.
- *Disimular*: ocultar, encubrir algo o fingir ignorancia o desconocimiento de algo.

Lo anterior nos lleva a concluir que el dolo debe ser entendido exclusivamente cuando hablamos de inducir al error, mientras que la mala fe conlleva mantener en el error.

Podemos definir el dolo como una actitud activa y malévolamente porque implica la intención de aprovecharse de la otra parte. Diferenciamos dos clases: el bueno y el malo.

Según Sánchez Medal,³¹ el dolo bueno consiste en una pequeña astucia para exagerar las cualidades o el valor de una cosa, usada generalmente por los comerciantes. No tiene trascendencia jurídica, ya que engendra un error indiferente e insignificante y no provoca la nulidad del contrato. En ocasiones, sí puede constituir, frente a terceros, un elemento que denigra la competencia leal y la ética de publicidad en razón de los consumidores.

Por su parte, el dolo malo sí genera efectos jurídicos. Dependiendo de la materia, puede ser penal o civil.³² El primero produce

un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su mutación), con consciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere o consiente.³³

El segundo agrupa un conjunto de maquinaciones empleadas para incitar al error y empujar a la víctima a dar su voluntad en situación desventajosa en la celebración de un acto jurídico; a su vez se divide en:

31. Sánchez M., *op. cit.*, p. 57.

32. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 358.

33. Luis Jiménez de Asúa. Tomo V Tratado de Derecho Penal. p. 427.

1. Dolo principal (o determinante): recae sobre la causa o el motivo determinante de la voluntad de los contratantes, induce a una persona a celebrar un contrato que de otra manera no hubiera celebrado y provoca la nulidad. Según el artículo 1816 del ccf: "el dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico".
2. Dolo incidental: afecta aspectos que empujan a un contratante a contratar sólo en condiciones menos favorables o más onerosas (error indiferente). Si bien, ya tenía la idea de contratar, gracias a esas maquinaciones cae en una situación de desventaja, por lo que el contrato sigue existiendo.
3. Silencio o reticencia: puede ser equiparado al dolo; existe cuando una de las partes falta al deber de informar plenamente al otro contratante sobre hechos o circunstancias importantes, cuyo conocimiento pueda determinarlo a desistir o no de la celebración del contrato.

Ahora bien, las personas que pueden inducir al dolo son:

- a) El cocontratante, es decir, una de las partes.
- b) Ambas partes, lo que causa un dolo recíproco, por lo cual ninguna de ellas puede indemnizar a la otra (artículo 1817 del ccf).
- c) Un tercero, que puede ser no conocido o ignorado por la parte que se beneficia; en este caso, el contrato no se anula porque el beneficiado no participa en la conducta ilícita, sólo vicia el consentimiento cuando provoca en la otra parte un error-nulidad que ha sido la causa determinante del contrato.³⁴ Asimismo, puede tratarse de un tercero conocido por la parte que se beneficia; en este caso, se genera nulidad porque la parte se aprovecha del error: aunque no realiza ninguna sugestión o maquinación, está enterado de la conducta y de los resultados que obtendrá (artículo 1816 del ccf).

El dolo también puede clasificarse según el momento en que nace. Gutiérrez y González³⁵ explica que es *coetáneo* cuando la persona emplea sugestiones para hacer caer en el error a la otra durante la integración del consentimiento, lo que genera, a favor de la víctima, la nulidad. Por otra parte, es *posterior* cuando se genera durante el cumplimiento del contrato, después de su nacimiento, para evitar cumplirlo o hacerlo imposible; en este caso, procede la rescisión del contrato o la indemnización al afectado por no ejecutar lo pactado.

7.2.2 El miedo

El artículo 1819 del ccf expone lo siguiente: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la

34. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 116.

35. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 362.

libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado". Como se apuntó anteriormente, se ha considerado la violencia como vicio de la voluntad; sin embargo, lo que genera el vicio es el miedo provocado por ésta.

El miedo, entonces, se refleja cuando una persona se ve obligada a celebrar el contrato para evitar un futuro difícil y supuestamente inminente; al respecto, Carmen García Mendieta lo explica como " la perturbación del ánimo que puede tener diversos grados, desde el simple temor hasta la angustia insuperable, provocada por una causa exterior al sujeto que la padece o por una cuestión imaginaria, es el mecanismo deformativo o desviatorio de la libre voluntad del sujeto".³⁶ Desde nuestra perspectiva, el "simple temor" no se equipara con el miedo, el cual representa una verdadera perturbación en el actuar libre del sujeto, y está compuesto por la inquietud mental; la amenaza de un futuro malo e inminente; la trascendencia y la magnitud del daño que ese mal puede causar; el constreñimiento (ejercer fuerza o violencia) de la voluntad.³⁷

7.2.2.1 El temor

El temor puede explicarse como la presunción o sospecha de un mal lejano. Genera perturbación, la cual no llega a provocar angustia o alteración de la voluntad; de ahí que no represente una verdadera inquietud y no se le considere un vicio de la voluntad. En otros términos, podría traducirse como la sensación producida por ciertas precauciones, que quedan fuera del alcance de la ley, al momento de celebrar un contrato. Distinguimos tres tipos:

- Fortuito: determina a una persona a otorgar o no un acto jurídico por la inquietud de la posible escasez o necesidad futura. Es indiferente al derecho, ya que no invalida el acto: la persona es libre para apreciar y juzgar por sí misma la circunstancia de su propio temor.
- Reverencial: una persona puede decidir celebrar o no ciertos actos por temor a generar desagrado o enojo en la contraparte, una persona a quien admira o respeta por tener una relación moral o de obediencia (familiares, jefes, socios). No cuenta con la fuerza suficiente para viciar la voluntad y atacar la validez de un negocio jurídico, excepto si va acompañado de amenazas o abusos sobre ciertos derechos. El artículo 1820 del ccf dicta: "El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento".
- Causado por la advertencia de un derecho a ejercitar: implica la inquietud mental por la advertencia de ser sujeto a un procedimiento legal, respaldada sobre un derecho válidamente ejercitable que no provoca

36. Carmen García Mendieta, "Miedo", en *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, pp. 2126-2127.

37. Sugerimos revisar el mapa 8 para mayor comprensión sobre estos términos (p. 156)..

vicios en la voluntad de la persona que lo padece. No lesiona la validez del contrato en el que participa.³⁸

Contrario al temor, el miedo produce una inquietud significativa e implica un vicio de la voluntad, pues obliga a quien lo padece a tomar la decisión de celebrar el negocio planteado, el cual no habría realizado.

7.2.2.2 La violencia

El miedo nace a través de la violencia física o moral ejercida sobre la víctima. Domínguez Martínez menciona que la violencia

comprende todas aquellas amenazas o vías de hecho que son idóneas para inspirar miedo por un mal grave, inminente e injustificado, que constriñen la voluntad de la víctima de ellas, obligando en consecuencia a celebrar un negocio jurídico, cuyo otorgamiento no se hubiera aceptado de haber tenido libertad de decisión, pudiendo ser de tal magnitud las vías de hecho, que por implicar una fuerza irresistible sobre aquel de quien se pretende tal celebración, erradiquen cualquier manifestación de voluntad, aun en su mínima expresión.³⁹

Por sus características vicia la voluntad de quien lo sufre y, en consecuencia, ataca y afecta la validez del negocio en el que aparece, que tiene como agentes la violencia física y moral. Se distinguen los siguientes tipos de violencia:

- a) Física (absoluta): fuerza física irresistible, que se traduce en una plena ausencia de la voluntad de quien la sufre.
- b) Intimidatoria (compulsiva): desvía la voluntad a través de la amenaza de un mal, con lo cual quien la padece acepta celebrar el contrato. En este contexto, hay dos opciones a elegir: aceptar las intenciones de quien ejerce la violencia o padecer el mal objeto de la amenaza.
- c) Moral: basada en la amenaza de un mal que alcanzará al amenazado si no realiza el acto, opera psicológicamente y genera un estado de libertad incompleta en la persona, pero no suprime la voluntad, ya que siempre es posible la elección entre el mal amenazado y la declaración.⁴⁰

Por otra parte, se habla de *miedo trascendente* cuando los actos de violencia afectan a un tercero en proporción al miedo que se logre difundir en quien se pretende sea el autor del negocio (por ejemplo, ejercer violencia en contra de familiares queridos).

El dolo y la violencia son acciones antijurídicas y culpables, que derivan en un hecho ilícito cuando se suma la existencia de un daño a la víctima; en ese caso, el causante queda obligado a su indemnización.⁴¹

38. Domínguez M., *Derecho civil. Contratos.*, p. 609.

39. Domínguez M., *op. cit.*, p. 611.

40. Domínguez M., *Derecho civil. Contratos.*

41. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 120. // Recomendamos revisar el mapa 10 "El miedo, la violencia y

7.3 La forma legal

Actualmente se exige, por interés público, dotar de seguridad y precisión a la mayoría de los actos jurídicos; en ese sentido, nuestro CCF señala en su artículo 1796 que "los contratos se perfeccionan por el **mero consentimiento**, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley".

De lo anterior, se deriva que el principio del código es consensualista, porque no exige una forma determinada, a excepción de que así se exprese, como lo indica el numeral 1832 del mismo ordenamiento: "en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley".

Tenemos que la forma, como menciona Ortiz Urquidí,⁴² es la manera como se realiza un negocio jurídico: cómo se plasma la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley. Engloba los elementos sensibles que resisten exteriormente las conductas que tienden a la creación, transmisión, conservación, modificación o extinción de derechos y obligaciones, cuya validez, total o parcial, depende de la observancia de esos elementos, de acuerdo a lo que exija la ley.⁴³

Sobre la confusión entre los términos *forma* y *formalismos*, Pérez Fernández del Castillo⁴⁴ explica que la forma es parte del consentimiento, mientras que los formalismos son las normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes que señalan cómo debe exteriorizarse la voluntad para que el acto jurídico sea válido y cambian de acuerdo a las técnicas legislativas. Por su parte, Bejarano menciona que "la forma sigue siendo un forzoso requisito externo de los actos jurídicos, ya que es necesario crear un medio de prueba del acto para evitar simulaciones, suposiciones y fraudes; su objetivo, entonces, es conferir autenticidad a los actos jurídicos".⁴⁵

De acuerdo a la manera como se celebran los negocios, pueden clasificarse en:

- a. Consensuales: para su validez no se requiere ninguna formalidad; por tanto, toda manifestación de voluntad, ya sea verbal, por escrito, por señas o a través de actos que presuman voluntad, es aceptada.⁴⁶
- b. Formales: es necesario que se celebren de acuerdo a los formalismos que la ley ha establecido expresamente; pueden ser escritos, mediante documento privado o un instrumento público, y verbales, a través del lenguaje oral.
- c. Solemnes: deben cumplir con una formalidad especial y por escrito, ante un funcionario público y bajo la sanción de inexistencia si no se cumple.

el temor" (p. 157).

42. En Bejarano S., *op. cit.*, 1998, p. 81.

43. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 301.

44. Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p.

45. Bejarano S., *op. cit.*, 1998, p. 84.

46. Domínguez M., *op. cit.*, 2000, p. 553.

Los contratos que nos interesan son los formales, pues se llevan a cabo conforme lo marca la ley. La formalidad es considerada un requisito de validez: si no se acata la forma exigida, el contrato existirá, pero no causará efectos y podrá ser anulado. Así lo indican el artículo 1833 del ccf: "Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal"; y el artículo 2228: "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

Si la ley determina que un contrato debe cumplir con una forma y ésta no se satisface, existe y tendrá valor mientras alguna de las partes no impugne su validez; estará afectado de nulidad relativa, toda vez que puede convalidarse al realizarse con la forma omitida: "Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley".⁴⁷

Algunos ejemplos de contratos cuya forma es exigida por la ley son el de sociedad, que debe constar por escrito y en escritura pública cuando alguno de los socios aporte bienes (artículo 2690 del ccf); el de aparcería rural, tiene que celebrarse por escrito, en dos ejemplares (artículo 2740 del ccf); así como el de donación de bienes inmuebles, que también deberá contar por escrito (artículo 2342 del ccf).

97

97

7.4 La licitud en el objeto-hecho, motivo o fin

La licitud representa un elemento de validez decisivo en la celebración de contratos. Además de los tres elementos de validez anteriores, es indispensable que el objeto y el fin sean lícitos, que tanto a lo que se obligó como el porqué de su proceder no quebranten una prohibición o un mandamiento legal.

Según el ccf, en su artículo 1795, el contrato puede ser invalidado "porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito"; y en su artículo 2225: "la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley".

El derecho concede a los particulares el ejercicio de su voluntad autónoma, con lo que gozan de cierta libertad de acción, que tiene por límite la ley. El fin y las condiciones que se imponen en la celebración de un contrato no deben contradecir disposiciones de orden público ni las buenas costumbres.

47. Artículo 2232 del ccf.

7.4.1 El objeto-hecho

Cuando explicamos el objeto material como elemento de existencia del contrato, identificamos que puede ser 1) el dar un bien o 2) la conducta de hacer o no hacer (abstención). En este apartado, al hablar del objeto nos referimos únicamente a la prestación o la abstención del hecho, como lo marca el numeral 1827 del CCF: "El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser [...] lícito".

La conducta del deudor no puede, en ningún caso, contrariar el orden público y las buenas costumbres. Por su parte, el objeto-bien debe tender a la posibilidad jurídica; como ya lo expusimos antes, debe ser determinado o determinable en cuanto a su especie y calidad. De lo anterior, podemos concluir que la licitud sólo puede estar relacionada con la conducta humana, es decir, con un hacer o no hacer, debido a que los bienes únicamente se califican como posibles. Ahora bien, el hecho ilícito se realiza efectivamente: aunque violando la ley o la moral, vedado o reprobado, es posible.⁴⁸

7.4.2 El fin o motivo

Es fundamental identificar que el objeto es distinto del fin o motivo del contrato; Bejarano⁴⁹ explica que ni la prestación ni la intención que anima a los contratantes debe conculcar las reglas jurídicas que confieren sustento al orden y a la paz de la comunidad u ofender sus sentimientos morales; así lo expone el artículo 1831 del CCF: "el motivo o fin determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres".

Además, argumenta que el acto de voluntad no obedece a un motivo determinado, sino a un conjunto de móviles de diversa importancia, que explica la decisión de obrar, aunque entre ellos se identifique uno principal, el cual representa la razón impulsora fundamental de la celebración del acto y constituye precisamente el motivo de la acción, que es diferente en cada caso.

Según la RAE, *causa* es "aquello que se considera como fundamento u origen de algo" (causa eficiente).⁵⁰ La causa referida a las obligaciones de cada una de las partes puede ser:

- Una contraprestación a cambio de un desplazamiento patrimonial.
- Una interdependencia entre dos obligaciones simultáneas.
- El fin o motivo que ha tenido en cuenta el autor o los autores de un acto jurídico para contraer determinada obligación (causa de la obligación).

Para explicar la causa, existen dos posturas. La teoría clásica de la causa (causalista), desarrollada por autores como Jean Domat, Robert Joseph Po-

48. Borja Soriano, *op. cit.*, p. 146.

49. Bejarano S., *op. cit.*, 1998, p. 133.

50. Galindo G., *op. cit.*, 1996, p. 149.

thier y Charles Demolombe. Domat señaló que, en los contratos onerosos, la obligación de uno es el fundamento de la del otro y que la obligación en favor de uno de los contratantes tiene siempre su causa en la otra de su contraparte; en los contratos gratuitos, en los que sólo “se hace o se da”, no hay una conexión recíproca ni de equivalencia en las prestaciones. El mismo autor puntualizó que el fundamento recae sobre un motivo razonable y justo y que ese motivo hace las veces de causa.⁵¹

Por su parte, Pothier continuó esta corriente y con sus estudios inspiró el Código francés, que incluye como requisito esencial para la validez de un contrato, además del consentimiento, la capacidad y el objeto, la causa como un elemento autónomo y distinto, estableciendo que la obligación sin causa no produce ningún efecto. Este último identifica en todo acto jurídico la intervención de dos causas:

A. Causa final: determina esencialmente al contratante a obligarse, es el fin directo e inmediato que se propone alcanzar. Siempre es la misma en los contratos idénticos; por ejemplo, en los contratos sinalagmáticos la obligación de cada parte tiene por causa la obligación de la otra. Manuel García Rendón la asocia con el *cur debeat* ('por qué debo').⁵²

B. Causa impulsiva: induce a cada una de las partes a contratar; cuenta con posibilidades infinitas, porque es variable en cada contrato.⁵³ Es un elemento exterior al contrato, relativo y personal a cada uno de los contratantes.

Lo que determina la validez del acto jurídico es la causa final, pues es indiferente que la causa impulsiva sea frívola o seria, lícita o ilícita.

Henri Capitant es el defensor más reciente de la teoría causalista. Sostiene que la persona que se obliga a otra se propone alcanzar un fin por medio de la obligación,⁵⁴ mismo que forma parte de la manifestación de voluntad creadora de la obligación. El objeto de voluntad se compone de dos elementos: el consentimiento (el hecho de prometer u obligarse) y la consideración del fin por alcanzar mediante la promesa.

El motivo es la razón contingente subjetiva (variable en cada individuo) que determina a una persona celebrar un contrato. Los causalistas afirman que la causa es el fin inmediato y directo que persigue el que se obliga: el fin jurídico o abstracto de la obligación.

Por otra parte, la teoría anticausalista fue desarrollada por Planiol,⁵⁵ Ernst y Laurent. Sostiene que la teoría causalista implica una imposibilidad lógica: al derivarse las dos obligaciones de un mismo contrato, nacen a un mismo tiempo, por lo que es imposible que cada una de ellas sea causa de la otra, en el entendido de que el efecto y su causa no pueden ser exacta-

51. Sánchez M., *op. cit.*, p. 70.

52. García Rendón, *op. cit.*, p. 39.

53. Borja Soriano, *op. cit.*, p. 159-160.

54. *Ibidem*, p. 162.

55. Planiol en García Rendón, *op. cit.*, p. 40-41.

mente contemporáneos; además, en los contratos a título gratuito, si el espíritu de libertad es considerado como causa de la obligación del donante, independientemente de las motivaciones que lo hayan podido determinar, se está emitiendo una opinión vacía sin sentido. Señala que la teoría clásica es inútil porque la causa no es un elemento distinto e independiente de los otros elementos del contrato, ya que cuando todos los elementos del contrato existen, existe también la causa, y cuando falta la causa, es que falta por lo demás otro elemento del contrato.

Según la teoría de Duguit, la declaración de voluntad está forzosamente determinada por un motivo, el cual debe tener consecuencias sobre el valor y sobre los efectos de la declaración; si por causa se entiende el motivo determinante de un acto de voluntad, hay una causa que tiene una importancia de orden jurídico. Léon Duguit señala que la palabra *causa* no es conveniente porque suscita muchas confusiones, por lo que es más preciso decir *fin* o *motivo determinante de la declaración de voluntad*.⁵⁶

Por otro lado, la tesis de Tena, sostiene que el motivo y el fin determinantes son conceptualmente distintos, aunque ambos son causas del negocio jurídico. El fin determinante consiste en la obtención del resultado económico al que corresponde inmediatamente el negocio, según la función que está llamado a desempeñar; esa función puede estar determinada por la ley, de manera típica, constante y abstracta, o por las partes, de modo atípico, contingente y concreto. Por otro lado, el motivo es "la causa mediata del negocio, es decir, el fin final que las partes se han propuesto al celebrarlo y cuyo conocimiento precisa de una declaración de la voluntad".⁵⁷ Cuando la ley exige que el objeto de la materia sea lícito, la palabra *objeto* debe entenderse en un sentido *lato*, pues incluye tanto el hecho constitutivo a la prestación como sus motivos: así como en la teoría clásica, la causa lícita está comprendida dentro del objeto, por lo que en el objeto ilícito se comprende el motivo ilícito.

Considerando las teorías mencionadas, nuestra postura se basa en la anticausalista: la causa no es un elemento del contrato y queda incluida en el objeto (en el consentimiento); además, distingue claramente entre el objeto-bien y objeto-hecho del contrato, así como el rubro.

Por otro lado, cuando es falso el fin determinante del contrato, éste es anulable a virtud del error o del dolo principal sobre el motivo determinante.⁵⁸ El artículo 1813 del CCF sostiene que "el error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa"; en ese mismo tenor, el artículo 1816 del CCF: "el dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico".

56. Borja Soriano, *op. cit.*, p. 166.

57. García Rendón, *op. cit.*, p. 43.

58. Sánchez M., *op. cit.*, p. 72.

En nuestro derecho, no se considera la causa como un elemento del contrato, ya que la ausencia de causa o la falsa causa originan la inexistencia del objeto-bien o la imposibilidad del objeto-hecho, lo que hace anulable el contrato, como en la existencia de un error, espontáneo o provocado, sobre el fin o motivo determinante del contrato.

El motivo determinante ilícito del contrato también provoca nulidad.⁵⁹ Para que eso suceda, es necesario que las dos partes, y no una sola de ellas, hayan exteriorizado el mismo fin o propósito que se tuvo en cuenta por ambas para contratar.

7.4.3 La licitud

Para que tanto el objeto-hecho como el fin o motivo sean lícitos, tienen que ir en el mismo sentido que marca el orden público y las buenas costumbres; de otra manera, según el artículo 1830 del CCF, "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

El iusnaturalismo define el derecho de acuerdo a parámetros que están fuera del propio orden jurídico; considera que la licitud de una conducta es una variable dependiente del concepto *bien* y, por consiguiente, la ilicitud se determina como un mal. Este planteamiento llegó a cuajar en dos términos: *mala in se*, que alude a un tipo de comportamiento moralmente inadmisibles, cuya ejecución es sancionada por la norma jurídica mediante la imposición de una sanción; y *mala prohibitiva*, un tipo de comportamiento que puede resultar moralmente irrelevante, pero que una vez prohibido por el derecho se establece como obligatorio y su trasgresión acredita la imposición de una sanción.

Según González Ruiz, "la licitud es la calidad de las conductas que cumplen con los deberes prescritos en las normas jurídicas".⁶⁰ Tenemos entonces que la licitud requiere que el hecho se apegue a los que dictan las disposiciones de orden público y las buenas costumbres, mismas que representan límites a la autonomía de la voluntad, pues las convenciones de las partes no las pueden sobrepasar.

La SCJN ha establecido que la **libertad contractual** suele identificarse con la autonomía de la voluntad, la cual encuentra su límite en las leyes de orden público o las buenas costumbres, es decir, en la licitud del objeto.⁶¹ Por tanto, cualquier conducta que se realice en sentido contrario a las leyes⁶² y las buenas costumbres se califica de ilícita; aquí vuelven a surgir los límites a la autonomía de la voluntad, pues el objeto-hecho y el motivo-fin deben ser lícitos con base en esos límites.⁶³

59. *Ibidem*. Sánchez P. 70.

60. Samuel Antonio González Ruiz, "Licitud", en *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, p. 2039.

61. Tesis III.2o.C.151 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, tomo XXXIII, diciembre de 2008, p. 1053, reg. digital 168310.

62. Recordemos que no todas las leyes son de interés u orden público.

63. Sugerimos revisar el tema sobre los tipos de disposiciones normativas, en el capítulo III de esta obra.

Por parte de las normas imperativas propiamente dichas o preceptivas que se manifiestan en la etapa de celebración del *iter* contractual, además de los elementos de existencia, se presentan los elementos esenciales del contrato, mismos que permiten determinar el tipo de contrato. Caber recordar que la ausencia de alguno de los requisitos esenciales no conlleva invalidez del contrato, sino, con base en el **principio de la conservación del contrato**, su transformación en otro contrato típico o en uno atípico, de acuerdo al contenido de las cláusulas; en cambio, la falta de algún elemento de existencia genera inexistencia.

Hasta este momento sólo estamos hablando de los límites a la autonomía de la voluntad en la etapa de celebración, por eso no incluiremos las normas individualizadas, que actúan como límite a la voluntad durante la ejecución. En cuanto a las normas prohibitivas, éstas impiden la realización de la conducta por ser dañina para el orden público, según los fines que la ley se propone defender y de la naturaleza de la violación; la ley varía la intensidad de la sanción contra el acto ilícito.⁶⁴

64. Recomendamos consultar el mapa 11 "Licitud en el objeto-hecho, motivo o fin" (p. 158).

VIII

La ineficacia del contrato

Una vez que el contrato está integrado por los elementos de existencia y de validez, está listo para desplegar sus efectos; sin embargo, pueden surgir las siguientes situaciones: que sea necesario cumplir alguna condición para producir los efectos; que se dejen de cumplir; que no se establezca ninguno de los efectos o sólo alguno de ellos; que se den otros totalmente distintos a los esperados. En todos los casos anteriores, hay ineficacia del acto válido. En general, un acto es ineficaz en tanto no despliegue, ya sea en menor o en mayor grado, los efectos propios del mismo.

