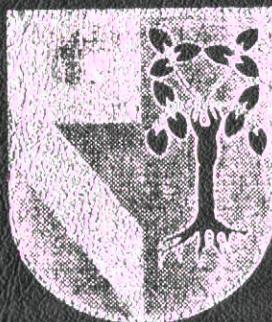


UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA



**VOLUNTAD CONTRACTUAL
Y
CONTRATOS ATÍPICOS**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRIA EN DERECHO**

PRESENTA

CARLOS ENRIGUE ZULOAGA

ZAPOPAN, JALISCO, JUNIO DE 1999

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Sede Guadalajara

VOLUNTAD CONTRACTUAL
Y
CONTRATOS ATÍPICOS

TESIS

Que para obtener el grado de Maestría en Derecho

PRESENTA:

CARLOS ENRIGUE ZULOAGA

Zapopan, Jalisco, junio de 1999



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA
BIBLIOTECA

CLASIF: TE MDE 1999 ENR

ADQUIS: 59,468 Ej 2

FECHA: 4/04/06

DONATIVO DE: Derecho

\$

Agregar al: 59467



A Fanny y a mis
hijos por su cariño
y apoyo.

CLASIF: _____
ADQUIS: 59, 468
FECHA: 4/04/06
DONATIVO DE Posgrado Derecho
MONTOS \$ 10.000.000

2006 V

PRÓLOGO

Iniciar un nuevo trabajo tiene siempre algo de aventura, en un mundo cuya investigación pretende concretarse, hacerse real y objetiva. El presente estudio va más allá del simple trámite necesario para obtener el grado al que aspiro: su objetivo fundamental es considerar el ser esencial de las materias que trataré; arrancar de ellas sus elementos existenciales y, así, concluir cuestiones que puedan revelarnos las consecuencias de su aplicación práctica y, con ello, servir a la justicia con dichas herramientas que el mundo comercial nos proporciona.

Especial validez tiene lo anterior, cuando la materia de estudio ha sido poco tratada en nuestro entorno y cuya práctica se acepta a regañadientes. Es incuestionable que, en muchos ambientes, se admiten las nuevas figuras comerciales más que por convencerlo o ser comprendidas, debido a que se desconoce cómo fundamentar el rechazo de su aplicación.

Actualmente vivimos una época maravillosa. Por un lado tenemos, como lo menciona Alvin Toffler, que cada mañana nos encontramos viviendo un mundo nuevo; asistimos a un cambio tan absoluto y revolucionario como profundo. Toda verdad científica se supera minuto a minuto, y es tan vertiginoso el cambio que, en ocasiones, nos sentimos rebasados por éste; pero paradigmáticamente vivimos del mismo modo, según el concepto de Marshall McLuhan, como la aldea global, en donde, a semejanza con las pequeñas comunidades, la totalidad de los habitantes de éstas se enteran, prácticamente, de todas las noticias sucedidas en el orbe justo en los momentos que sucede un hecho o éste acaba de acontecer. Esta dualidad nos ha transformado en una generación hiperinformada, víctima de una tensión permanente y de un miedo a todo lo que escapa de nuestro entorno inmediato.

De ahí surge uno de los problemas inherentes a la materia en la que nos adentramos; pero, también, uno de sus más singulares atractivos es que, ante la novedad de ciertas formas contractuales que modifican nuestros conceptos ya enraizados, acerca de la emisión de la voluntad, tendremos en ocasiones que desdeñar nuestros actuales conocimientos por considerarlos superados y

adoptar, sin más, las emergentes figuras que, bajo las más extrañas formas, se proponen en nuestro universo comercial. Lo anterior conlleva un riesgo evidente: dicha credulidad puede hacer que aceptemos como cierto cualquier absurdo, por el solo hecho de ser foráneo y emergente. Debemos analizar, en cada una de las figuras nuevas, cuál es su contenido obligacional, la legitimidad y la razonabilidad de las mismas.

Analizar en nuestro espectro típico si existe una figura que se adecue a iguales o semejantes obligaciones constitutivas de las mismas, pues no tendría sentido encontrarnos que aceptamos una figura extraña –idéntica a una nuestra– tan sólo para designarla con otra denominación.

Por ello, no podemos tomar posturas adelantadas al respecto y encerrarnos en nuestros conocimientos o cultura explicándonos –forzadamente, las más de las veces– estos contratos como si nuestro mundo jurídico fuese la única fuente del conocimiento. De la misma manera resulta absurda la ciega aceptación de todo contrato o texto sólo por el hecho de provenir del extranjero o de aparecer vestido con un ropaje novedoso.

Por ello trataremos de penetrar en el mundo del consentimiento y de los contratos con el respeto del lego y la prudencia del concedor, para tratar de establecer un punto de vista que permita lo que convenga a nuestra idiosincrasia y facilite dar frutos de justicia a las partes en los contratos.

El tema parece no tener más límites que la imaginación y no es sólo una formalidad de decirlo: tan atípico resulta un contrato de *know how* o uno de patrocinio deportivo, como un contrato de procreación por fecundación in vitro producida por FIVET con arrendamiento de vientre, si lo consideráramos como lícito y posible.

De esa manera deberemos, como en todos los contratos, partir de la regla general de que para su existencia y uso los éstos deben ser posibles, factibles y razonables, que no atenten contra la moral o las buenas costumbres y que de sus obligaciones se deriven efectos de derecho que permitan servir con eficacia la propia finalidad del mismo; esto es algo que no debemos ni podemos olvidar.

Es necesario manifestar a quien esto lea que no debe esperar por ningún motivo enfrentarse con un armónico y ordenado estudio del contrato, no lo es, ni pretende serlo, se encontrarán si tengo éxito, con una aproximación a un conjunto de situaciones, consideraciones y acercamientos para tratar de ubicar en diferentes conceptos y estadios esa exteriorización de voluntad que da vida al consentimiento, a esa emisión de un querer que producirá efectos de derecho y que tendrá como consecuencia generar frutos de justicia que nos permita estar entre aquellos de los que dijo San Miguel Arcángel a Daniel "Qui ad iustitiam eruidiunt multos, queasi stellae fulgebunt in perpetuas aeternitates"¹ lo que me lleva a la advertencia de que cuando los conceptos los he tomado de textos en su idioma original, así los he consignado y me he permitido traducirlos o hacerlos traducir en versión libre. Por ello no será válido considerar que todos los análisis que haga serán aplicables en todos los casos en que la voluntad sea emitida con intención de producir efectos de derecho, lo será en ciertos casos y es en estos si tengo la suerte de llamar la atención de los estudiosos del derecho donde partirá un estudio ordenado y sistemático de ellos cuestiones sobre los cuales habría de considerar que al no tener las respuestas tal vez debamos contentarnos con renunciar a las respuestas y encontrar como suficiente por el momento formular las preguntas; algún amigo me ha comentado que el presente trabajo es granizo, no lluvia destello más que luz y creo que tiene razón mas me atrevo a hacerlo, en razón de que al no tener conclusiones definitivas considero válido iniciar éste camino zigsageante en busca como menciono de fijar cuando menos las preguntas, debo decir, en fin que al iniciar el trabajo no tengo conclusiones y debe ser visto como eso, como un camino que desconocemos aún si llevará a algún puerto.

Así, el presente trabajo consta de dos partes; en la primera se hacen diferentes consideraciones acerca de la emisión de la voluntad, y en la segunda, se presentan monografías de contratos en que se aplican dichas formas de emisión; para la conceptualización de la emisión de voluntad y de la creación de

¹ Dan 12,3 Los que enseñaron la justicia a la muchedumbre resplandecerán por siempre, eternamente como las estrellas.

En las obligaciones contractuales he decidido usar como ejemplo, desde luego la legislación del Distrito Federal, aplicable también en materia federal cuando se trata de suplencia de actos mercantiles, la legislación Civil de Jalisco, cuyo código presenta novedades, así como algunas codificaciones extranjeras especialmente la francesa y la española.

Este trabajo fue logrado gracias al apoyo de mi familia y de muchos entrañables amigos, a los que agradezco infinitamente; y aún a riesgo de omitir alguno deseo mencionar las ayudas más evidentes, disculpándome si omití alguna, primeramente agradecer al maestro Diego Robles Farías su afectuoso consejo y dirección, prueba de una amistad más allá del simple amor por la justicia, al licenciado Héctor González Shmall, y al doctor Isaías Rivera por su amable exigencia en la dirección del curso y en la realización de este trabajo; a mis socios y hermanos que apoyaron mis ausencias del trabajo en aras del estudio, a la licenciada Viviana Enríquez Ramírez por sus consejos en la revisión así como a Laura mi eficaz secretaria; a mi querida hija María siempre amable al realizar todas y cada una de las modificaciones que se fueron presentando en la elaboración del presente trabajo y a mi hija Fanny por sus consejos en cuanto a la redacción del mismo.

Así como a mi familia y amigos que me apoyaron en la realización de este trabajo, especialmente a mi esposa y a mi hija Fanny por su apoyo y comprensión en las ausencias que tuve que tomar para poder realizar este trabajo, y a mi familia por su apoyo y comprensión en las ausencias que tuve que tomar para poder realizar este trabajo, y a mi familia por su apoyo y comprensión en las ausencias que tuve que tomar para poder realizar este trabajo.

Así como a mi familia y amigos que me apoyaron en la realización de este trabajo, especialmente a mi esposa y a mi hija Fanny por su apoyo y comprensión en las ausencias que tuve que tomar para poder realizar este trabajo, y a mi familia por su apoyo y comprensión en las ausencias que tuve que tomar para poder realizar este trabajo.

Sin olvidar lo mencionado en el prólogo, para efectos de nuestro estudio tendremos que partir de un principio de heterodoxia, es decir, de la duda hacia la certeza; de la negación de lo conocido para entrar en la introspección de lo desconocido. Por ello dudaremos de verdades contractuales, y partiremos de la voluntad hacia el supuesto de validez y de los contratos hacia las obligaciones y su génesis, lo cual podrá suponer un poco de desorden formal que espero sirva para abordar más temas, lograr nuestros objetivos y no quedarnos en el caos inicial.

Mas lo anterior no puede ser excusa para desconocer los conceptos que hacen de la voluntad el elemento generador de existencia de los contratos; en lo general podemos establecer como norma universal de derecho moderno, que los contratos se perfeccionan en lo general por el consentimiento, salvo algunas formalidades y solemnidades que aún subsisten y éste consentimiento no es sino la unión de dos declaraciones de voluntad, la oferta y su aceptación, esto es, una proposición que se acepta, la coincidente presencia de las voluntades de quienes las emiten, por lo general, en forma recíproca y sucesiva y un objeto lícito que puede ser materia de voluntad.

Con pequeñas variantes veremos estas formas durante el desarrollo de la tesis, aunque sin mencionarlas de forma particular y, aclaro, no las estudio en lo particular, ya que hay muchos y muy buenos trabajos acerca de estas variantes de la voluntad.²

² Sobre la emisión de voluntad véanse Albaradejo, El negocio jurídico, Barcelona 1958; Barbero, Sistema istituzionale del Diritto privato italiano, I, Torino 1958; Betti, Atti giuridisi, En Novissimo Digesto Italiano, I, 2, Torino 1958, Autonomia privata, Torino 1958, Negocio giuridico, XI, Torino 1965, Teoría general del negocio jurídico, Madrid sin año; Biondi, Istituzioni di Diritto romano, Milano 1956; Calasso, Il negozio giuridico, Milano 1959; Cariota Ferrara, El negocio jurídico, Madrid 1956; Camelutti, Teoría general del Derecho, Madrid 1941; Castán, Derecho civil español común y foral, I, séptima edición, Madrid 1949; Castro, El negocio jurídico, Madrid 1985; Diez Picazo, Lecciones de Derecho civil, Valencia 1967; D'Ors, Elementos de Derecho privado romano, Pamplona 1975; Ferri, La autonomía privada, Madrid 1968; Iglesias, Derecho romano, Barcelona 1953; Martínez Radio, La función de la voluntad en los negocios jurídicos, Pamplona 1969; Puig Brutau, Fundamentos de Derecho civil, Barcelona 1954; Puig Peña, tratado de Derecho civil español, Madrid 1946; Stolfi, Teoría del negocio jurídico, Madrid 1959; Vázquez de Castro, La función de la voluntad en el negocio jurídico, revista de derecho español, 1959.

Así, siendo la voluntad, más bien la conjunción de voluntades, la que genera el contrato cuyas bases generales se mantienen, cuando menos en nuestro derecho, intocadas, aun en el caso de los contratos atípicos o innominados; sin embargo, comienzan a haber barruntos de cambio, la habitual claridad del acercamiento deja de brillar y hay contratos que *prima facie* no parecieran tan sencillos de diagnosticar. Así, nos encontramos con que en el estudio de éstos, llaman la atención algunos que, por la forma de emisión de la voluntad, por lo novedoso de su contenido obligacional, por su reciente integración al mundo comercial, por lo indefinible de las obligaciones emanadas que pueden prestarse a confusión con otros contratos ya existentes o, simplemente, porque no ha parecido a algunos autores interesante y, por ello, no han sido estudiados.

Particular cuidado habremos de tener con aquellas formas singulares de contratación cuya génesis y aplicación se da en otros países y que esperan su adecuación a nuestras formas contractuales, buscando su idéntica aplicación a la de su país de origen —lo cual sería, a mi juicio, lo más deseable—, para lo cual debemos iniciar su estudio a fin de conocer si es factible su práctica en nuestro país o si sus contenidos son contrarios nuestra *praxis* comercial o habitual y por qué lo son.

No bastarán, por ello, las clasificaciones más frecuentes, ni siquiera para ubicar los contenidos obligacionales que nos pudieran llevar a conclusiones derivadas de éstas, de ahí que partiremos sólo del contenido derivado de la o las emisiones de voluntad que se emitan con o sin el expreso o tácito propósito de crear efectos de derecho; de ahí que la primera parte de este estudio sean consideraciones acerca de la emisión de la voluntad y de los diferentes medios de expresión de ésta, incluidos el silencio y la aceptación *ficta*, e incursionaremos, si se quiere, de manera experimental en éstas.

Para ello será necesario que hagamos cuando menos en forma superficial un estudio de las obligaciones que de las formas de emisión de voluntad se manifiestan; entre ellas analizaremos las tendencias actuales del derecho en

otros países, ya sean de regulaciones nominales o específicas –como puede ser el derecho europeo y el nuestro– o el mundo de las regulaciones abiertas o generales, como el sistema anglosajón; y el estudio de las bases fundamentales que sostienen nuestro sistema jurídico, en busca de una integración, aclarando que el presente estudio no es un estudio de la emisión de voluntad en todas sus formas, sino de algunos aspectos de ellas vistos desde puntos de vista que considero han sido poco estudiados o que no lo han sido en forma debida.

Resulta frustrante, para quien se inicia en el estudio de lo legal o del mundo de lo jurídico, la asistencia a foros de estudio en los cuales parece se deseara que las figuras jurídicas analizadas no tuvieran efecto. Esto, particularmente válido en materia tributaria, parece extender su acción al derecho privado; así, antes de estudiar detalladamente una figura parece estudiarse por qué ésta no puede tener validez legal en nuestro país, y finalmente algún experto, con un dejo de sabiduría, pasa a decretar su inaplicabilidad por violar cierta norma o precepto, en lugar de tratar de eliminar, si lo hay, ese aspecto negativo. De otra manera será terriblemente difícil adaptar dichas figuras a nuestra *praxis*. No obstante esto, la presente no será una apología a los contratos foráneos o novedosos, ni una indiscriminada aceptación de normas extranjeras.

Creemos que los aspectos comerciales y negociales se dan en el mundo antes que la norma jurídica, la cual aparece cuando éstos ya son una realidad operante; de ese modo, los abogados debemos intentar que nuestra actuación y nuestra actividad tienda a que los acuerdos celebrados entre las partes, si son legítimos, surtan los efectos para los que se crearon. No se trata, por cierto, de «crear» géneros nuevos de contrato sin orden ninguno, o de «inventar» nuevas formas carentes de sentido. El propósito, por el contrario, es no impedir su existencia por falta de regulación, no obstaculizar lo que es lícito de realizar: la vida continuará con abogados, o sin ellos, o contra los abogados, si nos empeñamos en la absurda oposición a todo aquéllo que sencillo nace y transcurre haciéndolo difícil. De persistir en esta actitud, la actividad comercial nos rebasará.

El derecho tiene formas bajo las cuales el mundo puede regirse y funcionar, sin que sea necesario modificarlo sin sentido, pero tampoco impedir las modificaciones cuando éstas sean necesarias.

Por ello, no debe extrañarnos si en este caminar nos encontramos con preguntas sin respuesta y, confirmamos que no iniciamos este trabajo con la pretensión de tenerlas. Esperemos, sí, tratar de conocer cuáles de estas obligaciones se dan unidas; cuáles se singularizan; cuáles se entienden fundamentales para la existencia del contrato y cuáles son accesorias; cuales son las que se modifican y, si las hubiere, cómo se cumplen éstas y cómo se resuelven.

El Tratado Trilateral de Libre Comercio, en vigor se da dentro de un proceso globalizador que deriva en lo fundamental de la situación económica que se genera en el vecino país del norte y que Kallen describe: "Actually, the vaunted invincibility of U.S. companies in electronics had already been shattered by the Japanese in the manufacture of the televisions. Based on licenses granted to the Japanese in the 1950's, in the mid-1960s Japanese companies made a strong run at the black-and-white screen television market. In response, American companies generally conceded the field and moved their remaining production "offshore". By 1972, imports of black-and-white screen television were 62 percent of the market; by 1976, 98 percent. In 1962, RCA had licensed its color picture technology to Japanese companies; and the Japanese, always looking for the next "boom items", went to work. While Motorola announced the first prototype solid-state television in 1966, it was Hitachi that produced the first commercial sets in 1969. By 1970, 90 percent of Japanese color TV were solid state, while U.S. manufacturers were struggling to retool. By 1980, there were only three American television manufacturers, and most of their products were made by employees in Asia. When GE bought RCA in 1986, it sold the GE-RCA television business to a French company, leaving Zenith as the sole American producer. Foreign manufacture similarly devastated the rest of the U.S. consumer electronics industry. By the mid-1970s, it had entirely vanished."

The rapid development by American companies of television manufacturing in countries outside the United States was not an isolated occurrence. Moving capital and technology "offshore" was the primary response of those companies to foreign competition during the 1970s, even while officers of those companies were making the obligatory promises to get "lean and mean" in their U.S. plants. Major U.S. banks promoted those moves by shifting their primary lending markets to manufacturing plants in foreign countries. By definition, scarce capital that was diverted outside the United States was unavailable for investment in U.S. facilities. Between the major U.S. industrial corporations and the major U.S. banks, the United States was deindustrialized and desinvested during the 1970s, at a loss to America of countless jobs and substantial wealth.

To a large extent, in making the shift, the corporations and banks were acting just as classic economic theory had predicted. Without letting the American people in on it, by the end of the 1960s the captains of industry and banking had concluded that U.S. manufacturing was becoming uncompetitive and simply acted accordingly. If American workers were overpaid and not docile enough, workers would be found elsewhere who were only too glad to give all for minimal wages. If government policies within the U.S. were contradictory and unpredictable effective. The increasing sophistication and capacity of international shipping would make moving materials between countries as easy as between states. Communications advances would provide almost hands-on supervision of foreign plants from halfway around the world. Since America's stock in equipment and machinery was becoming outdated, it was just to set up the replacements in another land. Also, there was a bonus - U.S. tax and tariff policies actually favore foreign manufacture."³ . Lo que produjo que con sus

3 Kallen, Laurence H, corporate welfare. Lyle Stuart Book, New York 1991. traducción en versión libre del autor. " Actualmente, la aparente invencibilidad de los Estados Unidos en la electrónica ya ha sido compartida con los japoneses en la manufactura de televisores. Basados en licencias dadas a los japoneses en los 50's en la mitad de los 60's las compañías japonesas se adelantaron al poner al mercado la televisión en blanco y negro. En respuesta las compañías americanas cedieron ese campo y se movieron a la fabricación en fabricas extraterritoriales. Para 1972 las importaciones eran el 62% del mercado; para 1976, 98%. En 1962, RCA dio licencia a las compañías japonesas la tecnología de película de color. Y los japoneses siempre avidos de nueva tecnología fueron a trabajar. Mientras Motorola anunció el primer prototipo de televisión sólida en 1966, fue Hitachi el que produjo el primer equipo comercial en 1969. Para

inversiones viniesen sus ejecutivos y con ellos su sistema de contratación, recordemos que muchos habitantes del país del norte son poco afectos a las novedades y desean traspasar a donde vayan su forma de vida, que es la única que comprenden, prueba de ello fue la instalación en 1993 y 1994 de despachos de abogados norteamericanos, esto provoca que en mayor o menor grado los letrados sobre todo los que ejercen el campo del derecho privado donde se regulan los contratos y la voluntad que los genera, temas de los que se desprenden estos trabajos.

De ese modo, y dentro del esfuerzo colectivo, empeñémonos en lograr una contribución elemental, una toma de conciencia en relación con estas materias; tratar de estudiar aquéllas que ya se ha iniciado su estudio; iniciar los trabajos de las que no han sido estudiadas; en fin, poner en la palestra estas figuras para que otros o nosotros mismos, en meditaciones posteriores, profundizemos en ellas y darles plenitud que, con más instrumentos legales, algunos novedosos y otros poco estudiados podamos elaborar contratos o

1970, 90% de las televisiones a color japonesas estaban siendo vendidas mientras los americanos luchaban para rearmarse. Para 1980 sólo había 3 manufactureras americanas, y estas eran trabajadas por empleados asiáticos. Cuando GE compró RCA en 1986 se vendió la televisora a una compañía francesa, dejando a Zenith como la única fabricante de televisiones en EUA.

La producción extranjera de electrónicos de la misma manera devastó la industria americana. Para la mitad de los 70's se había perdido por completo.

El rápido desarrollo de las compañías televisoras americanas en países fuera de los Estados Unidos no era una ocurrencia aislada. El movimiento de capital y tecnología fuera del país fue la primera respuesta de los americanos a los competidores extranjeros, durante los 70's incluso cuando los oficiales de estas compañías estaban prometiendo usufructo a las plantas de EUA. Bancos americanos importantes promovieron esos movimientos otorgando los préstamos para manufactureras en países extranjeros.

Por definición, el escaso capital americano fue distraído hacia fuera de EUA. Entre las grandes corporaciones y los grandes bancos. Estados Unidos fue desindustrializado y dejó de invertir durante 1970's, una pérdida para los Estados Unidos de América de muchos empleos y crecimiento substancial.

En una larga escala, este cambio las corporaciones y bancos estaban actuando sólo con o la clásica teoría económica predijo. Sin dejar entrar a las entidades americanas a estos, para el final de los 60's concluido que la industria de EUA se convertía poco competente y sólo estorbaba. Si los trabajadores americanos eran sobrepagados y no eran suficientemente dóciles, podían ser hallados trabajadores en cualquier otro lugar que estarían felices de trabajar por un salario mínimo. Si la política dentro de USA era contradictoria e impredeciblemente efectivas, la producción se movería a donde el planeamiento a largo plazo fuera efectivo. La creciente sofisticación y capacidad de embarques internacionales hizo el transporte entre los países tan fácil como entre estados. Avances en la comunicación proveyeron un gran control sobre las plantas extranjeras como si fuese una carretera alrededor del mundo. Desde que EUA se atrasó en equipo y maquinaria estaban obsoletos fue fácil encontrar los reemplazos a otra tierra. También hubo un bono - impuesto americano y política tarifa favoreció en la manufactura extranjera."

plantear voluntades obligacionales con mayor fidelidad a lo pactado por nuestros clientes y, con ello, lograr la obtención de un perfeccionamiento en la expresión del consentimiento como forma de creación de derechos y obligaciones en el camino de la perfección contractual.

Si bien el consentimiento ha variado sus formas de exteriorización con el transcurso del tiempo, se tiende a abandonar los innecesarios formalismos dejando a un lado el clásico acuerdo personal en que las partes, después de discutidas las condiciones esenciales de éste, después de un regateo entre la oferta inicial, las variaciones a éstas y la fijación de la oferta final y su aceptación —lo que constituye el pacto—, sellaban la celebración del acuerdo con un apretón de manos, o signo semejante, que en muchas ocasiones tenía un valor superior al del contrato escrito.

Actualmente, el consentimiento toma formas singulares. Las relaciones sociales y comerciales se dan de tal modo que, en ocasiones, parece difícil establecer si hubo relación entre los contratantes, y cuando aparentemente no existió esa relación o se ignora con quién se tuvo, pueden darse relaciones a través de la cibemética, u otros medios; esto no significa, de ningún modo, que no se haya perfeccionado el consentimiento. Es, tal y como lo comentaremos en este trabajo, una simple variación de formas de expresión de ésta, que si resulta sustancial mantiene el espíritu del acuerdo de voluntades, y simplemente es la adecuación a las particularidades de nuestro desarrollo actual, en el curso de uno más este fenómeno.