Márquez González relaciona la ineficacia con la idea de la carencia de resultados, es decir, que algo no ha producido lo que se esperaba. Asimismo, señala que el contrato ineficaz supone una frustración¹ del propósito deseado y buscado por las partes negociantes, por lo que se vuelve inservible e inútil, por la causa que fuere, para los fines que se creían obtener. Lo anterior no significa que el contrato no pueda producir absolutamente ningún efecto.²

Antes de continuar, hacemos énfasis en que la ineficacia sucede cuando hay problemas en la celebración o en la ejecución. En la doctrina, esos problemas se denominan "causas orgánicas", "causas contemporáneas a la celebración" o "coetáneas que afectan la estructura inicial"; pueden ser: la inexistencia, la nulidad absoluta y la anulabilidad (la nulidad relativa). Las dos últimas generan la ilicitud porque la ley así lo ha establecido.

Proponemos separar la inexistencia de la invalidez, porque para determinar que un contrato es inválido es necesario que exista, que se hayan integrado todos sus elementos de existencia. En ese sentido, podemos plantear que un contrato que existe es inválido, pero no que un contrato inexistente es válido, porque ni siquiera pasó el filtro de la existencia.

Ahora bien, "la ineficacia muestra varios significados: uno amplio, equivalente a la falta o mengua de efectos, comprensivo de distintas eventualidades: inexistencia, invalidez (nulidades, anulabilidad), y uno restringido, ineficacia en sentido estricto: supresión o atenuación de los efectos finales, que, por lo demás, presupone un comportamiento relevante y, además, válido".³

1. Para este autor, la frustración sucede antes de la extinción del contrato y es generada cuando las partes no ven alcanzados sus deseos previstos. Entonces, una de ellas se ve obligada a ejercer la acción destructora del acto (por ejemplo, hacer valer la cláusula de pacto comisorio) y, así, extinguir el contrato.

2. Márquez González hace referencia al criterio de Manuel Albaladejo García, quien sostiene que el negocio jurídico se refugia en el ordenamiento para producir sus efectos peculiares, fin con el que los sujetos realizan negocios concretos, los cuales, sin embargo, no siempre producen los efectos que les son propios; entonces, se les califica de ineficaces, aunque den lugar, como a veces ocurre, a otros efectos distintos de los típicos negociables (José Antonio Márquez González, "La ineficacia de los contratos", *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, 1989, núm. 100, p. 9).

3. Fernando Hinestrosa, "Eficacia e ineficacia del contrato", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1999, núm. 20, pp. 144-145.

8.1 Ineficacia estructural, orgánica, coetánea o contemporánea

Esta ineficacia nace en la creación del acto jurídico, por lo que ataca su estructura orgánica; al respecto, Gonzalo Ortiz Blanco expone que la ineficacia estructural se presenta cuando la carencia de efectos jurídicos es causada por la indebida integración de los elementos o los requisitos del acto jurídico: el acto en su conformación, integración o estructuración es deficiente para la producción de efectos de derecho, porque no hay como tal una conformación del acto o una fuente de consecuencias jurídicas o, en todo caso, la fuente que existe se encuentra afectada por un vicio que impide la producción de efectos y los causados deberán ser destruidos.⁴

8.1.1 La invalidez

A pesar de que el acto logra nacer y conformarse, su estructura adolece de efectos que pueden ser más o menos graves según el elemento o el requisito que se haya omitido. Ortiz Blanco lo explica como una fuente que existe (integrada por sus elementos de existencia o esenciales), pero afectada por un vicio que impide o no la producción de sus efectos, los cuales, en caso de que sí los haya, deberán ser destruidos.⁵ El acto tiene elementos de existencia, pero de manera imperfecta por no reunir los requisitos de validez; de esa manera, no producirá ningún efecto o lo hará provisionalmente, pues serán destruidos de manera retroactiva cuando así lo declare el juez. Dentro de la invalidez incluimos la nulidad (absoluta) y la anulabilidad (nulidad relativa).

8.1.1.1 La inexistencia

En el apartado sobre los elementos de existencia, ya nos habíamos pronunciado al respecto. Vale la pena insistir en el artículo 2224 del ccf: "el acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado".⁶

4. Gonzalo Manuel Ortiz Blanco, "Las categorías de la ineficacia en el derecho civil", *Revista Mexicana de Derecho*, 2006, núm. 8, pp. 87-131.

5. *Ibidem*, p. 100.

6. Cabe mencionar que Bonnacase señala que un acto inexistente (aunque no se le considera acto jurídico, sino un simple hecho material) puede llegar a producir ciertas consecuencias de derecho y expone el ejemplo siguiente: "Quien ha vendido una casa cuando estaba destruida por un incendio, no realizó un contrato de venta, y mejor dicho este contrato es un acto jurídico inexistente por falta de objeto. Pero si el vendedor de la casa destruida incurrió en un fraude para con el comprador y si le ocasionó un perjuicio, impidiéndole, por ejemplo, adquirir otra casa que le ofrecían, este vendedor es responsable, como consecuencia de sus acciones materiales, ante su pretendido comprador. Pero ninguna persona, pretenderá que esta responsabilidad se debe en virtud de un acto jurídico". Al respecto, Márquez González expresa que el acto inexistente no puede llegar a presentar convalidación, ni confirmándolo (renunciando a la facultad de oponer su falta de valor), ni ejercitando la acción de prescripción del mismo, por el transcurso del tiempo o bajo ciertos requisitos: en ningún caso es

El acto no existe por ausencia de algún elemento esencial o de existencia, en consecuencia, no produce efecto alguno: al no existir jurídicamente, es igual a la nada. Cabe recalcar que cuando la falta de un requisito esencial puede entenderse desde dos puntos de vista:

- a) Desde el acto jurídico en sí, cuyos elementos de existencia ya hemos estudiado (consentimiento, objeto y, en algunos casos, solemnidad).
- b) Desde el contrato en especial (cada contrato tiene elementos esenciales; por ejemplo, de compraventa, arrendamiento, comodato, entre otros), lo que ocasiona que se transforme en otro diferente.

Es de suma importancia dejar claro cuáles son los requisitos del acto y cuáles son los del contrato en específico.

Márquez González⁷ incluye la inexistencia dentro de la invalidez, toda vez que ataca de manera radical y extrema los efectos del acto. Sin embargo, no estamos de acuerdo con él, en tanto que la inexistencia implica que no habría repercusiones jurídicas, ya que el acto no ha nacido por falta de uno o todos los elementos esenciales o de existencia. Para que un contrato se considere válido o inválido primero tuvo que haber cumplido con esos requisitos: no podemos hablar de un acto que es inexistente, pero válido; aunque sí podemos afirmar que un acto jurídico que existe sea inválido, es decir, si es inválido es porque existe.

105

8.1.1.2 La nulidad

También llamada *nulidad absoluta*, se origina con el nacimiento del acto, cuando éste tiene un objeto imposible o ilícito, va en contra de una norma imperativa o prohibitiva (normas de orden público) y no produce efecto legal alguno. Así lo indica el artículo 8 del CCF: "los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

Es diferente a la inexistencia, porque la nulidad permite que el acto genere todos sus efectos mientras no sea destruido, según el artículo 2226 del mismo ordenamiento: "la nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción".⁸

De este artículo se concluye que la nulidad absoluta puede invocarse por cualquier interesado y que no desaparece porque una de las partes convalide el acto ni, mucho menos, por prescripción (caducidad): una vez que la nulidad ha sido invocada, únicamente puede ser declarada por el juez, con lo que se retrotraen sus efectos y se destruye el acto desde su nacimiento.

posible, porque el acto jurídico nunca ha existido (Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 180 y Márquez González, *op. cit.*, 1989, pp., 174-175).

7. Márquez González, *op. cit.*, 1989, p. 171.

8. Gutiérrez y González critica el término *prescripción* y argumenta que el legislador debió hablar de *caducidad* (*Op. cit.*, pp. 172 y 183).

105

Podemos identificar algunos casos dentro del Código Civil en los que se mencionan frases como “no admite pacto en contrario”, “no produce efectos contra terceros” o “se tendrán por no puestas”, a través de las cuales la ley indica que la sanción de pactar en contrario a lo señalado en el texto normativo es la nulidad absoluta.

8.1.1.3 La anulabilidad

También conocida como *nulidad relativa*, vicia el contrato desde su nacimiento (al igual que la nulidad absoluta) por ir en contra de una disposición legal establecida en favor de personas determinadas; según el artículo 2227 del ccf, la nulidad relativa es toda aquella que no cumpla con las características de la nulidad absoluta.

Ambas nulidades tienen en común que una vez declaradas por la autoridad judicial, el acto impugnado es integral y retroactivamente destruido. El artículo 2228 del ccf agrega que “la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo”.

En esos casos se aplica la anulabilidad: una sanción más leve, cuando el acto es contrario a una ley prohibitiva que se dictó para proteger intereses particulares relativos a cierto tipo de personas; sólo se hará efectiva cuando lo pida expresamente la parte afectada.

Otras situaciones donde se hace alusión a la nulidad relativa en el ccf: en el artículo 2229, “la acción y la excepción de nulidad por falta de forma compete a todos los interesados”; y en el artículo 2230, “la nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz”.

Ahora bien, se le llama *anulabilidad* porque el afectado puede convalidar o confirmar el acto; en ese caso, ya no habría vicios por los cuales el juez declare la nulidad. Al respecto, Gutiérrez y González nos ofrece el siguiente concepto de *convalidación voluntaria*: “acto unilateral de voluntad tácito o expreso, por medio del cual se le da valor a un acto jurídico que carecía de él, renunciando a la facultad de invocar la nulidad del propio acto”.⁹

Por ejemplo, en caso de sufrir **lesión**, de acuerdo al artículo 17 del ccf,¹⁰ la ley brinda al lesionado dos opciones a ejercer: la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación más el pago de daños y perjuicios. Esto es, el afectado puede invocar que el juez declare la nulidad del acto y, por consiguiente, la destrucción del mismo, o puede confirmarlo, para que los efectos del contrato sean justos y proporcionados.

9. *Ibidem*, p. 170.

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

Tampoco debemos olvidar que existen consecuencias de derecho que ameritan una tutela especial. Aunque sean ilícitas, pues rompen con el interés público, resultará más grave imponer la nulidad del acto que tolerar sus efectos; entonces, se aplica a los infractores una sanción de tipo administrativo o penal y se dejan vivas las consecuencias civiles del acto. Como ejemplo, el artículo 2305 ccf, el cual dispone que "debe hacerse saber de una manera fehaciente, al que goza del derecho de preferencia, lo que ofrezcan por la cosa, y **si ésta se vendiere sin dar ese aviso, la venta es válida; pero el vendedor responderá de los daños y perjuicios causados**"; nos encontramos ante un caso de ilicitud, que no amerita la nulidad ni mucho menos la ineficacia del acto, porque se considera el derecho de la persona que compró de buena fe la cosa y se impone una sanción para tratar de resarcir el daño que sufrió la parte que tenía el derecho de preferencia.

8.2 Ineficacia funcional, superveniente o sobrevenida

Llamada también *ineficacia en sentido estricto*, se refiere a los "casos que por ciertos defectos o carencias extrínsecos al contrato en sí mismo considerado, como acuerdo de voluntades, conllevan su falta de efectos".¹¹

Los contratos que cumplen con todos los elementos de existencia, esenciales y de validez están en condiciones de comenzar a producir sus efectos. Puede suscitarse que, por alguna causa ajena a su estructura, lo efectos no aparecen o se producen en un primer momento y dejan de hacerlo. Encontraremos esta ineficacia en la fase de ejecución o cumplimiento del *iter* contractual; la causa de no producción de efectos puede ser temporal o definitiva, esta última supone una posible extinción del contrato, prematura, impropia y anormal.

8.2.1 La disolución y sus tipos

La palabra *disolución* evoca la idea de un acto o de un negocio jurídico que desaparece y se extingue, sin tener ya más relevancia en el mundo del derecho. Significa entonces la destrucción de un vínculo, el término de una relación contractual.¹² A partir de esta definición, desde nuestra perspectiva existen diferentes maneras de terminar con el acto, que a continuación explicamos.

8.2.1.1 El mutuo consentimiento, disenso o resciliación

Existen casos donde ambas partes abdican totalmente de su propósito inicial y cambian radicalmente de opinión respecto del negocio cuando el contrato

11. Ortiz Blanco, *op. cit.*, p. 93.

12. Por ejemplo, el artículo 197 del ccf: "La sociedad conyugal termina por la disolución del matrimonio, por voluntad de los consortes, por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente y en los casos previstos en el artículo 188". // Márquez González, *Teoría general de las nulidades*, México, Porrúa, p. 363.

ya está produciendo los efectos esperados. Si el acto ha nacido como consecuencia de la manifestación de la voluntad autónoma y libre de las dos partes, es lógico que el mismo ordenamiento permita la terminación del acto por la propia manifestación de voluntad de las dos partes, por eso se llama *mutuo consentimiento*; esa manifestación, en ciertas ocasiones, debe exteriorizarse bajo la misma forma de un nuevo acto contrario al original.¹³

Para Ortiz Blanco, el mutuo disenso o *resciliación*, como también se conoce, es un convenio mediante el que las partes dan por terminada una situación jurídica vigente, generalmente ocasionada por motivos de un contrato (recordemos que los convenios modifican y extinguen derechos y obligaciones). El mismo autor explica que en realidad no hay un límite para la celebración de convenios de mutuo disenso, a excepción de que se trate de un contrato con efectos vigentes o de que se afecten derechos de otras personas.¹⁴

Para ejemplificar, recurrimos al artículo 2483 del ccf sobre las maneras de terminar con el contrato de arrendamiento; en su fracción II establece que puede darse "por convenio expreso", es decir, por mutuo consentimiento.

Aunque el mutuo disenso representa una manera de poner fin a cualquier contrato, no siempre es plenamente eficaz para dejarlo sin efecto; por ejemplo, en los contratos traslativos de propiedad o de derechos reales se requiere una retransmisión para dejar las cosas en el estado anterior, la cual podría obstaculizar los derechos adquiridos por los terceros sobre los mismos bienes, durante el tiempo intermedio.¹⁵

108

108

8.2.1.2 El desistimiento o denuncia unilateral

La intangibilidad del contrato es la regla general contenida en el artículo 1797 del ccf: "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"; sin embargo, hay casos de excepción donde la propia ley o por voluntad de las partes se faculta a uno de los contratantes para desistirse unilateralmente del contrato, lo que origina otro tipo de disolución denominado *desistimiento unilateral*.

La Ley Federal de Protección al Consumidor establece dos casos de desistimiento unilateral del contrato de compraventa: en las ventas a domicilio, el comprador puede retractarse del contrato dentro de los cinco días de celebrado (artículo 56); en las ventas en abonos,

cuando se haya pagado más de la tercera parte del precio o del número total de los pagos convenidos y el proveedor exija la rescisión o cumplimiento del contrato por mora, **el consumidor tendrá derecho a optar por la rescisión** en los términos del artículo anterior o por el pago del adeudo vencido más las prestaciones que legalmente procedan. Los pagos que realice el consumidor, aún en forma extemporánea y que sean aceptados por el proveedor, liberan a aquél de las obligaciones inherentes a dichos pagos (artículo 71).

13. *Ibidem*, p. 483.

14. Ortiz Blanco, *op. cit.*, p. 112.

15. Sánchez M., *op. cit.*, p. 128.

La SCJN define la *denuncia unilateral* como el derecho que tiene cualquiera de las partes (de así haberlo pactado) para dar por terminado el contrato de manera unilateral, aun cuando la otra cumpla con las obligaciones a su cargo, lo cual podría hacerse en una fecha determinada o en cualquier tiempo, aun si no se hubiere restringido el plazo o el importe del crédito.¹⁶

8.2.1.3 La revocación

La revocación y el desistimiento unilateral son declaraciones unilaterales de voluntad con efecto extintivo. Ambas son fuentes de ineficacia e implican un cambio del supuesto fáctico sobre el que se originó el negocio jurídico. Se diferencian por el tipo de negocio al que afectan: el desistimiento se refiere a situaciones contractuales; la revocación, a actos unilaterales.

Márquez González explica que con frecuencia se habla de *revocación de carácter unilateral* para designar este fenómeno, que supone, entonces, el retroceso de la voluntad de una de las partes involucradas. El desistimiento, como forma de extinción propia de los actos, sólo tiene lugar en aquellos negocios de carácter unilateral cuya imputación de obligaciones se refiere a una sola parte, aunque pueda darse el caso de que por hechos posteriores surjan obligaciones a cargo de la otra.¹⁷

Gutiérrez y González¹⁸ define la revocación como el acto jurídico por el cual se finaliza otro acto jurídico, anterior, unilateral o bilateral, plenamente válido, por razones de conveniencia y oportunidad catalogadas subjetivamente por una sola parte o apreciadas objetivamente por ambas. En ese mismo tenor, Márquez González expone que un negocio que nació perfectamente válido puede interrumpir *ex nunc* la producción normal de sus efectos debido a una nueva declaración volitiva unilateral. La esencia jurídica de este fenómeno consiste en la conducta independiente y autónoma del sujeto ante el consentimiento de su contrario, por razones de conveniencia u oportunidad.¹⁹

La revocación, expresa Domínguez Martínez,²⁰ pone fin al contrato sin retroactividad, no produce efecto más que en el porvenir; en este sentido, Messineo sostiene que la revocación es una declaración de voluntad unilateral para retractarse de un negocio, consentido por la ley al autor de ella (aunque, según la intangibilidad del contrato, una de las partes no puede modificarlo, existen excepciones que la misma ley determina); tiene por efecto volver una situación precedente a su estado anterior o impedir el nacimiento de una situación nueva o quitar (sin retroactividad) efecto al acto revocado.²¹

La revocación puede ser **legal**: cuando es unilateral en ejercicio del derecho por parte de uno de los contratantes, se permite en casos taxativamente

16. A partir de la interpretación que hace del artículo 294, relacionado con la apertura de crédito, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (Tesis. III.4o.C.10 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, tomo XIII marzo de 2001, p. 1741, reg. digital 819607).

17. Márquez González, *op. cit.*, 1992, p. 476.

18. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 644.

19. Márquez González, *op. cit.*, 1992, p. 287.

20. Domínguez M., *Derecho Civil Contratos*, 2000 p. 97.

21. Márquez González, *op. cit.*, 1992, p. 288.

determinados por la ley; o **convencional**: cuando existe un acuerdo bilateral por el que, sin referencia alguna a un acontecimiento futuro o incierto, se previene la cesación de los efectos hacia el futuro.²² El testamento, la donación y el mandato son susceptibles de revocación.

8.2.1.3.1 La reversión

De acuerdo con Márquez González,²³ la reversión no constituye una causa de ineficacia de los actos jurídicos, sino una consecuencia de ella. Según Márquez, quien se apoya en la opinión de Messineo, debe concebirse como una subespecie de la revocación, pues este procedimiento supone que los bienes que han debido transmitirse como consecuencia de un acto jurídico retornan a su posición jurídica original.

Lo anterior, lo observamos en diferentes artículos de nuestro ccf: "La anulación del acto obliga a las partes a **restituirse mutuamente** lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado" (artículo 2239); "si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consisten ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos, no se hará la **restitución** respectiva de intereses o de frutos sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí" (artículo 2240); "mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello que en virtud de la declaración de nulidad del contrato está obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte" (artículo 2241); "las donaciones legalmente hechas por una persona que al tiempo de otorgarlas no tenía hijos, **pueden ser revocadas** por el donante cuando le hayan sobrevenido hijos que han nacido con todas las condiciones que sobre viabilidad exige el artículo 337 (artículo 2359).

8.2.1.4 La renuncia de derechos y la remisión de deuda

La renuncia²⁴ es el género y se relaciona con los derechos reales, personales o de cualquier otra índole. El término *abandono* refiere la renuncia a derechos reales, mientras que la *remisión* es una especie del género *renuncia*, que se hace a derechos personales o de crédito.

La renuncia de derechos se fundamenta en la libre voluntad del otorgante para renunciar a las prestaciones que le son debidas y que de otro modo deberían ingresar a su patrimonio legal; una vez renunciado el derecho a la prestación, la consecuencia legal inmediata es la extinción de la relación.²⁵

La renuncia puede ser tácita (por ejemplo, el artículo 828 del ccf, que afirma que el abandono ocasiona la pérdida de una posesión) o expresa (la remisión). Esta última puede establecerse tanto en la fase de perfeccionamiento

22. *Ibidem*, 1989, p. 290.

23. *Ibidem*, p. 369.

24. Sugerimos revisar el apartado 4.2 "La extinción de las obligaciones", en el capítulo IV de este trabajo.

25. Márquez González, *op. cit.*, 1992, p. 478.

to como en la de ejecución del *iter* contractual. De cualquier manera, ambas involucran un comportamiento unilateral que no necesita del consentimiento de la contraparte,²⁶ considerando el CCF en su artículo sexto: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. **Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero**"; y séptimo: "*La renuncia autorizada* en el artículo anterior *no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos*, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia".

Ahora bien, la remisión de deuda es una renuncia expresa aplicable a casos que involucren derechos personales; como ejemplo, el artículo 431 del CCF: "los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda". Provoca principalmente extinguir el derecho de crédito total o parcialmente, según lo decida el acreedor. Si la deuda está garantizada con una hipoteca o prenda, también se extinguen; por el contrario, si el acreedor hace remisión de las garantías, el crédito subsiste.²⁷

8.2.1.5 La resolución

Según Gutiérrez y González,²⁸ se trata de un acto jurídico por el cual se priva de sus efectos, total o parcialmente para el futuro, a un acto jurídico anterior, plenamente válido; los efectos pasados, siendo lícitos, pueden o no quedar subsistentes, según la naturaleza del acto o la voluntad de las partes.

Por su parte, Ortiz Blanco emplea el término *resolución* para referirse a la terminación del contrato, que normalmente tiene efecto retroactivo, en virtud del incumplimiento de alguna de las partes o por el acaecimiento de una condición resolutoria.

Nuestro CCF explica la resolución en su artículo 1949:

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El artículo 1950 añade que "la resolución del contrato fundado en falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no se ha estipulado expresamente y ha sido inscrito en el Registro Público en la forma prevenida por la ley".

26. *Ibidem*, p. 480.

27. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 483.

28. *Ibidem*, p. 1122.

Existen dos tipos de resolución: la **total**, integrada por la rescisión y la revocación, de la que ya hicimos referencia; y la **parcial** o **modificación**, que alude al acto jurídico unilateral o bilateral por medio del cual se priva de algunos de sus efectos para el futuro a otro acto jurídico anterior, unilateral o bilateral, plenamente válido, por razones de conveniencia y oportunidad, catalogadas subjetivamente por una sola parte u objetivamente por ambas partes, dejando subsistentes los demás efectos.²⁹

Desde nuestro análisis, agrupamos los siguientes actos como tipos de resolución: la rescisión, el acaecimiento de la condición resolutoria, el incumplimiento de la condición suspensiva, la excesiva onerosidad superviniente, la imposibilidad superviniente, la incapacidad superviniente y la muerte de una de las partes. A continuación, los comentamos a detalle.

8.2.1.5.1 La rescisión

Llamada *resolución por incumplimiento*, porque se refiere a la resolución de un contrato bilateral plenamente válido (u otro pacto que engendre prestaciones recíprocas) a causa del incumplimiento culpable de una de las partes. Se trata de la facultad concedida por la ley en todo contrato sinalagmático, para que el acreedor pueda extinguir el contrato porque su contraparte no está cumpliendo con la obligación que le corresponde y, al mismo tiempo, al ejercer la resolución, liberarse de sus propias obligaciones.³⁰

Para Gutiérrez y González,³¹ la rescisión es un acto jurídico unilateral, por el cual se le pone fin, salvo que la ley lo prohíba de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, a otro acto bilateral plenamente válido, por incumplimiento culpable, imputable a una de las partes.

Para que el incumplimiento sea causa de rescisión de un contrato es necesario que tal incumplimiento sea de consideración, en atención a la importancia de la obligación infringida, pues los pequeños incumplimientos no sirven de fundamento para una acción de este tipo. El incumplimiento de una de las partes puede originar la rescisión del contrato y ocasionar la extinción de la relación jurídica por él constituida; asimismo, orilla al contratante opuesto a exigir el cumplimiento del contrato o la rescisión del mismo.³²

En ese sentido, el artículo 1949 del ccf señala que

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

29. Gutiérrez y González. P. 646.

30. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 360.

31. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 647.

32. Sánchez M., *op. cit.*, p. 130.

La norma general para llevar a cabo este tipo de terminación es que la parte perjudicada que quiera resolverlo por incumplimiento de la otra debe promover el juicio correspondiente ante la autoridad judicial.³³ Al respecto, Bejarano Sánchez³⁴ explica que la rescisión tiene que ser pronunciada por el juez, a menos que se hubiere estipulado expresamente y reglamentado por las partes la cláusula rescisoria automática, conocida como *pacto comisorio*.

Hay dos tipos de pacto comisorio: el **tácito**, cláusula implícita en todos los contratos bilaterales basada en el ya citado artículo 1949 del ccf, es natural porque la ley la establece supletoriamente a lo que pactan las partes; y el **expreso**, cláusula en un contrato que plasma explícitamente el artículo 1949 o que, sin transcribirlo como tal, equivale al contenido de esa norma.

Se ha establecido que “el origen de la rescisión proviene de la voluntad del legislador de conceder a los contratantes el remedio de extinguir un contrato bilateral en el cual no se haya proporcionado la contrapartida ofrecida en el pacto, además la rescisión se aplica de ordinario para determinar la extinción del contrato por cualquier incumplimiento, sin matizar las resoluciones en proporción a su gravedad, lo que lleva a incurrir en notorias inequidades”.³⁵

Recientemente, nuestros tribunales resolvieron que la causal que origine la rescisión del contrato debe ser grave, para lo cual proporcionan ciertos parámetros al respecto. Transcribimos la tesis “Resolución de los contratos por incumplimiento de una de las partes. Sólo procede si éste resulta grave”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*:

La interpretación sistemática y funcional de los artículos 6o., 8o., 20, 1796, 1831, 1839 y 1949 del Código Civil aplicable en la Ciudad de México, acorde con los principios rectores de los contratos: de autonomía de la voluntad, buena fe, buenas costumbres, el de conservación sustentado en el aforismo *utile per inutile non vitiatur*, y el de proporcionalidad, permite establecer que la resolución contractual es una forma excepcional para la extinción sobrevenida del contrato válidamente celebrado, a la que sólo debe acudir de manera extraordinaria, cuando el incumplimiento de una obligación principal, por una de las partes, revista tal gravedad, que justifique racionalmente la extinción del contrato, ante la clara frustración del interés del afectado en preservarlo. En efecto, acorde con la doctrina y la jurisprudencia española, la gravedad del incumplimiento se determina conforme a dos criterios. El primero, de carácter subjetivo, se actualiza con la acreditación fuerte de que el deudor no tiene voluntad real de cumplir sus obligaciones, lo que debe sustentarse en hechos objetivos debidamente probados, como el frecuente incumplimiento con el mismo acreedor o ante otros acreedores. El segundo parámetro, de carácter objetivo, se actualiza si el incumplimiento del caso se puede considerar racionalmente suficiente para desalentar el interés del acreedor

33. Sánchez M., p. P. 129.

34. Bejarano S., *op. cit.*, 1998, p. 328.

35. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, pp. 368-369.

en la relación contractual. Esos criterios son susceptibles de coexistir y complementarse, pues de esta manera se propende a una calificación idónea de la gravedad del incumplimiento, lo cual es acorde con las finalidades perseguidas por la resolución y los principios rectores de los contratos.³⁶

8.2.1.5.2 El acaecimiento de la condición resolutoria

El artículo 1940 del ccf apunta que “es resolutoria la condición³⁷ cuando, cumplida, resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esta nunca hubiera existido”. Por su parte, Gutiérrez y González³⁸ la explica como el acontecimiento futuro de realización contingente, del cual depende la resolución o extinción de la obligación.³⁹

La realización de la condición resolutoria aniquila la obligación, hasta entonces existente y válida y cuyo término precisamente se había subordinado a la existencia de dicha condición. Es resolutoria porque las cosas regresan a como eran originalmente, como si la obligación no hubiera existido. La falta de efectos por el advenimiento de la condición resolutoria es una situación que ha sido prevista por las partes: ellas sabían que podía darse o no la condición en el futuro, por eso no es considerada una extinción impropia o anormal, aunque es cierto que interrumpe de manera drástica la eficacia normal del acto.⁴⁰

El acaecimiento de la condición resolutoria no hace más que culminar con las previsiones y ajustar perfectamente el contenido del acto a los deseos iniciales de las partes; ello merece que se considere entre las causas que provocan la extinción propia y normal del acto por el agotamiento natural de sus efectos (porque se cumplieron las expectativas que supusieron su confección).⁴¹

Ortiz Blanco explica sencillamente los efectos de la verificación de la condición resolutoria: durante el tiempo en que la condición se encuentre pendiente, el negocio jurídico surte sus efectos de manera plena, pues se trata de un negocio existente, válido y totalmente eficaz; en caso de que se cumpla la condición, el acto se extingue y los efectos se destruyen retroactivamente, como si nunca se hubieran presentado, es decir, el negocio se “resuelve”; si

36. Tesis I.4o.C.75 C (10a), *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, tomo III, septiembre de 2019, p. 2212, reg. digital 2020647.

37. *La condición*, según Gutiérrez y González, es el acontecimiento futuro de realización contingente, del cual depende la eficacia o la resolución de derechos y obligaciones; *la contingencia*, indica el mismo autor, se trata de la posibilidad de que suceda o no el futuro, de acuerdo con la naturaleza misma de los hechos y no en cuanto al estado de ánimo de los que la pactan. Hay dos tipos de condición: suspensiva y resolutoria (Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 885-886).

38. *Ibidem*, p. 886.

39. Tomamos el ejemplo de Gutiérrez y González: Procopio vende a Facundo su casa, pero la operación se sujeta a la condición resolutoria de que para fin de año no llueva; Procopio desde luego entrega la casa a Facundo y, si el día último del año no llueve, entonces la operación se resuelve como si nunca hubiere existido y Procopio devuelve el dinero a Facundo y éste le devuelve la casa que le comprara (*Ibidem*, pp. 896-897).

40. Márquez González, *op. cit.*, 1992, p. 467.

41. *Ibidem*, p. 468.

transcurre el tiempo sin que la condición se cumpla, el negocio continuará surtiendo efectos.⁴²

8.2.1.5.3 El incumplimiento de la condición suspensiva

Para Gutiérrez y González,⁴³ la condición suspensiva es el acontecimiento futuro de realización contingente, del cual depende la eficacia o exigibilidad de la obligación; su consecuencia es impedir el nacimiento de los efectos del contrato hasta que tenga verificativo la condición, de tal manera que, mientras esté pendiente, el contrato es existente y válido y a su vez totalmente ineficaz. Según el artículo 1938 del CCF, "la obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto".

Existen dos posturas que explican los efectos que genera la condición suspensiva. Por un lado, la que sostiene que **el contrato celebrado bajo condición suspensiva es existente y válido, pero sus efectos nacen hasta que la condición se cumpla**, por lo que las obligaciones sólo existirán cuando la condición se verifique: mientras la obligación no ocurra, no existe, aunque puede llegar a darse; esta idea se fundamenta en el artículo 1939 del CCF: "la condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación". Al respecto, Márquez González afirma que la condición de carácter suspensivo no permite ni siquiera la existencia de la obligación en tanto no sobreviene el evento condicionante; por lo tanto, el negocio no ha desplegado ninguna eficacia en el ámbito jurídico, tampoco su existencia ha podido tener lugar aún: no existe acto alguno al cual pueda referirse el cumplimiento o la frustración de las intenciones socioeconómicas de las partes.

Otro punto de vista asegura que tanto **el contrato como las obligaciones ocasionadas por él existen, únicamente está suspendida su exigibilidad**.⁴⁴ A esta postura se adhiere Gutiérrez y González, quien opina que la obligación sujeta a condición suspensiva ya nació y existe como cualquier otra obligación no sujeta a modalidad, con la variante de que está en suspenso su exigibilidad.⁴⁵ Esta perspectiva se apoya en el artículo 1942 del CCF: "en tanto que la condición no se cumpla, el deudor debe abstenerse de todo acto que impida que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad. El acreedor puede, antes de que la condición se cumpla, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho"; y en el 1947: "la obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento no se verifique en un tiempo fijo, será exigible si pasa el tiempo sin verificarse. Si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá reputarse cumplida transcurrido el que verosímilmente se hubiere querido señalar, atenta la naturaleza de la obligación". Por último, si la condición suspensiva no se cumple, lo único que sucede es que la obligación no se vuelve exigible: se suspende la eficacia, mas no el nacimiento de la obligación.⁴⁶

42. Ortiz Blanco, *op. cit.*, p. 116.

43. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 887.

44. Márquez González, *op. cit.*, 1992, p. 468.

45. Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 887-888.

46. *Ibidem*, p. 396.

8.2.1.5.4 La excesiva onerosidad superviniente

Cuando las circunstancias sociales y jurídicas que existían al momento de celebrarse un contrato de tracto sucesivo y de prestaciones diferidas han cambiado de tal manera que su cumplimiento resulte extraordinariamente oneroso para una de las partes, ¿será posible modificar sus términos para ajustarlos a las nuevas circunstancias que prevalezcan en el momento de la ejecución?⁴⁷

Bejarano⁴⁸ explica que el contrato obliga a los contratantes y debe ser cumplido sin excusa ni pretexto, lo que se resume en el principio *pacta sunt servanda*. ¿Este cumplimiento ineludible del contrato debe aplicarse aun cuando produzca un resultado económico inequitativo o inesperado, debido al cambio imprevisto de las circunstancias que prevalecían cuando se concertó el acto?

El principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual los contratos celebrados legalmente también deben ser legalmente cumplidos, implicaría en algunas ocasiones una excesiva onerosidad por causa imprevisible, que lleva consigo un desarreglo entre las prestaciones recíprocas en las que descansa el justo equilibrio entre los beneficios y los gravámenes convenidos por el acreedor y el deudor.

Frente a esta regla, la teoría de la imprevisión postuló la expresión *rebus sic stantibus*, que prevé que la fuerza obligatoria del contrato opera siempre que subsistan en el momento de la ejecución del contrato las mismas circunstancias que prevalecían cuando éste se celebró.

La resolución por excesiva onerosidad superviniente tutela la condición de igualdad entre las partes en momentos sucesivos a la conclusión del negocio; se aplica a los contratos con prestaciones recíprocas que sean de ejecución continuada, periódica o diferida, cuando el desequilibrio es posterior a la celebración del contrato, a diferencia de la lesión, donde la desigualdad de las prestaciones se presenta al momento de celebrar el contrato.

El juez debe calibrar, según las circunstancias del caso, cuándo la prestación se hace excesivamente onerosa: no es suficiente con la simple ruptura de la equivalencia entre las prestaciones, objetiva o subjetiva, ni una agravación de la onerosidad de la prestación o una dificultad mayor, tampoco basta con que la desproporción cause un daño, una pérdida grave, un agravio patrimonial considerable, ni siquiera con que el cumplimiento pueda llevar al perjudicado a la ruina económica.⁴⁹ Nuestro código no reglamenta claramente la teoría de la imprevisión, sólo se sobreentiende a través de la interpretación y de ciertos artículos.⁵⁰

47. Gutiérrez y González, *op. cit.* p. 463.

48. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 174.

49. Carlos Alberto Soto Coaguila, "El *pacta sunt servanda* y la revisión del contrato", *Revista de Derecho Privado*, enero-junio 2012, núm. 1, pp. 197-235.

50. "Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados" (artículo 20); "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado,

Rodrigo Momberg propone que,

en caso de producirse un cambio sobreviniente e imprevisible de circunstancias, que desvirtúen de tal manera la relación contractual que las partes tuvieron en vista al momento de contratar y que perturba de manera sustancial el equilibrio entre las prestaciones, alterando gravemente la legítima distribución de ganancias y pérdidas que las partes podían esperar, es justo limitar la estricta aplicación del principio *pacta sunt servanda* y buscar el restablecimiento del equilibrio contractual hasta el límite del riesgo que razonablemente hubieren asumido los contratantes.⁵¹

Sin duda, los más capacitados y legitimados para llevar a efecto dicha tarea son las propias partes, que deberán entonces renegociar de buena fe los términos del contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias; sólo en caso de fracaso en las negociaciones, el juez podrá intervenir para adecuar o terminar el contrato.

8.2.1.5.5 La imposibilidad superviniente

La obligación del contrato puede incumplirse por una causa ajena al deudor, quien queda liberado de toda responsabilidad. Esta causa externa se presenta como caso fortuito (hechos de la naturaleza) o de fuerza mayor (hechos de tercero): en ambos, el deudor no lo pudo resistir, prever ni evitar, por eso se libera y queda exonerado del cumplimiento y de cualquier responsabilidad.

Gutiérrez y González⁵² explica el caso fortuito o de fuerza mayor como un fenómeno de la naturaleza o un hecho de persona con autoridad pública, temporal o definitivo, general (salvo caso excepcional), insuperable, imprevisible o que no se pudo evitar, que origina que una persona realice una conducta, contraria a un deber jurídico *stricto sensu* o a una obligación *lato sensu*, que produce a otra persona un detrimento patrimonial.

Como sabemos, si una de las partes no efectúa la conducta a la que se obligó, se origina un hecho ilícito, por lo que el deudor tendrá que indemnizar al acreedor por incumplimiento; sin embargo, cuando interviene una causa fortuita o fuerza mayor, la ley no responsabiliza al autor de la conducta que provoca el detrimento patrimonial y lo libera de la obligación de cumplir y reparar el daño, a menos que determine lo contrario.⁵³

sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley" (artículo 1796); "El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice" (artículo 1838); "Si la modificación no pudiere ser exactamente proporcional, el juez reducirá la pena de una manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación" (artículo 1845).

51. Rodrigo Momberg Uribe, "La revisión del contrato por las partes: es el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad", *Revista Chilena de Derecho*, 2010, núm. 1, p. 67.

52. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 606.

53. Gutiérrez y González, *op. cit.* pp 613-614.

De acuerdo al CCF, en su artículo 2111, "nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone"; y en su artículo 2017: "si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido". Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor en un contrato unilateral, donde hay una obligación a cargo de una de las partes, la única obligación se extingue y la parte queda absolutamente liberada.

En palabras de Bejarano Sánchez,⁵⁴ el principio general es: si en un contrato bilateral una de las partes no puede cumplir con su prestación por caso fortuito o fuerza mayor, queda eximida de hacerlo; en reciprocidad, la otra parte también queda exonerada de cumplir (aunque la prestación sí pueda ejecutarse) y el contrato se extingue.

En los contratos traslativos de dominio con obligación de dar una cosa específica, se aplica el principio *res perit domino* ('la cosa se pierde para su dueño'): los efectos de la pérdida los soporta el dueño de la cosa.⁵⁵ Para los contratos no traslativos de dominio con obligación de dar una cosa específica, la máxima es *res perit creditore* ('la cosa perece para el acreedor'): el acreedor será quien soporte los daños que sufra la cosa por caso fortuito o fuerza mayor.⁵⁶

Para los contratos donde la obligación es de hacer, si se presenta el siniestro, cada parte soporta sus daños y el que puede cumplir queda liberado de hacerlo, pues su obligación se extingue al mismo tiempo; para los contratos donde la obligación es de no hacer, si el obligado a no hacer hace por fuerza mayor o caso fortuito y con ello causa daño, lo soporta el que lo hubiere sufrido, sin derecho a indemnización.

8.2.1.5.6 La incapacidad superviniente

En el contrato *intuitu personae*, la capacidad de las partes toma especial relevancia, pues se celebra en virtud de sus calidades y cualidades. Si después de la celebración, en la fase de ejecución, alguna de ellas se vuelve incapaz, los efectos del contrato no podrán producirse. Algunos ejemplos de este fenómeno: el **mandato**, que puede terminar por "la interdicción de uno u otro" (fracción IV, artículo 2595 del CCF); la **sociedad**, que se disuelve "por la muerte o incapacidad de uno de los socios que tengan responsabilidad ilimitada por los compromisos sociales, salvo que en la escritura constitutiva se haya pactado que la sociedad continúe con los sobrevivientes o con los herederos de aquél" (fracción IV, artículo 2720 del CCF); el **contrato de obra a precio alzado**, que se rescindirá si el empresario no puede concluir la obra por alguna causa independiente de su voluntad (artículos 2638 y 2639 del CCF).

54. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 359.

55. *Ibidem*, 1998, p. 360.

56. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 621.

8.2.1.5.7 La muerte de una de las partes

Al igual que la incapacidad superviniente, en los contratos *intuitu personae* la muerte de una de las partes genera ineficacia, es decir, los efectos esperados no se realizan, pues el motivo del contrato es servirse de las cualidades de una de ellas; por ejemplo, el artículo 2515 del ccf sostiene que “el comodato termina por la muerte del comodatario”.

Una excepción es el contrato de arrendamiento, el cual “no se rescinde por la muerte del arrendador ni del arrendatario, salvo convenio en otro sentido” (artículo 2408 del ccf); en otros casos, es opcional, como el contrato de obra a precio alzado: “si el empresario muere antes de terminar la obra, podrá rescindirse el contrato; pero el dueño indemnizará a los herederos de aquél, del trabajo y gastos hechos” (artículo 2638 del ccf).

8.2.1.6 La prescripción y la caducidad

En la extinción de las obligaciones, hablamos sobre *prescripción*, por medio de la cual se extingue la facultad de un acreedor, quien se ha abstenido de reclamar su derecho durante determinado plazo legal, de ejercer coacción legítima contra un deudor, quien se opone al cobro extemporáneo o exige la declaratoria de prescripción. Algunos autores afirman que la prescripción no extingue obligaciones, como Bejarano y Gutiérrez y González, quien la define como:

- a. La facultad o el derecho que la ley establece a favor del obligado-deudor, para eximirse válidamente, sin responsabilidad, de cumplir con la prestación que debe.
- b. La acción que tiene para exigir la declaración de que ya no le es cobrable en forma coactiva la prestación que debe, por haber transcurrido el plazo que le otorga a su acreedor la ley, para hacer efectivo su derecho.⁵⁷

La SCJN afirma que la prescripción y la caducidad son medios extintivos de relaciones jurídicas, con sus debidas diferencias:

La prescripción tiene como materia derechos subjetivos, por lo que actúa en una concreta y particular relación jurídica con sujetos determinados, donde respecto de un objeto específico hay una correlación entre el derecho-deber. La prescripción siempre será establecida por la Ley y actúa con derechos que ya han nacido, estos tienen un plazo que se puede suspender o interrumpir (en este caso vuelve a iniciar el plazo, además no es admisible que el Juez invoque de oficio la prescripción, sino que ésta opera cuando es opuesta como excepción.⁵⁸

57. *Ibidem*, p. 1030.

58. Tesis I.4o.C.212 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, tomo xxxi, febrero de 2010, p. 2890, reg. digital 165197.

Ahora bien, Gutiérrez y González⁵⁹ aporta dos definiciones de *caducidad*: la primera se refiere a la sanción que se pacta o impone la ley a la persona que dentro de un plazo convencional o legal no realiza voluntaria y conscientemente una conducta positiva acordada o determinada por la ley; la segunda, a la sanción que se pacta y se aplica a una de las personas que intervienen en un convenio si en un plazo determinado no realiza una conducta positiva, voluntaria y consciente para que nazca o para mantener vivo un derecho.

La caducidad la establece la ley, se fija por convenio y para aplicarse no precisa de la existencia de una relación acreedor-obligado y deudor (que la prescripción sí); además de que extingue derechos personales y reales, puede ser invocada de oficio por el juzgador y no opera la suspensión ni la interrupción.

8.2.1.7 La simulación

El acto simulado es la conducta humana a la que se le da una apariencia contraria a su realidad, porque no existe en absoluto como acto jurídico o porque es distinta de como aparece.⁶⁰ Bejarano⁶¹ explica que, en vez de celebrar un acto real, el deudor puede realizar de manera ficticia algunos negocios que disminuyan su activo patrimonial o aumenten su pasivo, a fin de dar una imagen de insolvencia que le permita rehuir el cumplimiento de sus obligaciones. La simulación constituye una causa de ineficacia, su consecuencia dependerá del tipo de simulación, la cual puede ser:

- a) Absoluta: cuando se celebra un acto en apariencia, con el propósito de engañar a terceros sobre su realización; provoca la nulidad total del negocio realizado y que los efectos para las partes y para los terceros involucrados dejen de subsistir.
- b) Relativa: cuando se realiza un negocio para ocultar otro realmente deseado, lo que resulta en dos actos: el ficticio, que las partes han simulado celebrar, y el oculto o disimulado, que constituye el efectivamente querido.

La naturaleza de la simulación ha sido identificada fundamentalmente por dos corrientes distintas. La primera defiende que el acto simulado constituye un **acto inválido**, pues no cumple con todos los supuestos que corroboren su validez; sin embargo, tampoco se trata de un acto inexistente, ya que sólo un negocio que existe puede resultar nulo o anulable.

La segunda apoya la idea de que la simulación corresponde a un **acto inexistente**, debido a la ausencia de uno de los elementos esenciales de conformación: la voluntad, requisito necesario para que el acto surta plenos efectos jurídicos. En el negocio simulado se diferencia entre la voluntad interna y la declarada; aun así, no se puede alegar ausencia de voluntad.

La ley otorga a la víctima de un hecho ilícito, anterior o posterior a la realización del acto simulado por su obligado-deudor, la facultad para constatar

59. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 1027.

60. *Ibidem*, p. 728.

61. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, p. 337.

que es inexistente jurídicamente o para que se declare nulo, según sea el caso, con la finalidad de que reaparezcan en el patrimonio del obligado-deudor los bienes pecuniarios que solo de manera aparente o ficticia habían salido y, con su valor, pueda cumplir con la prestación que debe.⁶²

Los efectos de ejercer la acción de simulación dependen del tipo de simulación. Cuando hay simulación absoluta, el acreedor pide al juez que se declare en la sentencia que nunca existió la operación que se impugna; una vez que ello se pruebe, el juez competente constatará la inexistencia del pretendido acto y de sus efectos; de esa manera, los bienes aparentemente enajenados regresan públicamente al patrimonio del deudor y los acreedores pueden pedir su embargo. En caso de simulación relativa, la sentencia judicial deberá ser tanto de inexistencia como de nulidad, porque hay dos conductas: una que aparenta un acto y el verdadero acto que es secreto y al que le falta la forma que la ley establece para los de su categoría.

8.2.2 La inoficiosidad (reducibilidad)

La ley sanciona con ineficacia de tipo parcial los actos que han excedido los límites de desplazamiento de la autonomía de la voluntad en los particulares. Ante lo cual, se procura el restablecimiento del equilibrio funcional y económico del acto, a través de la reducibilidad, que se expresa como la reducción material del acto.⁶³

En el caso de la lesión, el ccf, en su artículo 17, faculta al afectado para solicitar **“la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación”** (reducibilidad); asimismo, para el caso en que “la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa [...], si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por **la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado que se encuentre y exigir la reducción de precio y el pago de daños y perjuicios”** (artículo 2017). Como podemos observar, esta reducibilidad es un efecto que depende de otra figura; en el caso de los ejemplos anteriores: anulabilidad o reducción y rescisión o reducción.

Otro ejemplo de reducibilidad consiste cuando hay ausencia de bienes para cubrir los gastos alimentarios a que el donante se encuentra obligado, para lo cual la ley prevé la ineficacia de la donación efectuada a través de la reducción a los límites legales de los términos excesivos del negocio: “las donaciones serán inoficiosas en cuanto perjudiquen la obligación del donante de suministrar alimentos a aquellas personas a quienes los debe conforme a la ley” (artículo 2348 del ccf); “la acción de revocación por superveniencia de hijos corresponde exclusivamente al donante y al hijo póstumo, pero la reducción por razón de alimentos, tienen derecho de pedirla todos los que sean acreedores alimentistas” (artículo 2367 del ccf).

62. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 728.

63. Márquez González, *op. cit.*, 1992, p. 447.

En el caso de la renta, según el CCF en el artículo 2420, "si el arrendador fuere vencido en juicio sobre una parte de la cosa arrendada, puede el arrendatario reclamar una disminución en la renta o la rescisión del contrato y el pago de los daños y perjuicios que sufra"; asimismo, en el artículo 2445 del mismo ordenamiento, se lee: "el arrendatario que por causa de reparaciones pierda el uso total o parcial de la cosa, tiene derecho a no pagar el precio del arrendamiento, a pedir la reducción de ese precio o la rescisión del contrato, si la pérdida del uso dura más de dos meses, en sus respectivos casos".

Por último, presentamos otro ejemplo donde se aplica la figura de la reducción: "el fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal. Si se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda sobre si se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por otro tanto" (artículo 2799).

8.2.3 La acción pauliana

Es la facultad que otorga la ley a la víctima de un hecho ilícito para pedir a la autoridad judicial que "nulifique o revoque, según sea el caso, el o los actos de disposición de los bienes pecuniarios que real y verdaderamente realizó su deudor y que produjeron la insolvencia de éste".⁶⁴

Bejarano⁶⁵ explica que, cuando el deudor tiene el propósito de eludir el cumplimiento de sus obligaciones y genera un estado de insolvencia o lo aparenta al sustituir bienes de fácil embargo por otros que sean ocultables a la persecución de los acreedores, mediante actos reales de enajenación o de gravamen o de renuncia de derechos, el acreedor dispone de la acción pauliana, para hacer inoponibles tales maniobras del deudor y conservar su garantía de pago.

Hay que aclarar que no debemos confundir la acción pauliana con la acción contra la simulación: la primera se hace valer frente al deudor que realmente cometió actos como enajenación de bienes o renuncia de derechos, para quedar insolvente y no cumplir con el pago; mientras que la segunda aplica cuando el deudor llevó a cabo un acto ficticio junto a un cómplice, para aparentar un estado de insolvencia y no cumplir con su obligación.

A continuación, reunimos los siguientes artículos del CCF que sirven de fundamento para la acción pauliana: "Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción, es anterior a ellos" (artículo 2163); "Si el acto fuere oneroso, la nulidad sólo podrá tener lugar en el caso y términos que expresa el artículo anterior, cuando haya mala fe, tanto por parte del deudor, como del tercero que contrató con él" (artículo 2164); "Si el acto fuere gratuito, tendrá lugar la nulidad aun cuando haya habido buena fe por parte de ambos contratantes" (artículo 2165); "Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en

64. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 707.

65. Bejarano S., *op. cit.*, 1998, p. 316.

su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. La mala fe, en este caso, consiste en el conocimiento de ese déficit" (artículo 2166); "Revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiere habido enajenación de propiedades, éstas se devolverán por el que los adquirió de mala fe, con todos sus frutos" (artículo 2168); "Se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquiera instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes, cuando estas enajenaciones perjudican los derechos de sus acreedores" (artículo 2179).

La SCJN⁶⁶ establece claramente que la acción pauliana tiene por objeto nulificar los actos y contratos celebrados por el deudor en fraude de sus acreedores para que vuelvan a figurar en su patrimonio los bienes que salieron del mismo a través de un acto indebido y con la finalidad de producir insolvencia total o parcial. Asimismo, indica los presupuestos para que los acreedores impugnen un acto de enajenación celebrado por su deudor:

- a. Que el deudor realice un acto jurídico, sujeto a ser anulado.
- b. Que de la celebración del acto de enajenación el deudor resulte insolvente: mientras el deudor no sufra estado de insolvencia y la garantía de los acreedores sea suficiente, carecen de interés para impugnar los actos jurídicos realizados por su deudor, aunque impliquen una disminución patrimonial.
- c. Que la celebración del acto perjudique a los acreedores.

123

123

8.2.4 La acción redhibitoria y la acción *quantum minoris*

En un contrato con obligación de dar; no basta con transferir el bien a la otra parte, es necesario que cuente con la utilidad para la que fue objeto del contrato. Si no se cumple con esa obligación, se actualiza un hecho ilícito y el adquirente de una cosa inservible tiene derecho a ser indemnizado.

En los contratos donde se enajena un bien, es fundamental establecer sus condiciones y especificaciones y la utilidad que tendrá: las partes deben tener conocimiento del estado y de las cualidades del objeto. Sin embargo, puede darse el caso de que, una vez celebrado el contrato y cuando el bien ya esté en manos del adquirente, éste se percate de que no cumple con las cualidades señaladas en el contrato o que ciertos aspectos aminoran su valor.

En ese sentido, "el vicio oculto es la reducción o falta de una calidad buena en una cosa, que no se aprecia a simple vista y que la vuelve total o parcialmente inútil para su adquirente, esa calidad buena no debe determinarse sólo de una manera abstracta, ni con arreglo a los usos que de manera común y corriente se hacen de otras cosas iguales, sino que, además se ha de tener en cuenta el uso a que se destina la cosa, según el acto de adquisición".⁶⁷

66. Tesis I.3o.C.399 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, tomo XVII, mayo de 2003, p. 1196, reg. digital 184366.

67. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 665.

Quien sufre los vicios puede elegir entre ejercer la acción redhibitoria o la acción *quanti minoris*; así, el artículo 2142 del CFF señala que "en los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la haga impropia para los usos a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que de haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa".⁶⁸

Bejarano⁶⁹ describe la acción redhibitoria como de rescisión o resolutoria porque extingue el contrato retroactivamente: el adquirente restituirá la cosa viciada en el mismo estado en que la recibió, pero podrá hacer suyos los frutos y recibir indemnización de las mejoras útiles y necesarias; el enajenante, transmisor de buena fe, devolverá el precio recibido y los gastos del contrato y pagará las mejoras de la cosa (en caso de mala fe, deberá indemnizar todos los daños y perjuicios que soportó el otro).⁷⁰ Con la acción redhibitoria, el adquirente busca terminar con el negocio jurídico, pues de haber sabido que el bien era inútil o inservible para el fin determinado no hubiera contratado.

Por otra parte, la acción *quanti minoris*, también conocida como *compensatoria* u *estimatoria*,⁷¹ consiste en reducir el monto del precio pagado (reducibilidad), atendido el vicio que tiene la cosa vendida. Procura la con-

68. Artículo 2144 del ccf: "En los casos del artículo 2142, puede el adquirente exigir la rescisión del contrato y el pago de los gastos que por él hubiere hecho, o que se le rebaje una cantidad proporcionada del precio, a juicio de peritos"; artículo 2145: "Si se probare que el enajenante conocía los defectos ocultos de la cosa y no los manifestó al adquirente, tendrá éste la misma facultad que le concede el artículo anterior, debiendo, además, ser indemnizado de los daños y perjuicios si prefiere la rescisión"; artículo 2146: "En los casos en que el adquirente pueda elegir la indemnización o la rescisión del contrato, una vez hecha por él la elección del derecho que va a ejercitar, no puede usar del otro sin el consentimiento del enajenante"; artículo 2147: "Si la cosa enajenada pereciere o mudare de naturaleza a consecuencia de los vicios que tenía, y eran conocidos del enajenante, éste sufrirá la pérdida y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato con los daños y perjuicios"; artículo 2148: "Si el enajenante no conocía los vicios, solamente deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, en el caso de que el adquirente los haya pagado"; artículo 2149: "Las acciones que nacen de lo dispuesto en los artículos del 2142 al 2148, se extinguen a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa enajenada, sin perjuicio de lo dispuesto en el caso especial a que se refieren los artículos 2138 y 2139".

69. Bejarano S., *op. cit.*, 1998, p. 348.

70. Artículo 2154 del ccf: "Si la enajenación se declara resuelta, debe devolverse la cosa enajenada en el mismo estado en que se entregó, siendo responsable el adquirente de cualquier deterioro que no proceda del vicio o defecto ocultados"; artículo 810: "El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, tiene los derechos siguientes: I. El de hacer suyos los frutos percibidos, mientras su buena fe no es interrumpida; II. El de que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago; III. El de retirar las mejoras voluntarias, si no se causa daño en la cosa mejorada, o reparando el que se cause al retirarlas; IV. El de que se le abonen los gastos hechos por él para la producción de los frutos naturales e industriales que no hace suyos por estar pendientes al tiempo de interrumpirse la posesión; teniendo derecho al interés legal sobre el importe de esos gastos desde el día que los haya hecho"; artículo 2148: "Si el enajenante no conocía los vicios, solamente deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, en el caso de que el adquirente los haya pagado"; artículo 2145: "Si se probare que el enajenante conocía los defectos ocultos de la cosa y no los manifestó al adquirente, tendrá éste la misma facultad que le concede el artículo anterior, debiendo, además, ser indemnizado de los daños y perjuicios si prefiere la rescisión".

71. En la doctrina también es nombrada *rebaja* o *reducción del precio*.

servación del contrato, con una readecuación prestacional; así, la acción de rebaja de precio tiene por finalidad mantener el sinalagma y el equilibrio de las prestaciones, lo que permite al comprador imponer una modificación unilateral del contrato.⁷²

8.2.5 La evicción

El adquirente, quien no tuvo posesión pacífica de la cosa y es desapoderado de ella por un tercero, quien lo persigue apoyándose en un derecho anterior, sufre la evicción al ser vencido en juicio.⁷³ Así lo explica el artículo 2119 del ccf: "Habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición"; y el artículo 2120 del mismo ordenamiento: "Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato".

De acuerdo a lo anterior, la evicción genera la ineficacia porque, a través de un juicio donde el dueño ha reclamado su derecho, el adquirente pierde parte o la totalidad del bien y no puede disfrutar los efectos pactados en el contrato. Según Gutiérrez y González, para que haya evicción se requieren las siguientes condiciones:

- a) Que haya transmisión de la tenencia de una cosa, a título de dueño.
- b) Que exista un juicio contra el adquirente seguido por la persona que tenga sobre la cosa un derecho anterior a la transmisión de la misma o un juicio seguido por el adquirente contra la persona que tenga la posesión de la cosa.
- c) Que se haya dictado sentencia en ese juicio.
- d) Que la sentencia condene al adquirente a entregar la cosa al actor o se declare improcedente la demanda del adquirente.
- e) Que la sentencia cause ejecutoria.⁷⁴

Ahora bien, el saneamiento es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados al adquirente a título oneroso de una cosa, por causa de evicción o de vicios ocultos.⁷⁵ Quien ha sufrido la evicción tiene el derecho de exigir la devolución de lo que pagó y de los gastos ocasionados por la cosa que una vez adquirió y ahora perdió: "El adquirente, luego que sea emplazado, debe denunciar el pleito de evicción al que le enajenó" (artículo 2124 del ccf); "El fallo judicial impone al que enajena la obligación de indemnizar" (artículo 2125 del ccf). Según el artículo 2126, "si el que enajenó hubiera procedido de buena fe, estará obligado a entregar al que sufrió la evicción: I. El precio íntegro que

72. Pamela Prado López, "La cuantificación de la rebaja del precio en la acción *quanti minoris*", *Ius et Praxis*, 2015, núm. 1, p. 619.

73. Bejarano S., *op. cit.*, 2015, p. 374.

74. 2015, p. 651.

75. Bejarano S., *op. cit.*, 2015, p. 374.

recibió por la cosa; II. Los gastos causados en el contrato, si fueren satisfechos por el adquirente; III. Los causados en el pleito de evicción y en el de saneamiento; IV. El valor de las mejoras útiles y necesarias, siempre que en la sentencia no se determine que el vencedor satisfaga su importe".

8.3 Extinción natural: el pago o cumplimiento de lo pactado

Lo normalmente esperado por las partes que contratan es el cumplimiento de lo pactado, lo cual genera la extinción natural del contrato. Aunque la doctrina considere el *cumplimiento* o el pago como un efecto, es también una forma de extinción, pues, cuando las partes realizaron las prestaciones a las que se obligaron, no hay razón para considerar vivos el contrato y sus efectos.

La manera de cumplir una obligación es "pagándola", por eso se dice que pago es sinónimo de *cumplimiento*. Entonces, si el objeto de la obligación consiste en dar una cosa, se paga dando la cosa; si el objeto es una prestación de hacer, se paga haciendo; si el objeto implica abstenerse o no hacer, se paga absteniéndose o no haciendo.

De acuerdo con Bejarano,⁷⁶ el cumplimiento puede ocurrir: a) si es realizado voluntariamente por el deudor y recibido de la misma manera por el acreedor; b) si es efectuado en contra de la voluntad del acreedor, y se conoce como *consignación en pago*; c) si se lleva a cabo en contra de la voluntad del deudor, y se denomina *ejecución forzada*.

En ciertas ocasiones, el cumplimiento sí se efectúa, pero no como fue previsto: si se entrega un objeto diverso al pactado (*novación* o *dación en pago*); si el acreedor recibe menos o más de lo que se le debía (*compensación*); si el acreedor no obtiene el objeto que se le debe (*confusión*).⁷⁷

Ahora bien, después de revisar las diferentes caras que presenta la ineficacia, surgen algunos cuestionamientos:

¿Todo lo ineficaz es ilícito? Consideramos que no, pues la inexistencia no significa ilicitud; asimismo, en algunos casos la misma ley considera que causa más daño anular un acto que violenta una disposición de orden público que dejar existir sus consecuencias; por otra parte, existe el mutuo disenso, una especie de ineficacia que no conlleva ilicitud.

¿Todo lo ilícito es ineficaz? Concluimos que no, porque, aunque la ilicitud lleva a la nulidad, la cual genera la ineficacia del acto jurídico, recordemos que pueden existir situaciones ilícitas que únicamente producen una pequeña sanción en comparación con la ineficacia.

¿Todo lo inválido es ineficaz? Estimamos que sí, ya que todo lo declarado inválido pierde sus efectos.

76. Bejarano S., *op. cit.*, 2012, pp. 297-298.

77. Recomendamos revisar el mapa 12 "Ineficacias" (p. 158).

¿Todo lo ineficaz es inválido? Por supuesto que no: la invalidez es una especie de la ineficacia; hay otras causas por las que un contrato puede no generar o dejar de generar sus efectos, como la rescisión, el desistimiento unilateral, entre otros.

¿Todo lo ilícito es inválido? Sí, pero recordemos que hay conductas que van contra las buenas costumbres, por lo que son ilícitas en sí mismas; sin embargo, no se sancionan como debería ser. Celebremos que hoy los tribunales tienden a una postura principalmente humanista, que eleva la justicia sobre la norma.

IX

La interpretación, calificación e integración del contrato

Jaramillo¹ advierte sobre la importancia de una *tridimensionalidad del proceso interpretativo*, es decir, del proceso conformado por la interpretación, calificación e integración del contrato, al cual hemos denominado proceso ICI. En muchas ocasiones, las partes, sin saberlo siquiera al momento de la celebración del contrato, en el caso de que aflore entre ellas un conflicto, desavenencia o discrepancia que deseen ventilar, estarán a merced de un hermeneuta,² quien irrumpirá en la escena jurídica a establecer la "última palabra" sobre un acto enteramente ajeno a él (perspectiva genética), pero que por su *imperium* y *officium*³ deberá hacer.

En estos tiempos, el proceso interpretativo requiere acudir a elementos extravolitivos para dotar de utilidad y sentido a lo deseado por las partes, como la buena fe, a fin de poner a salvo "crisolados valores, principios o institutos como la confianza legítima, las lícitas expectativas interpartes, la finalidad racionalmente perseguida por los contratantes, el cumplimiento de los deberes especiales de conducta, la cooperación y la solidaridad contractuales, además de cuidar no distorsionar el sustrato del contrato."⁴

Este proceso, conformado por tres pasos, tiene el propósito de develar el contenido, fijar el alcance y determinar el significado ius del contrato, a partir de lo pretendido por sus celebrantes, más otros elementos que, articulados conforme a las circunstancias de cada caso en particular, contribuyen a la construcción definitiva del reglamento contractual, que no sólo es producto del telar volitivo, en tanto otros insumos pueden converger y enriquecerlo.

En palabras de Hinestrosa,

sólo después de construido y estructurado el negocio puede iniciarse la tarea verdaderamente interpretativa de su contenido, sin que en muchos casos quepa decir dónde termina la integración y dónde comienza la interpretación, pues una y otra procuran, en cierta forma, colmar las lagunas o claros dejados por los sujetos, corregir los defectos en que hayan incurrido, subsanar las incorrecciones de expresión, todo con miras a concluir la exacta significación que tuvo el negocio cuando se verificó y dentro de las circunstancias que lo asistieron, para luego sí estar en capacidad de valorar la media de eficacia.⁵

1. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, *Interpretación, calificación e integración del contrato. Aproximación tridimensional al "proceso interpretativo" en el derecho privado contemporáneo*, México, Porrúa, 2016.

2. Según la RAE, "de la palabra *hermenéutica*, que se refiere al método de interpretar textos".

3. Del latín, 'control' y 'oficio', respectivamente.

4. Jaramillo, *op. cit.*, p. 41.

5. Fernando Hinestrosa, "Interpretación de la conducta concluyente negocial", en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, Carlos Alberto Soto Coaguila (dir.), Lima, Grijley, 2007, p. 797.

9.1 La interpretación

Una vez que el contrato cuenta con las especificaciones estructurales y con los requisitos que la ley exige para existir y surtir sus efectos, puede surgir un problema: que las partes no hayan establecido con claridad y exactitud lo que deseaban otorgar en el contrato. De ahí que se vuelva necesario interpretar o tratar de conocer lo que las partes quisieron decir.⁶

Definimos *interpretar* como una actividad mental (intelectual y discursiva) que consiste en reconocer o atribuir un significado y un sentido a ciertos signos o símbolos; el intérprete representa una especie de mediador entre aquello que requiere ser interpretado y sus respectivos destinatarios y su función es clarificar o permitir su comprensión a través de un lenguaje significativo y comunicativo apropiado.⁷

La importancia de la interpretación del contrato nace de la necesidad de desentrañar en clave jurídica lo pretendido por los extremos de la relación negocial y su alcance. Para dotar un contrato de significado real no basta con acudir al elemento de la voluntad, también es necesario considerar los deberes colaterales de conducta y la buena fe, a fin de salvaguardar acrisolados valores, principios o institutos, como la confianza legítima, las lícitas expectativas interpartes, la finalidad racionalmente perseguida por los contratantes, el aseguramiento de los deberes especiales de conducta, la cooperación y la solidaridad contractuales, entre otros más, obviamente con el celo y el cuidado que ello supone para no distorsionar el sustrato del contrato.⁸

En la interpretación de un contrato, la doctrina plantea la interrogante sobre si debe imperar la voluntad interna o la voluntad declarada. La *interpretación subjetiva*, conocida como la teoría de la voluntad real o interna, atiende la autonomía (que corresponde al alma del contrato) para descifrar la verdadera intención de las partes. Para este sistema, también llamado *voluntarista*, *consensualista* o *espiritualista*, poco importa lo que hayan dicho las partes; lo más relevante es averiguar lo que realmente quisieron para conocer con exactitud el alcance del contenido del negocio.⁹

Sánchez Medal¹⁰ argumenta que al interpretar hay que buscar la intención de los contratantes a través de los términos claros empleados por ellos: si las palabras usadas fueran contrarias a su intención, debe prevalecer la intención sobre las palabras. Según el mismo autor, es tanta la importancia de la voluntad interna en la interpretación que, cuando no es posible descubrirla frente a dudas, equívocos o ambigüedades de las palabras o cláusulas usadas, el contrato se considera nulo, porque en el fondo no existió un verdadero acuerdo de voluntades.

6. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 432.

7. Ana Matilde Chávez Mayo, "Comentarios sobre la interpretación e integración del contrato", en *Formación, perfeccionamiento y eficacia del contrato*, María del Carmen Valdés Martínez (coord.), Xalapa, Universidad Veracruzana, 2007, p. 211.

8. Jaramillo, *op. cit.*, p. 4.

9. *Ibidem*, p. 31.

10. Sánchez M., *op. cit.*, p. 76.

Por su parte, la *interpretación objetiva*, conocida como la teoría de la voluntad declarada, sostiene que las partes celebran un contrato para producir algún efecto, no para realizar un negocio inútil y desprovisto de efectos. Abarca el principio de conservación del contrato: el intérprete busca determinar la voluntad jurídica del negocio, al que considera una entidad con vida propia o completada por elementos objetivos como la equidad y la buena fe; se impone a las partes la responsabilidad de no saber manifestar correctamente sus pensamientos, más aún cuando lo que se externó pudo ser base para fincar intereses a favor de terceros.

Según esta teoría, el intérprete debe tomar en cuenta la declaración de las partes como el objeto de su tarea e intentar armonizar el sentido de las cláusulas con los fines individuales y sociales perseguidos; ha de desentrañar el sentido y el alcance de las estipulaciones de las palabras, con el significado que le dan el uso y la práctica y considerando las circunstancias del caso; tiene que indagar hasta niveles insospechables para conocer la verdadera y real común intención de las partes contratantes, a saber: i) las negociaciones previas, tratos preliminares o tratativas contractuales entre las partes; ii) las prácticas que hayan establecido entre sí; iii) la conducta observada por las partes luego de celebrarse el contrato (comportamiento poscontractual); iv) la naturaleza y finalidad del contrato, lo que conduce a una interpretación finalista del contrato; v) el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; vi) los usos.

El CCF adopta que para la interpretación de un contrato hay que atenderse, en primer lugar, a la intención de las partes; en caso de que las dudas persistan, se hará supletoriamente, de acuerdo con las siguientes pautas de interpretación para contratos típicos:

- a) Conforme a la intención de las partes (interpretación subjetiva): "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas" (art. 1851).
- b) Principio de conservación del contrato (interpretación objetiva): "Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto" (art. 1853).
- c) Interpretar las cláusulas en conjunto (interpretación sistemática): "Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas" (art. 11854).
- d) De acuerdo a la naturaleza del contrato: "Las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato" (art. 1855); "los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen,

a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley" (art. 1839).

e) Al uso o a la costumbre del país: "El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos" (art. 1856).

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

9.2 La calificación

El proceso de calificar el contrato tiene como propósito establecer

su naturaleza jurídica, de su rostro o morfología, lo que supondrá el esclarecimiento previo de su arquitectura, en lo medular, lo que se hará a través de la valoración primigenia de los hechos y, claro está, es lo primordial, del contenido contractual previamente definido (interpretación) y de la auscultación de las normas jurídicas que, de una u otra manera, disciplinan el tipo contractual respectivo [...] Es entonces la calificación una operación de innegable relevancia jurídica, pues de ella dependerá la floración de una serie de consecuencias determinadas en función de la conclusión tipológica a la que finalmente se arribe, bien sea validando lo establecido [...] o modificándolo.¹¹

Para Mosset,¹² la calificación implica insertar lo querido por los contratantes dentro de los tipos o esquemas negociales predispuestos por el ordenamiento, de ahí que se convierta en un presupuesto mismo de la interpretación. Los problemas de la calificación entre las partes surgen principalmente cuando una de ellas intenta evadir una reglamentación legal de la figura jurídica que no se acomoda a sus intenciones o necesidades.

Puig¹³ sostiene que este proceso tiene lugar después de la interpretación, pues es necesario revisar previamente lo realmente pretendido por las partes contratantes. Además, no hay que confundir la interpretación con la calificación: la primera determina lo que efectivamente han querido decir las partes y es una investigación fáctica; la segunda trabaja en el terreno de lo jurídico e intenta buscar la naturaleza jurídica del contrato para establecer las normas jurídicas que resulten aplicables al contrato.

11. Jaramillo, *op. cit.*, p. 85.

12. En Leonardo Pérez Gallardo, "De la interpretación e integración contractual", en *Formación, perfeccionamiento y eficacia del contrato*, María del Carmen Valdés Martínez (coord.), Xalapa, Universidad Veracruzana, 2007, p. 182.

13. En Jaramillo, *op. cit.*, p. 88.

Dentro de la labor de calificación, el juez deberá fijar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para su existencia; si es así, tiene que determinar la clase a la cual pertenece. De lo contrario, deberá señalar que es atípico y la regulación que le sea aplicable. En ese sentido, el juez cuenta con el poder de modificar la calificación errónea que las partes hayan asignado al contrato por ellas celebrado.¹⁴

Quien califica debe hacerlo con cautela y saber diseccionar las diferentes fases del acuerdo a fin de no incurrir en una "contaminación contractual" y terminar por asignarle una naturaleza especial diversa, en función de una nota individual que, por importante que sea, no constituye el todo contractual. Para ello es fundamental tomar en cuenta las siguientes reglas:¹⁵

- a) Examinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar, para construir la intención real de los contratantes.
- b) No generalizar o calificar un contrato como típico de segundo grado y dejar de lado elementos cardinales y absorbentes del mismo, a pretexto de la presencia de uno que otro elemento o rasgo, episódico o no a lo largo de la relación. Cada contrato tendrá un género muy próximo y una diferencia específica, motivo por el cual se podrá constatar sistemáticamente la convergencia de elementos comunes entre contratos pertenecientes a una misma familia o grupo, como sucede entre la agencia mercantil y el contrato de distribución u otros contratos aledaños o que cohabiten en el mismo vecindario contractual. Cabe considerar que existen contratos que comparten rasgos comunes, una especie de ADN contractual, lo cual no debe confundir al intérprete y conducirlo a desnaturalizar un acuerdo negocial por meras similitudes o puntuales rasgos o signos.
- c) Identificar las zonas de frontera contractual, pues por más que se pueda aludir a la elasticidad del tipo, sus límites deben ser definidos y respetados; en ocasiones será difícil adoptar un tipo contractual frente a otro y de acuerdo a lo realmente querido.