En este trabajo intentamos conocer fundamentalmente el consentimiento, sus elementos, pero veremos, cuando menos de forma somera, algunas formas de contratación atípicas o poco estudiadas; otras formas singulares de expresión de obligaciones y hasta agrupaciones empresariales reguladas por la práctica comercial de otros países.

Gran importancia tendrá el Tratado Trilateral de Libre Comercio, celebrado por México con Canadá y Estados Unidos, de aplicación obligatoria en los términos de nuestra Carta Magna y los demás tratados vigentes. La nueva Ley de Inversión Extranjera y su reglamento, en vigor desde el 28 de diciembre de 1993, y aquellos cambios que, como consecuencia de éste, habrán de darse

y, desde luego, ir a las fuentes autorales o legislativas del extranjero, donde muchos de los contratos se generan, para conocer su nacimiento y posterior desarrollo, así como las sentencias en las que los tribunales han resuelto acerca de sus elementos esenciales, sobre todo de ese consentimiento que nos ocupa.

A esto deberá unirse, además de nuestra natural inquietud intelectual acerca de las nuevas figuras contractuales, el deseo de formarnos profesionalmente en el campo que el libre comercio abrirá para el desarrollo profesional y que cuando menos en su primera etapa tendrá como inevitable signo de comunidad el contrato en los que la voluntad contractual será el inicio del camino comunicador en tanto no existan especialistas en dichas materias o estudios confiables. Este problema de alguna forma nos afecta a todos, letrados que estamos en el foro, ya sea en lo consultivo o en los tribunales, ya queramos o no; los contratos reflejo del tráfico comercial van a ser examinados o dictaminados convirtiendo en verdad legal textos creados en la forma que hemos venido analizando.

Es por ello que, en un principio, tenemos que ser cautos en extremo; tratar de prever los problemas con que nos encontraremos; intentar —de ser posible— solucionarlos; adecuar el contrato sin deformarlos a nuestra realidad, y evitar, en lo posible, soluciones simplistas y precipitadas, así como inadecuadas generalizaciones.

Especial cuidado deberá tener nuestro Poder Judicial en la preparación de sus cuadros porque, como veremos, los límites entre un contrato y otro son sumamente sutiles, pero diferentes al fin producirán efectos muy distintos entre ellos; es deseable, por ello, la preparación de la judicatura para esta empresa, pues sus resoluciones se convertirán en la verdad legal sobre la que desprenderemos los elementos constitutivos de las figuras. Debido a lo anterior, los Consejos Generales de la Judicatura, tanto federal como de los estados, tienen la gran responsabilidad de prever la preparación de sus cuerpos, porque sin un Poder Judicial conocedor y orgulloso de su alta investidura la seguridad jurídica estará ausente y habremos hecho un flaco favor a la justicia.

En los contratos que estudiaremos en la segunda parte del trabajo intentaremos más que un estudio formal de los mismos, las consideraciones que

nos hacen pensar y valorar que en ellos lo fundamental será la aplicación de la voluntad que los genera, ese hilo conductor que hará que éstos tengan un sentido que dará génesis a la fuerza del estado para su ejecución.

Hablar de obligaciones mercantiles podría considerarse, por muchos, como una adelantada toma de posición respecto de las diferentes teorías que en relación con esta materia existen: deberemos analizar el concepto de obligación en general, las diversas formas que ha tomado y en las que ha sido conceptualizada; las teorías acerca de ellas con el propósito de llegar a una solución que nos permite, cuando menos, entrar en materia con un consenso, siquiera válido para nuestro estudio, que permita desarrollar los temas de este trabajo con el sostén de ese consenso, aunque no pueda determinarse en forma absoluta.

Así, deberemos establecer que para nuestro estudio las obligaciones son una figura del derecho privado que campea dentro de la brillante clasificación hecha por el jurista y sacerdote Miguel Villoro Toranzo, establecida a través de la teleología del derecho dentro del ramo de la justicia de coordinación la que, como parte de la justicia general, contempla el derecho privado en la esfera del fenómeno que persigue: la justicia conmutativa, entre los que destacan el derecho civil y el mercantil; el primero que conceptúa como el rigor atemperado por la equidad, y el segundo como el máximo rigor. Esta base hará que consideremos, desde dichos puntos de vista, tanto las obligaciones civiles o mercantiles desde su propia órbita.

debe ser el resultado de un proceso de negociación y consenso, no de imposición unilateral por parte de los grupos de presión. El derecho debe ser el resultado de un proceso de negociación y consenso, no de imposición unilateral por parte de los grupos de presión.

En el ámbito de la justicia social, el derecho debe ser el resultado de un proceso de negociación y consenso, no de imposición unilateral por parte de los grupos de presión. El derecho debe ser el resultado de un proceso de negociación y consenso, no de imposición unilateral por parte de los grupos de presión.

En el ámbito de la justicia social, el derecho debe ser el resultado de un proceso de negociación y consenso, no de imposición unilateral por parte de los grupos de presión. El derecho debe ser el resultado de un proceso de negociación y consenso, no de imposición unilateral por parte de los grupos de presión.

CAPÍTULO II

EL CONSENTIMIENTO

El mundo del contrato tiene, cuando menos para el estudioso del derecho privado, el efecto de materializar el conocimiento de éste, de conocer que su saber no es una entelequia que se desarrolla en el mundo de las ideas, como en un olimpo desde donde los dioses miran a los seres humanos, sino es algo vivo, actuante en un continuo interrelacionar a los hombres. En una conferencia dictada por el licenciado Luis Manuel C. Meján, decía éste que, en el mundo de Robinson Crusoe, nació el derecho cuando descubrió en la playa la huella de Viernes y, con ella, el concepto de lo tuyo y lo mío, de mi obligación y tu derecho. Sin embargo, ni siquiera esa bella descripción es absoluta. El autor argentino, Fernando J. López de Zavaldúa, en su tratado de *Derechos reales*, pretende probar que el derecho real existe aun sin la existencia de Viernes.⁴ Tal vez de esta contradicción conceptual derive la belleza del uso de las normas como camino en la búsqueda del bien común, que es la justicia.

Lo anterior produce la necesidad de que todos los conceptos jurídicos sean analizados a fondo, y no es la excepción el estudio del contrato y de sus partes —como lo es el consentimiento— y aun los elementos que le dan existencia, como son la oferta y la aceptación. Aquí habremos de buscar, como recomendaba el sabio emperador romano, Marco Aurelio, «¿De dónde ha salido cada cosa, de qué elementos está compuesta, en qué habrá de mudarse y cuál será después de mudada, y sin sufrir por ello ningún mal?»⁵ Conocer los elementos, descifrarlos en sus diferentes estadios y, para ser consecuentes con ello, para conocer su origen y destino vayamos de la parte general a la particular.

El contrato es, en primer término, una expresión externa de una entidad interna como lo es la voluntad, tomada ésta como aquella «potencia del alma que mueve a hacer o no hacer una cosa o elección de una cosa sin precepto o

⁴ Comentario hecho por Robles Farías, Diego del libro de López de Zavaldúa.

⁵ Aurelio, Marco; *Pensamientos*; Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, México 1992.

impulso externo que a que lo obligue».⁶ Esto es, la voluntad es el acto de querer, mas ese querer tiene efectos fuera de quien lo emita y, por ello, tiene su génesis en el conocimiento de ese fin, aunada con el deseo y propósito de llegar a éste, y ese es un acto que deberemos conocer para aspirarse, que intentarse en cuanto ausente y así podríamos dividir las fases que forman la voluntad. En primer término, se da la volición. Su objeto es el fin en-sí mismo y la podríamos establecer de ella, que es el acto fundamental y primero de la voluntad. En segundo término, se da la fruición, que se refiere a la obtención de éste; podrá haber otras partes de la voluntad, pero estas serán indispensables para la existencia de ésta.

Debo reconocer que a este efecto siento un vacío en nuestro Derecho, Castán Tobeñas establece que "la vida del contrato tiene tres fases o movimientos principales que son: La *generación*, la *perfección* y la *consumación*. La primera comprende los preliminares o proceso interno de formación del contrato. La segunda, el nacimiento del mismo a la vida jurídica. La tercera, el cumplimiento del fin para que se constituyó el contrato o, lo que es igual, la realización y efectividad de las prestaciones derivadas del mismo"⁷. El maestro

⁶ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, Vigésima edición, Madrid 1984

⁷ Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español, común y foral, decimosexta edición, REUS S.A., Madrid, 1992. Mas sobre las etapas y formación del contrato: Sánchez Román. Derecho Civil, Madrid S.A.; Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, JM Bosch Editor, Barcelona 3ª edición, 1995; Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, 2ª edición, antigua librería robledo esq. Guatemala y Argentina, México 1965; Messineo, Derecho Civil y comercial, ed. EJEA, Buenos Aires 1979; Planiol y Ripert, Tratado elemental de Derecho Civil, ed. J.M. Cagica Jr., Puebla 1948; Ricci, Derecho Civil, la España Moderna, sin año; Marty, Derecho Civil, ed. J.M. Cagica Jr, Puebla, sin año; Colin y Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, REUS, Madrid 1955; Sacco y De Nova, Il Contrato; UTET, Turín 1993; Albaradejo, Derecho Civil, Barcelona 1958; Aubry et Rau (rev. Rau, Falcimaigne et Bartin) Cours de Droit Civil, Paris 1930; Baudry, Lacantinerie et Barde Des Obligations, Paris 1908; Betti, Teoría Generale delle Obbligazioni, Milan 1953; Gino Gorla, il contrato, Roma 1993; García Goyena, Concordancias Motivos y Concordancias del Derecho Español, Madrid 1852; Manresa, comentarios al Código Civil Español, Madrid 1907, Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado de Derecho Civil, Edit. Bosch, Barcelona 1935; Alessandri Rodríguez, De los Contratos, Edit. Jurídica de Chile, sin año; Gaudin de Lagrange, La Crise du Contrat et le Role du Juge, Librairie du Reccueli Sirey, Paris S.A.; Ghestin, Droit Civil Librairie Generale de Droit et de Jursiprudence, Paris 1988; Weinrib, the idea of Private Law, Harvard University Press, London 1995; Major, Casebook on contract Law. Pitman, London 1991; Alessandri, Somarriva – Vodanovic, Derecho Civil, Ediar Conosur Ltda, Santiago 1991; Treitel, The Law of ccontract, ninth edition, Sweet & Maxwell, London 1995; Crandall & Whaley, Cases, problems, and materials on Contracts, Little, Brown & Co, Toronto 1993; Alonso Pérez, La Responsabilidad precontractual, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1971; Lobato de Blas, Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid 1976; Nicletti, Sul Contratto Preliminare, Milano 1974; Aubert, Notions et Rolés de L'Offre et de L'Acceptation dans la

español si bien avanza mas en el estudio de la oferta prácticamente establece su inicio en los momentos inmediatos a la oferta, si bien considera la oferta como principio generador del contrato.

Ahora bien, esa voluntad, en el campo de lo jurídico, tiene que ir encaminada a producir frutos de justicia por medio de la realización de actos jurídicos, de tal modo que la voluntad determinará el actuar hacia la obtención de este bien.

«La voluntad es el movimiento o cambio interior, psicológico, que determina a la acción. Es el libre querer interno de lograr un fin determinado por medio de la acción».⁸

No podemos confundir la oferta con el acto de voluntad como lo pretende Castán Tobeñas, el deseo de realizar algo que terminará en contrato ha comenzado con el conocimiento del hecho que después se deseará y para el cual se realizaran actos no solo unilaterales, sino bilaterales que harán que accedamos a la oferta en si.

Si ese acto de voluntad pretende formar parte de un consentimiento, y que éste produzca efectos en un contrato plurilateral, será necesario que se expresen en diferentes formas por los participantes hasta que logren, ambas o todas las que participen, coincidir plenamente, y no me refiero a las maneras en

que puede exteriorizarse la forma —que estudiaremos posteriormente— sino a la expresión propia de cada una de las partes. Así, el consentimiento se inicia con la exteriorización de la oferta que, conocida por aquél o aquéllos a quienes se dirigió, es aceptada y, con ello, se da el consentimiento, es decir, que existe un acuerdo de voluntades de dos o más personas con el fin de lograr efectos de derecho.

Formation du Contrat; Manzanera, La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, Anuario de Derecho Civil 1984; Castán comenta la Sentencia de 4 mayo 1943, Puntualiza que " la palabra consumación, referida a los contratos, significa jurídicamente el cumplimiento de los mismos que se produce por el de las obligaciones que contienen, y del que se sigue, como consecuencia, la extinción del vínculo contractual".

⁸ Lalonde, Andrés. Vocabulario técnico y crítico de la filosofía, Sociedad Francesa de Filosofía, Buenos Aires, 1953

Si bien podemos considerar que el consentimiento no nace en la vida real simultáneamente, sino que es resultado de una serie de negociaciones o conversaciones preliminares que llegarán a la oferta, es de hacerse notar como en la legislación mexicana se establece que se considera que la oferta se da solamente, cuando el contrato se celebra, cuando se propuso, de tal modo que la respuesta tan solo puede ser lisa y llana, he llegado a pensar que tal y como consta en nuestra legislación todos los contratos serían por adhesión, ya que a quien se hace la oferta no tiene mas remedio si quiere celebrar el contrato que aceptar, exactamente en los términos que se ofrece, de tal modo que si no existe violación en la voluntad o en su emisión así será, en el próximo capítulo trataré lo que yo considero forma el iter contractus pero para continuar con la exposición española es de establecerse que tan vinculante es la oferta, si bien los alemanes, son proclives a aceptarlo las otras legislaciones se encuentran dudosas, el legislador teutón, como los mexicanos establecen que la declaración de voluntad producida genera un cierto vínculo obligatorio, Colín y Capitant establecen " que toda oferta contiene un plazo implícito, a saber: el tiempo moralmente necesario para que el destinatario pueda examinar la proposición y dar a conocer su respuesta.

La jurisprudencia francesa, siguiendo a estos autores se ha acercado a este acerto, pero siempre partiendo de la oferta como acto primigenio y establece que si la retractación no tiene un motivo legítimo deberá considerarse como un abuso al derecho de retractación; en el otro extremo del análisis se encuentra la compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, citado por Castán Tobeñas que establece " que toda promesa sobre cosa y bajo condición lícita obliga al que la hace desde que es objeto de la publicación suficiente, *aunque nadie haya notificado su aceptación*."⁹

⁹ Castán Tobeñas op. cit., mas sobre el consentimiento; Albaladejo García, Compendio de Derecho Civil 8ª edición, Barcelona 1991; Algaladejo García, Curso de Derecho Civil Español, Barcelona, 1984; Barassi, Instituciones de Derecho Civil, Barcelona, 1955; Barbero, Sistema del Derecho Privado, Buenos Aires, 1967; Branca, Instituciones de Derecho Privado, México, 1978; Cano Tello, Esquemas Civiles, Valencia 1993; Carbonnier Derecho Civil, Barcelona 1965; Cossio y Corral, Instituciones de Derecho Civil, Madrid 1991; Cuadernos de Teoría y Práctica de derecho Civil, Madrid 1993; De Buen, Introducción al Estudio del Derecho Civil. 2ª edición México 1977; Diez-Picazo y Guillón Ballesteros, Sistema de Derecho Civil, 6ª edición, Madrid 1992; Enneccerus, Kippt y Wolff, Tratado de Derecho Civil, Barcelona 1955; Espin Canovas, Manual de Derecho Civil Español, 5ª edición, Madrid 1978; Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil,

Por vicios del consentimiento debemos entender aquellas circunstancias que impiden que la voluntad de contratar sea libre y, por tanto, válida. El Código Civil de Jalisco ha variado la tradicional concepción de los supuestos que hacen que la voluntad exteriorizada no sea igual a la interna.

El legislador jalisciense ha establecido, como aspectos que vician la voluntad, los siguientes hechos: si ha sido dado por error, ya sea éste de hecho o de derecho, siempre que este recaiga sobre la causa determinante de la voluntad, se entenderá que estamos en ese supuesto si en el acto que se celebra se declara ese motivo o si puede desprenderse que el acto se celebró por ésta y no por otra causa; será igualmente considerado que existe error determinante por producir la invalidez de la emisión de voluntad, el error sobre las cualidades del sujeto, si como tal se expresa en el contrato. La misma situación de nulidad existirá si se da el error sobre la identidad del objeto, específicamente determinado en sustancia, cualidades esenciales, cantidad, peso o medida; si así se ha determinado en el contrato.

Así, el error que produce la nulidad del contrato será fundamentalmente el de hecho o de derecho, si es causa determinante de la voluntad, así como el error sobre las cualidades del sujeto y del objeto, mas será necesario que esta voluntad haya sido manifestada en el contrato o en el primer caso que pueda deducirse de él.

El error puede existir sin ser determinante de la voluntad, es decir, que el acto conserva su validez cuando se da sobre cualidades accidentales, en cuyo

Barcelona 1990; Lacruz Berdejo, Manual de Derecho Civil, 2ª edición, Barcelona 1990; Lasarte Alvarez, Principios de Derecho Civil, Madrid 1994; Llebaria Samper, y Barbancho Tovillas, Prácticas de Derecho civil, Barcelona 1991; Lopez-Sanz, Curso Elemental de Derecho civil, 6ª edición, Valencia 1990; Mazeaud, Lecciones de Derecho civil, Buenos Aires 1959; Messineo, Manual de Derecho civil y comercial, Buenos Aires 1971; O'Callaghan Muñoz, Compendio de Derecho civil, Madrid 1993; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial, Madrid 1992; Puig Brutau, Compendio de Derecho civil, Barcelona 1991; Puig Brutau, Fundamentos de Derecho Civil, Barcelona 1991; Puig Peña, Tratado de Derecho civil Español, Madrid 1975; Ricci, Derecho Civil, Barcelona 1985; Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, Madrid 1978; Ruiz Vadillo, Introducción al estudio teórico práctico del Derecho civil, Logroño 1991; Santos Briz, Derecho civil, Madrid 1979; Torralba Soriano, Derecho civil para ciencias económicas y empresariales, Barcelona 1989; Torres Pascual, Derecho civil y mercantil, Madrid 1990; Torres Pasucal, Elementos de Derecho, 3ª edición, Madrid 1983; Trabucchi, Instituciones de Derecho civil, Madrid 1967; Valle Zaragoza, Zaragoza Segura y González Velasco, Derecho civil y mercantil, Madrid 1990; Vicente Díaz, Casos prácticos de Derecho civil, Madrid 1992.

caso da derecho a indemnización, o cuando el error es de cálculo que sólo da lugar a que se rectifique.

La legislación del Código Civil del Distrito Federal es similar en este tema a la de Jalisco, con la salvedad del artículo 1281 estatal, que establece literalmente "La responsabilidad procedente de cualquier vicio de la voluntad es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva se tendrá por no puesta" cuestión sin precedente en el Código del Distrito Federal ni en la legislación anterior vigente en el Estado de Jalisco, ya que en realidad lo que hace es establecer una norma general en materia de vicios de voluntad para los casos que señala.

Hay dolo, según establece nuestro legislador (artículo 1287 de Código Civil del Estado de Jalisco y 1815 de su similar del Distrito Federal) cuando se emplea cualquier sugestión o artificio para inducir al error.

Más acertada me parece la definición que da el artículo 1269 de Código Civil Español al afirmar que «hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».¹⁰

Nuestro legislador establece, en forma separada, la conceptualización de dolo y mala fe, esta que describe como disimulación o mantenimiento del error de uno de los contratantes, una vez conocido. El que esto escribe considera que, cuando menos en sentido amplio, son sinónimos el dolo y la mala fe; tradicionalmente ha existido la distinción entre dolo principal (*dolus causam dans*) e incidental (*dolus incidental*), y es de considerar que éste viola la buena fe que debe regir los contratos produciendo, el primero de ellos, la nulidad, siempre que ese artificio haya sido determinante para la emisión de voluntad y que no hayan actuado con dolo ambos contratantes, en cuyo caso no procederían las acciones de nulidad o daños y perjuicios; ni en Jalisco la de reticencia.

Debemos considerar, también, que nuestros legisladores han sido omisos en señalar las condiciones que deberá llenar el engaño.

¹⁰ Código Civil, Editorial Aranzadi, Madrid 1993

Colin y Capitant consideran que «El dolo se emplea siempre para pesar sobre la voluntad del contratante, ya con el fin de impulsarle a celebrar un contrato, ya para hacerle aceptar condiciones distintas de las que hubiera aceptado si no hubiera sido engañado. Por consiguiente, en ambos casos la verdadera reparación debiera consistir en permitir a la parte perjudicada pedir la nulidad. Y es realmente invitar al juez a una obra casi imposible el imponerle la investigación de si las condiciones sobre que ha recaído el dolo han sido o no consideradas como determinantes por la víctima».¹¹

Las legislaciones española y argentina condicionan la nulidad a que el hecho sea grave, es decir, que las maquinaciones o artificios sean suficientes para inducir a una persona sensata; que sea cometida por una de las partes. A este respecto, la legislación mexicana considera que el dolo de un tercero también produce nulidad, lo que ciertamente resulta difícil de conocer si alguna de las partes lo conocía y la tercera, en la que coincide nuestra legislación, es que el dolo no se haya tenido por ambas partes. Con este esquema un juez tendrá, sin duda, mayores elementos de juicio.

El Código jalisciense, conforme a una doctrina minoritaria, ha concedido a la reticencia carácter constitutivo de dolo, e incluso Díez-Picazo,¹² afirma que el silencio puede llegar a dar nacimiento al dolo, afirmación de la que discrepo.

De esta manera creo que, con los elementos que el Legislativo ha dado al juzgador, será muy difícil clasificar la existencia del dolo y, mucho menos, determinar si éste es grave o circunstancial.

En relación con la violencia como vicio de voluntad, encuentro una muy deficiente redacción en nuestros códigos. En efecto, tanto en el del Distrito Federal, como en el de nuestro estado, se considera que consiste la violencia, pero en ninguno se le relaciona a la voluntad. El Código de Jalisco, esencialmente igual al del Distrito, establece que «la violencia cuando se emplee fuerza física cualquiera o moral que causen en la víctima el temor de perder o

¹¹ Colín, A. et H Capitant., Curso elemental de derecho civil, tercera edición, Editorial Reus, Madrid 1957

¹² Citado por Enriquez Ramírez, Viviana. <Consideraciones acerca del silencio como generador de voluntad>, tesina, E.L.D, México 1996

sufrir menoscabo en algunos de sus bienes».¹³ El del Distrito, en su artículo 1819, establece que «...hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud...»;¹⁴ como se puede observar, el legislador capitalino detalló los bienes protegidos, mas no la forma. Si analizamos, en cambio, el inicio del artículo 1267 del Código Civil Español, en él se establece que «hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible».¹⁵

De alguna manera es la violencia la forma más difícil de percibir y hacer evidente, ya que debe haber una relación directa entre la acción misma y la voluntad expresada. No bastaría, por tanto, el temor reverencial o el error de apreciación acerca de los posibles provechos y perjuicios a obtener. Si hablamos en sentido estricto, no es la violencia sino el temor, la causa que vicia la voluntad.

Castán Tobeñas establece como condiciones, indispensables en derecho español, pero considero que resultan pertinentes para verificar si se está en presencia de la violencia perturbadora de la voluntad. En primer término, el miedo, que debe ser racional y fundado; que el mal amenazante debe ser inminente y grave, esto es, que cualquier persona sensata pueda impresionarse. En segundo término, la amenaza debe ser injusta, ya que no comete violencia quien ejercita su derecho (*non videtur vim facere, qui iure suo utitur*); y en tercer, que debe existir un nexo causal entre la intimidación y el consentimiento emitido como consecuencia de éste.

El Código de Jalisco decidió establecer, dentro de los vicios del consentimiento, la lesión, aunque tan sólo la que se da en función de la contratación con personas que estén en estado de ignorancia, inexperiencia, miseria o necesidad y, que habiendo tratado con ellos, se haya obtenido un lucro desproporcionado en ese contrato.

¹³ Código Civil del Estado de Jalisco, Editorial Porrúa, México 1998

¹⁴ Código Civil del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 1998.

¹⁵ Op. Cit.

Por lesión entendemos lo siguiente: «...se llama lesión, en un sentido usual, al perjuicio que una de las partes experimenta a consecuencia de un negocio jurídico o de un contrato desventajosamente celebrado.»¹⁶

Sin embargo, podemos conseguir como dos estados de aplicación del término, una, la subjetiva, que persigue revelar a quien es víctima de ella (tal es el caso de la legislación estatal), y una objetiva, fundada en la reciprocidad de las prestaciones que las partes deben otorgarse. Tan es así, que no puede haber lesión en los contratos a título gratuito, aunque conceptualmente podríamos pensar en lesión en una partición de herencia.

El legislador jalisciense estableció, para la lesión, dos posibilidades a elegir por la parte ofendida: la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación. Ambas opciones tienen la posibilidad de cobrar daños y perjuicios.

Para que la existencia del acto de voluntad generador de obligaciones tenga efectos en el campo del derecho debe tener las siguientes características:

- a) *Seriedad*. Podríamos definirla como expresión de ésta, hecha por quien tiene capacidad y deseo de hacerlo con el propósito de crear consecuencias de derecho, y no tendrá esta característica aquella voluntad emitida por incapaz, la que se hace en broma o en un momento sin ánimo de obligarse.

La capacidad es un atributo de toda persona que no esté en las situaciones de excepción que determina la ley. Para los casos de quienes no tienen la facultad de ejercitarlo por sí mismos, las sociedades o personas jurídicas pueden tener la titularidad de este derecho como titular activo o pasivo, uno como activo o acreedor (*creditor, reus stipulandi*), quien tiene derecho a exigir y recibir la prestación de que se trata, y otro como pasivo o deudor (*debitor, reus promittendi*), o sea, sobre quien pesa el deber de realizarla. Este modo de determinación puede ser múltiple, es decir, que puede haber pluralidad de sujetos activos y pasivos, siempre determinados al surgir la obligación o determinables cuando se pacta. No es posible darle validez a la emisión de voluntad emitida en son de broma, pues ésta no persigue producir efectos de derecho sino hacer lo primero.

¹⁶ Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español, Editorial Reus, Madrid 1992

Igualmente, no podemos tomar en cuenta la oferta hecha en un momento de exaltación; por ejemplo, nadie tomaría como oferta el célebre grito de Ricardo III en la batalla de Bosworth Field, narrada magistralmente por William Shakespeare, de ¡mi reino por un caballo!, afirmación cuyo propósito no es el crear un acuerdo al no haber el ánimo de obligarse.

b) *Exteriorización de la voluntad.* Decíamos que, en tanto la voluntad se encuentre en el fuero interno, no puede producir efectos de derecho; podemos pensar, así, en varias maneras de expresión de ésta —expresa y tácita—, y aunque algunos autores diferencian y adicionan las maneras de exteriorizarla con la presunta, e incluso se ha manifestado como forma de exteriorización de voluntad el silencio.

La forma expresa se da cuando la parte que tiene que emitir la voluntad lo hace en forma clara, es decir, manifiesta su deseo de obligarse directamente. El caso más patente de ese tipo de emisión se da en la aceptación de donación, hecho que debe darse en la misma forma en que se recibió la oferta y tendrá efecto cuando el donante conozca que la aceptación se dio en los mismos términos de la ésa. También puede darse que ésta sea expresa, sin que tenga que realizarse de forma determinada; tal cosa sucede, por ejemplo, cuando se comparece ante notario público a firmar un contrato en escritura pública.

La manifestación de voluntad tácita se da cuando nuestra voluntad interna no es manifestada de forma expresa, sino que es deducible de ciertos actos del emisor de ella; esto no tendrá más límite que los actos sean concluyentes, es decir, que a nadie le quede duda de la voluntad del emisor; tal sería el hecho de que este último entrara a una tienda de autoservicio, tomara un producto dirigiéndose luego a la caja y lo presentara para ser cobrado y cubriera su importe; a nadie quedaría duda de cuál sería la voluntad del emisor; pues resulta evidente, aunque no la haya manifestado expresamente.

Algunos autores siguiendo a Von Thur¹⁷ han dividido el concepto de manifestación tácita, y sostienen lo que han denominado la manifestación de voluntad presunta: «sería voluntad presunta la que la ley deduce, o sea, supone

¹⁷ Von Thur, Andreas. Derecho Civil; Editorial Cajica, Puebla 1945

de ciertos hechos; una determinada conducta del sujeto se considera en estos casos por la ley como una declaración en determinado sentido».

No corresponde a nuestro juicio la teoría sostenida a una nueva forma de emisión de voluntad, sino la una de las variantes de la tácita, que no por no estar mencionada por el legislador deja de serlo; por voz de su máximo exponente: «todo aquél que realice un acto —dice Von Thur—,¹⁸ del que pueda inferirse la existencia de una determinada voluntad, o que dé base para sentar una presunción jurídica en ese sentido debe cuidarse, si no es ésa su intención de dejar constancia de su verdadera voluntad, levantando protesta, es decir, notificando a la otra parte o a un tercero, o extendiéndola por escrito en un documento su intención efectiva. Pero la protesta es ineficaz cuando no corresponde a la intención legal del agente, es decir, cuando el juez llega a la conclusión de que la intención, que lógicamente cabe deducir de la conducta, existe a pesar de la negativa». Cuando se tiende a evitar que se dé por supuesta una figura, la protesta recibe el nombre de reserva, esto es, porque en determinadas legislaciones hay presunciones conocidas como de derecho irrefutable.

Una de las cuestiones más debatidas en derecho privado lo es el silencio como manifestador de voluntad, si tomamos en consideración que éste, en sí mismo, no es manifestación de voluntad. Se menciona como ejemplo del silencio generador de obligaciones, la tácita reconducción que opera en los contratos de arrendamiento prorrogando su plazo y continuando el contrato. Ciertamente, en este caso podría decirse que el silencio es generador de obligaciones y, por ello, exteriorizador de la voluntad, pero ello es relativo ya que tan sólo continúa una relación para la que se suple la voluntad de las partes; no es que se dé por nacida del silencio, si no del pacto preexistente que la ley supone. Sería el deseo de las partes, pues «jurídicamente, el silencio supone la ausencia de toda manifestación de voluntad, aun tácita, la completa inacción o pasividad del sujeto en términos de que es imposible conocer su pensamiento en favor o en contra del contrato que se le propone»; pongo como ejemplo, si yo recibo durante cierto tiempo, y sin protestar, un diario al cual no me he suscrito, o una carta en la cual

¹⁸ Von Thur Andreas. Op. Cit

se me ofrece en venta un determinado objeto y no doy respuesta a ésta. De ahí que no haya silencio en el caso de la tácita reconducción, contrariamente a lo que creen algunos autores como Colin y Capitant, De Page, Planiol y Ripert. En este caso, hay voluntad tácita derivada del pago de la renta por el arrendatario con el beneplácito del arrendador de un espacio de tiempo subsiguiente a la terminación del arriendo o de cualquier otro hecho igualmente inequívoco de su intención de perseverar este trato; mas la voluntad ya estaba dada desde la celebración del contrato, y el supuesto de la tácita reconducción está dado desde que se emite la voluntad iniciática, ésta que sujeta a las normas del arrendamiento. Las variantes de éste no modifican esa voluntad y sí quedan incluidos entre ellos; iguales supuestos serían el caso de expropiación o el de pérdida de vivienda que no implican nuevas voluntades, sino posibles variantes de la misma.¹⁹

La voluntad no sólo tiene el problema de su exteriorización, sino el de la crisis de ésta. Vivimos en una época en la que de nuevo se ha puesto de moda el irracionalismo, la duda parece ser la regla, y la certeza y la verdad caminan por rumbos interpretativos cada vez más distantes; el dogmatismo parece contener generalmente una connotación peyorativa y toda certeza humana a la que se le puede agregar certeza de ser tiende a ser concebida como dogmática y, por tanto, descalificada. Cada vez parece más lejano y menos aceptable, cuando menos *prima facie*, aquel concepto de que el conocimiento libre —esto es, las recíprocas voluntades expresadas por un deseo común—, debe hacer válidos e irrevocables los contratos; además, se ha hecho más compleja la contratación. Más adelante entraremos a analizar un hecho por demás actual, y es el que se da cuando las partes realizan actos que los interrelacionan y, por supuesto, los obligan mutuamente. A propósito de esto recuerdo un caso que ilustra perfectamente mi aserto: **A** era propietario o controlaba el 100 por ciento de acciones de tres compañías que operaban una factoría a la que designaremos como **C**; **B** contaba con equis cantidad que deseaba invertir y le interesaba dicha empresa cuyo valor era notoriamente superior a sus

¹⁹ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil, Antigua Librería Robledo, México 1950.

posibilidades, pero su interés era asociarse por medio de la compra de cierto paquete accionario; así, **B** propuso a **A** y éste aceptó vender un número no determinado de acciones en un precio que ambos fijarían en un plazo no establecido, pero **B** entregó como arras una cantidad y jamás se fijó el precio. Las partes, sin embargo, estaban convencidas de que habían celebrado un contrato de compraventa de acciones.

Estó a mi juicio era imposible, ya que no se había fijado el número de éstas que serían materia de la compraventa, con lo que el contrato no tenía objeto ni precio, dado que éste no se fijó; sin embargo, las partes sí emitieron una voluntad, defectuosa si se quiere, pero voluntad expresada. Existen otros casos que analizaremos, en este trabajo, posteriormente.

Frecuentemente, se menciona la crisis del contrato, y se habla incluso de su inevitable extinción, pero sucede que nadie establece –ni siquiera como tentativa teórica– cuál será la institución que lo substituirá.

El concepto crisis no es unívoco y sus significados pueden variar nuestra concepción de ella; esta palabra proviene del latín *crisis* y ésta, a su vez, deriva del griego *krisis*, y se define como «1. Mutación importante en el desarrollo de otros procesos, ya de orden físico, ya histórico o espirituales. 2. Situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese. 3. Por extensión, momento decisivo de un negocio grave y de consecuencias importantes. 4. Juicio que se hace de una cosa después de haberla examinado cuidadosamente. 5. Escasez, caréncia. 6. Por extensión, situación dificultosa o complicada».²⁰

No consideramos que a la fecha haya habido proceso alguno que modifique en lo sustancial la significación de las expresiones de voluntad, son y serán, a mi juicio, la forma de exteriorización de esta voluntad, y es ahí donde tendremos que cuestionarnos si existe o no en ello una verdadera emisión de voluntad que cumpla con los requisitos de seriedad y de exteriorización de la misma.

Algunos autores sostienen que la voluntad se exterioriza por el hecho de la emisión de un acto, si éste es un acto de voluntad, y que la voluntad se exterioriza por el hecho de la emisión de un acto de voluntad, si éste es un acto de voluntad.

²⁰ Corominas, J et al. Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico, Editorial Gredos, Madrid 1991.

Ciertamente, la expresión de la voluntad en muchos casos ha variado su forma de expresarse; en varios muchos de los pactos parece tornarse ausente una relación interpersonal que generará el mutuo conocimiento de lo que la otra parte deseaba y lo que a cambio estuviera dispuesta a ofrecer por ello; el hombre moderno, agobiado por un tiempo que le es ajeno; hiperinformado, pero sin entender las causas de su diario acontecer; temeroso de aquéllo que sale de su *praxis* inmediata, desconoce ya formas elementales de intercomunicarse; prefiere, de serle posible, lograr el bien que pretende sin interrelacionarse. Ejemplos de ésto habría muchísimos, no obstante, bástenos para ello el análisis del arrendamiento de bienes. Éste se sujeta a un estricto contrato que, sin embargo, la mayoría de personas, abogados incluidos, ni siquiera lo leen; recientemente, ante hechos semejantes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió lo siguiente: para que la expresión de la voluntad sea considerada válida será necesario que el otorgante de la voluntad haya tenido la oportunidad de conocer el clausulado.

De ese modo, de esa primitiva o deficiente interrelación puede nacer la oferta y la aceptación que estudiaremos posteriormente; pero ello, repetimos, no presupone, de ningún modo, que la voluntad no se exteriorizó, sino simplemente han variado las formas de emisión de ésta.

Veamos, pues, algunas formas de emisión de voluntad: una persona desea vender su automóvil y ordena la inserción de un desplegado en un diario que tiene un tiraje certificado de 100 mil ejemplares, en el cual se propone la venta del mismo en la forma habitual: «vendo automóvil X modelo, Y. Informes en el teléfono 3333333». Esto, que para muchos constituiría una oferta, no lo es para nosotros en virtud de varias consideraciones; y una de ellas es la forma en que el bien se promueve; es importante distinguir que no se está, a mi juicio, haciendo una oferta —posteriormente cuando la estudiemos veremos sus requisitos—, pero el interesado en vender no espera 100 mil probables compradores, ni siquiera posibles, lo que busca el anunciante es, de entre todos los lectores del diario, encontrar algunos que pudieran tener interés en un auto semejante, y es entonces, sólo entonces, que se expedirá y recibirá la oferta, la que si es aceptada lisa y llanamente creará el acuerdo de voluntades. En el

caso tampoco se trata de una oferta; entre otras causas por no contener precio, lo que la inhabilita como tal.

Lo anterior no significa que no pueda hacerse una oferta pública, como lo prevé el artículo 1861 del Código Civil del Distrito Federal, el que regula que para la existencia de éstos se requiere: un anuncio u ofrecimiento hecho al público, que el oferente se obligue a una prestación (de hacer, dar o no hacer) a quien reúna determinada condición de ese mismo tipo.

Recuerdo un caso resuelto por los tribunales estadounidenses, sin tener la cita precisa, pero éste encaja en la afirmación hecha anteriormente. Los hechos sucedieron más o menos así: una tienda femenina de almacenes promovió una gran venta de abrigos de visón con grandes rebajas en su precio, y como especial aliciente anunció que la primera persona en adquirir el día de la promoción uno de ellos, tan solo tendría que pagar un dólar a cambio. Un señor **X** fue el primero en llegar y pagar un dólar a cambio de un abrigo, pero la empresa no lo aceptó arguyendo que se trataba de una tienda para damas; demandó y obtuvo sentencia favorable en virtud de haber habido oferta y aceptación (en nuestra legislación hubiese operado igual), en virtud de que hubo un anuncio hecho al público en que el almacén se comprometía a entregar el abrigo de visón que eligiera el cliente a un precio de un dólar. El primer cliente que comprara, *first come first serve*, el señor **X**, llenó la citada condición y como consecuencia de ello el oferente quedó obligado.

La crisis de la que hemos venido tratando podría derivarse de actos que no forman parte de la ortodoxia contractual, y tal es el caso de aquellas ofertas que no parecen tener relación entre sí. Pongamos el caso de una emisión de obligaciones de una sociedad para financiar sus operaciones; las obligaciones las adquiere un fondo de inversión y un inversionista adquiere parte de dicho fondo; jamás hubo pacto entre el emisor de las acciones y el participante en el fondo, y probablemente no conozcan esa situación y, sin embargo, existe.

¿Podría decirse que en casos semejantes no existió acuerdo de voluntades y por ello no habrá contrato? No lo consideramos así, pues el hecho es que se ha modificado la manera de expresar la voluntad y ese cambio de la forma de emisión de ésta no la elimina, pero sí hará necesario que los

estudiosos de la materia analicen y valoricen esta nuevas formas de emisión de la voluntad.

CAPÍTULO III

TEORÍA DEL ITER CONTRACTUS

Hemos intentado hablar de contrato, de la voluntad y de su expresión, igualmente nos hemos acercado a la teoría de Castán Tobeñas acerca de la duración del contrato y con esta tienen diferencias tanto nuestra legislación como otras, diferencias que es necesario someter a comparación para establecer con criterios objetivos cual de estas se adecua más a la praxis de la materia, si bien las diferencias de opinión se da en la iniciación del proceso y en su consumación, de tal manera he querido, tomando términos del derecho penal, designar al periodo que se da entre la primigenia gestación de la voluntad hasta la conclusión del contrato lapso de tiempo que hemos designado como **iter contractus**, con la esperanza de que pueda crear una teoría.

Castán Tobeñas al tratar lo que él designa como generación o preparación del contrato hace equivaler ambos términos que se definen de forma diversa, así, en tanto el primero se define como "acción de generar, producir"²¹ la segunda es definida como "acción y efecto de preparar o prepararse"²² En tanto que la primera acepción el efecto de la acción tendrá como resultado que algo nace, en la especie el contrato, en cambio la segunda tendrá como efecto la preparación del acto que se pretende.

Como punto de partida el maestro español establece que la voluntad contractual no nace simultáneamente sino como resultado de los actos preliminares que hace consistir en tratos, negociaciones o conversaciones y sitúa como inicio del periodo la exteriorización del acto volitivo del oferente hecho en forma de proposición, oferta o solicitud, punto de vista que en principio no comparto ya que el acto exteriorizado puede estar viciado de origen y ese origen se da necesariamente antes de exteriorizarse, lo que contra lo que afirma el autor en comentario prueba que la concepción de la voluntad existe antes

²¹ Diccionario océano Langenscheid voz generación

²² Diccionario océano Langenscheid voz preparación

de su exteriorización pues de otra manera afirmaríamos el absurdo de que una situación puede viciarse antes de existir.²³

²³ Castán recomienda en relación con la formación del contrato: Sánchez Román, Derecho Civil, t. IV; De Diego, Instituciones, t. II; Valverde, Tratado 4ª edición, t. III; De Buen, Notas al Curso de Colin y Capitant, t. III; Pérez González y Alguer, Notas al tratado de Enneccerus, t. I; Puig Peña, Tratado, t. IV; Puig Brutau, Fundamentos, t. II, 4ª edición; Espín, Manual, t. III, 6ª edición; Albaladejo, Instituciones, I; Santos Briz, La contratación privada; Manresa, Comentarios, t. VIII, 5ª edición; Menéndez Pidal, Apéndice sobre Derecho español a la trad. Del libro de Hilsenrad, Las obligaciones precontractuales; Riera Aisa, Contrato; Moreno Quezada, la oferta del contrato; Arillaga, Balor de las ofertas hechas a personas indeterminadas; De Rovira y Palomar, Problemas de la contratación entre personas distantes; Alonso Pérez, La responsabilidad precontractual; Díez-Picazo, Fundamentos, t. I; Díez-Picazo y Guillón, Instituciones, I; Sistema; Cossío, Instituciones; Albaladejo, Derecho civil; Luna Serrano, en Lacruz, Elementos; Ruiz Vadillo, Derecho civil; Lobato de Blas, Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares, 1976; Román García, El precontrato, Madrid, 1982; Rogel Vide, Momento y lugar de la formación del contrato; Manzanares, La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preelminares, 1984; La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa < in contrahendo>; O'Callaghan, Compendio; Torres Lana, Contrato y derecho de opción, Madrid, 1987; Clara I. Asúa González, Comentario a la sentencia de 16 de mayo de 1988; La culpa < in contrahendo>, Bilbao, 1989; Ma. Paz García Rubio, Responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones; La responsabilidad precontractual en el Derecho español, Madrid, 1991; Lalaguna, Sobre la perfección de los contratos en el Código civil; Coca Payeras, Comentario al artículo 1.262 en Com. Min. Justicia. Enneccerus, Tratado, t. I; Von Thur, Tratado de las obligaciones, t. I; Ibering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen; Leonhard, Verschulden beim Vertragsabschluss, Berlin, 1910; Stoll, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, 1932; Heldrich, Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen recht u. In der spätersen Rechtssentwicklung, Leipsig, 1924; Steinber, die haftung f. Culpa in contrahendo, Bonn, 1930; Dölle, Aussergesetzliche Schuldpflichten, 1943; Ballerstedt, Zur Haftung f. Culpa in contrahendo, 1953; Canaris, Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus < culpa in contrahendo>, 1965; Thiele, Leistungsstörung u. Schutzpflichtverletzung, 1967; Frotz, die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für < culpa in contrahendo>, 1969; Esser-Schmidt, Schuldrecht, Allg. Teil; Wabnitz, Der Vorvertrag in rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichender Betrachtung; Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965; von Einem, die Rechtsnatur der Option, 1974; Fikentscher, Schuldrecht, 6ª edición; Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, 12ª edición; Stoll, Tatbestände u. Funktionen der Haftung für < culpa in contrahendo>, Fest. V. Caemmerer, 1978; Pick, Das Verhältnis von < culpa in contrahendo> zur kaufrechtlichen Gewährleistung, 1981; Gottwald, Die Haftung für < culpa in contrahendo>, 1982; Schlechtriem, Vertragliche und ausservertragliche Haftung, 1981; Pouliadis, < Culpa in contrahendo> und Schutz Dritter, Berlin 1982; Grunewald, Das Scheitern von Vertragverhandlungen ohne triftigen Grund, 1984; Planiol, Traité élémentaire, t. II, 1949; Josserand, Cours, t. II; Demogue, Traité des obligations, t. II; Valéry, Des contrats par correspondance, Paris, 1895; Saleilles, De la responsabilité précontractuel, 1907; Cohen, Des contrats par correspondance en Droit français, anglais et anglo-américain (Thèse), Paris, 1921; Mariaggi, Etude sur la formation des contrats entre absents, Aix, 1903; Roubier, Responsabilité précontractuelle, Lyon, 1911; Coherier, Obligations naissant des pourparlers, Paris, 1939; De Juglart, L'obligation de renseignements dans les contrats, 1945; Vialard L'offre public du contrat, 1971; Marty y Raynaud, Droit civil, t. II; Les obligations; Carbonnier, op cit; Congrès des Notaires, 1964; La formation du contract. L'avant-contrat; Celice, Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques, Paris, 1968; Aubert, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contract, Paris, 1970; Rieg, La «punctuation». Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, 1974; Johanna Schmidt, la sanction de la faute précontractuelle; Flour-Aubert, Les obligations; Starck, Droit civil; Weill-Terrè, Les obligations, I; Strack, Droit civil. Obligations; Weill-Terré, Les Obligations; Ghestin, Le contrat; Morel, La formation du contrat; Robert, Une source mineure de droit civil,

El maestro aragonés se cuestiona si la oferta en derecho español tiene fuerza vinculante, es decir, si en derecho civil queda el proponente obligado a mantener su oferta durante un cierto tiempo, la doctrina tradicional de esta rama del derecho lo niega, siguiendo la tradicional doctrina romana; he de hacer la aclaración que los tratadistas en materia mercantil ante la exigencia de la praxis comercial ha optado por tomar decisiones mas novedosas; debo hacer mención de que en nuestro derecho, como después lo estableceré fundadamente el problema esta superado; pero tenemos que tratarlo como parte del transito del

1958 ; Littmann; Le silence et la formation du contrat, 1977 ; Lusseau, Des problemes actuels possés par la promesse unilatérale de vente immobiliere, 1977 ; Picard, L'avant-contrat en matière de vente immobilière, 1978.

Melinger, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtiger. Verträgen nach dem gemeinen u. Schweizerischen Obligationenrecht, sowie dem deutschen B. G. B., Zürich, 1898 ; von Thur, Schadensersatz bei Dissens ; Herz, culpa in contrahendo nach heutigem Recht in Rechtsvergleichender Darstellung ; Piotet, La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse, Berne, 1956 ; Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne, 1963 ; Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle, 1975 ; La culpa in contrahendo aujourd'hui, 1981 ; La responsabilité précontractuelle du fait d'autrui, specialment en cas du dol, ; Développements récents de la théorie de la culpa in contrahendo, 1985 ; Schenker, Precontractual Liability in Swiss Law.

Stolfi, Diritto civile ; Messineo, Manuale, 6ª ed. ; Doctrina General del contrato ; Giorgi, Teoría de las obligaciones, t. III ; Pacchioni, Dei contratti in generale, 3ª ed. ; Barassi, La teoria generale delle obbligazioni, 2ª ed. ; Carrara, La formazione dei contratti, Milano, 1915 ; Camelutti, La formazione progressiva dei contratti, Milano, 1954 ; Cándian, Contratto fra persone lontane ; Cicu, L'offerta al pubblico, Sassari, 1902 ; Scialoja, L'offerta a persona indeterminada ed il contratto concluso mediante automatico ; Baviera, L'offerta al pubblico, Milano, 1907 ; Romano, La revoca degli atti giuridici privati, Padova, 1933 ; Messina, La promessa di ricompensa al pubblico ; Stolfi In tema di responsabilità precontrattuale, Milano, 1958 ; Giampiccolo, La dichiarazione pagna, 1960 ; Benatti, La responsabilità precontrattuale, Milano, 1963 ; Ravazzoni, La formazione del contratto, Milano, 1966 ; Genovese, La formalità dell'accettazione stabilite del proponente, 1966 ; Ferrero, Il dissenso occulto nella teoria generale del contratto, 1970 ; Bessone, Rapporto precontractuale e doveri di correttezza ; Dosseti, Lo scema della promessa al pubblico e i concorsi privati, 1972 ; Dottore, In tema di revoca della proposta contrattuale ; Rascio, Il contratto preliminare, Napoli, 1967 ; Donisi, Il problema dei negozi giuridici unilaterali, Napoli, 1972 ; Sassó, Il contratto preliminare, Milano 1971 ; Vittoria, Il falsus <nuncius>, 1973 ; Sbisà, La promessa al pubblico, Milano, 1974 ; Pregó, Il vincoli preliminari e il contratto, Milano, 1974 ; Rasi, La responsabilità precontrattuale ; Ghidini, La responsabilità del produttore de beni di consumo ; Gabrielli, Il contratto preliminare, Milano, 1970 ; Nicoletti, Sul contratto preliminare, Milano, 1974 ; Loi-Tessitore, Buona fede e responsabilità precontrattuale, Milano 1975 ; Paola Carlini, La formazione del contratto tra persone lontane ; Massimo Bianca, op cit ; Galgano, op cit. David, Les contrats en Droit anglais ; Anson's Law of Contract.