9.3 La integración

Sánchez Medal habla de una *interpretación integradora* cuando explica que las partes, al celebrar un contrato, generalmente no tienen presente todas las consecuencias, alcances y efectos que comprende el mismo, por lo que se vuelve indispensable completar las omisiones o lagunas de las cláusulas con normas supletorias establecidas por el legislador.¹⁶ La interpretación e integración se encuentran íntimamente enlazadas, hasta el punto de compartir ciertos insumos como la buena fe y los usos; incluso, en algunos casos, sus límites no son del todo definidos y se complica definir cuándo termina una y comienza la otra fase.¹⁷

14. Solarte Rodríguez, *op. cit.*, p. 89.

15. *Ibidem*, p. 91-92.

16. Sánchez M., *op. cit.*, p. 79.

17. Jaramillo, *op. cit.*, p. 11.

La integración del contrato busca fuentes de la naturaleza objetiva para suplir el vacío que conlleva la no regulación de determinadas cuestiones por las partes, ya sea porque no se previeron o porque no quisieron hacerlo. La integración tiene por fin buscar la disciplina contractual que la declaración de voluntad no suministra, ya sea por lagunas o porque el ordenamiento ha predispuesto la entera reglamentación contractual a través de un concurso de fuentes normativas, sin conceder la exclusiva de la regulación a la autonomía de los particulares.

En palabras de Chávez Mayo, "dentro del derecho, en un sentido muy general, se conoce como integración a una técnica basada en un procedimiento que nos permite resolver una 'antinomía' o llenar una 'laguna' en el ordenamiento jurídico positivo. En materia de derecho privado, muy unida a la interpretación del contrato se encuentra la integración del mismo".¹⁸

Tenemos, entonces, que la integración es la actividad de complementar el contrato, en el entendido de que las partes no pueden prever todo; en ese sentido, el legislador ha establecido normas imperativas y dispositivas a tenerse en cuenta para que el acuerdo de voluntades, según las circunstancias, pueda enriquecerse en función del aporte equilibrado de otros componentes extranormativos, como la buena fe, la equidad y la costumbre, en aras de respetar la auténtica naturaleza del contrato y de no cercenar derechos y prerrogativas entre los contratantes.

La integración como parte del *iter* contractual busca precisar, ensanchar o enriquecer algunos derechos y deberes colaterales de conducta preexistentes, surgidos de la simple manifestación de los particulares, con aquellos que la ley, la costumbre, la equidad natural o la buena fe han de incorporar al contrato.

Soro Russell aporta que la integración es un límite positivo a la autonomía de la voluntad, pues siempre habrá situaciones donde el convenio no resuelva cuál ha de ser el comportamiento de las partes. El mismo autor define este proceso como el "conjunto de acciones que pueden llevarse a cabo con el fin de insertar en la regulación contractual un contenido suplementario al inicialmente previsto por las partes, inspirándose en normas de derecho positivo, usos normativos o en los principios de equidad y buena fe".¹⁹ Agrega que, para que proceda la integración, no es necesario que existan lagunas en la regulación que las partes predispusieron; incluso, esta función puede desarrollarse al margen o en contra de la voluntad de las partes.²⁰

Según el mismo autor, el contenido del contrato puede ser completado o impuesto, ya sea el caso, en primer lugar, por la ley y, en segundo lugar, por los usos normativos que hacen referencia al modo habitual de proceder en el mundo de los negocios e incluso al comportamiento frecuente de los mismos contratantes. Plantea la pregunta "¿de qué modo interviene la equidad o la buena fe para limitar la autonomía privada?", a lo que contesta: "se presume que el contratante debe actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual, esto es, leal y honestamente como lo haría las personas correctas".²¹

18. Chávez Mayo, *op. cit.*, p. 211.

19. Soro R., *op. cit.*, p. 205.

20. *Ibidem*, p. 206.

21. *Ibidem*, p. 207.

En ese sentido, rescatamos las palabras de Sánchez Medal: "Si las cláusulas convenidas entre las partes y las normas supletorias establecidas por la Ley a propósito de cada contrato en especial resultan todavía insuficientes, la integración deberá continuarse con las consecuencias que derivan de la buena fe, del uso o de otras disposiciones legales y finalmente con los principios generales de derecho, es especial los fundados en la equidad".²²

En relación con esto, el ccf establece: "las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho (artículo 19); "el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos" (artículo 1856).

La integración de los contratos típicos debe considerar lo siguiente: la intención de las partes; el principio de conservación del contrato; las cláusulas naturales del contrato en especial, después de las cuales se aplicará la teoría general del contrato y la teoría de las obligaciones; la buena fe; el uso; y los PGD.

Los códigos civiles de Italia (artículo 1366)²³ y Colombia (artículo 1603)²⁴ señalan que los contratos deben interpretarse de acuerdo a la buena fe; en nuestro país, no contamos con un artículo que lo especifique como tal, pero sí se hace referencia a ésta: "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley" (artículo 1796 del ccf).

Podemos definir la *buena fe* como la

fuerza objetiva de integración contractual, toda vez que a los contratantes les serán exigibles ciertos deberes de conducta (y a la vez tendrán ciertos derechos) derivados de la necesidad de dar al negocio jurídico cumplida efectividad de conformidad con la finalidad perseguida por las partes, haciendo 'todo aquello que es necesario para hacer llegar a la contraparte el pleno resultado útil de la prestación debida', aun cuando ellas ni siquiera hayan hecho mención del asunto en su manifestación de voluntad. Se destacan al respecto los componentes de lealtad y confianza de los contratantes en relación con el comportamiento correcto y honesto de la contraparte.²⁵

Vuelve a surgir la alusión a los deberes colaterales de conducta, los cuales ayudarán a integrar al contrato a través de la buena fe, que Solarte Rodríguez

22. Sánchez M., op. cit., p. 80.

23. Código Civil italiano, Florencia, Senado, 1865. Consultado en http://www.bibliotecavirtualdeandalucia.es/catalogo/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1005630&posicion=68&presentacion=pagina.

24. Artículo 1603: "Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

25. Solarte Rodríguez, op. cit., p. 301.

llama *buena fe integradora*, la cual, afirma, produce un enriquecimiento del contenido contractual, pues a través de ella se dota de un sentido más amplio a los deberes creados por el negocio jurídico y también se crea una serie de deberes especiales (como el de información, colaboración y cuidado) que atiende particularmente la naturaleza del contrato y su finalidad. La integración, entonces, enriquece el contenido contractual, lo que implica que formen parte aquellos deberes propios de la buena fe, del uso y la costumbre.

Por su parte, Pérez Gallardo²⁶ menciona que, si bien es cierto que en códigos civiles como el nuestro nada se establece sobre la buena fe como principio hermenéutico contractual, no hay que dudar sobre la fuerza expansiva de este principio, el cual supone que el comportamiento de las partes contratantes, desde el inicio de las tratativas contractuales hasta la etapa posterior al cumplimiento del contrato, debe estar informado por un actuar honesto y leal.

Según lo revisado, dentro del proceso *ici*, la interpretación es forzosa en el juzgamiento o análisis de los alcances de un determinado contrato, mientras que la calificación y la integración, conforme sea el asunto escrutado, podrán tener o no cabida. La interpretación se realizará aun frente a textos y supuestos claros; la integración sólo procederá ante puntuales supuestos específicos de ordinario cuando se constaten vacíos, lagunas, quebrantos teleológicos, con la finalidad de complementar o enriquecer el tejido contractual; en cuanto a la calificación, los contratos se considerarán preferentemente por el contenido y no por su nombre, de ahí que la calificación, en muchos casos, se omite por ser evidente. Sin embargo, es claro que se trata de proceso integrador, unido por tres fases.²⁷ Presentamos la siguiente tabla para mayor comprensión del tema.

Tabla 2 Proceso *ici* del contrato

Interpretación	Calificación	Integración
Su función es desentrañar el verdadero significado del acto dispositivo; busca encontrar la significación y el alcance de los términos empleados y de las cláusulas convenidas por las partes. Para interpretar el contrato hay acudir a la voluntad interna declarada , o sea, ir al encuentro de la intención común de las partes en la medida en que ambas exteriorizaron su voluntad interna.	Tiene como propósito el establecimiento de la naturaleza jurídica del contrato, de su rostro o morfología, a través de la valoración primigenia de los hechos y primordialmente del contenido contractual , previamente definido por la interpretación, y de la auscultación de las normas jurídicas que, de una u otra manera, disciplinan el tipo contractual.	Pretende completar las lagunas de un negocio, a partir de las fuentes de la naturaleza objetiva para suplir el vacío que conlleva la no regulación por las partes de determinadas cuestiones, ya sea porque no se previeron o porque no lo quisieron.

Fuente: Elaboración propia.

26. Pérez Gallardo, *op. cit.*, p. 207.

27. Jaramillo, *op. cit.*, pp. 98 y 100.

X

Los contratos atípicos

La legislación nacional como internacional reconoce que los sujetos contamos con autonomía de la voluntad, que no es otra cosa que la posibilidad de celebrar contratos, elegir con quién hacerlo y determinar libremente su contenido, de acuerdo con ciertos límites.¹ Para la teoría general del contrato, la importancia de este principio radica en que "engendra la posibilidad de celebrar contratos, sin necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley, así como la posibilidad de modificar o de sustituir la disciplina normativa correspondiente a un tipo de contrato, según sus intereses".²

En pocas palabras, gracias al principio de la autonomía de la voluntad podemos celebrar contratos típicos y atípicos, según nuestra conveniencia:

La ley –el código civil y demás ordenamientos legales– no reglamentan el contenido de todos los contratos posibles, sólo lo hacen con los contratos más frecuentes e importantes, a los contratos que menciona y cuyo contenido disciplina el legislador, se les llama contratos nominados o típicos, y a los que no reglamenta, aunque a algunos de ellos simplemente los menciona, se les llama contratos innominados o atípicos.³

136

136

10.1 Los contratos típicos y atípicos

Los contratos típicos son aquellos cuyo contenido obligatorio concreto coincide con alguna figura contractual que encuentra regulación particular en el ordenamiento legal.⁴ Por medio de la norma, el legislador describe los términos en los que se va a regir el contrato, es decir, cómo se va a crear su contenido, cómo se va a ejecutar y cómo se va a proceder en caso de que exista controversia.

Por el contrario, el contenido de los contratos atípicos no tiene disciplina en la legislación.⁵ Sánchez Medal⁶ también los llama *innominados* y explica que no existen normas legales que rijan su contenido, el cual puede modelarse libremente por voluntad de las partes en ejercicio también de la libertad contractual (autonomía de la voluntad). En estos casos, surgen dos problemas: cómo llenar las lagunas ocasionadas por la omisión de ciertas estipulaciones por parte de los sujetos, pues no existen normas supletorias o dispositivas a

1. Recomendamos consultar el apartado "El principio de la autonomía de la voluntad", en el capítulo I de este trabajo.

2. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 385.

3. Sánchez M., *op. cit.*, p. 535.

4. Mario de la Madrid Andrade, *Contratos atípicos y conexidad contractual*, México, Porrúa, 2016, p. 3.

5. Javier Arce Gargollo, *Contratos mercantiles atípicos*, México, Porrúa, 2010, pp. 131 y 132.

6. Sánchez M., *op. cit.*, p. 536.

propósito de estos contratos; y cómo interpretar estos contratos a falta de preceptos especiales que los reglamenten e integren.

Ahora bien, es importante señalar, marcando una diferencia con lo expuesto por el propio Sánchez Medal, que contrato atípico no es lo mismo que contrato innominado, ya que este último es aquel que carece de nombre que le identifique, es decir, la ley no lo ha reconocido; por tanto, podemos concluir que si es innominado también es atípico. También existen los contratos atípicos nominados, que son atípicos (no están regulados en la relación entre partes por la ley positiva), pero están nombrados por alguna ley. De lo anterior, concluimos que todo contrato típico es nominado, todo contrato innominado es atípico y que pueden existir contratos nominados atípicos.

Los contratos atípicos son claro ejemplo de que las normas contractuales deben de adaptarse a la realidad social: es poco posible que un marco jurídico pueda contemplar un tipo contractual para cada situación o necesidad que se presente.

10.2. La atipicidad

El tipo *contractual*, según De la Madrid, ha desempeñado un papel fundamental en la actividad económica, pues es un esquema reglamentario que encierra en sí la representación de una operación económica recurrente en la práctica comercial y funge como una especie de programa de la actividad de los particulares, para ceñirla a determinada estructura contractual. Considera que las normas de los contratos en particular, al aplicarse por analogía a los contratos con los que presentan similitud, adquieren cierta generalidad.

El mismo autor aclara que en la doctrina la tipicidad legislativa, social y contractual se encarga de regular los contratos en especial (atendiendo que las normas generales que regulan los contratos pueden ser percibidas de dos formas: una amplia, conocida como *tipo legal general*; y la otra reservada para los contratos en particular, identificada como *tipo legal especial*) y concluye que la atipicidad de determinada relación contractual sólo puede predicarse respecto de los contratos especialmente considerados en la ley.⁷

Los contratos atípicos permiten a las partes lograr una finalidad económica distinta de aquella predeterminada por el legislador en los contratos típicos e incluso alcanzar varias finalidades mediante la implementación de un único vínculo contractual que toma partes de otros tipos contractuales.

Arce Gargollo considera que el derecho mercantil es la fuente de los contratos atípicos, “opina que la empresa y la actividad empresarial, siempre dinámica y generadora de nuevas formas de negocios jurídicos, es origen de muchos contratos atípicos que han adquirido tipicidad social, agregando que como el derecho mercantil siempre está en constante evolución por las exigencias de la situación económica, hace evolucionar figuras que se encuentran en el marco jurídico o nacer nuevas que no existen en el mismo marco”:⁸

7. De la Madrid, *op. cit.*, p. 7.

8. Arce G., *op. cit.*, p. 137.

La tipicidad y atipicidad son conceptos relativos, pues el contenido siempre cambiante del ordenamiento jurídico puede incluir o excluir contratos (regular contratos que anteriormente no estaban disciplinados o viceversa). Dentro de la tipicidad encontramos la **elasticidad del tipo contractual**, que es la adición o inserción de cláusulas, pactos o condiciones a los contratos típicos en una determinada legislación, suelen tener el efecto práctico de que, con la utilización de un tipo contractual se resuelve una situación nueva que no se ajusta exactamente al marco del contrato típico.⁹

Ahora bien, un contrato atípico puede formar parte de un ordenamiento jurídico y convertirse en un contrato típico por la voluntad del legislador, a través del reconocimiento y regulación en una ley (sin que exista previamente o sin repetición constante); por ejemplo, la Sociedad de Responsabilidad Limitada (S. de R. L.) regulada por la LGSM en 1934. O por conciencia social, que motiva que figuras atípicas se transformen en típicas; por ejemplo, algunas tesis del PJJ reconocen el contrato de suministro o el de agencia.

10.3 La clasificación de los contratos atípicos

En la doctrina jurídica podemos encontrar diversas clasificaciones de los contratos en general, según la necesidad del estudio; por esa razón, integramos los mapas 13 "Clasificación de los contratos" (p. 159) y 14 "Clasificación de los contratos atípicos" (p. 159), para mayor claridad sobre el tema.

10.3.1 Un solo contrato con cláusulas de otro contrato típico

Mixto o complejo en sentido amplio (combinado): cuando en un solo contrato las partes estipulan prestaciones correspondientes a diversos tipos de contratos típicos o nominados. No conserva plenamente su integridad, sino que goza de la naturaleza jurídica de dos o más, así que se aplica el régimen jurídico de dos o más contratos parcialmente. Pueden ser:

1. Contrato combinado en sentido estricto (gemelo): cuando uno de los otorgantes se obliga a varias prestaciones principales que corresponden a distintos tipos de contratos y la otra parte se obliga a una prestación unitaria. Por ejemplo, el contrato de franquicia, que obliga a la persona a quien se le concede la licencia de uso de marca pagar una cantidad establecida cada determinado tiempo;¹⁰ o el contrato de ga-

9. *Ibidem*, p. 133.

10. "[...] para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales, administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue" (artículo 245 de la LFPPI, México, Cámara de Diputados, 2020. Consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPI_010720.pdf).

raje, que posee elementos que pertenecen al arrendamiento de bienes, al depósito y a la prestación de servicios, mientras que al conductor del vehículo solo le corresponde pagar por el uso del lugar.¹¹

2. Contrato de doble tipo (híbrido): cuando el total del contenido del contrato encaja o cabe en dos diferentes especies de contratos nominados o típicos.¹² El contrato tiene prestaciones contrapuestas que pertenecen a tipos contractuales diversos, de tal manera que podría ser calificado como cualquiera de ellos, según la perspectiva desde la cual se aprecie la relación.¹³ Como ejemplo: el arrendamiento de un bien inmueble para poner un restaurante a cambio de un porcentaje de las utilidades que deje el negocio; o el caso de que "A" y "B" celebren un contrato, donde "A" deje vivir en una de las habitaciones de su casa a "B" a cambio de que éste le enseñe a hablar otro idioma (el contrato puede encajar en el arrendamiento o en la prestación de servicios).

3. Contrato mixto en sentido estricto (mezcla de tipos): cuando un contrato típico contiene un elemento representativo o característico de otro tipo de contrato también nominado o típico.¹⁴ Aunque presenta todas sus características, una de las prestaciones ordinarias puede ser apreciada con un enfoque distinto, de tal manera que la naturaleza del contrato podría ser otra; ¹⁵ por ejemplo, una compraventa en la que el precio es tan bajo que podría considerarse una donación.

a. Contrato típico con prestaciones subordinadas de otra especie (cláusula atípica): Encajan en un tipo de contrato típico único, pero obligan a prestaciones subordinadas al fin principal que se regulan dentro de otra especie de contrato; ejemplo: "A" le compra a "B" cien toneladas de maíz, en costales y no a granel. En el contrato que celebran, una compraventa, no se especifica que el maíz será entregado en costales; sin embargo, se incluye una cláusula como prestación adicional subordinada al fin principal, que corresponde al comodato de los sacos que contienen el maíz y no tiene influencia en el contrato "principal". En opinión de Sánchez Meda, "hay contratos sólo en apariencia innominados o atípicos, pero que en realidad no dejan de ser nominados o típicos, así ocurre con un contrato que conserva la estructura fundamental y las prestaciones esenciales de un determinado nominado o típico, pero al que sólo se ha agregado una prestación extraña y subordinada a la principal y dentro de la cual queda absorbida".¹⁶

139

139

11. De la Madrid, *op. cit.*, p. 21.

12. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 244.

13. De la Madrid, *op. cit.*, p. 22.

14. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 244.

15. De la Madrid, *op. cit.*, p. 23.

16. Sánchez M., *op. cit.*, p. 536.

10.3.2 Pluralidad de contratos

Pueden ser:

1. Uniones de contratos o contratos coaligados: se presentan dos o más contratos en un solo acto, conservando cada uno su individualidad. Aunque puede existir el propósito de las partes de considerarlos como un todo, cada contrato tiene régimen jurídico propio y eficacia con independencia de su vinculación con otros.¹⁷

a. Unión externa o formal: cuando las partes quieren que en una sola forma se plasmen dos o más contratos, pero sin la intención de que sean un todo jurídico. Gutiérrez y González lo ejemplifica con el caso de la persona quien, al momento de entregar en una joyería su reloj para reparación, decide comprar otro en la misma tienda: las dos operaciones son distintas, pero el vendedor, para abreviar trámites, las asienta en un mismo documento.¹⁸

b. Unión interna: cuando dos o más contratos se celebran con el ánimo de que su vida jurídica y sus efectos estén ligados como un todo, cuando menos para uno de sus contratantes.¹⁹

b.1 Con dependencia bilateral o recíproca: cuando dos contratos ligados como un todo son recíprocamente su causa o razón explicativa. Gutiérrez y González explica que están tan unidos que, si se incumple uno, se tendrá que incumplir el otro y, si se rescinde uno, se tendrá que hacer lo mismo con el otro: comparten un mismo fin.²⁰ Esto puede suceder al abrir un restaurante: se realiza un contrato de arrendamiento para alquilar el local donde estará montado, así como contratos de luz eléctrica y agua; en caso de que se termine el primero, no tendría sentido continuar con los contratos de luz y agua, al igual que si dejan de contratarse esos servicios indispensables para el giro del negocio, tampoco será necesario seguir con el arrendamiento del espacio.

b.2 Con dependencia unilateral simplemente: cuando un contrato es causa explicativa de la existencia de otro, por lo cual, sin ser contrato accesorio, depende de la existencia de aquél, pero no a la inversa. Como ejemplo, cuando alguien va a una tienda de electrónica con el fin de comprar una computadora y allí le ofrecen el servicio de mantenimiento de *software* de por vida por un ingeniero en sistemas (contrato de prestación de servicios), se celebran dos contratos: el primero podría sobrevivir sin el segundo (puede comprar la computadora y a los tres meses dejar de solicitar el servicio de mantenimien-

17. Sánchez Medal considera que no deben confundirse los contratos innominados o atípicos con los contratos múltiples o uniones de contratos, porque en estos no hay un contrato único con efectos complejos, sino la coexistencia de dos o más contratos diferentes (*Id.*).

18. Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 242.

19. *Ibidem.*

20. *Id.*

to), pero no podría subsistir el segundo contrato sin el primero (¿de qué serviría el mantenimiento de *software* de por vida si el comprador pierde la computadora en dos meses?).

b.3 Con unión alternativa: cuando se celebran simultáneamente dos contratos sujetos a una sola modalidad (plazo o condición), que al cumplirse dejará de subsistir definitivamente uno solo de ellos y sólo el otro surtirá efectos de derecho, pero nunca los dos; en tanto que no se alcance el supuesto de la modalidad, existen ambos. Por ejemplo, el caso de que "A" arriende a "B" una finca y convengan en que si "A" no abandona el país por motivos de trabajo en un plazo de seis meses comprará la casa, "B" acepta y pactan en consecuencia que el arrendamiento durará seis meses si "A" sale del país, de no hacerlo el contrato se convertirá en una compraventa: dos contratos unidos por una condición.

2. Sistema de contratos o contratos sistémicos: cuando un contrato requiere de una red creada por otros contratos para que sea económicamente viable: una amalgama de actos donde participen varias personas de diversa índole que confluyen con el objeto común de una operación económica global, así como un organizador del contrato base. Como ejemplos, podemos referir la red de tarjetas de crédito o de débito: el contrato de apertura de crédito que permite la utilización de la tarjeta como medio de pago tiene viabilidad en tanto el banco (organizador del contrato) estructure y mantenga vigentes los distintos contratos de filiación con los establecimientos comerciales en los que la tarjeta bancaria puede utilizarse, si llegara a omitir estos mecanismos con los establecimientos comerciales, los contratos de apertura de crédito celebrados entre el banco y sus clientes no tendrían razón de ser;²¹ así también, el sistema de asistencia médica prepagada: la empresa organiza y celebra diversos contratos, dependiendo de los servicios que ofrezca, con distintas partes, como hospitales o consultorios, médicos generales, dentistas, especialistas, farmacias, enfermeros, ambulancias y clientes que contraten los servicios; otro ejemplo sería el contrato de viaje: la agencia de viajes celebra contratos con el taxi que llevará a los clientes de su casa al aeropuerto, con la línea aérea para conseguir boletos a un mejor precio, con el transporte que los lleve del aeropuerto al hotel, con el hotel donde se quedarán, con el guía turístico, con el transporte que los traslade por la ciudad que estén visitando, con los parques turísticos, ferias y museos para tener boletos de acceso, con restaurantes, con el transporte que los regrese al aeropuerto y, por supuesto, con cada cliente que contratará sus servicios de acuerdo con su preferencia y posibilidades, todo lo cual implica una gran cadena de contratos que deben estar organizados y supervisados por una persona.