Galvao Teles, Dos contratos em geral, 2ª ed. ; De Gásperi, Tratado de las obligaciones ; De Pina, Derecho Civil mexicano, T. III ; Gomes, Contratos ; Ferreyra, La retractación de la oferta, Córdoba, 1958 ; Brebbia, Responsabilidad precontractual, rosario, 1957 ; Falbo, El contrato entre ausentes en el Código civil argentino, La Plata, 1955 ; López de Zavalía, Teoría de los contratos ; Ovsejevich, El consentimiento : Sus términos, Buenos Aires, 1971 ; Cobas, Responsabilidad precontractual ; Elena Crivellart Lamarque, Contratos entre ausentess ; Ramirez de Segura, La promesa unilateral y el precontrato, Costa Rica, 1980.

iter contractus en el tramo de la exteriorización de la voluntad hacia la culminación del pacto contractual.

Si bien la generalidad de la doctrina y legislación continental no regula la obligatoriedad de la oferta, esto tiene una excepción y esta es mencionada por el propio autor, y se encuentra regulada en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra de 1º de Marzo de 1973 que al respecto establece " Toda promesa sobre cosa y bajo condición lícitas obliga al que la hace desde que es objeto de la publicación suficiente *aunque nadie haya notificado su aceptación*. Si el promitente no hubiere fijado plazo, se entenderá mantenida la oferta durante el tiempo que parezca necesario según el arbitrio del Juez. Si una persona determinada hubiese notificado al promitente su aceptación antes de caducar la oferta, esta se entenderá mantenida, respecto al aceptante, durante un año y día, a no ser que en el momento de la aceptación se hubiese convenido otro plazo."

La doctrina comienza a variar su posición, así, Pothier y Larombiere suponen que fijado y no respetado el plazo solo provocara el derecho a indemnización²⁴

Por su parte Colin y Capitant establecen que toda oferta contiene implícito un plazo, que es el moralmente necesario para que el destinatario de esta pueda examinarla y comunicar su respuesta.

En la jurisprudencia francesa, aun sin reconocer el principio de la obligatoriedad de la oferta admiten dos temperamentos que aproximan prácticamente el sistema al del código alemán. Son estos: 1.- que si la oferta va acompañada de un plazo, ha de ser mantenida durante toda la duración del mismo, pudiendo resultar dicho plazo sobreentendido a virtud de las circunstancias o de los usos, como resulta siempre en materia comercial. 2, o que cuando la claudicación del proponente no obedece a ningún motivo legítimo, se entiende que comete aquel un *abuso del derecho de no contratar*, o, mas precisamente, un *abuso del derecho de retractación*, que ha de ser sancionado por una indemnización de los daños y perjuicios que se causen al destinatario.²⁵

²⁴ Cit, JCT op cit.

²⁵ Cit por JCT op cit. Josserand Cours de Droit Français.

Tampoco comparto esta doctrina francesa, por varias razones, en primer termino esta nace de la oferta ya establecida lo cual tiene los inconvenientes que ya comentamos, en segundo lugar considero en lo general errónea la teoría del abuso del derecho lo cual es un contrasentido, el ejercicio del derecho debe de ser legitimo provocar un acto de justicia y pensar que un derecho se usa con exceso para perjudicar a alguien y no en ejercicio de la propia potestad nos alejaría de esa justicia, único fin del derecho y tal vez la única forma posible de abusar de un derecho, y aun asi es cuestionable, es aquel que se ejercita sin posibilidad de beneficio para el actor y tan solo para perjudicar a la parte demandada.

Hemos dicho como en Derecho mexicano el oferente queda el obligado, aunque la duración del tiempo que permanecerá obligado dependerá de si la oferta se hizo en presencia o ausencia de la persona a quien se hizo y si se fijo plazo, en el caso de presencia, se entenderá como rechazada si no se acepta en ese acto, la en ausencia tomara tres días mas lo que dure el correo – lo cual en este país es impredecible- y si se hizo a plazo fijo, pues deberá respetarse y el claudicante no estará obligado solamente al pago de los danos y perjuicios sino al cumplimiento de lo ofrecido²⁶

Pero ya indicamos que la obligatoriedad de la oferta es tan solo un accidente en el camino de la voluntad hasta alcanzar los efectos que la voluntad espera surtan del contrato. Por ello creo debemos intentar analizar los pasos que se dan desde que el contrato es concebido hasta que es celebrado en forma y se cumple, incumple o frustra, camino que hemos llamado iter contractus, desde luego tenemos para nuestro estudio que el objeto del contrato es licito y que el contrato bien cumple los requisitos de existencia y de estar dentro del comercio.

Desde que una voluntad de producir efectos jurídicos se exterioriza pasa por diferentes momentos hasta su etapa terminal en la que el contrato surte efectos propios o impropios, podemos decir transcurre ese iter contractus; la voluntad contractual se inicia como toda acción humana en la mente de su autor, cuando menos para esperar efectos validos, la deliberación podrá tomar el

²⁶ Ver artículos 1804, 1805, 1806 CCDF 1272, 1273, 1274 CCJ.

... tiempo que considere adecuado el decida, libremente y sin vicios que puedan anular ese ofrecimiento, si la voluntad se exterioriza podrá hacerse de dos maneras a) una policitud u oferta dirigida a persona no particularizada o b) oferta hecha a una persona singularizada, que es la oferta propiamente dicha ²⁷.

Ante esta oferta pueden darse varias posibilidades a) que la acepte la persona a quien se hizo la oferta, aceptación que solo puede ser lisa y llana, esto es aceptación plena de los términos que la oferta se hizo con lo que pasaría el lapso de oferta a formalización b) se rechazara definitivamente la oferta; el rechazo definitivo termina el tramo inicial pero cabe la posibilidad de c) una contraoferta o negativa que sin ser un rechazo total crea un estado de relación que pudiéramos designar como regateo. En esta situación la negativa se torna a su vez en oferta la que se sujetara al mismo proceso de aceptación o rechazo total o parcial. En esta etapa puede durar mucho tiempo con las solas modalidades de la obligatoriedad de la oferta y la permanente pureza de la voluntad en cuanto a vicios, cuya ausencia debe de ser permanente para ser válida.

Mas ello crea un punto a considerar y que sucede durante el lapso que transcurre entre la primera exteriorización de voluntad y la aceptación y que consiste en que durante el regateo, en ese lapso en que existen ofertas y contraofertas que en cierta forma van conformando la oferta definitiva y es que la forma de la aceptación determina las cualidades de la oferta, así, nuestros legisladores han determinado que la aceptación debe darse en forma lisa y llana ²⁸. Situación que no es expresa pero que considero no admite otra interpretación, ahora bien, si la aceptación debe ser como dijimos lisa y llana, esto es se forma con el solo asentimiento hecho por la persona a quien se ofreció, esta consideración nos hace pensar que para que la aceptación pueda hacerse con el mero asentimiento la oferta debe darse de tal modo que la respuesta no pueda ser mas que un si o no, pero si es así nos encontramos que

²⁷ Mas sobre la oferta: A Treatise of Human Nature 526 (Selby-Bigge ed. Oxford, 1888); Friederich Kessler y Grant Gilmore, Contracts 4 (2ª ed. Boston, 1970); The Constitution of Liberty 21 (Chicago, 1960) Robert Nozich, Anarchy, State adn Utopia 57 (Nueva York, 1974); Duncan Kennedy, "The Structure of Blackstones's Commentaries", ²⁸ Buffalo L. Rev. 205, 234. (1979); Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously. (Cambridge, 1978); Patrick Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, (Oxford, 1979).

durante el lapso que hemos estudiado, las ofertas que se generaron como contraofertas, ejemplifiquemos; A propone a B que le compra un auto en 10 pesos, B no acepta pero establece una contraoferta al decir te lo vendo en 15 pesos proposición que A no acepta pero ofrece te daría 13 pero si el coche estuviera pintado B no acepta aunque manifiesta te lo vendo pintado pero en 15 pesos, a su vez A ofrece que en esas condiciones el ofrece comprar el auto en 14 pesos lo que B no acepta y pone una oferta final diciendo a A te vendo mi auto X (sobre el que se estaba tratando) en 14.50 lo que B acepta en forma lisa y llana, si nos apegamos a la oferta final esta no establecía la obligación de pintar el auto, sin embargo se trato en el regateo, lo cual no tendrá valor legal.

Este sencillo ejemplo nos ilustra del valor que pueden tener los preparativos del contrato ²⁹ cuando el consentimiento de las partes se da en forma expresa. De este modo el consentimiento se da cuando existe la misma voluntad respecto de un mismo objeto y unas mismas condiciones y además de la conducta de las partes se percibe un principio de ejecución del negocio, la legislación nacional establece que para la existencia de un contrato (el Código Civil de Jalisco, lo establece como requisito de validez) es necesario el consentimiento y el objeto que pueda ser materia del contrato; existe consentimiento cuando la voluntad se ha emitido por gente capaz y que no tenga algún vicio, tal como el error, la reticencia, el dolo o la mala fe, la violencia actual; si esos vicios no han existido nos encontramos ante un caso en que se ha dado lícitamente el consentimiento en cuanto al hecho o abstención objeto del contrato es necesario que sea posible y lícito y debe existir en la naturaleza, ser determinado o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio, siendo el objeto de los mismos el bien que el obligado debe dar y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

²⁹ Ver además sobre la terminación del contrato: Martín Pérez José Antonio. La Rescisión del Contrato. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1995. Para ver más sobre el tema véase Oertmann P. Invalidez e Ineficacia de los Negocios Jurídicos. Revista de Derecho Privado. Marzo de 1929. Betti. Teoría General del Negocio Jurídico. Madrid 1965. Alvaradejo M. Ineficacia e Invalidez del Negocio Jurídico. Revista de Derecho Privado. 1958. De Castro Jüventino. El Negocio Jurídico. Editorial Civitas. Madrid.

Emitida la voluntad y estando el objeto y el bien determinados como se ha dicho estaremos ante, en lo general, en la presencia de un contrato; el antiguo Código de Jalisco, señalaba la forma como requisito existencial del contrato, situación que fue modificada por el nuevo Código Civil de Jalisco, que concuerda con el Código del Distrito Federal y con la mayoría de Códigos Civiles Estatales; sin embargo, desde hace tiempo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentó jurisprudencia bajo la voz: compraventa, la forma no es elemento constitutivo de la.³⁰

Por tanto la forma si bien no es un requisito existencial, si es un requisito legal necesario, incluso la legislación de Jalisco, establece como causa de invalidación la referida falta de forma, entonces debemos concluir que la emisión de la voluntad como regla, deberá emitirse en la formalización del contrato, aunque de hecho pueda emitirse de otra forma y acreditarse dicho supuesto, aquí podemos decir, la madurez del contrato tiene su perfección plena aunque no definitiva, pues es hasta que esta circunstancia se ha dado cuando puede atacarse su validez, sería cuando menos cuestionable que una voluntad expresada en un momento anterior a la formalización pudiese reclamarse, es hasta que el perfeccionamiento se da o cuando se reclame la formalización del contrato cuando se puede expresar.

³⁰ COMPRAVENTA, LA FORMA NO ES ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LA AL lado de los documentos constitutivos o ad solemnitatem, existen los declarativos o ad probationem, y mientras que los primeros son aquellos sin los cuales el acto jurídico que en ellos se hace constar no puede nacer y se dice que son constitutivos del acto mismo, como acontece verbigracia tratándose del acta de matrimonio, de la letra de cambio, del cheque, etc., en cambio, los segundos, ciertamente sirven para la demostración del acto o contrato que contengan, pero no excluyen la prueba de ese acto o contrato por otros medio entre las partes, como sucede precisamente tratándose de la compraventa, aunque puede serlo para su eficacia respecto de terceros, y tan no es la forma elemento de constitución en la compraventa, en escritura pública, la ineficacia se purga, a pesar de la inobservancia de la forma, cuando voluntariamente lo cumplen los que lo celebren.

Quinta Epoca:

Tomo CXXX, Pág. 235. A. D. 5169/55, Guillermo Francisco Macías.

Unanimidad de 4 votos.

Séptima Epoca, Cuarta Parte:

Vol. 20, Pág. 13. A. D. 3247/69. José Galindo Fragosó y Amelia Esparza de Galindo.

Unanimidad de 4 votos.

Vol. 78, Pág. 18. A. D. 5946/73. Elías Naime Nemer. Unanimidad de 4 votos.

Vol. 88, Pág. 29. A. D. 4407/74. Fraccionadora y Constructora de Acapulco, S.A. 5 votos.

Vol. 88, Pág. 29. A. D. 4406/74. Fraccionadora y Constructora de Acapulco, S.A. 5 votos.

Formalizado el contrato queda pendiente saber si el contrato se ha cumplido o no, de tal modo que pueden darse tres posibilidades principales, la primera es que el contrato se cumpla en sus términos, la segunda que no se cumpla, incumplimiento que puede ser parcial o total y la tercera que el contrato se frustre.

El cumplimiento no requiere de mayor análisis, siempre y cuando las obligaciones adquiridas hayan sido satisfechas en el modo tiempo y lugar a que se obligaron.

El incumplimiento es total cuando no se cumplieron ninguna de las obligaciones que una parte tenía para con la otra, haciendo la excepción de cuando esas obligaciones se dan en contrato que establezcan obligaciones bilaterales, sólo se incurre en mora si a su vez la parte que reclama ha cumplido con sus propias obligaciones, ya que este es un principio de equidad, ya que las partes se comprometen en la medida y alcance que su contraparte se obligó, de tal modo que si ambas partes incumplieron, no pueden reclamar el incumplimiento de la otra parte.

Si las obligaciones se incumplieron en ciertos casos, como puede ser el error sobre cualidades accidentales o el error de cálculo en cuyos casos, tan sólo provocan la indemnización o que el error se rectifique, de otra manera el contrato puede rescindirse por vicios del consentimiento, ya que estos eliminan la libertad en la emisión de la voluntad; aunque existen dos casos en que el contrato puede rescindirse a pesar de haberse cumplido cuando aparecen situaciones como la lesión o el fraude de acreedores, que sólo analizados en forma muy estricta podríamos considerar que se derivan de una deficiencia en las formas de emisión de la voluntad.

Habiéndose apartado el derecho mexicano de las consideraciones clásicas sobre la lesión han coincidido nuestros legisladores en establecer que existe una particular incapacidad de la voluntad en aquellas personas que se encuentran en situación de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria y que además hayan provocado que la otra parte explote esas

condiciones³¹. El numeral no es lo claro que se quisiera dado que hay muchos tipos de ignorancia y que la propia ley establece que contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia y que condenaríamos a todos los que celebran el primer contrato de su vida a la inexperiencia, la cual se adquiere tan sólo a partir de haber adquirido alguna, sin embargo dadas las condiciones socioculturales de nuestro país, considero que el legislador actuó correctamente en defensa de estas personas, sin embargo considero deberían precisarse los términos.

Esa "emisión de voluntad" viciada no lo es en forma absoluta dado que el propio legislador establece que el perjudicado podrá pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación.

Es de recordar que la mayoría de legislaciones notariales establecen la obligación de dicho fedatario de hacer constar cuando las condiciones de un contrato ante ellos celebrado se aparten de los principios de equidad que los contratos deben tener y advertir a la parte afectada de esa inequidad.

En cuanto al fraude de acreedores ese si considero es un vicio de la voluntad de difícil comprobación, ya que el oferente podría tener ese vicio de la voluntad desde el momento en que realizó la primera oferta.

En la codificación española aparece en las partidas y se trata en la compraventa de la que dicen que el precio "debe ser justo; y es consiguiente que la venta se deshaga si hubo lesión enorme o engaño en más de la mitad del justo precio"³². Posteriormente se ha llegado a definir, estableciendo que se causa en todos los contratos onerosos pero especialmente en la compraventa por no hacerla en su justo precio.

Tan sólo quedaría por considerar aquello que designo como frustración del contrato, tema que considero es uno de los más confusos y complejos del derecho civil, Windscheid fue quien puso las bases de la distinción y la haríamos consistir en que la invalidez se deriva de la no existencia de requisitos exigidos por la ley en tanto que la ineficacia se da por causas ajenas a esta voluntad, el ejemplo más claro podríamos decirlo es el negocio sometido a condiciones

³¹ Artículo 17, CCDF Y 1297 CCJ

³² Jordán de Asso i. De Manuel. Instituciones del Derecho Civil de Castilla. Madrid. 1792

resolutivas, que si bien mantuvo los elementos existenciales del contrato no se llega a realizar por causas ajenas a la voluntad de las partes, aunque hay quien dice que no se da realmente esta "sino más bien una eficacia limitada conforme a la naturaleza del negocio"³³.

José Antonio Martín Pérez, establece dos tipos de ineficacias, una primera que llama ineficacia estructural, que dice se da por vicios o defectos constitutivos, que es la invalidez propiamente y se da por nulidad, inexistencia o anulabilidad y la ineficacia funcional que se da porque los efectos que produce el contrato regularmente formado no son dignos de tutela y que provocan la resolución, la revocación o la rescisión del contrato.³⁴

Excedería los alcances que éste trabajo tiene el analizar todas las variantes que la teoría puede presentar, sin embargo todos y cada uno de ellos son parte del fenómeno que tratamos de describir, aunque aquí no se haya estudiado expresamente.

³³ Juventino de Castro. Negocio Jurídico. Editorial Civitas. Madrid.

³⁴ Juventino de Castro. Negocio Jurídico. Editorial Civitas. Madrid.

CAPÍTULO IV ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO

Ahora corresponde hacer un ejercicio en relación con los elementos que forman el pacto: la oferta y su aceptación, tomando cada una de ellas en su esencia, con fundamento en sus cualidades substanciales. Para ello tendremos que tomar como base parte del derecho norteamericano que ha profundizado en el tema.

Por ello, tendremos que considerar como partes del acuerdo dos:

1. La oferta; y
2. La aceptación.

Estos dos elementos constituyen el consentimiento. Así, por ejemplo, si en un remate se subastara una pluma y el martillero afirmara: «vendo esta pluma en 100 pesos», ello constituiría una oferta, si una persona del público manifestara estar interesada en dicha compra; ello constituye la aceptación y ambas constituyen el pacto contractual. Diferente situación sería si el martillero preguntara quién ofrece una cantidad por el bien a rematar, en cuyo caso la oferta no es emitida por el subastador sino por la persona del público; lo que aquí deberemos preguntarnos es si esa oferta primero y aceptación después obligan al subastador, mas esto ya es materia de otro estudio.

Entonces, ¿qué es una oferta? Es una promesa condicional de dar, hacer o no hacer una cosa, podríamos desmembrar los siguientes elementos: participan en ella un oferente, que es la persona quien hace la oferta; nuestra legislación lo regula en el artículo 1804 del Código Civil del Distrito Federal,³⁵ al establecer «toda persona que propone a otra la celebración de un contrato» a ese oferente lo sujeta a varias situaciones en relación con su oferta; por ejemplo, el citado artículo regula que si el oferente fijó un plazo para aceptar al receptor de la oferta, aquél quedará ligado hasta la expiración de éste.

Si la oferta se hiciese sin fijación del plazo (artículos 1273 y 1275 Código Civil del Estado de Jalisco)³⁶, se dan dos situaciones, si la persona a quien se

³⁵ Código Civil del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 1998

³⁶ Código Civil del Estado de Jalisco, Editorial Porrúa, México, 1989.

ofrece está presente o si no lo está; en el primer caso, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente; es el caso de la oferta hecha en remate, el mismo tratamiento tiene la oferta telefónica y en Jalisco la oferta hecha por cualquier medio de comunicación simultánea, lo que incluye el correo electrónico –o *e-mail*– y el facsímile, también conocido bajo el apócope de *fax*; en el caso de que la persona a quien se hace la oferta no estuviere presente, ésta tendrá que sostenerse por tres días más, el tiempo necesario para ida y vuelta del correo público, o del tiempo que se juzgue bastante, si no hubiere servicio postal, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones. En este caso debemos comprender que nuestro código en materia federal es del decenio de los años 30, época en la que el país se encontraba en situaciones muy particulares en cuanto a comunicaciones. Jalisco no mejoró en su nuevo Código, pero incuestionablemente mantener esta indefinición en cuanto a los términos puede ser peligrosa si consideramos lo siguiente. ¿Quién podrá establecer con certeza, siquiera regular, el tiempo necesario para la ida y vuelta normal del correo público?, o lo que aún resulta más complejo, ¿quién calificará el tiempo suficiente donde no haya servicio postal, para medir distancias o calificar la facilidad o dificultad de las comunicaciones? Será necesario, de tal modo, cuando se analice una oferta o policitud o ésta se haga; será conveniente, por las razones expresadas líneas arriba, fijar el plazo que se tendrá para resolver acerca de la oferta, pues de otra manera tendrán que respetarse los plazos, incluso si muriese el oferente o proponente, como lo designan los códigos, ya que en este curso los herederos tendrían que sostener la proposición según lo disponen el artículo 1809 del Código Civil del Distrito Federal y el diverso 1277 del Código Civil del Estado de Jalisco; si el aceptante desconocía que el oferente había fallecido.

El legislador proveyó de un solo caso de retractación de la oferta en el artículo 1808 del Código Civil del Distrito Federal, así como el arábigo 1276 del Código Civil del Estado de Jalisco; y otorgó, a quien fue hecha la proposición, la misma oportunidad en el sentido de que no se tendrán por hechas ni la oferta ni la aceptación, si el aceptante o el proponente hacen llegar a su contraparte la

retractación de su oferta o aceptación, antes de que reciban o la primera o la segunda de ellas.

Queda pendiente conocer cuál es la situación del aceptante que rechazó la oferta, y que previamente a que el oferente o proponente la reciba, le comunica el sentido afirmativo el aceptante.

Ahora bien, la oferta debe tener o llenar los siguientes requisitos.

Que exista intención de contratar; para constituir una oferta es necesario que el oferente intente una obligación legal o debe intentar que ésta lo parezca, así no tendrán carácter de oferta, entre otras, las invitaciones sociales, por ello no crean a los ojos de la ley un contrato, o las ofertas hechas en un momento de desahogo, lo cual evidentemente no puede constituir una de ellas; una invitación genérica a negociar tampoco constituye una oferta, aunque pudiera parecerlo, por ejemplo, si una de las partes manifestara a la otra ¿quiere usted comprar este auto?, esta persona a quien llamaremos **A** no está haciendo una oferta, pero en cierta forma esta induciendo a **B** a realizar una oferta; si **B** dijera: le doy 10 mil pesos por él, entonces habría una oferta que **A** podría aceptar o rechazar, o si **B** preguntara ¿en cuánto lo vendes?; esto tampoco constituiría una oferta, pero si lo sería si **A** afirmara venderlo en una cantidad que se fijara por él.

Quien promete en el futuro hacer un contrato no configura una oferta en sí; no podemos confundir esta afirmación con el contrato de promesa de contrato, y no nos referimos al deseo futuro de hacer un negocio que conllevaría a un contrato con la simple manifestación que no pretende tener efectos jurídicos.

La oferta definitiva debe ser definida y cierta. Si una oferta es indefinida o incierta no puede constituir una verdadera, esto es, que la oferta tendrá que señalar o la ley substituir; a) qué es lo que se ofrece específicamente; b) cuál es el precio o contraprestación, si lo hay; c) el tipo de contrato que se pretende celebrar con la oferta o los elementos que la constituirían, lo cual no quiere decir que no puede haber variaciones en ésta; por ejemplo, pueden darse las siguientes:

- Oferta con el precio determinable, pero deberá contener las bases para fijar el precio.
- Oferta con objeto determinable, siempre y cuando se determine quién o qué características harán que se individualice este objeto.
- Oferta por tiempo indefinido, específicamente pactado así. Recordamos que la oferta sin vencimiento se estudió como sostenida ese mismo momento, si la persona a quien se hace está presente, y tres días, si no lo ésta; puede pactarse que la oferta será válida en tanto no se revoque o sea indefinidamente.

El tercer distintivo de la oferta lo será la comunicación que de ésta haga el oferente al presunto aceptante.

La aceptación es el hecho por el cual se perfecciona la voluntad contractual transformando la oferta en un acuerdo liso y llano. Rostowski establece que este momento se da «cuando el aceptante ha expresado o ha hecho aparecer que es su voluntad el entrar en un acuerdo contractual habrá acuerdo de voluntades.»³⁷

Otro autor norteamericano define sencillamente la aceptación como «decir que sí ante una oferta asintiendo en los términos de ésta».³⁸

Así pues, la aceptación es el asentimiento del aceptante a los términos de la oferta; veremos que los elementos esenciales de validez en cuanto a sí misma, y no analizamos los elementos de validez del contrato o de las partes, sino de la oferta, de la aceptación y de la relación entre ambas; pueden darse de diversas formas:

1. *Forma de aceptación.* Tiene que significar un trato que puede ir desde un simple «de acuerdo», «ok», hasta la aceptación textual; el artículo 1811 del Código Civil del Distrito Federal establece que la aceptación formal hecha por telégrafo o radiograma —si se firmó— se

³⁷ Rostowski, op. cit.

³⁸ Krupp, D. Bussines Law, Prentise Press, USA 1992

equipara a la hecha por correo. Y aquí tenemos un problema que deberemos resolver. Hasta ahora el legislador ha hecho suponer que el correo o vía semejante es el mejor medio para comunicar algo, y me pregunto, ¿qué sucede cuando acreditamos el envío de una carta con el comprobante del acuse de recibo?, ¿quién probará que contenía la carta?, ¿siquiera probaremos que había una carta dentro? Tendremos que buscar, en las ofertas que redactamos, una forma incuestionable de aceptación.

2. *La aceptación debe ser absoluta e incondicional.* El artículo 1810 del Código del Distrito Federal (art. 1278 CCJ) menciona «lisa y llana», esto es, sin modificación. Si en algo se modificara ésta, se entenderá como una nueva oferta y el aceptante se convertirá en oferente y viceversa. De ese modo, si la aceptación cambia cualquier término de la oferta deberá entenderse rechazada por no haber convenido a lo que se ofreció.

Puede disentirse, sin embargo, en situaciones secundarias, por ejemplo, ¿quién redactará el contrato? a menos de que esto haya sido considerado como condición substancial; puede igualmente aceptarse sujetándola a la aprobación de una tercera persona, mas en este caso no habrá aceptación hasta que ese individuo lo apruebe.

3. *La oferta al igual que la aceptación tiene que ser recepticia.* Esto es, hecha sólo a la persona a quien fue dirigida; ello se deriva del texto de los artículos al establecer «toda persona que propone a otra», es decir, a alguien específico; esto varía cuando se trata de oferta pública, tema que se estudia en el capítulo III del Libro Cuarto en los artículos 1860 y siguientes del Código Civil del Distrito Federal (art. 1330 y siguientes CCJ), ya que se considera declaración unilateral de la voluntad.

Si la oferta se dirigió a un grupo particular de individuos, cualquiera de sus integrantes puede aceptar.

4. *El modo de aceptar.* Es, como ya se mencionó al comentar la oferta, lisa y llana, esto es, no sujeta a condición alguna o modificación de

la oferta; si el oferente requiere de alguna forma especial, *verbigracia*, que sea por escrito, así tendrá que ser.

5. *El silencio del aceptante.* Esto no significa, de ningún modo, aceptación en el caso del derecho civil, si bien en el mercantil el silencio puede determinar aceptación; de aquí que en derecho civil, en materia de oferta, no prevalece el decir popular del que calla otorga. En materia civil el silencio no tiene efectos de aceptación.

Aquí no podemos dejar pasar la oportunidad de comentar un hecho que está proliferando en nuestra comunidad y que merece el estudio de dicho problema, y es el siguiente.

-En un gran número de fraccionamientos, condominios y venta de casas se está siguiendo un procedimiento particular, y deseo que lo analicemos conjuntamente.

Cuando una persona ocurre interesada en comprar un lote de fraccionamiento, unidad condominal o casa en construcción, se le informa del precio y condiciones generales, y queda pendiente, tan sólo, la fijación del crédito, si lo hay, ya que ese monto se ajusta mensualmente y dependerá de la fecha de la firma de escrituración, lo cual es razonable. El comprador entrega un adelanto a cuenta del enganche —y su sorpresa es que no firma un contrato de venta, ni siquiera uno preparatorio de ésta, sino que signa una «oferta de compra» que, en lo general, nunca es contestada y con base en esa el oferente promete comprar el bien —el que con lujo de detalles se establece—; ofrece igualmente entregar un dinero y pagar un precio, que en muchas ocasiones comienza a hacerlo, y ante esta serie de ofrecimientos y entregas nos encontramos ante el silencio absoluto del vendedor real y aparentemente presunto aceptante.

Analicemos, pues, la situación de cierta empresa de desarrollos inmobiliarios, cuyos anuncios comerciales aparecen en los diarios locales.

¿Es una oferta la que aparece en los diarios? Habíamos dicho que ésta tenía que contener un intento de contrato, pero si analizamos el impreso veremos cómo en realidad no se ofrece producto alguno, sino que describen más bien estilos de vida: «¡sólo para las personas más exigentes!, ¡para los que

lo poseen todo!», pero sin describir un producto específico, o si se menciona, no se señalan precio o condiciones. Por ello, no constituye una oferta.

Y si llegase a constituirse estaríamos tratando de una simulación, si consideramos que ésta es «hacer aparecer lo que no es, mostrar una cosa que realmente no existe».³⁹ El origen etimológico del término viene del latín *simulatio*, que significa «hacer similar, dar aspecto de real a lo no verdadero».

Con ello apuntamos que pueden darse dos formas fundamentales de simulación: aquella en que el acto que se presenta como real y tiene algo de verdad, y subyace, en ambos casos, como oculto el que contiene la verdadera intención de las partes; por ello, el que simula un contrato quiere crear una apariencia para engañar a alguien; mientras lo verdadero se oculta.

No debemos confundir el buscar un camino diferente, pero legítimo, con la simulación; por ello, el engaño es lo que determina la figura. No podemos torturar la figura real limitando los efectos de la emisión de la voluntad, por ejemplo, quien vende siempre deberá entregar el bien vendido, podrá variar las condiciones de venta, dilatarla, sujetarla a condiciones; pero si la otra parte cumple, deberá serle entregada, así lo exige la naturaleza de la obligación, aunque podría pactarse una compraventa con estipulación a favor de tercero a quien se otorgaría la cosa, en cuyo caso serían diferentes los obligados, pero la transmisión tendría que darse. Lo anterior resultará fundamental para el estudio de los contratos atípicos, en los que en ocasiones tendremos la tentación de modificar los efectos naturales de las obligaciones, en aras de una pretendida libertad para contratar. Debemos aceptar, sí, las novedades y modalidades legítimas y aventurar en lo posible nuevas formas de contratación, pero sin simular ni tratar de deformar las obligaciones porque dicha deformación tendería a tornarse en contra de la seguridad jurídica, indispensable para la existencia del derecho.

Después de esta pequeña digresión volvamos a nuestro tema. Una vez establecida en forma legal la oferta y aceptada ésta, se da el pacto contractual, mas existen varias teorías acerca de en qué momento de la aceptación se da ésta. Las principales son:

³⁹ Marín Pérez, José Antonio. La rescisión del contrato, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1995

- **La teoría de la declaración.** Sostiene que el consentimiento se da en el momento en que el destinatario recibe la oferta y está conforme con ella; ésta tiene el inconveniente de que la conformidad del destinatario es un acto interno, que por sí mismo no puede ser probado.

- **La teoría de la expedición.** Expresa que no basta la simple aceptación, pues es un algo del yo interno; es necesario que esta voluntad se manifieste en forma clara, por ejemplo, que manifieste su voluntad depositando en el correo la carta con la que acepta la oferta. Nuestro

Código de Comercio establece esta forma para el caso de contratos celebrados por correspondencia, cuya deficiencia ya hemos comentado:

- **La teoría de la recepción.** La adopta como norma general nuestro Código Civil y consiste en que el pacto se perfecciona cuando el oferente recibe la aceptación; estas dos teorías sólo se aplican a la oferta hecha entre no presentes; y

- **La teoría de la información.** Según ésta, el consentimiento se otorga cuando la oferente conoce de la aceptación, es decir, se informa de ella. Por excepción, en nuestro país se utiliza este sistema en el caso de la donación;

Establecimos ya que la norma general será el sistema de la recepción que se adopte, pues el artículo 1807 del Código del Distrito Federal establece que el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación.

Esa conjunción de la promesa y su aceptación es lo que constituye el acuerdo de voluntades: el pacto contractual.

Recordemos el origen social del derecho y de la común relación entre los seres humanos, que nos lleva a considerar los pactos como «la base de toda autoridad legítima entre los hombres».⁴⁰

Lo anterior no significa, como ya lo adelantamos, que al mencionar el acuerdo se entienda por ello una unidad absoluta; debe sí darse en lo esencial, en los elementos fundamentales del mismo, ello da como resultado que haya quienes consideren que son crisis del contrato; especial interés tienen para nosotros figuras tales como el derecho negociado por medio de la voluntad subrogada, las teorías acerca de los contratos con cláusulas predispuestas o de los contratos por adhesión, conceptos que nos darán claridad en esta supuesta o real crisis, mas no debemos perder de vista «que en el concepto de crisis, además de un elemento de desaprobación, hay un elemento de esperanza».⁴¹

Hablar de un derecho negociado puede resultar incluso un contrasentido, en una época en que la democracia se ha transformado en el santuario a donde parece peregrinar la humanidad en busca de la felicidad; pues, ¿qué acaso a toda ley no precede un proceso legislativo donde es consultada la ciudadanía?; ¿no es esto suficiente concertación? Tenemos que reconocer la resistencia del contrato como fuente de obligaciones, pues aun atacado y cuestionado genera nuevas formas obligacionales, pero el sentido de negociabilidad del contrato habrá que verlo no desde el punto de vista formal, sino desde la perspectiva de emisión de la voluntad.

El ciudadano, tomando en cuenta su propia limitación, su falta de deseo de socializar o incluso de discutir los términos generales de un pacto, se muestra además dispuesto a obtener condiciones menos favorables para sus intereses, con tal de no tener que realizar personalmente esas gestiones; este ciudadano supone que una de las obligaciones del Estado es el de crear condiciones de justicia, de equidad y de acceso a ellas. Cada vez es más común que una dependencia gubernamental tenga que ver, de alguna forma, con la promoción, creación, revisión o registro de contratos; ejemplo de ello son la intervención de

⁴⁰ Rousseau, Juan Jacobo. El contrato social, Editorial Porrúa, Colección Sepan Cuantos, Número 113, México.

⁴¹ Capograssi, Giuseppe, La ambigüedad del derecho contemporáneo, citado por Atilio Alterini et al., en La autonomía de la voluntad, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1989.

la Comisión Nacional de Valores en la aprobación de los contratos de intermediación bursátil, en los contratos de caución bursátil, el proceso de revisión y registro que se da en materia de protección al consumidor, de normas, de competencia económica, controles en materia de comercio, sorteos y otros muchos, es decir, prácticamente no hay contrato o acuerdo que, en alguna fase, no tenga que intervenir el Estado. Por ello surge la teoría de la concertación, la cual supone que, en alguna fase del contrato, el Estado velará por el ciudadano, lo que impedirá el abuso, o cuando menos disminuirá este. Digamos que en este caso el particular subroga, en favor del Estado, su derecho de decisión, su «*voluntad de análisis*». La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto: «si bien es verdad que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos, también lo es que dicho principio tiene dos limitaciones forzosas e ineludibles: la primera, que deriva del interés público, que está por encima de la voluntad individual, y la segunda, de la técnica jurídica, sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los contratantes».⁴²

La anterior ejecutoria es base de este derecho concertado, o de lo que otros han denominado «derecho privado social», y será necesario analizarla acuciosamente; por una parte, declara al Estado supremo tutor de los contratos, esto, a nuestro juicio, en nombre de un indefinible interés público. Es incuestionable que un legítimo interés colectivo debe prevalecer, no eliminar el interés privado en nuestro entorno. El Estado, al promulgar el derecho, lo hace en interés de la comunidad, y los particulares, llevando el concepto de libertad contractual, no pueden violar ese derecho que se creó en interés público.⁴³

No debemos dejar a la autoridad el señalar que éste interés público se aplique de manera discrecional; debe establecer el Estado en qué consiste éste, prever cuando el interés común entre en conflicto con el interés particular. ¿Cómo se protegerá este último? El Estado tiene que preverlo, pues si permite, por no defenderlo, que se viole un derecho individual, no tendrá después sustento alguno para defender el derecho que generó en interés público; no es la violación del interés privado, sino su respeto, lo que justifica la defensa del

⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tercera Sala, quinta época, tomo XXXV, p. 1236, Espinoza, Manuela y coagraviados, Apéndice de Jurisprudencia, 1917-1985.

⁴³ Santos Briss, Jaime: La Contratación Privada, Montecorvo, Madrid 1966.

interés público; de esa manera, el respeto por el interés colectivo deberá coexistir con el privado, y se deberá optar, en caso de conflicto, por el primero, pero compensando al titular del segundo por el daño que percibe por su no ejercicio.

Otro aspecto a tener en cuenta de la sentencia de este alto tribunal es lo que nosotros hemos denominado principio de razonabilidad, y que la Corte resolvió como la técnica jurídica, sobre la cual no prevalecerá la voluntad de las partes; esto que parece tan sencillo, resultará un punto de gran importancia en tratándose de contratos atípicos. En efecto, no basta para la celebración de uno de ellos, que se trate de un contrato cuyo objeto no esté específicamente prohibido, sino que éste deberá ser razonable, quiero decir, acorde al conjunto de las obligaciones que se adquieren, consecuencia de las mismas partes, de un grupo armónico de normas a cumplir en busca de un propósito específico y legal.

De esa manera vemos que la crisis del contrato no es otra cosa que la de la autonomía de la voluntad, en lo que concierne a la reformulación de criterios de expresión y de interpretación, así como los autolímites de la legislación y de la propia regulación del contrato, entendiendo entre la libertad natural, limitada por la fuerza del individuo o de la naturaleza, o de la libertad general que constituye el interés común.

Más que un problema de libertad, es un problema de sus límites. El dogma de la autonomía de la voluntad puede proclamarse y repetirse a condición de que se subraye que prácticamente es hoy, como lo fue ayer y lo será mañana, un problema de medida ⁴⁴

En el Código Civil se establecen casos en que la autonomía de la voluntad se limita, como en el artículo 6 del Código Civil del Distrito Federal, así como el diverso 8 del Código Civil de Jalisco, que afirman que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla; o la establecida en el artículo 8 del Código Civil del Distrito Federal y el 10 del Código Civil de Jalisco, que decretan la nulidad cuando se trate de aquellos actos ejecutados contra el tenor de leyes prohibitivas o de interés

⁴⁴ Gómez Laplaza, María Carmen. Autonomía de la voluntad. Problemática actual, dieciséis jornadas laborales de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1996

público; otras muchas disposiciones se establecen a lo largo del texto legal citado, algunas serían en cuanto a la forma, imperativamente impuesta, invalidez de pactos como la esclavitud o la obligación de tomar estado, prohibiciones de celebrar contratos como el que a su vez prohíbe fijar cláusulas condicionantes de no vender un bien a persona alguna o la de donar la totalidad de los bienes del donante, limitaciones en cuanto a facultades de arrendar, de cobrar intereses; algunos códigos regulan la imprevisión (Código Civil de Jalisco) y otras muchas.

CAPÍTULO V

LAS NUEVAS FORMAS DE EMISION DEL CONSENTIMIENTO.

El estudio de los contratos atípicos va mucho más allá del concepto general que de ellos se tiene, y no nos referimos a una especie de tratos contractuales no regulados y, algunos, innominados sino, a contratos regulados que incluso son del manejo diario de abogados y comerciantes y materia de juicios existentes por ello reiteramos que la modificación en las formas de consentimiento no se dan sólo en contratos cuya expresión de voluntad se da en las primeras ocasiones, sino en las que permanentemente se encuentran y es que el contrato es un ente vivo sujeto a las necesidades del momento en que se celebren y los usos y costumbres que de estos derivan y a cuyo impulso se generan se modifican.

Al introducirnos al mundo de éstos descubriremos: la marcha del tiempo ha producido una transformación, de tal magnitud, que creará en muchos de nosotros una impresión modificatoria de nuestros esquemas mentales, y nos hará dudar de nuestro conocimiento en torno de los principios contractuales. Esta situación, ignorada por muchos tratadistas, empieza a ser estudiada, y tendremos, para ello, que recurrir a autores y fuentes extranjeras, no con un espíritu malinchista, sino en busca de un conocimiento universal, ahora que la comunicación hace parecer que las fronteras son simples señalamientos cartográficos. La negociación internacional y la contratación masificada han sentado sus reales, los contratos internacionales se ejecutan en nuestro país y nuestros tribunales comienzan a resolver e interpretar cláusulas, que antes hubiesen sido impensables en nuestra praxis comercial.

«Una vez aceptado ello, habrá que contar con que se trata de una materia compleja y polifacética que requiere del jurista un replanteo de casi todos los temas del derecho de contratos y no un mero transporte de compromiso: es bien diversa la consideración del concepto mismo del contrato, de la autonomía privada, del consentimiento y de muchos otros aspectos, según se los analice desde la perspectiva del contrato tradicional o de las formas

standard,»⁴⁵ o desde los nuevos puntos de vista, los cuales tendremos que considerar, a riesgo de que de no hacerlo podemos vernos rebasados por ellos.

No debemos pensar, en ningún momento, que esto es una introducción a una discusión bizantina, ni siquiera es una teoría apoyada en conjeturas, sino el estudio de la práctica descarnada, de los negocios existentes y en plena operación. En todo caso se trata más que de una especulación, que puede llegar o no a una operación comercial; de un negocio en ciernes en busca de una fundamentación jurídica, es decir, de una necesidad que busca el ropaje adecuado.

La primera vez que el jurista debe enfrentarse con un sistema contractual como los que estudiaremos, éste tiende a cuestionarse acerca de la validez del contrato que analiza. ¿Cómo exigir ante los tribunales su ejecución?, ¿cómo conocer si se dieron los parámetros legales mínimos? No hablamos de contratos que se dan en forma extraordinaria. Prácticamente, los bancarios, bursátiles, de seguros, transporte, se encuentran dentro del mundo del contrato atípico, y ciertamente pertenece a otro tipo de negocio que difícilmente entenderemos si insistimos en juzgarlo con los conocimientos nacidos de nuestro antiguo saber del mundo de lo contractual, cuando por su importancia necesita estudiarse en sus partes propias, sin contaminación de formas extrañas o teóricas sin contacto con teorías alejadas de la realidad.

Uno de los puntos que más ha evolucionado el contrato es, lo que podríamos llamar, el tiempo del mismo; si nos atenemos a la «figura tradicional», se supone a una parte frente a otra, que discuten el contrato, sus variantes e, incluso, los detalles del mismo, situación que no se da. Cualquiera que analice los tiempos de éste verá que no es así, pues en muchas ocasiones la ley supone lo que las partes dejaron de convenir: «...bien puede afirmarse que el camino del contrato se recorre por etapas, lo que sucede de manera más frecuente en el caso de corredores o intermediarios, quienes tratan de persuadir a los clientes gradualmente: cuando han obtenido su acuerdo sobre los puntos esenciales y han logrado concertar el contrato dejan tranquilos a quienes han aceptado; más

⁴⁵ Rezzónico, Juan Carlos. Contratos con cláusulas predisuestas, Editorial astreal de A. Y R. De Palma, Buenos Aires 1987

tarde volverán para entenderse sobre los puntos accesorios respecto de los cuales, en todo caso, proveerá el Código Civil».⁴⁶

De tal manera el consentimiento no constituye necesariamente un acuerdo tradicional, la forma tácita comienza a tener mayor influencia en cuanto a la forma de emisión de voluntad y así el silencio o la omisión pueden llegar a constituir formas lícitas de contratación, del primero suelen celebrarse como ejemplos: la aceptación tácita del profesionalista que se ostenta públicamente como tal y al cual se le confiere un mandato y al cual la constitución mexicana su silencio después de tres días resulta aceptación, respecto de la omisión entendida no como un no hacer, sino como un hacer lo que debe hacerse se da, como ejemplo de ello podríamos poner las ofertas de seguros hechas por conducto de cuenta corriente en las tarjetas de crédito, cuyo cargo por aceptación aparece simplemente en el estado de cuenta y se requerirá no el consentimiento positivo sino la actuación en sentido negativo para que se omita dicho cargo, es decir que el tarjetahabiente necesitará realizar los actos necesarios para que sea cancelada la voluntad presuntamente aceptada y si esta voluntad negativa no se manifiesta se entenderá que se aceptó, habrá quien diga que este cargo se hace derivado de la voluntad inicial, esto es, de la firma del contrato de apertura pero puede darse sin este, dando como ejemplo, el hecho de que alguien envíe a otra persona unos libros o discos para que sean examinados y si el receptor de estos no manifiesta nada durante un lapso de tiempo se entenderá que aceptó celebrar ese contrato.

Esto debe llevarnos a considerar que existe y se desarrolla un fenómeno de figuras independientes, al margen de todo proceso legislativo –terriblemente lento y burocrático– pero en uso actual, incluso por las empresas estatales, tal y como puede verse, fácilmente, con el sistema de franquicias desarrollado por Petróleos Mexicanos, como franquiciante. No debemos olvidar que cada una de las figuras a tratar, y otras que no trataremos, nacieron dentro de un contexto histórico para atender necesidades apremiantes de ese momento. Recordaremos que la inercia comercial no puede suspenderse porque no haya

⁴⁶ Carnelutti, Francesco. *Formazione progresiva del contratto.*, Riv. De Diritto Comercial, Italia 1990

un instrumento legal adecuado; prueba de ello son la totalidad de agrupaciones típicas que nacieron de una necesidad, y de este modo llegamos a la conclusión de que, antes de su regulación, constituyeron una entidad atípica, con lo que podemos certificar la importancia de la materia cuyo estudio hacemos.

Contrariamente a la concepción tradicional, se presenta la existencia de formas derivadas de la contratación masiva, tales como las llamadas Condiciones Negociales Generales, más conocidas por sus iniciales CNG, figura de difícil definición por su amplitud, pero de conocida aplicación: quien, para redactar un contrato de arrendamiento no ha recurrido comúnmente a un formato, se fijó la cosa a arrendar y la contraprestación, y lo demás se deja a esas condiciones, desconocidas probablemente por las partes, pero avaladas por el uso común.

Así, podríamos definir las Condiciones Negociales Generales, como aquellas cláusulas predisuestas en un contrato cuya incorporación a éste sea exclusivamente impuesta por alguna de las partes, sin importar quien fue el autor de ellas, cuando menos su autor material, e independientemente también de su apariencia externa, de su extensión y de cualquier otra circunstancia, habiendo sido redactada con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, un ejemplo de esto lo constituyen los documentos masivos de contratación de las Instituciones bancarias que instruyen a sus Notarios acerca de la forma que deben contener sus contratos, cláusulas que incluso el Notario no puede entender y aquí habrá que considerar si existe diferencia entre la aceptación del contrato por adhesión a la predisposición de cláusulas, considerando el suscrito que no se da esa situación por las siguientes razones: la voluntad válida para contratar se da precisamente para esto, para contratar y no para no hacerlo, cuando hablamos de contrato de adhesión que ya lo tratamos en este mismo capítulo, entenderemos que se trata de diversas opciones y no de una opción única en cuyo caso la adhesión es la única fuente generadora, por ejemplo si yo deseo contratar que se provea el fluido eléctrico o lo realizo con la entidad que mantiene el monopolio o no tendré fluido eléctrico, lo cual no constituye una opción en cambio si yo firmo las condiciones impuestas por un banco a sus clientes, si bien facticamente me estoy adhiriendo en la

realidad no es la única opción que tiene quien suscribe el contrato pues existen otros bancos y otros contratos a los cuales podría adherirme, así este tipo de contratos, los de adhesión son a mi juicio aquellos en que no nada mas la voluntad del aceptante tendrá que darse en los términos que indica la parte imponente de las condiciones, sino que, a la parte débil de la relación le sea imposible obtener el bien materia del contrato si no lo celebra; lo que no se da en el caso de las Condiciones Negociales Generales, que si bien son impuestas, no es la única forma de obtener el bien deseado, desde luego que esta posición aunque es cuestionable no determina siquiera cuales son los efectos que van a tener éstas condiciones, si el contrato es incumplido.

Generalmente los códigos mantienen en sus diversas legislaciones ciertas normas reguladoras, así muchas veces en ellos observamos que determinadas cláusulas no se tendrán por puestas, en casi todos son causas de anulación por error en la voluntad cuando se trata con personas que se encuentran en extrema ignorancia, o en extrema necesidad; el Código Civil de Jalisco, establece como normas protectoras varias por ejemplo en relación con la voluntad dice que ésta debe presumirse cuando una persona acepta beneficios que no se pueden explicar dentro de la equidad y la justicia sin el reconocimiento de las obligaciones correlativas, ello interpretado a contrario sensu nos llevaría a considerar que no puede reflejarse una legítima recepción de bienes sin que se exista una obligación por medio de la cual se trasmite, al artículo 1266 del citado cuerpo de leyes establece un principio universal que es que la validez y cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, igual situación se da en el 1271 del mismo ordenamiento en que se establecen que de la conducta de los contratantes debe existir un principio de ejecución, todo ello, ya que no podemos deducir que existan contratos que no produzcan un efecto. Igual tendencia tiene el Código para el Distrito y territorios federales, que establece que a falta de ley es aplicable las controversias se decidirán a favor del que trate evitase perjuicios y no a favor del que pretenda un lucro; todas estas disposiciones regulatorias, comienzan a ser una tendencia protectora de determinadas situaciones contractuales en que se asenta la equidad de la relación jurídica.