21. De la Madrid, *op. cit.*, p. 120.

10.3.3 Contratos atípicos puros

Son contratos que tienen un contenido completamente extraño a los moldes legales o tipos establecidos, como la venta de una empresa con cláusula de no competencia.²² Sánchez Medal ejemplifica este caso con los contratos estimatorio, entre el árbitro y los comprometientes y el de garantía que es distinto al de fianza.²³

10.4 La interpretación e integración de los contratos atípicos

La interpretación de los contratos atípicos se regirá, según el artículo 1858 del CCF, por:

- a. Las reglas generales de los contratos, empezado por las disposiciones del código civil y de manera supletoria: el cco (para contratos mercantiles), la LGSM, la LGTOPC, la teoría general del contrato y la teoría general de las obligaciones.
- b. Las estipulaciones de las partes.
- c. Y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.
- d. El uso y la costumbre, no contemplados por este artículo, pero *si* por el 1856 del mismo ordenamiento: “el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos”. En cuanto a la integración de los mismos, presentamos una lista²⁴ que establece el orden jerárquico que deberá seguirse:
 1. Normas imperativas, que deberán aplicarse incluso sobre la autonomía de la voluntad, pues las partes están impedidas para excluirlas: “los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes, pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato [...], se tendrán por puestas, aunque no se expresen” (artículo 1839 del CCF).
 2. Estipulaciones de las partes, las cuales prevalecerán sobre la regulación legal de las obligaciones y de los contratos, salvo que se trate de normas de carácter imperativo.
 3. Los usos y las prácticas, según el país y la sociedad, relacionados con el objeto del contrato y las partes.
 4. Las normas especiales de los contratos en particular, de manera directa o por analogía.
 5. Las reglas generales de los contratos y las obligaciones.
 6. Las reglas compatibles con la naturaleza y la finalidad del contrato que implican la calificación del contrato, pues se tiene que tomar en

22. Arce G., *op. cit.*, p. 140.

23. Sánchez M., *op. cit.*, p. 539.

24. En De la Madrid, *op. cit.*, pp. 34-47. // Es pertinente aclarar que estamos de acuerdo con los argumentos que propone De la Madrid para crear la lista, pero no con el orden de los elementos, motivo por el cual la modificamos según la relevancia que consideramos para cada disposición.

cuenta la finalidad del contrato (si es asociativo o de prestación de servicios, traslativo de dominio, entre otros).

7. Aquellas que deriven de la buena fe objetiva (de la cual ya hablamos anteriormente).

Hoy en día existe una enorme cantidad de contratos, de los cuales muchos no están regulados en nuestro marco normativo. Eso no significa que no podamos usarlos, sino que los negocios y la necesidad de efectuarlos nos llevan a moldear las figuras contractuales preestablecidas para satisfacer las demandas del mercado, con la única exigencia de respeto al orden público y a los deberes colaterales de conducta.

Fuentes de información

Acuerdos, códigos, leyes y principios

ACUERDO sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Ginebra, Organización Mundial del Comercio, 1994). Consultado en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf.

CÓDIGO Civil alemán (Berlín, Parlamento del Imperio, 1900).

CÓDIGO Civil argentino (Buenos Aires, Congreso de la Nación, 1869).

Consultado en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/105000-109999/109481/texact.htm>.

CÓDIGO Civil español (Madrid, Ministerio de Gracia y Justicia, 1889). Consultado en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>.

CÓDIGO Civil Federal (México, Cámara de Diputados, 1928). Consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_030619.pdf.

CÓDIGO Civil italiano (Florencia, Senado, 1865). Consultado en http://www.bibliotecavirtualdeandalucia.es/catalogo/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1005630&posicion=68&presentacion=pagina.

CÓDIGO Civil para el Estado de Veracruz (Veracruz, Gobierno del Estado, 1932). Consultado en <https://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/CCIVIL2911116.pdf>.

CÓDIGO de Comercio (México, Cámara de Diputados, 1889). Consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_311218.pdf.

CÓDIGO de Comercio colombiano (Colombia, Ministerio de Justicia, 1971). Consultado en <https://www.ccb.org.co/content/download/file/Codigo>.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CIVILES

CÓDIGO Penal para el Estado de Veracruz (Veracruz, Congreso del Estado, 2003). Consultado en <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=dBwlr2Y8dQHxR0t4KBWx2Yk7y-QN/9rfrkcE+WXucaYsfZJob/vHXkPmFf5ji5T4H>.

COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa (Bruselas, Comisión Europea, 2016). Consultado en https://ec.europa.eu/search/?QueryText=ECONOMIA+COLABORATIVA&op=B%C3%BAsqueda&swlang=es&form_build_id=form-fU70jxzwNkmXAhb79T5m34WsYzuEl65j7BArOGd_1jQ&form_id=nexteuropa_europa_search_search_form.

LEY DE FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA

LEY de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (España, Jefatura del Estado, 2002). Consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>.

LEY de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México (Ciudad de México, Administración Pública, 2017). Consultado en <http://www.gamadero>.

- gob.mx/GAM/Transparencia19/A121/01/A121Fr01_2019-T01_LEY_DE_SOCIEDAD_DE_CONVIVENCIA_PARA_LA_CIUADAD_DE_MEXICO.pdf.
- LEY de Títulos y Operaciones de Crédito (México, Cámara de Diputados, 1932). Consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145_220618.pdf.
- LEY Federal de Protección a la Propiedad Intelectual (México, Cámara de Diputados, 2020). Consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPI_010720.pdf.
- LEY Federal de Protección al Consumidor (México, Cámara de Diputados, 1992). Consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/113_120419.pdf.
- LEY General de Sociedades Mercantiles (México, Cámara de Diputados, 1992). Consultado en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/144_140618.pdf.
- LEY Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (Viena, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1996). Consultado en https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modelaw/electronic_commerce.
- PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS.
- PRINCIPIOS UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales (Roma, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 2010). Consultado en <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>.
- SEMANARIO Judicial de la Federación (México, Suprema Corte de Justicia, 1870). Consultado en <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>.

145

145

Bibliohemerográficas

- ABU Shihab, Laila, "Tres hombres se casaron legalmente en Colombia: así es la primera triega del país", CNN, 13 de junio de 2017. Consultado en <http://cnnespanol.cnn.com/2017/06/13/tres-hombres-se-casaron-legalmente-en-colombia-asi-es-la-primera-trieja-del-pais>.
- ÁLVAREZ Álvarez, Henar, "Régimen jurídico-civil de las viviendas de uso turístico", en *Economía colaborativa y derecho. Aspectos civiles, mercantiles y laborales*, Xosé Manuel Carril Vázquez, Rafael García Pérez y Marcos A. López Suárez (coords.). Pamplona, Aranzadi, 2019.
- ÁLVAREZ Seura, Gonzalo, *El deber de protección: análisis y configuración en la dogmática*, tesis doctoral. Valladolid, Universidad de Valladolid-Facultad de Derecho, 2016. Consultado en <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/22172/1/Tesis1205-170126.pdf>.
- ARCE Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*. México, Porrúa, 2010.
- BALLESTEROS Garrido, José Antonio, *Las condiciones generales de los contratos y principio de autonomía*. Barcelona, Bosch, 1999.
- BEJARANO Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*. México, Oxford, 1998.

- _____, *Obligaciones civiles*. México, Oxford, 2012.
- _____, *Obligaciones civiles*. México, Oxford, 2015.
- BENÍTEZ, Nicolás A., "Responsabilidad postcontractual y deberes secundarios de conducta", *Revista Jurídica de Daños*, 19 de noviembre de 2013, núm. 7. Consultado en http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?id_articulo=66876&print=2.
- BERNAL Fandiño, Mariana, *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2013.
- BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*. México, FCE, 1989 (Breviarios, 476).
- BORDA, Alejandro, "La buena fe en la etapa precontractual", en *Vniversitas*, julio-diciembre 2014, núm. 129, pp. 39-80. Consultado en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n129/n129a03.pdf>
- BORJA Soriano, Manuel, *Teoría de las obligaciones*. México, Porrúa, 2000.
- BOTSMAN, Rachel y Roo Rogers, *What's mine is yours: the rise of collaborative consumption*. Nueva York, Harper Business, 2010.
- BUEN Lozano, Néstor de, *La decadencia del contrato*. México, Textos Universitarios, 1965.
- CALVO, Julián, *La plenitud del ordenamiento jurídico penal*. México, UNAM-Facultad de Derecho, 2004.
- CAMPOS Díaz Barriga, Mercedes, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente: el caso del agua en México*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000. Consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3496/9>.
- CARO Gándara, Rocío, "Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional", *Recerca: Revista de Pensament i Anàlisi*, 2014, núm. 14, pp. 93-116.
- Castro, Ana María y Ana Cecilia Zapata, "El hardship en los contratos internacionales", en *Revista E-mercatoria*, 2005, núm. 2, pp. 97-123. Consultado en: https://www.researchgate.net/publication/46564367_La_Cláusula_de_Hardship_en_la_contratacion_internacional
- CAXIOLA Moralia, Federico, "Ley", en *Diccionario jurídico mexicano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, pp. 1963-1964.
- CHÁVEZ Mayo, Ana Matilde, "Comentarios sobre la interpretación e integración del contrato", en *Formación, perfeccionamiento y eficacia del contrato*, María del Carmen Valdés Martínez (coord.). Xalapa, Universidad Veracruzana, 2007, pp. 209-222.
- COMPUEXPEDIENTE, "Firma electrónica avanzada", Compuexpediente. Consultado en <https://www.compuexpediente.com/firma-electronica-avanzada#:~:text=Es%20el%20conjunto%20de%20datos,admisibile%20como%20prueba%20en%20juicio>.
- CORNEJO Certucha, Francisco, "Invalidéz", en *Diccionario jurídico mexicano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, pp. 1807-1809.
- CORNEJO Certucha, Francisco y Claude Belair, "Autonomía de la voluntad", en *Diccionario jurídico mexicano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, pp. 278-280.

- CUENTAS Ormachea, Enrique, "El abuso del derecho", *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 1997, núm. 51, pp. 463-484. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085322>.
- DAVARA Rodríguez, Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*. Pamplona, Aranzadi, 1997.
- DÍAZ Moreno, Alberto, "Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)", *Análisis GA&P*, 18 diciembre 2014. Consultado en <https://www.ga-p.com/publicaciones/deber-de-lealtad-y-conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-regimen-de-las-operaciones-vinculadas/>.
- DÍEZ-PICAZO y Ponce de León, Luis, "Contrato y libertad contractual", *Themis. Revista de Derecho*, 2004, núm. 49, pp. 7-14. Consultado en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8545/8901>.
- _____, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Madrid, Tecnos, 1983.
- DOMÍNGUEZ García Villalobos, Alejandro, "Hecho, acto y negocio jurídico", en *Cien años de derecho civil en México 1910-2010*, José Antonio Sánchez Barroso (coord.). México, UNAM-Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, 2010. Consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/6.pdf>.
- DOMÍNGUEZ Luelmo, Andrés, "La contratación electrónica y la defensa del consumidor", en *El comercio electrónico*, Marina Echebarría Sáenz (coord.). Madrid, Edisofer, 2001, pp. 31-80.
- DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Contratos*. México, Porrúa, 2000.
- _____, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. México, Porrúa, 2000.
- EGEA RAUSELL, Javier, *Práctica del contrato relacional para la integración de proyectos*, Valencia, Universitat Politècnica de València, 2016.
- ELÍAS LAROZA, Enrique, "Los actos 'ultra vires' en las sociedades anónimas", *Themis. Revista de Derecho*, 1995, núm. 31, pp. 87-89. Consultado en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/1084>.
- ENRIGUE ZULOAGA, Carlos, *Pacto contractual y contratos atípicos*. México, Porrúa, 2002.
- ESPÍN Cánovas, Diego, "Los límites de la autonomía de la voluntad en el derecho privado", *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, 6 de mayo de 2010, núm. 13, pp. 9-61. Consultado en <http://revistas.um.es/anal-sumderecho/article/view/103081/98061>.
- FENOLLAR González, María, "Las cláusulas MAC (Material Adverse Change) en los procesos de fusión y adquisición de empresas en el ordenamiento jurídico español", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2019-2020, núm. 12, pp. 195-220. Consultado en: https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/40971/clausulas_fenollar_AFDUA_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- GALINDO Garfias, Ignacio, *Teoría general de los contratos*. México, Porrúa, 1996.
- _____, "Validez", en *Diccionario jurídico mexicano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, pp. 3218-3219.

- GARCÍA Amigo, Manuel, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid, Tecnos, 1965.
- GARCÍA Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*. México, Porrúa, 1998.
- GARCÍA Mendieta, Carmen, "Miedo", en *Diccionario jurídico mexicano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, pp. 2126-2127.
- GARCÍA Rendón, Manuel, *Sociedades mercantiles*. México, Oxford University Press, 1993.
- GAVIRIA, Juan, *El problema del hold-up en el derecho de contratos de Estados Unidos, Colombia y México*. Universidad Pontificia Bolivariana / Red Internacional de Juristas para la Integración Americana / Porrúa, 2014. Consultado en <https://www.researchgate.net/publication/331382407>. [El problema del holdup en el derecho de contratos colombiano - Estados Unidos Colombia y Mexico.](https://www.researchgate.net/publication/331382407)
- GÓMEZ-Álvarez Díaz, Rosario y Rafael Morales Sánchez, "Principios ontológicos de la economía colaborativa verdadera", en *Economía colaborativa... ¿De verdad?*, Rosario Gómez-Álvarez Díaz, David Patiño Rodríguez y Juan José Plaza Angulo (coords.). Sevilla, Universidad de Sevilla-Departamento de Economía e Historia Económica, 2018, pp. 15-41.
- GONZÁLEZ Gozalo, Alfonso, *La formación del contrato tras la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada, Comares, 2004.
- GONZÁLEZ Ruiz, Samuel Antonio, "Licitud", en *Diccionario jurídico mexicano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, p. 2039.
- GUISADO Moreno, Ángela, *Formación y perfección del contrato en Internet*. Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- GUTIÉRREZ y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*. México, Porrúa, 1999.
- _____, *Derecho de las obligaciones*. México, Porrúa, 2015.
- HERNÁNDEZ Fraga, Katuska y Danay Guerra Cosme, "El principio de la autonomía de la voluntad contractual civil, sus límites y limitaciones", *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, junio 2012, núm. 6, pp. 27-46. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4614067>.
- HINESTROSA, Fernando, "Eficacia e ineficacia del contrato", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1999, núm. 20, pp. 143-161. Consultado en www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/433/406.
- _____, "Interpretación de la conducta concluyente negocial", en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, Carlos Alberto Soto Coaguila (dir.). Lima, Grijley, 2007.
- IDC, "Desistimiento, ¿cuándo opera?", IDC Online, 20 de junio de 2011. Consultado en <https://idconline.mx/fiscal/2011/06/20/desistimiento-cuando-opera>.

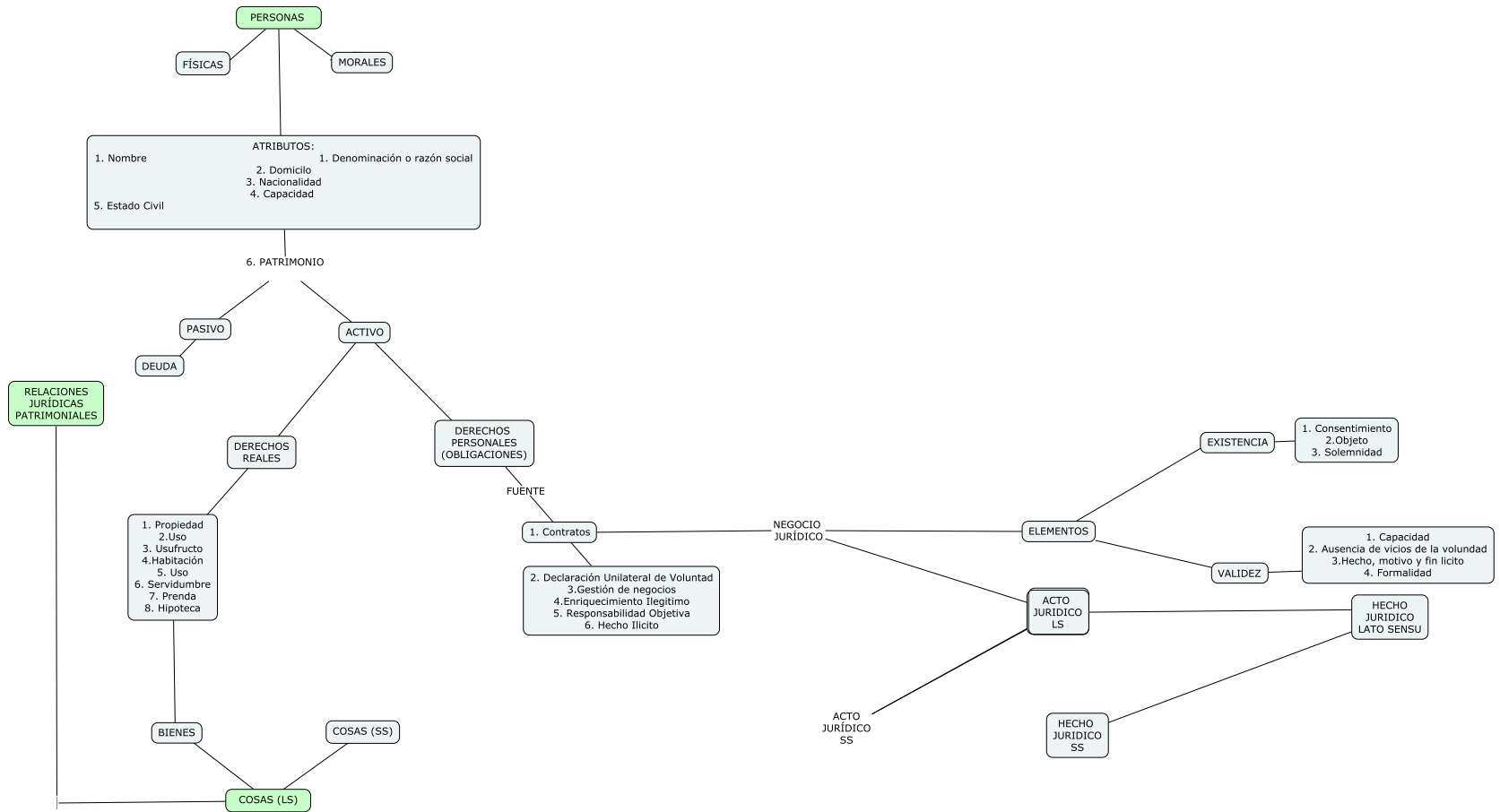
- ILLESCAS Ortiz, Rafael, *Derecho de la contratación electrónica*. Madrid, Civitas, 2001.
- JARAMILLO Jaramillo, Carlos Ignacio, *Interpretación, calificación e integración del contrato. Aproximación tridimensional al "proceso interpretativo" en el derecho privado contemporáneo*. México, Porrúa, 2016.
- LEÓN Tovar, Soyla H., *Contratos mercantiles*. México, Oxford University Press, 2013.
- LICONA Vite, Cecilia, "Remisión de deuda", en *Diccionario jurídico mexicano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, p. 2782.
- _____, *Usura. La lesión en los contratos*. México, Porrúa, 2008.
- LÓPEZ Fung, Jorge, "Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento", *Ius et Veritas*, 2016, núm. 52, pp. 202-213. Consultado en <https://doi.org/10.18800/ius.v24i52.16380>.
- LÓPEZ Monroy, José de Jesús y Alicia Elena Pérez Duarte, "Obligación", en *Diccionario jurídico mexicano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, pp. 2246-2247.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Comercio electrónico*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- MADRID Andrade, Mario de la, *Contratos atípicos y conexidad contractual*, México, Porrúa, 2016.
- MÁRQUEZ González, José Antonio, "La ineficacia de los contratos", *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, 1989, núm. 100, pp. 160-221. Consultado en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/100/est/est9.pdf>.
- _____, *Teoría general de las nulidades*. México, Porrúa, 1992.
- MARTÍNEZ Ochoa, Santiago, "Teoría relacional de los contratos: una visión del derecho de contratos", *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 2005, núm. 35, pp. 203-229. Consultado en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033183005>.
- MOMBERG Uribe, Rodrigo, "La revisión del contrato por las partes: es el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad", *Revista Chilena de Derecho*, 2010, núm. 1, pp. 43-72. Consultado en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372010000100003>
- MONSALVE Caballero, Vladimir, "La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción", *Revista de Derecho*, diciembre de 2008, núm. 30, pp. 30-74. Consultado en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000200003
- MORENO Quesada, Bernardo, "La oferta de contrato cuarenta años después", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Juan Luis Iglesias Prada (coord.). Madrid, Civitas, 1996.
- MORFFI Collado, Claudia y Grisel Galiano Maritan, "La simulación como causa de ineficacia jurídica en el Código Civil cubano", *Revista de Derecho Privado*, julio-diciembre 2014, núm. 27, pp. 179-214. Consultado en <http://www.redalyc.org/pdf/4175/417537013009.pdf>.

- NEME Villarreal, Martha Lucía, "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos", *Revista de Derecho Privado*, diciembre 2009, núm. 17, pp. 45-76. Consultado en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/410/390>.
- ORTIZ Blanco, Gonzalo Manuel "Las categorías de la ineficacia en el derecho civil", *Revista Mexicana de Derecho*, 2006, núm. 8, pp. 87-131. Consultado en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/conf/8/cnt/cnt4.pdf>.
- OSORIO, M. (abril de 2017). *Enciclopedia Jurídica Online Gratuita y Libre*. Recuperado el 18 de agosto de 2017, de <https://argentina.leyderecho.org/inoficiosidad/>
- PERALES Viscasillas, María, "Formación del contrato electrónico", en *Régimen jurídico de internet*, Miguel Fernández Ordóñez, Javier Cremades García y Rafael Illescas Ortiz (coords.). Madrid, La Ley, 2002.
- PÉREZ Duarte, Alicia Elena y Víctor Carlos García Moreno, "Buena fe", en *Diccionario jurídico mexicano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, pp. 362-363.
- PÉREZ Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*. México, Porrúa, 2012.
- PÉREZ Gallardo, Leonardo, "De la interpretación e integración contractual", en *Formación, perfeccionamiento y eficacia del contrato*, María del Carmen Valdés Martínez (coord.). Xalapa, Universidad Veracruzana, 2007, pp. 179-208.
- PIMENTEL Álvarez, Julio, *Breve diccionario latín-español, español-latín*. México, Porrúa, 1999.
- PRADO López, Pamela, "La cuantificación de la rebaja del precio en la acción quanti minoris", *Ius et Praxis*, 2015, núm. 1, pp. 617-650. Consultado en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000100018>.
- RIFKIN, Jeremy, *The age of access: the new culture of hypercapitalism, where all of life is a paid-for experience*. Nueva York, J. P. Tarcher / Putnam, 2000.
- RODRÍGUEZ de las Heras Ballell, Teresa, "La etapa precontractual en la contratación mercantil", en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, María José Morillas Jariño, María del Pilar Perales Viscasillas y Leopoldo José Porfirio Carpio (coords.). Madrid, Universidad Carlos III, 2015, pp. 1801-1820. Consultado en <http://hdl.handle.net/10016/20985>.
- RODRÍGUEZ Olmos, Javier, "Deberes de protección, 'aun frente a terceros', en la dogmática alemana", *Revista de Derecho Privado*, junio 2011, núm. 20, pp. 301-346. Consultado en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2895/2559>.
- SANAHUJA, Maite y Óscar J. Moreno, "La importancia de la firma en los contratos administrativos", *Fiscalización Local*, 26 de junio de 2013. Consultado en <https://www.fiscalizacionlocal.es/la-importancia-de-la-firma-de-los-contratos-administrativos/#:~:text=%C2%ABla%20firma%20es%20el%20trazado,que%20en%20ellos%20se%20dice>.