No podemos confundir las Condiciones Negociales Generales con los llamados machotes o formularios. No, éstas se contienen en cláusulas de valor universal y eficacia comprobada, en tanto los otros tratan de contratos preconstituidos, poco congruentes con la real situación del pacto; los primeros transparentan y dan claridad específica al acuerdo de las partes, en tanto los segundos imponen, o tratan de hacerlo, a quien los firme los actos que mencionan. Esto quedará de manifiesto durante el desarrollo del presente trabajo.

Si quisiéramos establecer las causas que generan el fenómeno de la atipicidad y de las CNG, «podemos destacar:

a) La influencia del derecho anglosajón, con nuevas formas de contratación que, por su sentido pragmático y eficaz, se introducen en Europa *v. gr.*, *leasing*, franquicia, factoring, etcétera.

b) Los avances tecnológicos que imponen nuevos usos.

c) El fomento del comercio exterior y de los intercambios entre naciones, que nos obligan a aceptar fórmulas desconocidas por nosotros.

d) La paulatina disminución del comerciante individual y su sustitución por la empresa y las sociedades mercantiles; con las exigencias que ello implica: programación a larga distancia, contratos para intercambio o compra de tecnología, utilización de patentes, etcétera.

e) Por último, la obsolescencia de los códigos Civil y de Comercio –con más de 100 años de existencia– «que en forma alguna pudieron prever la revolución industrial y tecnológica ocurrida en el mundo a partir de la Segunda Guerra Mundial».⁴⁷

f) La protección del consumidor.

La influencia del derecho sajón es innegable por la eficacia y pragmatismo de sus sistemas de contratación; además, llegan a nuestro entorno apoyados por los empresarios de otras naciones que no conocen, ni lo desean, otro sistema de vida o contratos que no sean los habituales para ellos, pues somos las partes débiles de la relación; si bien la adopción de figuras foráneas

⁴⁷ Chuliá, Vincent E. Et al., Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, J.M. Bosch Editor

adoptará modalidades propias a la realidad de cada país, aunque se intentará mantenerlos dentro de los parámetros de estandarización necesarios.

Los avances tecnológicos hacen que resulte imposible desarrollar controles particulares; por ejemplo, una empresa productora de productos **X** con distribución internacional puede tener un tipo de control para un país y otro para uno diverso, porque sería muy complicado poseer, por ejemplo, en una nación un sistema de distribución con suministro y, en otro, uno de franquicia. De ese modo habrá que buscar en ello la unicidad necesaria que no convierta el control en un maremágnum de contradicciones.

El intercambio internacional de mercaderías nos obliga a aceptar formas de contratación nuevas, conjuntamente con estas, y es evidente el hecho de que quien provee de mercancías, o las adquiere en posición de parte más poderosa, impondrá a la parte débil de la relación la forma de contratar, pues la realidad nos ha mostrado, en casos similares, lo absurdo de que la parte menos poderosa tratara de imponer condiciones. Eso sí podrá, en todo caso, modificar cualquier cláusula, pero no algunas de las substanciales: estas relaciones comerciales tienden a pasar del contrato tradicional al comercio masificado, en donde el comerciante individual tiende a desaparecer y las empresas se despersonalizan; los mecanismos tradicionales generadores del pacto parecen pensados en una utópica bilateralidad que, en la práctica, no funciona más; las operaciones masivas se diversifican y se crean los *Schalteverkehr*, es decir, el tráfico de ventanilla, usual en negocios de espectáculos y transformación o, también, las *faktische Vertragsverhältnisse*, o relaciones contractuales fácticas.

Es verdaderamente común el observar la mecánica de la emisión de voluntad: «quien se acerca a la ventanilla del ferrocarril o del autobús sabe que no le es dado obtener trato particular alguno respecto de su persona, condiciones del viaje ni seguridad del equipaje. En la mayoría de los casos, la tarifa está indicada en el mismo lugar donde se obtienen los pasajes y quien viaja se limita a mencionar el lugar de destino y a entregar el dinero: una sola palabra mueve todo un sistema de sobreentendidos donde ninguno de los dos

seres humanos que se encuentra uno frente a otro puede modificar las condiciones preimpuestas».⁴⁸

El fenómeno produce que, en vez de un encuentro *gré a gré* entre las partes, se enfrenta uno ante lo que a primera vista podría observarse como la impersonalización del contrato. «Es, por cierto, acertada la alusión que hace Fromm a «una tarjeta de IBM», representativa del hombre masa, sin originalidad, sin creatividad, ni intereses; son hombres –como en el Peer Gynt de Ibsen» semejantes a monedas cuyo sello se ha borrado: el individuo no tiene yo ni identidad, pero sí miedo de descubrirlo».⁴⁹

El cliente pasa a tener una crisis de identidad que lo cosifica, lo convierte en un número; como individuo, no ofrece interés al establecimiento; su importancia reside en el hecho de ser un cliente y no un individuo; podemos intentar reaccionar en busca de la referida individualización, pero esto será infructuoso, y de ese modo se da la relación industrial o comercial, pues concluimos que no tenemos alternativa y que nuestro análisis de la contratación ha caído en obsolescencia. Debemos, por ello, buscar cuáles son las nuevas formas de emisión de voluntad para llegar al contrato, y hablo de ellas, pues el acuerdo es y seguirá siendo la parte del contrato que lo genera; esto no puede cambiar, lo que se modifica es, como ya lo he dicho, la forma de expresarla: De todos los críticos del contrato, sé de muchos que predicen su extinción, pero aún no conozco ninguno que establezca cuál será la institución que sustituirá a ese tipo de pacto.

Si tomáramos como base de nuestra primera aproximación la emisión tácita de la voluntad, reconocida ya por nuestra legislación común, veríamos cómo ésta ha avanzado en uso sobre la voluntad expresa. En efecto, quien se forma en una línea de personas ante una ventanilla, llega y cubre el precio; realiza, sin decir una palabra, un contrato de transporte, espectáculo u otro semejante. Lo mismo sucede si un individuo entra a un almacén, toma uno de los productos, se dirige a la caja y paga; en ocasiones va más allá: supongamos

⁴⁸ Santos Briz, Jaime. La contratación privada, Montecorvo, Madrid 1966

⁴⁹ Rezzónico, Juan Carlos. Op. cit.

un trabajador al que, por cualquier método, le es asignado un crédito para adquisición de vivienda. Su sola condición de persona económicamente activa lo hizo sujeto a esta posibilidad, y no podemos decir que el concedente del crédito fue el oferente, pues su propio nombre indica la acción que realiza en el contrato: conceder el crédito. El trabajador, por el hecho de serlo, fue quien lo solicitó, y carece de importancia, en nuestro caso, si éste ejercita o no el crédito. El contrato ya se perfeccionó con la respuesta del Estado.

Otro acercamiento a las nuevas formas de emisión de voluntad podría ser el predominio de las Condiciones Negociales Generales en las operaciones comerciales actuales, y éstas no pueden quedar fuera del análisis de la doctrina. Estas condiciones también reguladas en forma de protección al consumidor, deben producir frutos en el sentido de proteger a la parte más débil de la relación, esto es, a aquella que no pudo establecer condiciones a su favor incluso este ejercicio podríamos considerar que debiera ser parte del análisis que haga el juez en relación con la aplicabilidad rigorista de la norma, recordemos el viejo apotegma romano "*summum ius, summa injuria*"⁵⁰. Muchos tenderán a ignorarlas aduciendo su génesis foránea, incluso ajena en muchos momentos a nuestra praxis comercial, pero no olvidemos que las distancias han quedado reducidas, la aldea universal de McLuhan es una realidad que no podemos desconocer y sólo quien pretenda aislarse deberá ignorarlo.

Alemania, principal desarrolladora de la teoría del negocio jurídico, irrumpe ahora en el campo de las Condiciones Negociales Generales, estableciendo sus bases y describiéndonos sus alcances y operación. Thiele establece: «...en la vida económica actual no dominan ni las reglas dispositivas de la ley ni las condiciones contractuales negociadas individualmente, sino las condiciones negociales generales».⁵¹ Deberemos verificar el aserto de este autor con base a nuestra propia legislación. Afirma el germano Thiele que no privarán las reglas dispositivas de la ley y habrá que ponderar la afirmación en su contexto; nuestro legislador establece, en relación a los contratos atípicos, que deberán regularse conforme al contrato con el que más parecido tengan, lo cual

⁵⁰ Versión libre del autor: "el exceso en la aplicación de la justicia crea injusticia"

⁵¹ Thiele 19, Wolfgang BGB Allgemeiner Teil. Allgemeines Schuldrecht. 2ª, De Frankfurt am main, Metzner, Deustch 78.

es una aberración, pues la similitud es, en la mayoría de ocasiones en circunstancias accidentales, y es en ese sentido en el que la afirmación fue hecha. Por lo demás, las condiciones particulares de negociación no dejan de ser privadas, si se quiere con un ente poderoso pero, al fin, particular y sin trascendencia en cuanto al movimiento económico actual.

Otro acercamiento al problema, aunque profundamente entrelazado con las Condiciones Negociales Generales, lo es el de los contratos de adhesión, expresión acuñada por el genio del maestro de París, Raymond Saleilles, al comentar los términos de declaración de la voluntad en el Código Civil Alemán; y como buen genio, el creador de ese concepto no sentó las bases de la figura, pero señaló que el contrato no es *l'acte de maîtrise*, «el acto de señorío de una voluntad creadora de derecho, sino el proceso de adaptación de voluntades privadas a la utilización de los esfuerzos comunes para la satisfacción de intereses individuales recíprocos, todo ello dentro del marco de la solidaridad jurídica y no según la fantasía individual de las partes». De ello se puede afirmar lo siguiente: «hay contratos y contratos» (*il y a contrats et contrats*). Existen pretendidos contratos que no tienen de éste sino el nombre, «pues no sabemos aún de esa unidad de tipo contractual que supone el derecho».⁵²

Así, el autor francés establecía un tipo de contrato cuya construcción jurídica no está lograda aún, sino en vías de hacerse; este desafío, lanzado a principios de este siglo, ha sido ignorado cuando menos en una Francia que, más que no desear entender el problema, no quiere verlo; pues pretende continuar apegado a sus dogmas, y se advierte que «...durante decenios, los juristas franceses han estado en el error de no ver en los contratos de adhesión sino una degeneración del concepto clásico del contrato, sin darse cuenta que el fenómeno era irreversible y que más valía admitirlo (*le prendre a bras le corps*) para, de esa manera, procurar elaborar un régimen jurídico adaptado a la situación».⁵³

Mas, en ocasiones, la situación internegocial nos lleva a situaciones difíciles de resolver. Tal es el caso de los expendedores automáticos o

⁵² Rezzónico, Juan Carlos. Op. cit.

⁵³ Rieg, Alfred. *Contrat type et contrat d'adhésion*, Etudes de droit contemporain, Editions de l'epargne, 1987

distribuidores. *Prima facie* tendría uno la tentación de afirmar que éstos son una oferta pública, pero ¿cómo explicaríamos, por ejemplo, la retractación?. Al tratar León Duguit el supuesto del «distribuidor automático» –y no sin dejar de señalar que a éste muchos jurisconsultos lo conceptúan como contrato de adhesión– afirma que el industrial o la administración que emplaza esos aparatos crea un estado de hecho al que el usuario se adhiere. Empero, Duguit considera un error desear referir ese acto al contrato clásico; antes bien, se pronuncia por la existencia de una declaración unilateral de voluntad: nace un derecho subjetivo de la voluntad unilateral de quien, al usar el aparato distribuidor quiere crear una situación jurídica, y lo desea legal y eficazmente, porque lo quiere de conformidad con un estado reconocido como tal. Del mismo modo, quien franquea una carta y la pone en el buzón no concerta un contrato, sino que, como remitente, da nacimiento a un acto unilateral, utilizando el estado de derecho establecido por la ley del servicio que comporta un régimen legal». ⁵⁴

Habría que considerar por un momento la actividad del estado y su vinculación con el proceso que culmina con el pacto. Hemos establecido la cosificación del individuo y su fáctica realización de actos que nos hacen pensar en el acuerdo de voluntades, acuerdo que ya vimos no es el acto creador de derecho, sino la manifestación final de éste, y ahí es donde el Estado actúa regulando las relaciones de los súbditos; desde luego, el nivel de regulación dependerá, en cada caso, de la rigidez propia de cada Estado, mas para nuestro propósito no interesan. De tal modo, el control se dará tanto en el Estado ultraliberal o en la tiranía más feroz; y es que cuando menos nominalmente ninguno estará regulando la injusticia y, aun que lo fuera, éste tendrá sus límites. No podemos considerar con Schosser que el poder en sí es maligno, aunque de cierto se dé una tendencia hacia el mal en algunos autores como Acton que afirma «*Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely*» ⁵⁵; o en Montesquieu que «*c'est une experience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté a*

⁵⁴ Duguit, León citado por Rezzónico. Op. cit.

⁵⁵ Acton, J. citado por Rezzónico. Op. cit. Versión libre del autor "el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente"

*en abuser; il va jusqu'a ce qu'il trouve des limites»*⁵⁶ —es una experiencia eterna que todo hombre que ha llegado al poder ha abusado hasta que llega a su límite—.

En opinión contraria Schuster, citado por Rezzónico, establece que el poder como simple capacidad ética es neutral y sólo el ejercicio de éste —el acto de poder— puede admitir juicio sobre si su utilización fue razonable o excesiva. No son las cosas buenas o malas, sino el uso que de ella se dé.

Conforme a su naturaleza rectora debe el Estado buscar que pueda darse la justa nivelación de intereses, de autodeterminación, ya que éstas son componentes irrenunciables para un orden jurídico interesado en la justicia, por lo que con el uso del poder debe crearse el control necesario para su ejercicio, lo cual, dicho en palabras del autor de *El espíritu de las leyes*, «*pour qu'on en puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*»⁵⁷.

Así, el particular confía en que las disposiciones generales impedirán el abuso de las cláusulas, lo que se verificará a través de alguna de las primeras revisiones que ya hemos comentado; dentro de alguna de éstas, el Estado ejercerá su imperio corrigiendo la injusticia o previniendo a la parte supuestamente beneficiada a corregir.

Otra situación que consideramos necesaria considerar es la posibilidad de que el usuario, dentro del principio de buena voluntad y de legalidad que deben tener los contratos, suponga que éste no contenga cláusulas abusivas y que si ese contrato llegara entrar en conflicto el juez de la causa necesitará hacer valer la justicia, y así como las teorías liberalistas suponen la existencia de una mano que organiza la oferta y la demanda, también hay quien supone que la simple buena voluntad al contratar nos libra, per se, de cualquier daño que por abuso contractual se de.

Antes de iniciar nuestro estudio acerca de los contratos atípicos, resulta conveniente volver sobre los términos del contrato por adhesión, sobre las

⁵⁶ Montesquieu, Baron de. De l'sprit des lois. Edit. Arles, Paris 1989 Version libre del autor "es una experiencia eterna que todo hombre que ha llegado al poder ha abusado hasta que llega a su límite"

⁵⁷ Montesquieu, Baron de. Op. cit Versión libre del autor: "para que no se abuse del poder hace falta que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder"

Condiciones Negociales Generales, las relaciones entre ambas, los contratos por negociación y su contrapuesto, el contrato *standard*.

Una vez establecido el origen del término contrato de adhesión, creado «a falta de algo mejor», según el dicho del propio Salleilles; expresión que, de acuerdo con Demongue, ha sido afortunada, pero poco ha contribuido a la transparencia científica; y Ripert, quien se refiere al profesor de París como «ese genial inventor de ideas jurídicas no llegaba siempre a precisar su pensamiento».⁵⁸

El contrato por negociación puede llevarse a los campos del contrato regulado por Condiciones Negociales Generales, el contrato de adhesión y el contrato *standard*, cuya principal diferencia estriba en que en el primero de ellos se apoya en el consentimiento; que en esta forma se emite, razón por la cual algunos juristas prefieren designarlo de esa manera, mas nosotros lo seguiremos designando como su genial creador.

En tanto que el contrato *standard* tiene que ver con la uniformidad y el tráfico de masa, pero sin llegar aún al contenido de las Condiciones Negociales Generales, lo que hace exclamar a Auer que las *Standardvertrag* son «una estipulación contractual cuyo contenido se compone total o parcialmente de Condiciones Negociales Generales».⁵⁹

Otros sostienen que en el mundo moderno ha desaparecido casi absolutamente el contrato de cláusulas realmente negociadas, las cuales han pasado al olvido o se han reservado para casos fuera de lo común o de gran importancia; de ahí que se afirme lo siguiente: «... normalmente un contrato de adhesión es un contrato *standard*, pero no todo contrato *standard* es un contrato de adhesión [...] *standard contract* es [...] forma impresa; prerredación; condiciones idénticas para todos lo que contratan bajo estas cláusulas; mayoría de cláusulas no sujetas a negociación».⁶⁰ De ese modo, el autor equipara los *standard* las Condiciones Negociales Generales con lo que elimina la posibilidad de verificar las condiciones diversas entre ambas y podríamos decir que deja una cuestión sin resolver.

⁵⁸ Demongue, Rene y Ripert, Georges. Citado por Rezzónico. Op.cit-

⁵⁹ Auer, E. Die Richterliche Korrruktur von Standardvertagen. Bern Stampfli, Deutsch 1964

⁶⁰ Deutch, Sinai, Unfair contracts, Lexington Mass. 1977.

Igual dificultad a la señalada en el capítulo anterior tendremos para establecer la naturaleza de algunos actos que, aun no incluidos en los citados, tienen con ellos grandes semejanzas y también enormes diferencias que impiden su homologación.

Uno de ellos se constituiría con los contratos tipo o formularios que generalmente se venden en papelerías o vienen incluidos en textos como ejemplo de lo explicados en ellos. En este caso, no existe una parte que, aprovechando la necesidad o debilidad de su contraparte, imponga condiciones. Las partes en una opinión no manifiesta parecen asentir con el hecho de que se trata de un *modèle qui fait autorité*⁶¹ del que se benefician por la experiencia adquirida gracias a una larga costumbre de uso por parte de los hombres de negocio e, incluso, por abogados; casos como los contratos de arrendamiento, las cartas poder o las fianzas son ejemplos suficientes, pues prácticamente los formularios no varían entre sí, sino que lo predominante es la finalidad del contrato y no la forma en que se otorgue. En ello podría apreciarse su semejanza con las Condiciones Negociales Generales.

En la legislación alemana no se distingue, salvo para efectos tutelares, entre las Condiciones Negociales Generales y los *formularvestrage* – formularios–; en cambio, en la italiana las CNG se regulan en el artículo 1341 del Código Civil Italiano, que en lo conducente establecen: «Le condizioni generali di contratto [1342, 1679, 2211 del CCI] predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza [1176, 1370 del CCI]»⁶². Y regula el contrato concluso mediante formuli o formulari. El contrato celebrado mediante machotes o formularios se rige por el artículo 1342 de la misma codificación protegiendo en éste las cláusulas abusivas.

La preformulación de actos notariales tiene igualmente ciertos rasgos que la podrían asemejar con las CNG; uno de los factores que podrían fijar éstas es

⁶¹ Versión libre del autor: "un modelo que crea autoridad"

⁶² Codice Civile, Con il trattato CEE e leggi complementari, Edizioni Simione, Italia, 1992. Versión libre del autor: "las condiciones generales del contrato predisuestas por uno de los contrayentes son eficaces si fueron confrontadas por la otra al momento de la conclusión del contrato, y éste las haya conocido o haya debido conocerlas usando la diligencia ordinaria"

el desarrollo de los sistemas computacionales que permiten la redacción masiva y su repetición con pasmosa velocidad; el principio general debe establecer que una CNG no pierde su naturaleza por el hecho de aparecer en una actuación notarial, pues la ubicación no varía la esencia de las cosas. Pero no todas las fórmulas notariales pueden considerarse como Condiciones Negociales Generales, aunque sean repetitivas; recordemos que una de las características del derecho notarial estriba en que la actuación notarial debe ser imparcial, esto es, garantizar a las partes que los términos del contrato cumplan una verdadera función de control contra posibles abusos de las cláusulas del mismo, y si el contrato contiene condiciones injustas o inadecuadas para una o alguna de las partes, o contiene beneficios excesivos para una o varias de ellas, tendrá que advertirlo a las otras, de tal modo que aunque la rogación provenga de una de las partes, el fedatario debe tener una actuación imparcial.

«En primer término, debe informar cuidadosamente al contratante más débil, de todas y cada una de las consecuencias jurídicas que derivan del contrato que ya ha suscrito y de las cuales no tendrá muchas veces una idea clara, debido a la complejidad y, frecuentemente, a la oscuridad con que están concebidas determinadas cláusulas contractuales [ello, según el autor en comentario, provocaría la posible impugnación del contrato, y continua estableciendo]; en segundo término, es importante que el notario haga constar que el contenido contractual ha sido redactado unilateralmente por la parte predominante»;⁶³ de esa manera, el notario deberá resistir las tentaciones de la excesiva reproducción mecánica y aplicar las fórmulas notariales a la voluntad expresada por las partes, hacer que el contrato sea el fiel reflejo de éstas y no la imposición de los formatos del fedatario.

Lo anterior adquiere su plena importancia a la hora en que el contrato es interpretado, pues si todas las partes conocieron los pactos que forman parte del mismo, tendrá que interpretarse con base a ellas, y si no fue así, tendrán que ser interpretados acorde a la protección que requiera la parte más débil de la relación.

⁶³ De la Cámara Álvarez, Manuel. «Acotaciones al Decimosexto Congreso de la Unión del Notariado Latino», Gaceta del notario set'dic, Madrid 1982.

Podríamos decir que no se constituyen Cláusulas Negociales Generales cuando los términos fueron fijados o establecidos por las partes (recordemos que el notario no es una de ellas), si sólo una de éstas las impone o si el notario lo hace nos encontraremos en dicho caso. Claro que, además de la existencia del pacto, será necesario que se aplique o pretenda aplicar, íntegramente, la cláusula en disputa, pues de otra manera la simple inclusión de la cláusula de estilo no afectaría la voluntad de los contratantes; puede que la cláusula de estilo tenga contenido obligacional, como el caso en que se establezca que los gastos se dan a cargo del comprador o que el vendedor responde al saneamiento; aunque no determinan la voluntad principal sí afectan cuestiones secundarias.

Ello nos conduce a analizar las dificultades de caracterizar estas cláusulas de estilo; si aisláramos ambos conceptos nos encontraríamos con lo difícil de definir los alcances del concepto de cláusula. ¿Lo es acaso cualquier consideración plasmada en un contrato, o tan sólo estimamos como cláusula sólo la redacción en la que se establecen obligaciones recíprocas entre las partes? Si así lo aceptáramos, entonces las cláusulas de estilo serían aquellos textos que aparezcan en el clausulado o en cualquier párrafo de un contrato, que no tengan un contenido obligacional fundamental para las partes y que sólo se integre como algo que la costumbre ha hecho necesario. Pero otra posición igualmente posible es la de González Palomino quien, al referirse a este punto como un fenómeno vivo y vital establece que «no se trata de una cláusula formularia, ni sobreentendida, ni optativa, sino todo lo contrario: una cláusula estudiada, analizada previamente, de verdadero calor intelectual y de serio empleo instrumental».⁶⁴

Así como la teoría ha variado sus concepciones al respecto, también la jurisprudencia siente esa necesidad y establece lo siguiente: «Estado recentemente osservato che la ragione dell'art 1341 comma 1o. c.c. coincide con la necesista di contemporare gli interessi delle parti del contratto»⁶⁵.

Por ello, cuando estudiemos las diferentes posiciones legislativas al respecto de

⁶⁴ González Palomino, José. Instituciones de derecho notarial, t. L., Madrid 1958

⁶⁵ Bianca, Massimo C. Le condizioni generali di contratto. Dott A. Giuffrè Editore, Milano 1969. Versión libre del autor: "se ha observado recientemente que la interpretación del art. 1341 párrafo primero del Código Italiano antes transcrito coincide con la necesidad de contemporizar los intereses de las partes en el contrato".

las Condiciones Negociales Generales tendremos que volver a meditar estas cuestiones; bástenos, por ahora, el señalamiento del problema y algunas de las posturas al respecto.

De esa manera, y después de haber establecido varios conceptos similares a las CNG, tratemos de precisar nuestra idea acerca de ellos e intentar definirlos, su origen en primer término. Pudiera decirse que, nacidos de la práctica diaria, se generan como un síntoma claro de que los actos comerciales rebasan, en muchas ocasiones, al derecho; si se quiere en un intento de ahorro de tiempo, en búsqueda de uniformidad o cualquier otra razón válida a fin de fortificar la seguridad de la práctica comercial.