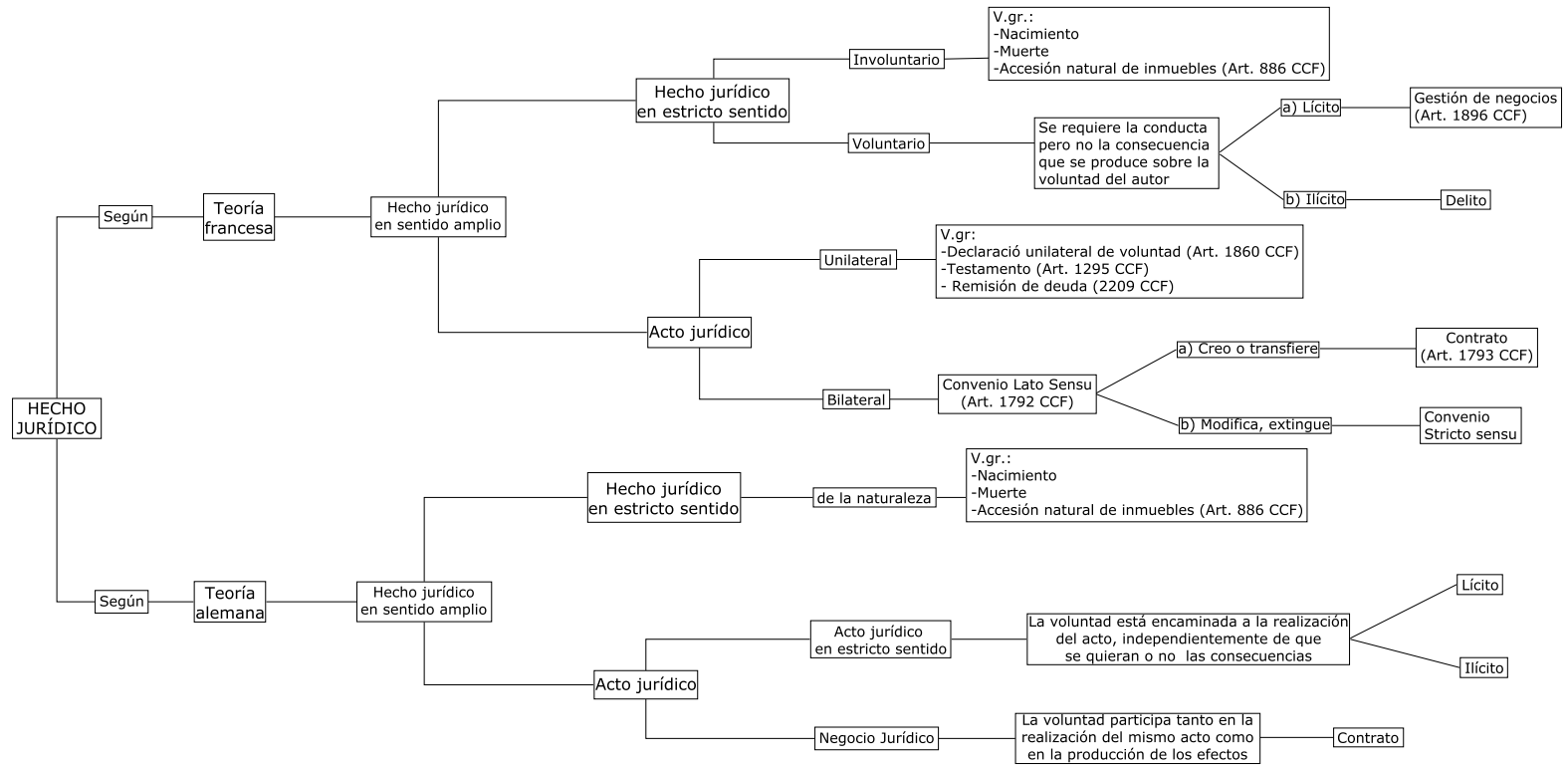
- SÁNCHEZ Meda, Ramón, *De los contratos civiles*. México, Porrúa, 2001.
- SOLARTE Rodríguez, Arturo, "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta", *Vniversitas*, diciembre 2004, núm. 108, pp. 282-315. Consultado en <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri>.
- SORO Russell, Olivier, *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*. Madrid, Reus, 2016.
- SOTO Coaguila, Carlos Alberto, "El pacta sunt servanda y la revisión del contrato", *Revista de Derecho Privado*, enero-junio 2012, núm. 1, pp. 197-235. Consultado en <https://revistas.juridicas.unam.mx>.
- _____, "La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato", *Vniversitas*, diciembre 2003, núm. 106, pp. 519-562. Consultado en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510616>.
- STIGLITZ, Rubén, *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Buenos Aires, Depalma, 1992.
- _____, "El desequilibrio contractual. Una visión comparatista", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, julio-diciembre 2012, núm. 37, pp. 13-27. Consultado en <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/11463>.
- TAMAYO y Salmorán, Rolando. "Persona moral", en *Diccionario jurídico mexicano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, pp. 2396- 2398.
- _____, "Orden público", en *Diccionario jurídico mexicano*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Porrúa, 1999, pp. 2279-2281.
- VALLADARES Bonet, Eugenio, *La inobservancia del deber de buena fe como causa de incumplimiento contractual, trabajo de fin de máster*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2014.
- VARIZAT, Andrés, "Los 'deberes secundarios de conducta' en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", *Diario de Consumidores y Usuarios*, 5 de julio de 2016, núm. 81. Consultado en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/07/Doctrina-Consumidor-Nro-81-05.07.pdf>.
- VIAFIRMA, "Tipos de firma electrónica", Viafirma. Consultado en <https://www.viafirma.com/faq/es/tipos-de-firma-electronicas/#:~:text=Son%20los%20datos%20electr%C3%B3nicos%20anexos,con%20otros%20elementos%20de%20prueba>.
- VIEGA, María José, "Aspectos jurídicos de la contratación a través de internet", ponencia presentada en las Jornadas de Informática de la Administración Pública, Montevideo, 2003. Consultado en <http://mjv.viegasociados.com/wp-content/uploads/2011/05/2003-Aspectos-Jur%C3%ADdicos-de-la-Contrataci%C3%B3n.pdf>.