La función jurisdiccional debe considerar su trabajo hermenéutico a la luz de las CNG, de ahí que haya quienes establecen que debe dárseles carácter de fuente de derecho, y esto sería ya mucho avanzar, pero cuando menos debemos reconocerlos como recientes usos comerciales; por ello, el juzgador deberá conocer si se encuentra ante un contrato de este tipo y en los que un particular (empresario, grupo, rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido –derechos y obligaciones– de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Mediante tales condiciones se eliminan, *a priori*, los tratos previos entre las partes; una de éstas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto». ⁶⁶ Por este hecho, el juzgador deberá –una vez al tanto de la aceptación de las cláusulas predispuestas– interpretar los términos de la aceptación sin elección que realizó el adherente, protegiéndolo de aquéllo que su debilidad le impidió hacerlo durante el pacto; de esta manera, si la cláusula se interpreta en favor del empresario, deberá aplicarse al perjudicado el beneficio de su debilidad.

Entre las razones que se aducen para justificar la existencia y legalidad de las Condiciones Negociales Generales se dan, entre otras:

⁶⁶ De Castro y Bravo, Federico. Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, Cuadernos Civitas, España 1987

1. Razones históricas, formas de las cuales nace la figura, y de las que brilla con luz propia la *stipulatio*, nervio y puntal de la doctrina clásica de la *obligatio*, se celebra *verbis*, es decir, mediante una pregunta del acreedor y una respuesta congruente del deudor.

La *stipulatio* otorga fuerza obligacional a toda suerte de convenios. En efecto, no sólo sirve para formalizar contratos desprovistos de forma –y por ello, carentes de acción-, sino también para dar actuación o refuerzo a las más diversas relaciones. Si prescindiéramos de su carácter unilateral y de su rigurosa ordenación verbal, la *stipulatio* se semejaría en todo punto a su contrato moderno.⁶⁷

La comparación es brillante, aunque justo es decirlo, pocos autores la apoyan, pero entre quienes lo hacen está nada menos que Álvaro D' Ors que afirma lo siguiente «...la estructura de la estipulación es la de un acto de adhesión al estipulante, éste fija el objeto y modalidades de la obligación, y el promitente asiente a la declaración formulada como pregunta.»⁶⁸

2. Razones económicas, entre las que sobresale el ahorro de costos; se aduce que si se logra la predisposición de cláusulas se producirá tal ahorro en éstos que beneficia, obviamente, al empresario y de manera evidente al consumidor, pues los precios de las mercancías bajarán al ser reducidos los costos; el segundo aserto no es necesariamente verdadero; pues el ahorro podría aumentar la utilidad y no bajar los precios; podría establecerse que el consumidor actual, en una gran mayoría, no tiene ni el tiempo ni los conocimientos para discutir al detalle los contratos, y generalmente podría ser muy costoso asesorarse para celebrarlos. Pongamos por caso una firma de contadores que desea adquirir un sistema de información acerca de reformas fiscales (probablemente un contrato de informática); si consultasen el contrato con un abogado les costaría más que el servicio que adquieren.

Una utilidad evidente del sistema sería la uniformidad de cálculos que se evitaría. Pongamos por caso el de una hipotecaria que ha celebrado miles de contratos en todo el país, si su contratación no fue standard, con uno o pocos

⁶⁷ Iglesias, Juan. Derecho Romano, Ariel Derecho, Barcelona 1992

⁶⁸ D'Ors, Álvaro. Derecho Privado Romano, EUNSA, Pamplona 1989

sistemas de valuación de intereses, pues tendrá un gran costo al calcularlos, en tanto si usasen un sistema común sería de gran utilidad.

Igual beneficio se obtendrían en las ventas y contrataciones masivas para el pago de las primas respectivas.

Desde luego, no podemos justificar que, a cambio de menores precios u otros beneficios, puedan autorizarse o incluso justificarse precios abusivos.

CAPÍTULO VI

LAS CONDICIONES NEGOCIALES GENERALES EN EL DERECHO COMPARADO

No podemos dejar de hacer una acotación relativa a la temporalidad del querer jurídico. Todo contrato tiene un momento en que se constituye, una oferta a la que sólo es posible asentir en la forma lisa y llana mencionada por nuestra legislación, esto es, que no importa si se negoció letra por letra, existieron cláusulas predispuestas, formatos establecidos o se aceptó por adhesión; en todos esos casos sin excepción, se llegó a ese momento en que la oferta queda constituida en plenitud y ante ella no resta más que aceptarla o rechazarla. Creo relevante la acotación pues, tratándose de ese momento, no importa cómo se llegó ahí; las Condiciones Negociales Generales operaron en un lapso anterior, y lo mismo sucedió en el contrato negociado. Dado que las Condiciones Negociales Generales llegaron a nuestro derecho provenientes del extranjero, resulta interesante conocer cuáles sistemas de control han adoptado en los diferentes países para, gozando de su experiencia, establecer nuestras reglas. En seguida comentaremos muy brevemente algunas de ellas.

En el derecho inglés se han establecido controles judiciales, legislativos y administrativos. De ese modo, existen contratos puestos a consideración de la autoridad derivados de convenios internacionales o de instituciones públicas, como pueden ser el *Post Office* o el *British Rail* (el correo o el ferrocarril británico); con disposiciones transitorias, el Poder Legislativo ha regulado contratos internacionales de transporte marítimo o aéreo y ferroviario, y otros por la *Unfair Contracts Terms Act*, la ley de contratos con términos injustos de 1977.

Desde 1893, las ventas han sido reguladas desde por la *Sale of Goods act* –Ley de Venta de Bienes–, en la que aparece como fundamental la razonabilidad, como elemento básico del contrato y como base de interpretación de sus cláusulas.

Gordon Borrie, director general de la Oficina de Comercio Leal establece lo siguiente respecto a los controles judiciales: «... Il controllo operato dai giudici sui contratti standard 'e stato da sempre ostacolato dal principio della 'santità'

del contratto per il quale, a meno che il contratto non sia viziato da errore, dolo o violenza, le sue clausole sono vincolanti fra le parti senza che rilevi il fatto che esse siano state liberamente negociate od invece imposte da una parte all'altra». ⁶⁹ Esto es, el control operado respecto de los contratos standard por los jueces ha estado relacionado a la santidad del contrato por el cual, a menos que el contrato esté viciado por error, dolo o violencia, sus cláusulas son vinculantes para las partes sin que tenga relevancia el hecho de que haya sido negociadas o impuestas éstas de una parte a la otra.

En una sentencia dictada por Sir George Jessel, en 1875, en el caso *Printing and Numerical Registering Co. y Sampson*, se estableció: «If there is one thing more than another which public policy requires, it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty in contracting; and that their contracts, when entered freely and voluntarily, shall be enforced by the Courts of Justice» ⁷⁰.

En esa época se inicia el camino de clarificación del contrato en ese país, establecida por las Cortes y la legislación, y aunque la noción de libertad de contratar existía, la realidad era que había tantas regulaciones sobre los contratos que esta era casi nominal, aunque esta bicentenaria tendencia en la que nace una nueva directriz con la sí llamada *Thatcherism*, derivada de la política practicada por la «dama de hierro», como se llamaba a Margaret Thatcher, primera ministra del Reino. Ella modificó la tendencia proteccionista y restrictiva imperante, sobre todo en el último siglo: «The result of this change of policy has been to reduce the levels of protection offered and to allow the individual to have greater freedom of choice». ⁷¹

Desde luego, lo que podríamos considerar como la nueva era del contrato de Gran Bretaña no ha concluido su evolución y persisten aún muchos controles a la mencionada libertad de contratar. Habremos de manifestar que en ese país

⁶⁹ Bianca, Massimo. Op. cit.

⁷⁰ Richards, Paul, *Law Of Contract*, Pitman Publishing, London 1994. Versión libre del autor: "Si hay una cosa sobre la cual se tenga interés público, lo es que cualquier hombre mayor de edad y con capacidad de entendimiento debe tener la absoluta libertad de contratar y que sus contratos, cuando fueron celebrados libre y voluntariamente, deben ser considerados sagrados y pueden ser ejecutados por las Cortes de Justicia"

⁷¹ Richards, Paul. Op. cit. Versión libre del autor: " El resultado de este cambio de política ha sido el reducir los niveles de protección y permitir al particular tener más grande libertad de elegir".

tiene gran importancia el regateo; esto, que puede servir legalmente a una corte a interpretar un contrato, podría definirse como los acercamientos entre las partes previos al acuerdo para conocer cómo se da la intención de éstas, cómo va constituyéndose esa reciprocidad entre las prestaciones, cómo se estima el valor entre ellas para que se de ese *quid pro quo*; ese doy y recibo dentro de los parámetros de justicia.

Resulta muy interesante el cambio de rumbo actualmente en proceso en Gran Bretaña, que determinará el futuro de los contratos en ese país. Lo cierto es que ya comenzamos a notarlo si analizamos la sentencia del juez Jessel en 1885 con la definición que da Treitel, quien señala al contrato como: «An agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law. The factor which distinguishes contractual from other legal obligations is that they are based on the agreement of the contracting parties»⁷².

En Francia se ha sostenido el principio de la autonomía de la voluntad como medio para justificar el hecho de que ésta haga obligatorio el contrato. A partir de la Revolución Francesa se generó la teoría de la autonomía de la voluntad, según la cual el hombre es libre por esencia y sólo puede ser obligado por su propia voluntad y ella es fuente única de derecho. Esta teoría profundamente liberalista evoluciona al contacto con el cristianismo y establece, ya bajo esta concepción, que los hombres son libres e iguales; así lo refleja su derecho positivo, y a partir de este siglo se comienza a criticar y modelar ese concepto absoluto, entre otros aspectos, por la aplicación del principio del efecto relativo del contrato que establece que éste posee fuerza obligatoria y tiene efecto sólo entre las partes contratantes, con lo que se iguala su poder con otras fuentes de las obligaciones; considero que, ante la pérdida del poder con otras fuentes, ante la pérdida del poder regalista y del concepto de que en éste los reyes tienen su fuerza en la voluntad divina, existen factores que adquieran importancia frente a la antes omnímoda voluntad; por ello podemos afirmar que la declinación de la teoría de la voluntad es resultado de la evolución económica,

⁷² Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9ª de London 1995. Versión libre del autor "Un acuerdo que da nacimiento a obligaciones reconocidas y ejecutables por ley. El factor que distingue las obligaciones contractuales de otras es que aquéllas están basadas en el acuerdo de las partes contratantes"

política y social que producen como consecuencia una modificación del concepto del derecho y, con ello, de la concepción de la libertad contractual en ese país desde el Código Napoleón.

«La différence entre le code Napoléon et le droit contemporain n'est pas seulement technique et quantitative, tenant à ce que le liste des contrats spéciaux d'aujourd'hui est beaucoup plus nombreuse qu'elle en l'était en 1804. Les lois ont changé, dans leur esprit, leurs caractères et leur morale»⁷³.

A costa de los contratos de formación clásica subsistentes, se multiplican las relaciones contractuales novedosas; existe una innegable desigualdad, la hay entre profesionistas y profesionistas, entre empleadores y empleados, entre productores, y esa desigualdad hará que los contratos de asistencia recíproca se den desde niveles elementales del trabajo manual, las asociaciones de productores, de consumidores y las relaciones entre profanos y profesionistas, casi inexistente en el pasado; esto hace que quien conozca un contrato, sólo en casos extraordinarios desconocerá su actuar, ya por haberlo consultado, ya porque alguna autoridad o la costumbre lo sancionó. Así, no se da prácticamente el caso de quien, inerme, se enfrenta a un contrato desconocido.

Sin embargo, el derecho galo reconoce que existen características comunes a ciertos contratos en los que se dan relaciones de dependencia, ya sea porque una de las partes depende económicamente de la otra, que tenga una relación subordinada como, por ejemplo, un distribuidor respecto de quien le otorga bienes para su distribución; esto provoca la existencia de autoridades que protegen el consumo o de uniones de consumidores.

Este país no es la excepción, y el comercio masivo ha llevado a lo que los franceses denominan las *cláusulas tipo*, entre las cuales distinguiríamos la redacción por las partes de un contrato, marco por el cual se definirían las principales reglas conformativas del pacto; la negociación colectiva, muy usada en lo agrícola, por ejemplo, garantías de precios, y recientemente vista en los reconocimientos de UDIS y formas afines de reestructuración de pasivos.

⁷³ Ph. Malaurie et. L. Aynes. Droit Civil, Editions Cujas, Paris 1994-1995. Versión libre del autor: "La diferencia entre el Código Napoleón y el derecho contemporáneo no es sólo de técnica o cualitativo, defendiendo a esta que la lista de contratos especiales ahora son mucho más numerosos que los que había en 1804. Las leyes han cambiado su espíritu, su carácter y su moral".

También podría tratarse de cláusulas redactadas por terceros, como pueden ser los contratos administrativos (en cuanto a reglas para contratar con ellos) fijadas siempre unilateralmente, las formas establecidas por colegios de profesionistas, formatos de textos escolares o preestablecidos para su venta o, incluso, aunque no es recomendable el uso de contratos que tratan de adaptarse a las particulares necesidades de las partes, este proceso debe, en mi opinión, omitirse, pues grandes errores se dan a causa de la inadecuada elección del contrato a copiar.

Existe en Francia un respeto filial al Código Civil, y es un hecho que sus disposiciones relativas a la teoría general de los contratos prácticamente no se ha modificado. El desarrollo de ese derecho ha tenido lugar gracias a la jurisprudencia y a la aportación de numerosas leyes especiales regulatorias de multitud de contratos.

Existen restricciones a la libertad contractual, sobre todo acerca de los actos contrarios al orden público y las buenas maneras. El orden público es un término de difícil ubicación y definición, por la amplitud de su significado. Olaniol, citado por Ghestin, lo define como «...une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi»⁷⁴.

Podríamos considerar que para los galos el orden público tiene como finalidad la organización del Estado, los poderes públicos, la familia y sus relaciones patrimoniales y se cubre por la ley, la jurisprudencia y la voluntad, está actuante como factor de expansión del orden público; lo anterior se da no sólo en cuanto se protege al débil en la celebración del contrato; mas el débil no es el incapaz del derecho clásico ni es quien fue sujeto de lesión. Ahora, el débil que, repito, no alcanza los supuestos de la incapacidad, también es protegido y esa protección toma carácter de orden público, superior a la autonomía de la voluntad en lo que Cornu establece como «el soplo de la moral y la libertad (una

⁷⁴ Ghestin, Jacques. *Traité de droit civil, Tome Librerie générales de droit et de jurisprudence* Paris 1954. Versión libre del autor: "...una definición de orden público todas las veces que esté inspirada por una consideración de interés general que se encontrará comprendida, si los particulares fueron libres de impedir la aplicación de la ley".

sola palabra, una buena fe para todos) y del padrinazgo sublime de la ley, de los usos y de la equidad conforme a los artículos del Código Francés».⁷⁵

Sin embargo los aires de cambio comienzan a aparecer en el país galgo, así la ley 95-96 de primero de febrero de 1995, sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos y control de diversas autoridades del orden económico va mas allá de las directivas comunitarias y en su artículo L132-1 dice: *“Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels au consommateur, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.*

*Des décrets en Conseil d'État, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 131-2, peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives au sens du premier alinéa...”*⁷⁶

De tal modo y siguiendo la tendencia universal se tiende a suprimir las cláusulas abusivas las cuales se tienen por no puestas, estableciéndose de no darse este abuso en las cláusulas fundamentales que el contrato siga siendo válido.

En 1998 se instituyó la comisión de cláusulas abusivas y el profesor Gilles Paisant narra que a la fecha se han dictado diez notificaciones y que la “lista negra” de cláusulas abusivas que fueron incluidas en un anexo a la ley de 1955 y que el decreto de estado postula la prohibición de ciertas cláusulas suprimiéndose el término buena fe de la cláusula abusiva ya que resulta absurdo pensar en el concepto de buena fe relacionado con una cláusula abusiva y si bien el propio autor francés no se manifiesta excesivamente optimista respecto de las actividades de la comisión.

⁷⁵ Comu, Gerald. Droit Civil, tip. Por Alterini, Paris 1985

⁷⁶ Traducción libre del autor. Dentro de los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores, son (consideradas) abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto el crear, en detrimento del no profesional o consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Los decretos en Consejo de Estado establecidas antes de que la comisión lo instituyera en el artículo L. 132-2 deben determinar los tipos de cláusulas que deben ser consideradas como abusivas en el sentido de primer apartado (esto es por separado).

El derecho teutón, que recojo de los comentarios del doctor García Amigo, publicadas en 1978 establecía que: “Desde 1.935, en que aparece la obra de Raiser – escribe –, los “iusprivatistas” se ocuparon de las condiciones generales (Weber, Shmitz-Salzer), con criterios dispares: tesis normativistas y contractualistas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, por su parte, había elaborado una importante doctrina sobre la materia, la <buena fe objetiva>, que excluía, por un lado, las cláusulas excesivamente onerosas de los clausulados generales o invalidaba el contrat (supuestos de monopolio o de posición dominante en el mercado), en base al parágrafo 242 del B.G.G.; por otro, más adelante, sostuvo –añade García Amigo- la inderogabilidad del Derecho dispositivo “por los contratos celebrados en base a condiciones generales cuando tales condiciones no fuesen realmente equitativas- algo similar a la tesis propuganada por DE CASTRO, siguiendo a NIPPERDEY”. Consecuencia de ello fue la Ley aprobada en 1976”.⁷⁷

Estos principios protectores que podrían entrar dentro de las regulaciones para las defensas de los consumidores, tomando el término en su sentido más amplio, lo que incluye necesariamente a las partes de un contrato y divide su regulación en cuestiones subjetivas y adjetivas, señalando como de las más importantes acciones colectivas, de las cuales excluye y relaciones entre empresarios y entre profesionistas y empresarios y su acción contempla la nulidad de cláusulas inválidas en el negocio o su eliminación del contrato y define conceptualmente: “Por condiciones generales de la contratación se entienden todas las condiciones contractuales preformuladas para una pluralidad de contratos que una parte contratante (aplicador) establece para otra parte contratante al suscribir un contrato. Es indiferente que las disposiciones constituyan una parte integrante del contrato separada externamente o figuren en el documento contractual mismo, qué extensión tengan, con qué tipo de letra estén escritas o qué forma revista el contrato.

⁷⁷ Cabello de los Cobos y Mancha Luis María. La Ley de Condiciones Generales de Contratación. Editorial Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1998.

No existen condiciones generales de la contratación cuando las condiciones del contrato hayan sido acordadas en detalle por las partes contratantes".⁷⁸

Y regula además las cláusulas que podríamos llamar sorprendidas, haciendo valer desde luego que los pactos contractuales e individuales tienen precedencia sobre las condiciones generales y llega a prohibir el fraude a la ley.

El derecho portugués también ha regulado las condiciones generales por decreto ley de 31/8/1995 que modifica las condiciones generales siguiendo la misma técnica de la birregulación creando una formulación en la que existe cláusulas absolutamente prohibidas y otras relativamente, transcribiendo los artículos 18 y 19 de la ley de cláusulas generalmente pactadas:

ARTIGO 18.º

Cláusulas absolutamente prohibidas.

Sao em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que:

- a) *Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas;*
- b) *Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto a responsabilidade por danos patrimoniais extracontratuais, causados na esfera da contraparte ou de terceiros;*
- c) *Excluem ou limite, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou culpa grave;*
- d) *Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou de culpa grave;*

⁷⁸ Cabello de los Cobos. Op Cit.

- e) *Confirman, de modo directo ou indirecto, a quem as predisponha., a facultade exclusiva de interpretar qualquer cláusula do contrato;*
- f) *Excluem a excepcao de nao cumprimento do contrato ou a resolucao por incumplimiento;*
- g) *Excluem ou limitem o direito de retencao;*
- h) *Excluem a facultade de compensacao, quando admitida na lei;*
- l) *Limiten, a qualquer título, a facultade de consignacao em depósito, nos casos e condicoes legalmente previstos;*
- i) *Estabelecam obbrigacoes duradouras perpétuas ou cujo tempo de vigencia dependa apenas da vontade de quem as predisponha;*
- j) *Consagrem, a favor de quem as predisponha, a possibilidade de cessao da posicao contratual, de trasmissao de dívidas ou de subcontratar, sem o cordo da contraparte, salvo se a identidade do terceiro constar do contrato inicial.⁷⁹*

ARTIGO 19.º

Cláusulas relativamente proibidas

⁷⁹ Citado por Cabello de los Cobos. Op Cit. Versión libre del autor. Artículo 18. Cláusulas absolutamente prohibidas.

- a) *Excluyen o limiten, de modo directo o indirecto, la responsabilidad por daños causados a la vida, a la integridad moral o física o a la salud de las personas;*
- b) *Excluyen o limiten, de modo directo o indirecto, la responsabilidad por daños patrimoniales extracontractuales, causados en la esfera/dominio de la contraparte o de la de terceros;*
- c) *Excluyan o limiten, de modo directo o indirecto, la responsabilidad por incumplimiento definitivo, mora o cumplimiento defectuoso, en caso de dolo o de culpa grave;*
- d) *Excluyan o limiten, de modo directo o indirecto, la responsabilidad por actos de representantes u auxiliares, en caso de dolo o culpa grave;*
- e) *Confieran, de modo directo i indirecto, a quien las predisponga, la facultad exclusiva de interpretar cualquier cláusula del contrato.*
- f) *Excluyan la excepción de no cumplimiento del contrato o la resolución por incumplimiento.*
- g) *No existe.*
- h) *Excluyan la facultad de compensación, cuando esta sea admitida por ley.*
- i) *Limiten, bajo cualquier título, la facultad de consignación en depósito, en los casos y condiciones legalmente previstos;*
- j) *Establezcan obligaciones duraderas perpetuas o cuyo tiempo de vigencia dependa apenas de la voluntad de quien las predisponga;*

Consagren a favor de quien las predisponga, la posibilidad de cesión de la posición contractual, de transmisión de deudas o de subcontratar, sin el acuerdo de la contraparte, salvo en el caso de que la identidad del tercero constara del contrato inicial.

Sao proibidas, consoante o quadro negocial padrinizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que:

- a) Estabelecam, a favor de quem as predisponha, prazos excessivos para a aceitacao ou rejeicao de propostas;
- b) Estabelecam, a favor de quem as predisponha, prazos excessivos para o cumprimento, sem mora, das obrigacoes assumidas;
- c) Consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir;
- d) Imponham ficcoes de recepcao, de aceitacao ou de outras manifestacoes de vontade com base em factos para tal insuficientes;
- e) Facam depender a garantia das qualidades da coisa cedida ou dos revicos prestados, injustificadamente, do nao recurso a terceiros;
- f) Coloquem na disponibilidade de uma das partes a possibilidade de denuncia, imediata ou com pré-aviso insuficiente, sem compensacao adequada, do contrato, quando este tenha exigido à contraparte investimentos ou outros dispendios consideráveis;
- g) Estabelecam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem;
- h) Consagrem, a favor de quem as predisponha, a facultade de modificar as prestacoes, sem compensacao correspondente as alteracoes de valor verificadas;
- i) Limitem, sem justificacao, a facultade interpelar.⁸⁰

⁸⁰ Artículo 19. Cláusulas relativamente prohibidas. Están prohibidas, según el cuadro negocial patronizado designadamente, las cláusulas contractuales generales que:

- a) Establezcan, a favor de quien las predisponga, plazos excesivos para la aceptación o rechazo de propuestas;
- b) Establezcan, a favor de quien las predisponga, plazos excesivos para el cumplimiento, sin moratoria, de las obligaciones asumidas.
- c) Consagren cláusulas penales desproporcionadas a los daños a resarcir;
- d) Impongan ficciones de recepción, de aceptación u de otras manifestaciones de voluntad con base en hechos para tal efecto insuficientes;
- e) Hagan depender la garantía de las cualidades de la cosa cedida o de los servicios prestados, injustificadamente, del no recurso a terceros.
- f) Coloquen a disponibilidad de una de las partes la posibilidad de denuncia, inmediata o con pre-aviso insuficiente, sin compensación adecuada, del contrato, cuando éste haya exigido a la contraparte inversiones u otros dispendios considerables;

En Italia a la ley 6/2/1996 reformó en su artículo 25 el código civil para integrar la directiva creando un capítulo XVI bis dei contratti del consumatore que en lo general establece cláusulas acerca del control de lo que pudiéramos considerar la parte menos favorecida del contrato, estableciendo que es abusiva la cláusula que produce un desequilibrio significativo en los derechos recíprocos del contrato y establece en las condiciones generales "Le condizione generali di contratto predisposte da uno del contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute (sic) o avrebbe dovuto conoscerle usando l'a ordinaria diligenza."⁸¹

Para el derecho estadounidense el acuerdo resulta de primordial importancia y constituye «el corazón» del contrato la determinación de las partes en intentar crear uno, lo que en nuestro derecho equivaldría a la intención de crear efectos de derecho; así podríamos decir que la creación de contrato en los Estados Unidos requiere, cuando menos, de dos partes que mutuamente están de acuerdo en los términos y condiciones bajo los que se celebra un intercambio legal de bienes lo que, según Rostowski analiza: «Contract formation generally requires two elements: (1) mutual assent, or agreement, to an exchange and (2) consideration, what each party gives up in exchange for the return promise performance of the other».⁸²

Prácticamente siempre, en ese país todo contrato requiere del análisis de tres cuestiones fundamentales para examinar los actos que podrían generar el contrato: 1. si se aplica al UCC: *Uniform Commercial Code*, que muy generalmente estableceríamos regula —en un muy particular sistema— las operaciones de comerciantes; 2. si es aplicable el estatuto de fraudes que requiere que ciertos

g) Establezcan un foro competente que involucre gastos inconvenientes para una de las partes, sin que los intereses de la otra lo justifiquen;

h) Consagren, a favor de quien las predisponga, la facultad de modificar las prestaciones, sin compensación correspondiente a las alteraciones de valor verificadas;

i) Limiten, sin justificación, la facultad de interpelar.