Anexos

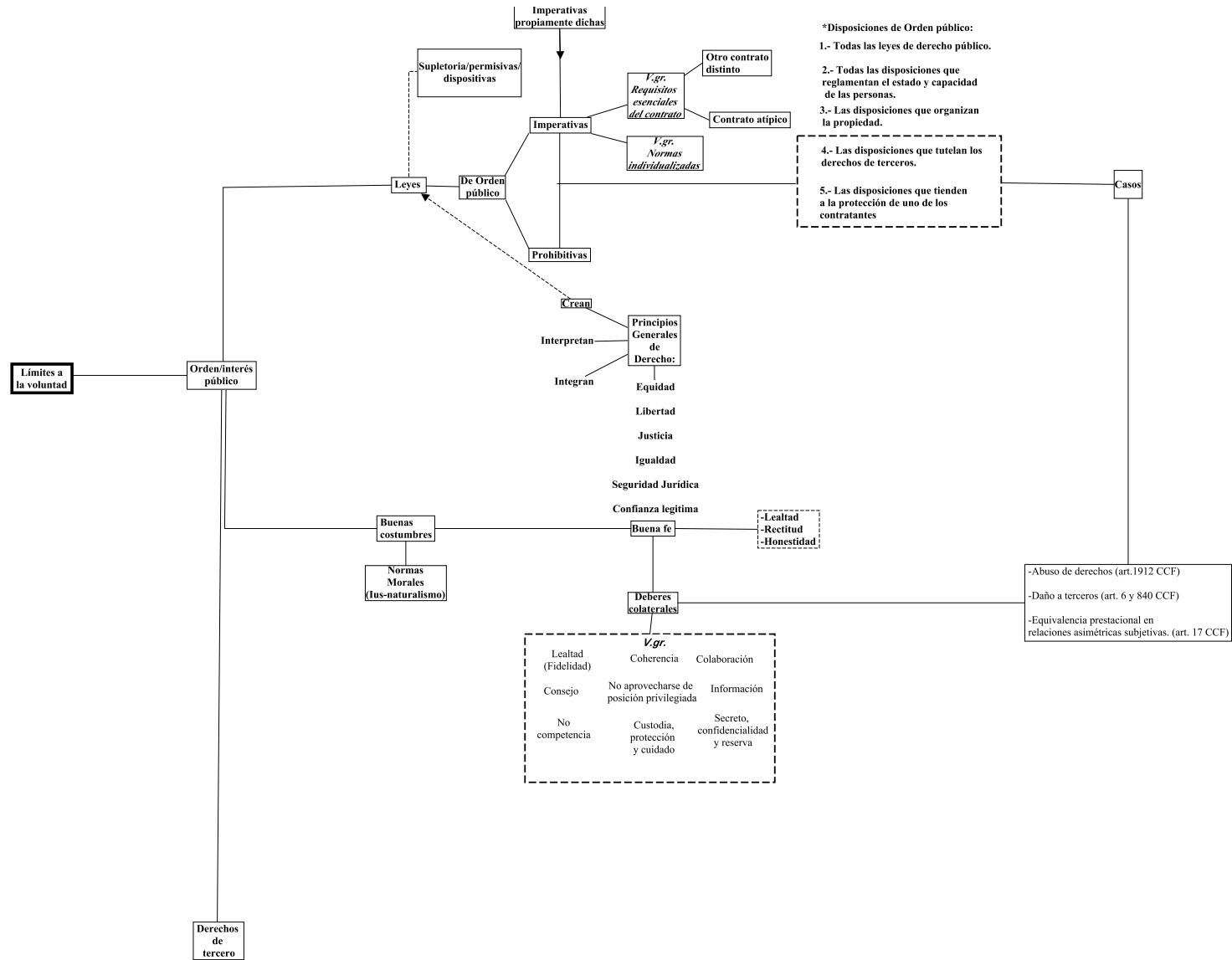
Mapa 1



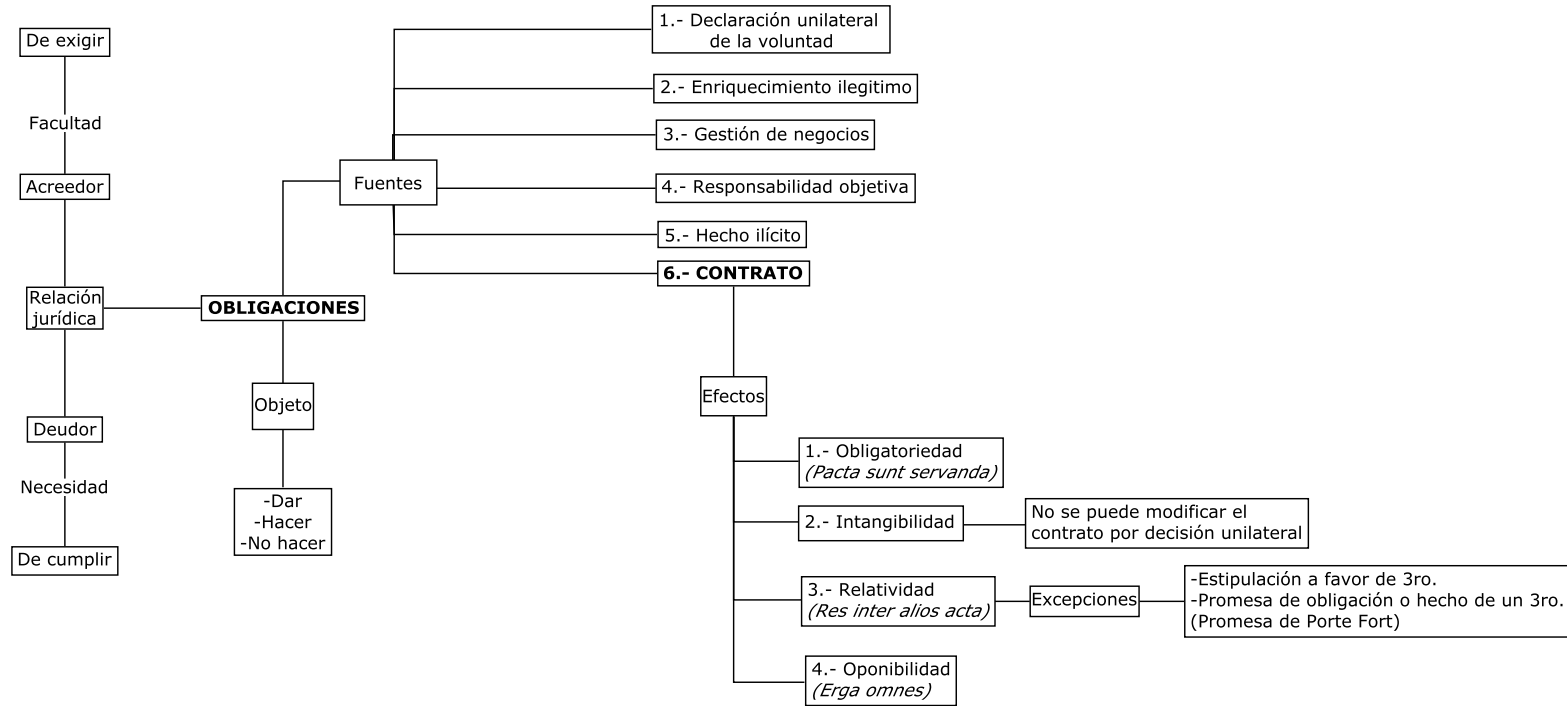
Mapa 2



Mapa 3

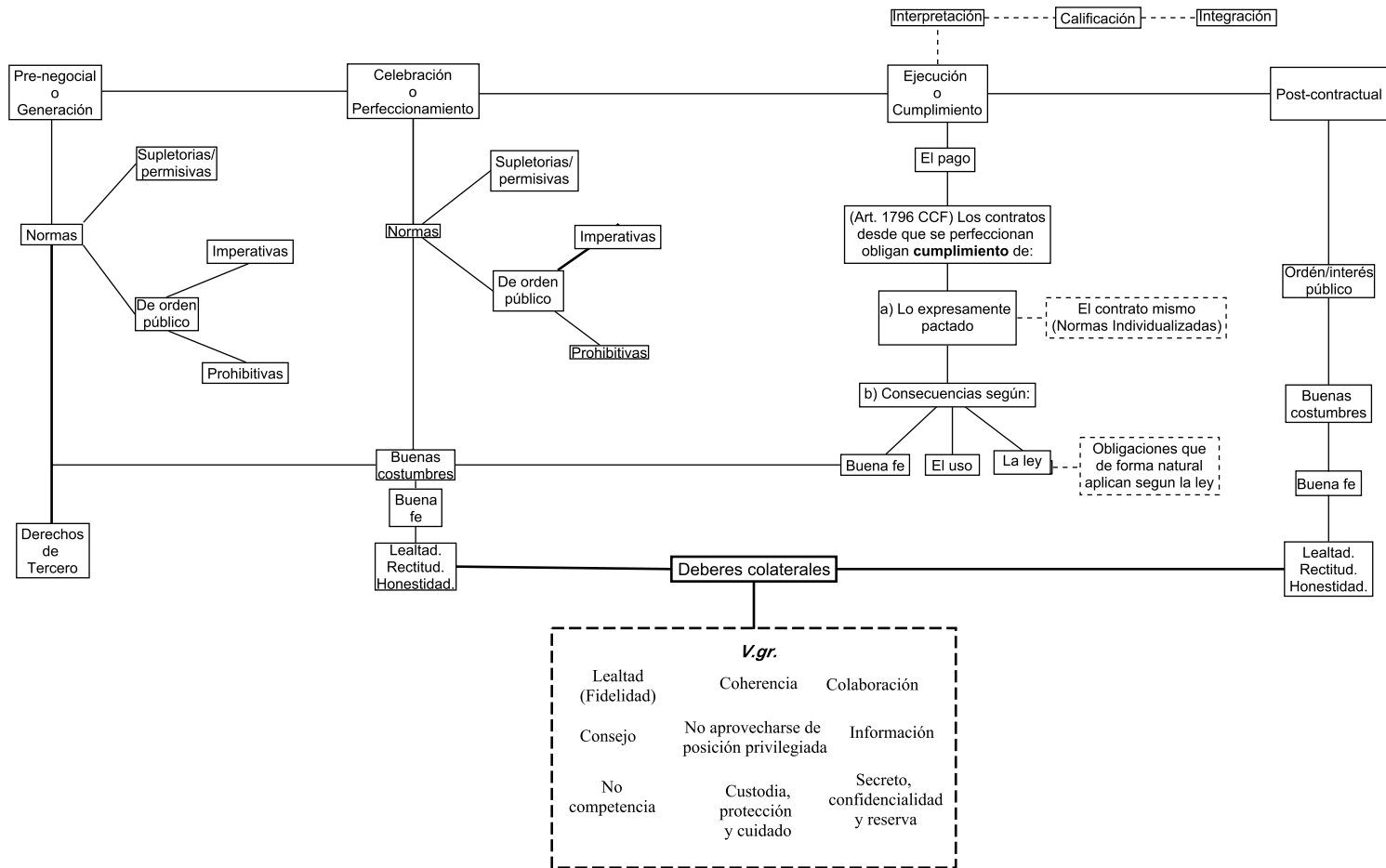


Mapa 4

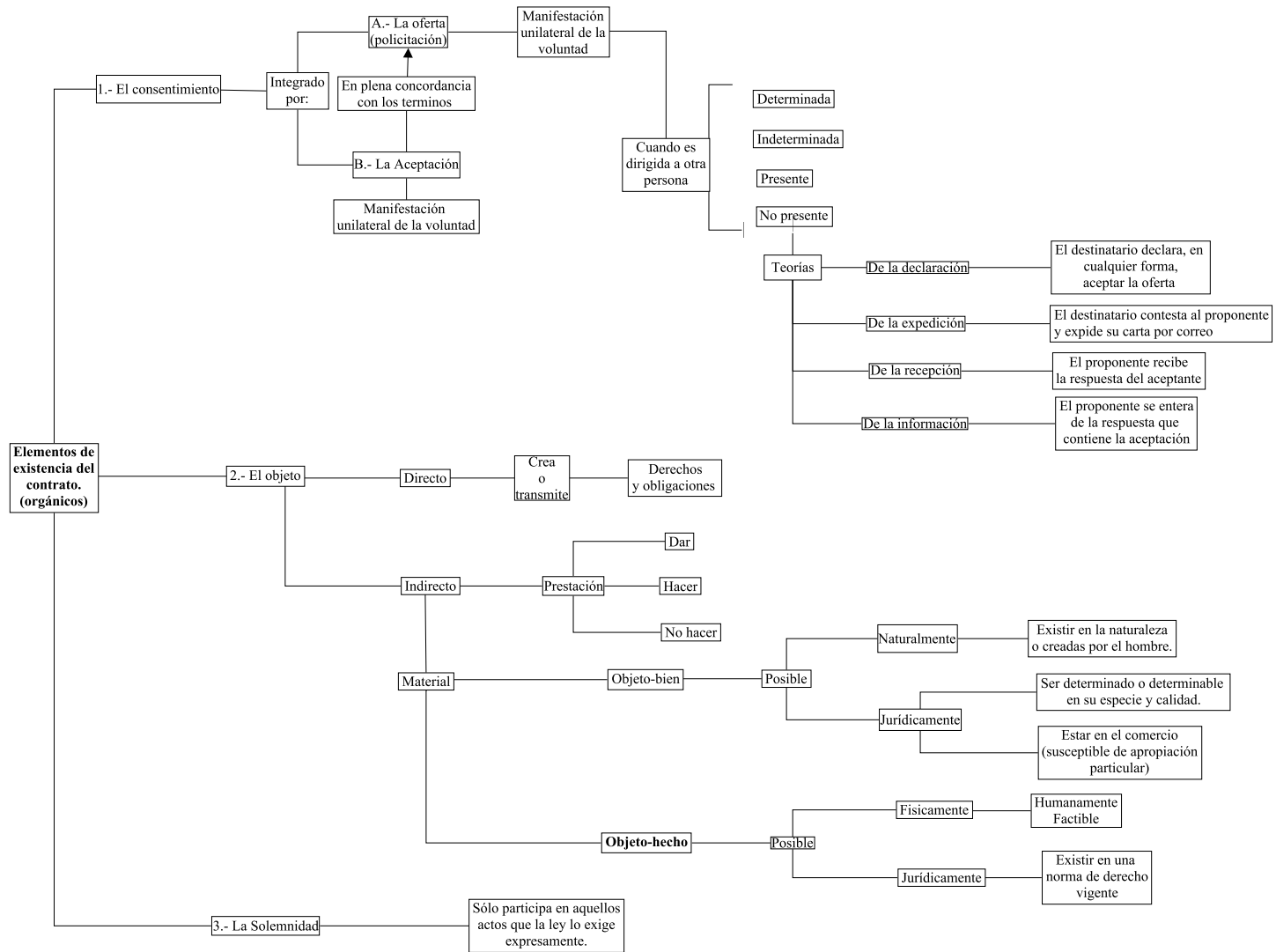


Mapa 5

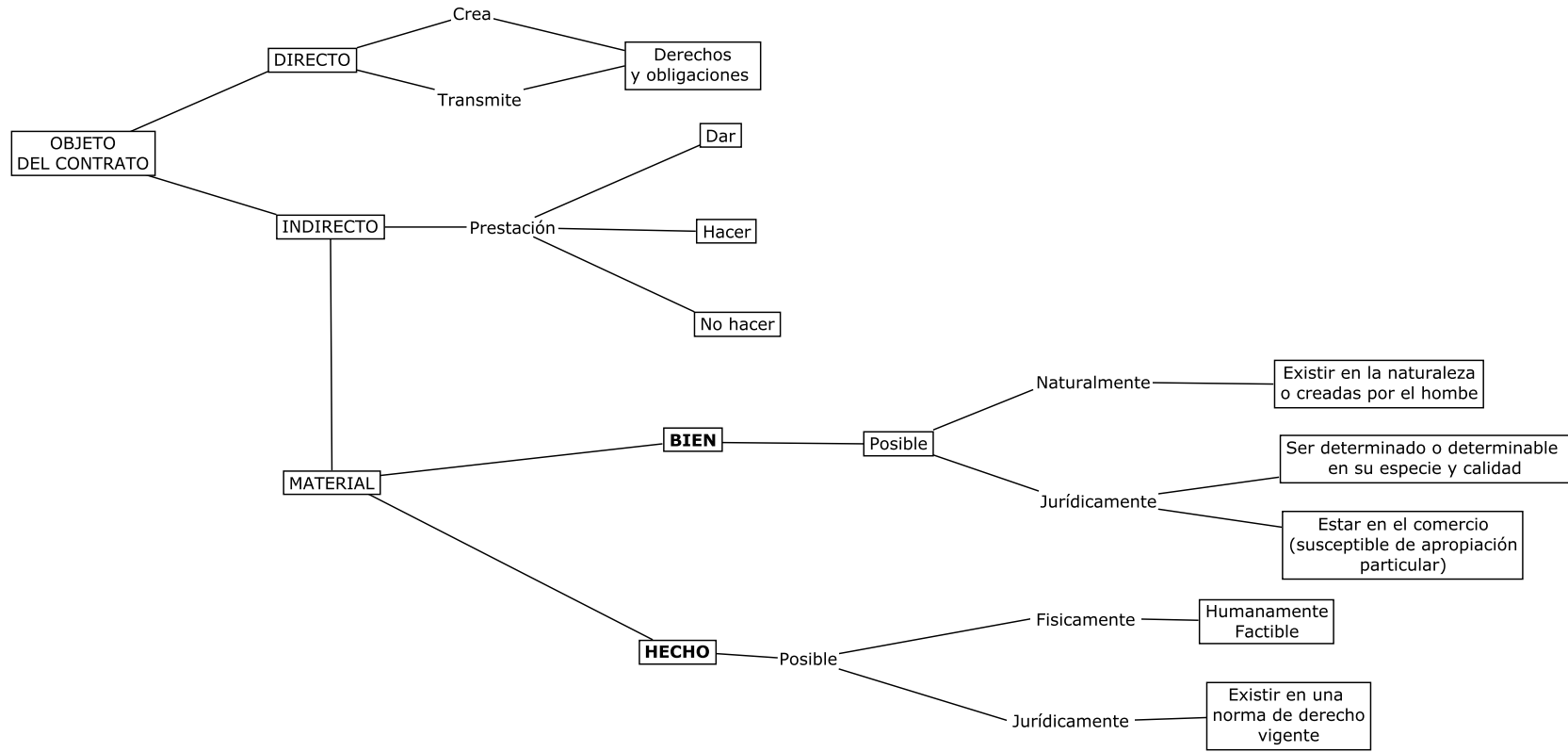
ITER CONTRACTUAL



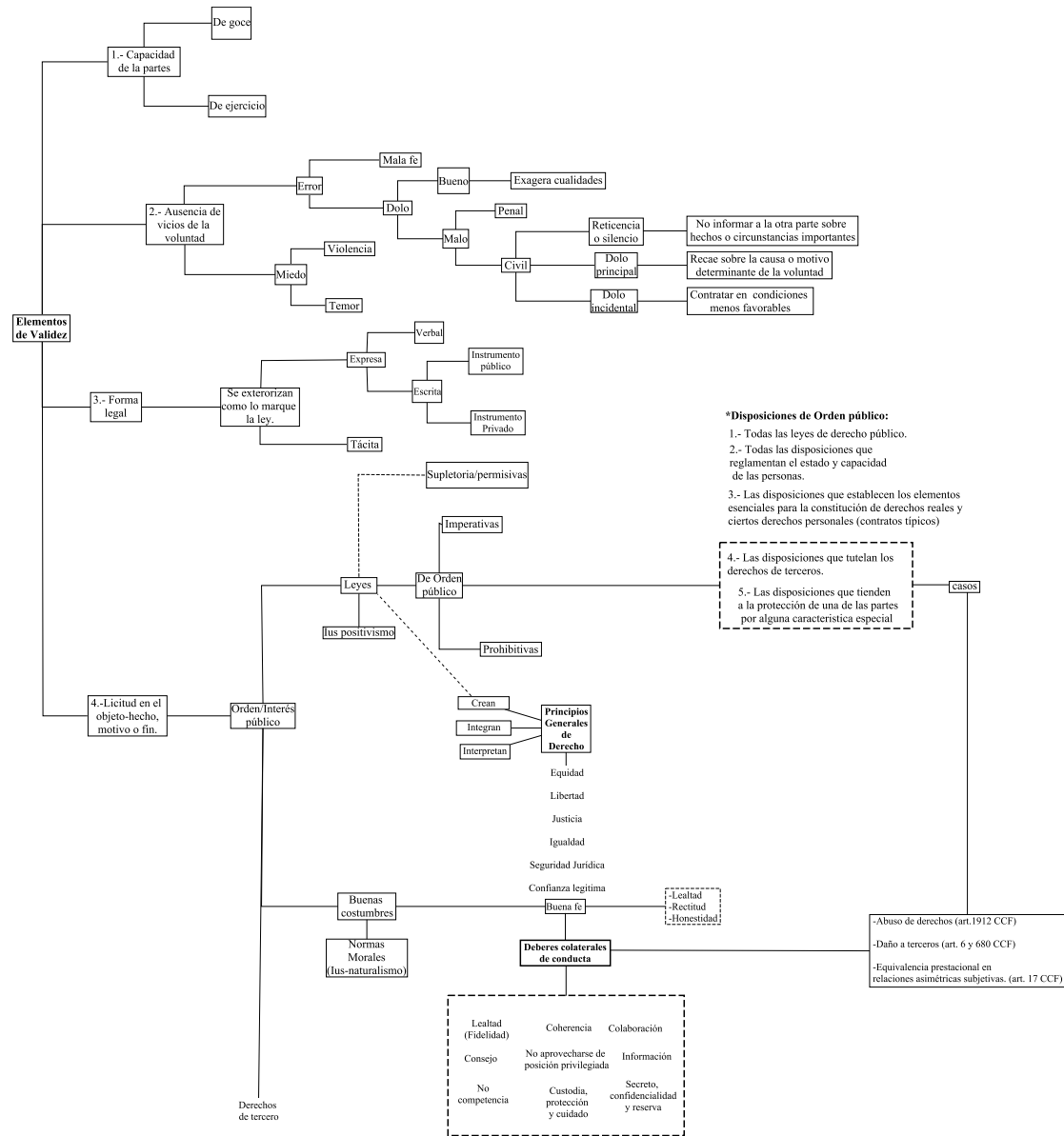
Mapa 6



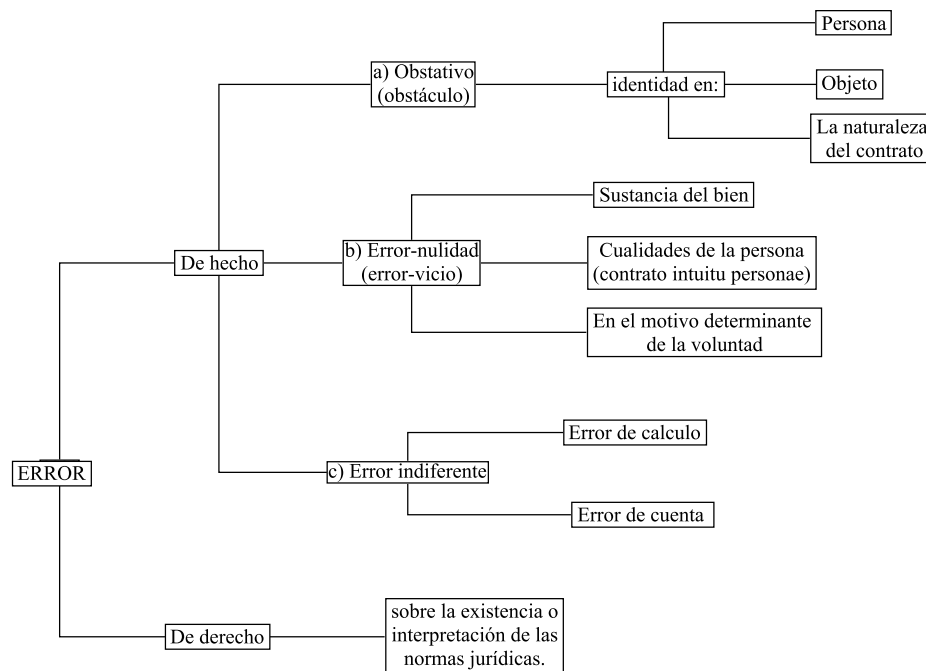
Mapa 7



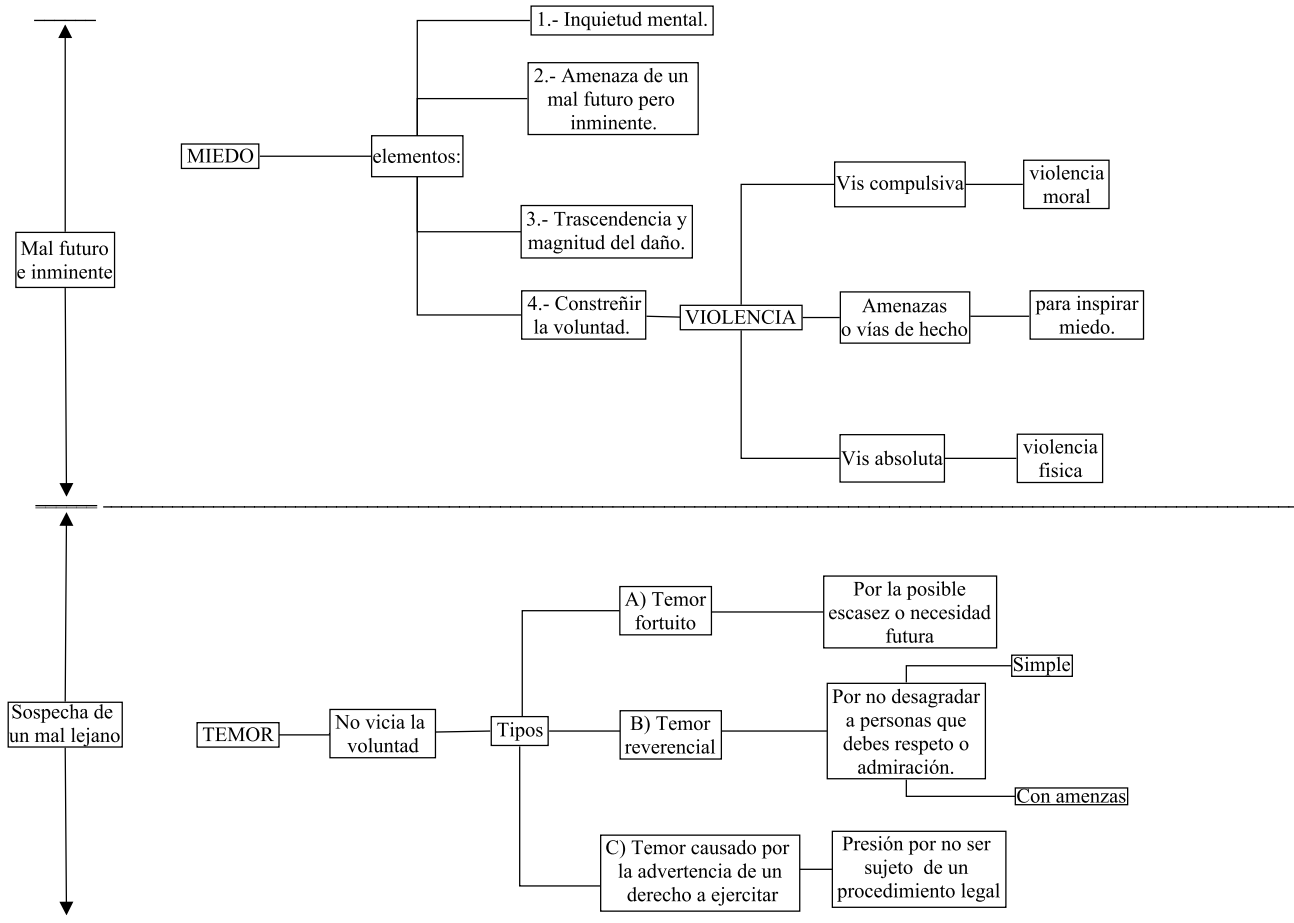
Mapa 8



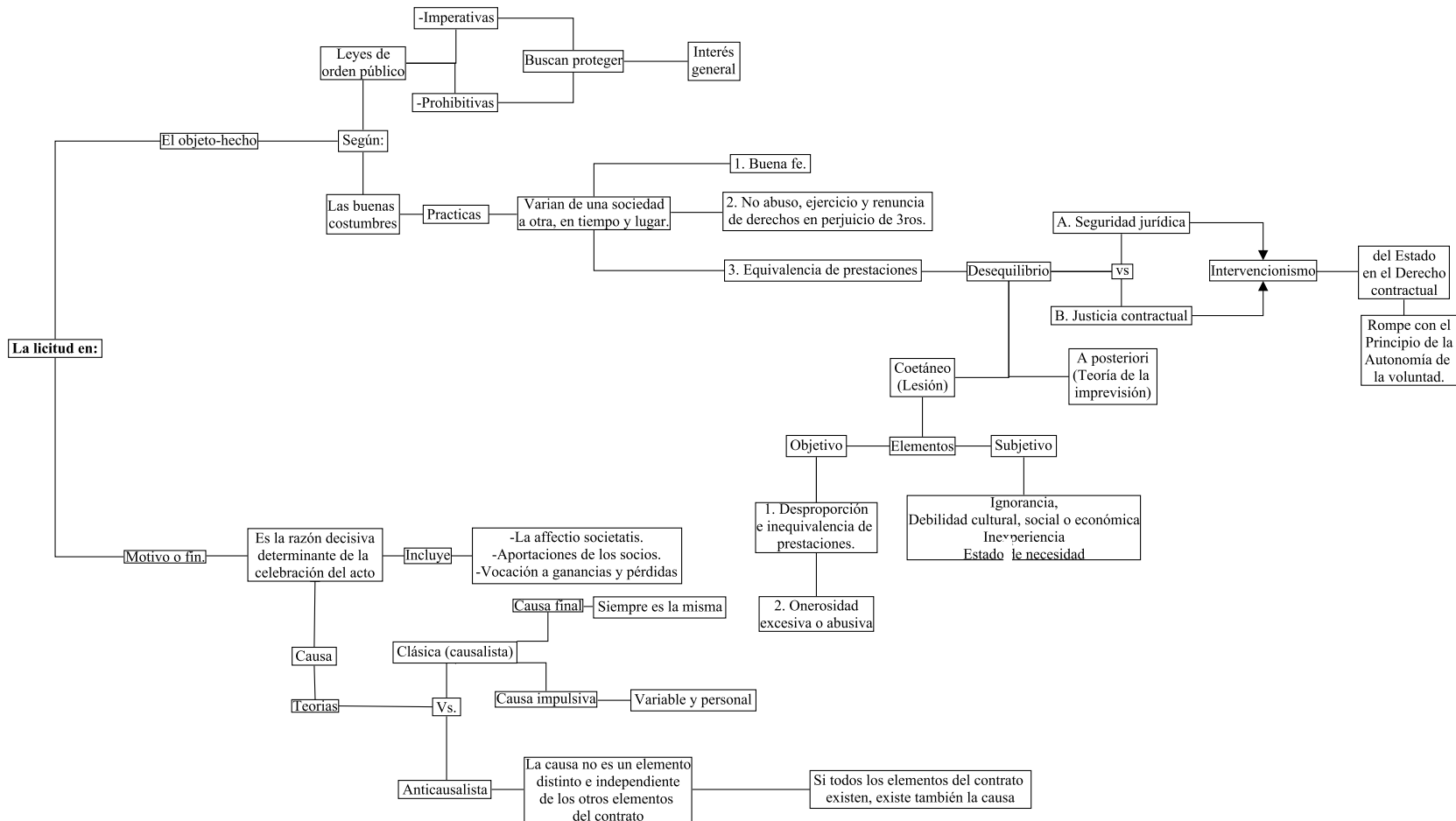
Mapa 9



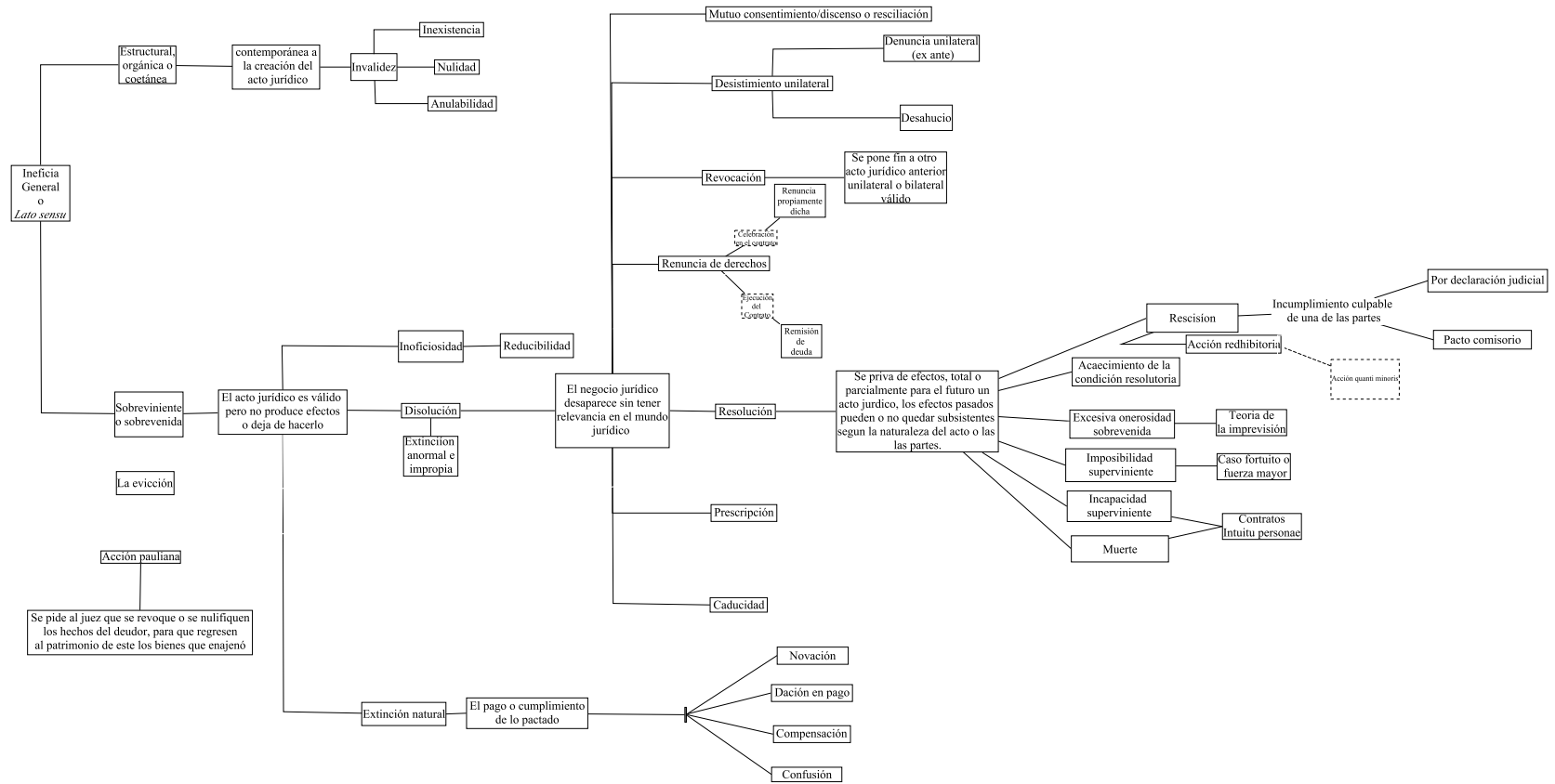
Mapa 10



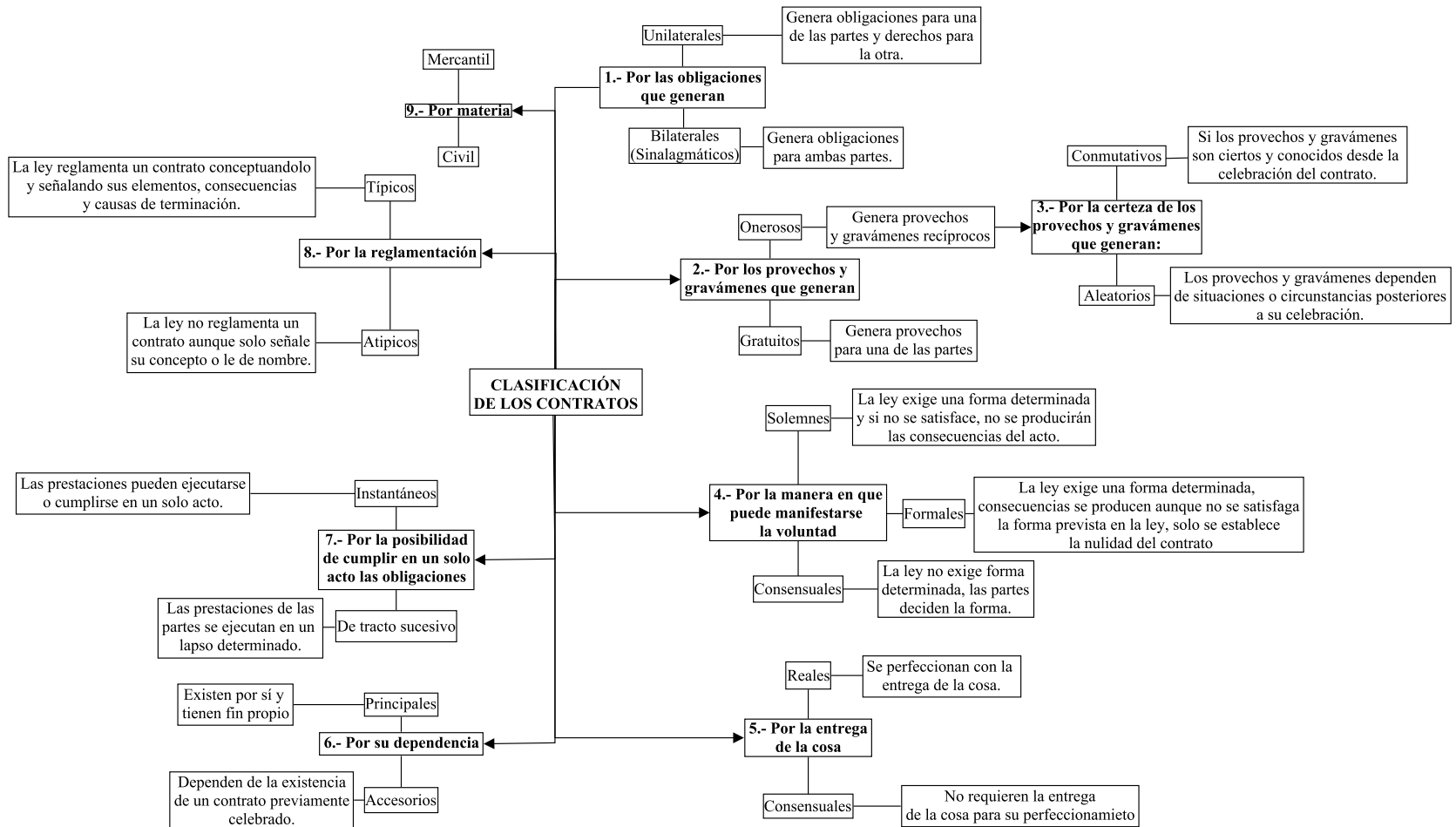
Mapa 11



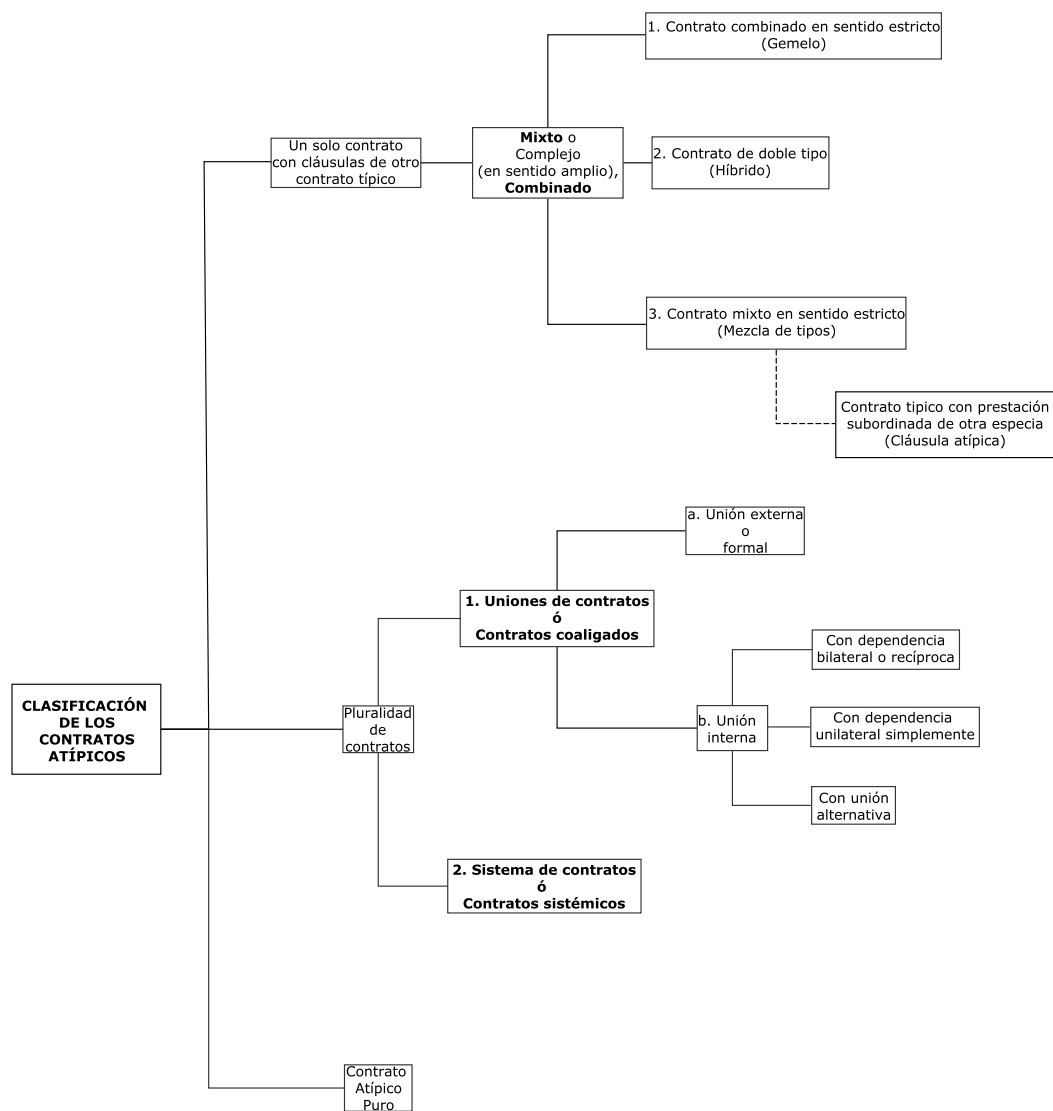
Mapa 12



Mapa 13



Mapa 14



166

Teoría general del contrato contemporáneo
fue editado por la Biblioteca Digital de Humanidades de
la Dirección General del Área Académica
de Humanidades de la Universidad Veracruzana
en 2021.

166