⁸¹ Versión libre del autor: "Las condiciones generales de contrato predisuestas de parte de uno de los contrayentes, son eficaces en los confrontos del otro, si en el momento de la conclusión del contrato, éstas las ha conocido o debía haberlas conocido usando la ordinaria diligencia"

⁸² Rostowski, Mark E. *Bussines Law*, Scott, Foresman and Co. Glenview, Illinois; Second Edition, London 1989. Versión libre del autor: "La formación del contrato requiere generalmente de dos elementos: (1) mutuo asentimiento o acuerdo para un intercambio y (2) la consideración de lo que cada parte cede a cambio de lo que se hará o entregará en reciprocidad"

tipos de contratos se aprueben por escrito determinando requisitos tales como identidad de las partes, materia del contrato, términos y condiciones, reciprocidad y «firma», la que puede ser o no manuscrita, y 3. la regla de *prueba* (*parol evidence rule*) que analiza si no hay hechos que contradigan o modifiquen lo afirmado. El estudio de estos elementos previos al análisis del contrato rebasa, con mucho, la visión que a vuelo de pájaro pretendemos hacer de los contratos estadounidenses; sin embargo, dada su importancia, no podemos dejar de señalarlos para que los interesados puedan profundizar en ello.

Hecha la anterior aclaración pasaremos a analizar la oferta en los Estados Unidos. Es de hacerse notar que las cortes estadounidenses distinguen entre ésta y los actos previos en los que, habiendo intención, aún no constituyen por sí una oferta. Podríamos citar como una teoría objetiva del contrato: «What a reasonable person in the position of each of the parties would be led to believe. Subjective intentions do not count. Intentions are judged by an objective standard of what a reasonable person standing in the shoes of the addressee would conclude them to mean»⁸³. En una sentencia de la corte de Virginia se establece «The law imputes to a person an intention corresponding to the reasonable of this words and acts»⁸⁴.

Podríamos considerar la oferta en este país como la manifestación de un intento de celebrar un contrato hecho a una persona específica, -caso diverso de la oferta pública- en forma cierta y definitiva acerca de sus términos, el oferente es quien fija absolutamente las condiciones de la misma, y la ley sólo suplirá su voluntad cuando éste fuera omiso, mas no podrá modificarla; por tanto, el intento no es suficiente para construir la oferta; deberán darse con cierto grado de definitividad los elementos y términos del pacto, de tal modo que el ofertado pueda sencillamente asentir y, con ello, perfeccionarlo.

⁸³ Lucy V Zehmer. 84. C. E. 2nd 516 (va 1954), citado por Rostowski. Opus cit. Versión libre del autor: "Que una persona razonable en la posición de cada una de las partes sería llevado a creer. Las intenciones subjetivas no cuentan. Las intenciones son juzgadas objetivamente desde el punto de vista de lo que una persona razonable, puesta en los zapatos del destinatario, hubiera concluido que significa"

⁸⁴ First National Echange Bank of Roanoke. Roanoke Oil Co. 192 S. E. 764. 770 (va 1937) citado por Rostowski. Op. cit. Versión libre del autor: "La ley atribuye a una persona la intención que corresponde razonablemente a sus palabras y actos".

De capital importancia para entender esta figura en aquel país es el famoso caso *Lucy vs. Zehmer*, que Rostowski resume así: «El actor W.O. Lucy demandó a A.H.Zehmer y a Ida S. Zehmer, requiriendo que la corte hiciera cumplir el siguiente acuerdo escrito: 'Nosotros por la presente acordamos vender completa a W.O. Lucy, la granja Ferguson por \$50,000.00, otorgándole al comprador título [de propiedad] a su satisfacción».⁸⁵ El acuerdo estaba fechado y firmado por A.H. Zehmer y su esposa, Ida S. Zehmer, y fue escrito por el primero en un restaurante durante una conversación con los Lucy. Los Zehmer afirmaron que el escrito fue llenado cuando A. H. Zehmer estaba bajo la influencia del alcohol y se hizo a manera de broma. Lucy, por su parte, sostuvo que el acuerdo –confió– era un contrato válido.

El tribunal a cargo del caso sostuvo que el acuerdo no era obligatorio legalmente y negó hacerlo cumplir. Lucy apeló y correspondió, al magistrado Buchanan, resolver a favor del apelante. La parte total de su razonamiento consistió en que Zehmer no se encontraba tan borracho como para no entender el alcance y consecuencias de sus actos y, también, el hecho de que se redactó dos veces, la primera en singular, y al insistir Lucy en que se firmara también por la señora Zehmer, así se hizo. El contrato se discutió durante 40 minutos y el tribunal consideró que se deberían verificar las expresiones exteriores demostradoras de la voluntad y el hecho de que no podemos conocer su interior y sus pensamientos. Por tal motivo, y en virtud que en ningún momento anterior a la ejecución Zehmer indicó a Lucy que no actuaba con intención diferente a la de contratar. Esto fue determinante, y por ello el tribunal revocó el fallo de primera instancia.

Lo anterior hace evidente la importancia de la intención y la definitividad (entendida como certeza) en la oferta para el derecho estadounidense.

Gran importancia tiene también, y por ello debe ser analizada la aceptación, que se define como: «Acceptance is the unequivocal assent to the

⁸⁵ Rostowsky. Op. cit.

terms and conditions of the offer communicated to the offeror by the identified offeree in an authorized manner»⁸⁶.

Desde luego, de ser aceptada la oferta tendrá carácter vinculante y puede ser expresa, y dicha expresión se manifiesta por palabras expresadas en forma oral o escrita y la forma implícita cuando por actos que signifiquen incuestionablemente aceptación de la promesa.

La *consideration* es un punto de vital importancia para el análisis de la expresión de voluntad en Estados Unidos. Dentro de una posición causalista diríamos que la *consideration* es la causa de ese actuar, la reciprocidad entre lo que se da y lo que pretende recibir o se ha recibido, se recibe o se espera recibir, es decir, el mutuo beneficio. A falta de una palabra adecuada en castellano he optado por no traducir dicho término, dado que no he encontrado en nuestro derecho un concepto semejante a éste.

La *consideration* «...es una proposición estándar que aparece en los textos de estudio en el derecho angloamericano y sin la cual la promesa no es vinculante. Se le define como algo que se da o se promete a cambio de una promesa. Así formulada, esta proposición es demasiado basta para ser precisa».⁸⁷

En la mayoría de los casos, la consideración se da por alguna de estas causas: una obligación preexistente puede hacer que yo no obtenga ahora una contraprestación, pero cumplo con una obligación anterior; ésta puede ser legal o de agradecimiento, alguna promesa, interés futuro o un acuerdo de esa naturaleza; para aclarar los términos de la figura consideremos el caso Hamr vs. Sidway, en el cual un tío promete a su sobrino 5,000.00 dólares, si no fuma ni bebe antes de cumplir los 21 años de edad. El sobrino cumple, pero el albacea del tío rehusa pagar alegando que la promesa fue hecha sin *consideration*. La corte opinó «...que el cumplimiento del sobrino era *consideration* suficiente, aunque éste se haya beneficiado de su cumplimiento y aun en el caso de que no

⁸⁶ Cohen, Morris. «The Basis of Contract Law», 46, Harvard Law Review, 553, USA 1933. Versión libre del autor: "La aceptación es el inequívoco asentimiento a los términos y condiciones de una oferta comunicada a quien se hace, por un oferente identificado y que ésta sea hecha de forma autorizada".

⁸⁷ Charles, Fried. La obligación contractual, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1981

hubiera deseado fumar o beber por ese periodo. Basta con el hecho de que habiendo podido hacerlo, se abstuvo de ello».⁸⁸

Como es visible, el derecho no inquiriere si los motivos son reales o siquiera equivalentes a las prestaciones.

Bástenos lo anterior para señalar la existencia de la figura. Desde luego, los ejemplos son los mínimos para dar una idea del concepto contrato, pues hay otros conceptos como las prohibiciones, violaciones y remedios que excederían, con mucho, el tema que tratamos.

⁸⁸ Hamer vs. Sidway. 124 N.Y. 538, 27N.E. 256 (1891), citado por Rostowski. Op. cit.

CAPÍTULO VII DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS

Por contrato atípico debemos entender "aquel que, aún mencionado por la ley, está desprovisto de una normación específica, a menos que la mención del contrato se haga por la ley en tal lugar que se pueda incluir por uso de remisión la disciplina jurídica aplicable"⁸⁹.

Esta definición que pudiéramos considerar clásica expone como características del contrato varios elementos de los cuales el principal lo es la ausencia de normatividad propia, pues establece la posibilidad de regulación delegada o de aplicación por uso de remisión; de aceptar esta característica como única o principal de los contratos atípicos resultaría que no son atípicos los contratos de franquicia y de factoraje financiero que se encuentran regulados nominalmente por alguna ley, sin embargo el primero no tiene normatividad propia y carece de regulación delegada en tanto que el segundo aunque carece de normatividad propia, en virtud de que la legislación trata de las empresas que realizan la operación y no de los contratos pero tiene regulación delegada; pero por lo demás en lo fundamental coincidimos plenamente con el autor de ésta definición, pues Barea establece con brevedad y exactitud la naturaleza de estos contratos.

No obsta lo anterior para la existencia de otras definiciones que ayuden al estudio de estas figuras, definiciones de cuyo análisis derivaremos un conocimiento más exacto de estos contratos, si bien hay que decir que la gran mayoría enfocan el problema desde un punto de vista negativo, como la que afirma que "son contratos atípicos aquellos que no estando definidos por la legislación positiva, están reconocidos por la realidad social y en ocasiones por leyes especiales, basándose en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad, rigiéndose por su afinidad con otros contratos típicos, por los

⁸⁹ Parea Jordano. Los Contratos Atípicos. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo 195, 1953

principios generales de las obligaciones y contratos y subsidiariamente por los principios generales de derecho"⁹⁰.

Los autores de la figura descrita en el párrafo anterior señalan como características las siguientes:

1.- El hecho de que los contratos no estén definidos por la legislación positiva, situación que comparto en lo general pero que nos llevaría a considerar que la tipicidad no es en si una especie particular de contratos sino un tránsito de su creación hacia la legislación, situación que no se daría por ejemplo en los países sajones o en aquellos que no tienen una legislación cerrada al respecto.

2.- Que sean reconocidos por la realidad social; hemos ya manifestado que la generación contractual no se da en lo general como parte de una investigación sino como intento de comprender situaciones que se dan en la vida práctica, que operan entre las partes a pesar de que los abogados no las hayamos contemplado, pero sin embargo en el mundo comercial se estén usando y con ello reconozcan socialmente su existencia.

3.- Que si bien no tengan un pleno reconocimiento social su existencia pueda derivarse de leyes secundarias o como vía de perfección de otros contratos, con lo que se subsanaría la aparente falta de reconocimiento social.

En todos los casos y este requisito es de los que considero más importante, los contratos atípicos deberán ser fuente de obligaciones válidas, esto es, obligaciones cuya licitud contractual sea incuestionable y que podamos analizar cuales son los contenidos de reciprocidad que entre ellos se dan y la relación entre las obligaciones de una y otra parte, desde luego no será válido el contrato que pretendiendo una libertad absoluta del contrato rebase sus propios límites al grado de pretender obligaciones que salgan de lo razonable.

El origen del contrato aunque característico no es determinante ni exclusivo de su naturaleza, ya que podrán provenir de un país extranjero o del propio país, incluso pueden aparecer como rescate de antiguos contratos que

⁹⁰ Chuliá Vicent E. at al, Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. JM. Bosch Editor. Barcelona. 1994

en alguna época dejaron de utilizarse por situaciones especiales, como ejemplos podemos citar relativos a la legislación mexicana; el contrato de censo, no regulado por esta legislación y si por la española.

El origen de la legalidad de éstos actos es la libertad contractual, la cual no tendrá mas límites que ir contra prohibiciones expresas, ir contra el bien común o contra la razonabilidad de la obligaciones ahí establecidas.

Un principio que los autores catalanes establecen y con el que no estoy muy de acuerdo aunque tanto la legislación española como la mexicana la citen es, el principio de aplicación por analogía con los contratos afines, hecho que en lo general no estoy de acuerdo, ya que entre el arrendamiento financiero y el arrendamiento común, denominado en España como locación hay tanto parecido como entre el cielo y la tierra, estaría yo de acuerdo con el principio en que fueran juzgados por analogía con un contrato que tuviera parecidos contenidos obligacionales, sin embargo, así en genérico puede prestarse a errores como el ya descrito.

Los autores en comento afirman que éstos deben ser juzgados basados en dos principios generales de las obligaciones y contratos, posición que comparto y subsidiariamente con los principios generales de derecho.

En su definición Chuliá y Beltrán agregan nuevos elementos, tales como el reconocimiento por la realidad social, esto es, que de algún modo sean aceptados como contratos y, por ello, como fuente de obligaciones válidas, ya sea que el citado conocimiento provenga de su uso en otro país o de su uso ya en el propio Estado; en ocasiones, su utilización se menciona con una cierta regulación, que no puede considerarse normatividad. Casos como éste pueden darse en nuestro país usando el mismo ejemplo anterior: el de la franquicia y la del arrendamiento financiero. Estos contratos se generan en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad, lo cual es verdad, con las limitaciones mencionadas en capítulos anteriores. No coincido con dichos autores en su interpretación por afinidad con los contratos típicos, más ello será materia de análisis posterior. Fuera de esta prioridad hermenéutica comparto

su opinión, sin que para ello obste que considero superior la primeramente mencionada.

La interpretación de los contratos atípicos debe ser objeto de una profunda meditación por nuestra parte. Contra lo afirmado por los autores antes mencionados no podemos, como ya lo dijimos, estar de acuerdo con la interpretación analógica que proponen, pues para una interpretación de este tipo se requiere una cierta similitud entre los objetos analizados que de no darse, hace imposible la interpretación. Sería como interpretar la naturaleza de varias frutas cuyo único denominados es que todas ellas lo son, aunque sean de diversas especies. Así, cuando el legislador establece que esta interpretación deberá ser supletoria de la voluntad y no como se propone; así, las reglas generales de los contratos y las particulares establecidas por las partes tendrán preeminencia sobre la otra, así lo establece el artículo 1858 del Código Civil cuando menciona lo siguiente: "los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentos en este ordenamiento".⁹¹

Por interpretar un contrato debemos entender partiendo de las palabras establecidas en él cual es el contenido y el valor jurídico que de estos se desprende. No debemos confundir el análisis de la intención con tratar de reformular el contrato, este no debe intentarse hacer, va a entenderse, discernirse, tratar de explicar ordenadamente los efectos jurídicos que en opinión del intérprete produzca la obligación; acorde a la declaración que exteriorizó la voluntad de las partes, voluntad que expresaron al celebrar el contrato y no la que pudiera darse en el momento que ha de interpretarse.

El primer presupuesto interpretativo es el de determinar cual es el documento que será interpretado – pues es el objeto de esto – lo que nos lleva a hacer algunas consideraciones: si deberá ser analizado únicamente el

⁹¹ Código Civil para el D.F. en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Ed MacGraw, México, 1990.

documento a la luz de los usos y costumbres; del mismo modo está dispuesto que las cláusulas con diversos sentidos deberán interpretarse las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido de las claras; si no puede interpretarse la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo, en virtud de que no es forzoso que el intérprete encuentre necesariamente el sentido. A diferencia de las leyes que deben ser obligatoriamente interpretadas, en el contrato se puede llegar al *non liquet*, esto es, que los términos son vagos u oscuros y se produce, por ello, la ineficacia de éste:

Las cláusulas tienen reglas particulares de interpretación que, en tanto sean importantes para conocer la voluntad contractual, nos resultará indispensable estudiar; la primera de ellas establece la regla de interpretación que imperativamente ordena que, si una cláusula admitiera varias interpretaciones, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto y esto es evidente; los contratos se celebran para que surtan efectos, y esa es la causa que genera la emisión de voluntad. De ese modo, el intérprete al aplicar esta norma lleva a fin esa voluntad. Estas deberán interpretarse las una por las otras, como ya se dijo; en su caso de que fuese absolutamente imposible resolver las dudas sobre algunas cláusulas – recordemos que las reglas del contrato ya han sido comentadas –, y éstas recayeran sobre circunstancias accidentales del contrato, el legislador establece dos casos: si se trata de un contrato gratuito se resolverá en el sentido de la menor transmisión de derechos e intereses, y si fuere oneroso se resolverá la duda a favor de la mayor reciprocidad de éstos.

El anterior sistema de interpretación de cláusulas requiere de comentarios especiales, pues se trata en lo fundamental de una excepción a la ya mencionada regla de que el intérprete no completa o sustituya la voluntad expresada y la cual debe interpretar; pero como excepción a la regla tendremos que analizar los parámetros dentro de los cuales tiene lugar esta norma; primeramente, el numeral supone que en lo general el contrato tiene alguna

interpretación posible, esto es, que pueden tener lugar efectos jurídicos y la interpretación queda pendiente respecto de alguna cláusula que contenga alguna circunstancia accidental del contrato – esto es, que no se refiere a una cláusula con un requisito esencial del mismo –, pero que para su cumplimentación la ya expresada voluntad es necesario solucionar lo establecido accidental o circunstancialmente y lo razonable; si el contrato es gratuito es que el costo sea el menor y, por ello, se dará la menor transmisión de derechos; en caso del contrato oneroso, se buscará la reciprocidad, indispensable en derecho civil, aunque no exigida en mercantil.

Las palabras que puedan tener distintas acepciones deberán entenderse conforme a la naturaleza y objeto del contrato. Desde luego, el legislador no sólo se refería al sentido que las palabras tengan en un diccionario, a sus varios significados; se debe interpretar de acuerdo a la significación, a su finalidad y función y, en el caso de denominación genérica, debe elegirse la específica más adecuada, tanto en las cláusulas como en las palabras.

Pudiéramos establecer que éstas son las reglas de los contratos y las guías de interpretación jurídica, según rezaba el artículo primeramente mencionado, esto en materia civil.⁹²

⁹² Cfr., por ejemplo, Jaime Santos Briz, *La Contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 85. F. Castro Lucini, *Los negocios jurídicos atípicos*. En *Revista Española de Derecho Notarial*, 2ª. Semestre, 1974. Luis Diez Picazo distingue entre contratos atípicos mixtos, coligados y complejos. Ver en el libro de materiales del profesor peruano Carlos Cárdenas (págs. 397 a 489), identificado más abajo en la nota 218 el trabajo de Diez Picazo y Ponce de León, y varios otros de reciente data, sobre contratos atípicos. Juan M. Farina, *contratos Comerciales Modernos*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1993, Nos. 506 y s. Al margen de los contratos informáticos, en este libro se exponen otras numerosas figuras atípicas novísimas. Cabe indicar que el derecho bancario es rico en contratos atípicos de reciente aparición. Sobre esta materia la bibliografía extranjera es abundante. Fuera de la obra clásica de Joaquín Garrigués, *Contratos Bancarios*, 2ª. Ed., Madrid, 1975, puede aquí mencionarse el libro de Hildebrandó Leal Pérez, *Contratos Bancarios*, Bogotá, 1990, y la obra colectiva *Contratos Bancarios*, correspondiente a un Curso Superior de Contratación Bancaria, Ed. Civitas, Madrid, 1992. Sobre contratos bancarios, véanse también las publicaciones del profesor chileno Ricardo Sandoval López, en particular “Nuevas operaciones bancarias financieras”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, No. 197, enero-julio 1995, págs. 188 y s., y su libro *Derecho Comercial*, tomo IV (operaciones Mercantiles, Edit. Jurídica de Chile, 1994, en el cual trata, entre otros, los contratos de tarjeta de crédito bancaria, el factoring, el inderwriting y el leasing. Sobre contratos de distribución de bienes y de servicios, en particular respecto a la técnica del franchising, ver la Memoria de Prueba de Sonia Maldonado Calderón, en la cual por primera vez se expuso esta materia contractual en Chile, además relacionándola con la legislación protectora de la libre competencia; *La Católica de Valparaíso*, 1983. Ver también el libro de la profesora Sonia Maldonado, *Contrato de Franchising*, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

En materia comercial, las reglas de interpretación tienen, en lo particular, carácter singular, si bien en lo general queda comprendida dentro de la norma constitucional.

Existe una fuerte tendencia autorial en el sentido de que las obligaciones mercantiles como tales no existen, sino que son las mismas obligaciones civiles las que las regulan; esta tendencia no es única y no es compartida por muchos mercantilistas, quienes varían en su opinión: desde quienes consideran que aunque pocos numerales las regulan, esto se suple por la naturaleza de las obligaciones que forman un sistema completo y homogéneo, hasta quienes afirman que cuando menos debemos reconocer la existencia de sistemas de interpretación que varían entre contratos civiles y mercantiles, pero sea cual sea la teoría que se sostenga, lo cierto es que deberán tomarse en cuenta las especiales disposiciones del Código de comercio. Al efecto hago notar la remisión a la legislación civil que el propio hace en materia de actos jurídicos, capacidad de las partes y cuestiones de validez o invalidez de los contratos, así como de rescisión de los mismos.

Además de que la licitud es requisito indispensable para que obligaciones mercantiles produzcan efectos, es necesario analizar el artículo 78 del centenario Código de Comercio Mexicano, el cual establece que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que quiso obligarse; posteriormente estudiaremos el supuesto consensualismo de esta norma, pero antes debemos penetrar el sentido de este primer párrafo. Se habla de convenciones mercantiles, esto es, de acuerdo, pactos, contratos mercantiles, lo cual podría hacer suponer que las obligaciones adquiridas en forma unilateral quedan fuera de estas normas regulatorias; esto se confirma dado que el texto menciona de cada uno cuando menos dos se obliga, no recíprocamente como en los contratos civiles, la obligación mercantil es *per se*, sin correspondencia necesaria con la otra obligación; cada quien se obliga en la manera y términos en que aparezca que deseó obligarse. Con ello pierde nuestra norma esa aparente consensualidad que le atribuíamos, pues al parecer, mostrarse es algo externo, algo que cualquiera en contacto con él

puede apreciarse; de ahí se sigue que el contrato deberá ser escrito, para que en él pueda quedar expresada esa voluntad y para escoger el sistema hermenéutico literal, pues el numeral en comento es imperativo, como aparece, dice su texto, no como quiso manifestarlo, sino como quedó.

El resto del texto es continuamente contradicho por muchos numerales del propio código, y ya ha sido comentado de manera suficiente.

Particular interés tiene la liquidez mercantil, la cual afecta necesariamente la obligación, la disposición que ordena que en los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o cortesía, lo que muchos interpretan como una prohibición para concederlos, en virtud de que alteraría la naturaleza de la materia mercantil.

El Tribunal Supremo Español, en varias sentencias se ha ocupado de esta clase de contratos y de éstas cito las siguientes; sentencia de 10 de junio de 1929, que dice: "Es preciso acudir para su calificación, antes que al nombre que las partes les hayan dado, al espíritu que les informa y el objeto que se propusieron aquellas, debiendo prevalecer su intención sobre todo elemento interpretativo, cuando esta se deduce racional y lógicamente".

Sentencia de 5 de noviembre de 1957 y 13 de mayo de 1959, que dicen: "La voluntad es la creadora del negocio jurídico, constituye verdaderamente lo esencial, el principio activo y generador, no habiendo negocio allí donde la voluntad está ausente o hallándose viciado cuando aquella ha sufrido error, violencia o dolo, y por otro lado, en cualquier manifestación de las voluntades humanas en el terreno jurídico, independientemente de la forma, a partir de la desaparición del formalismo de las primeras edades, el Derecho consagra, por lo menos en principio, un contrato válido, pudiendo la voluntad no solamente engendrar negocios jurídicos en los límites y bajo las condiciones que le asigna el Derecho positivo y por consiguiente producir efectos de derecho, sino aún los que quiere que sean, penetrando en el mundo jurídico, no solamente 'por qué' han sido queridos, sino 'cómo' han sido queridos".

Sentencia de 18 de noviembre de 1980: "Cuando una relación obligatoria contractual contiene suficientemente los requisitos que el ordenamiento jurídico

civil exige para su validez y producción de efectos –art. 1.261 C. Civil – no hay necesidad de esforzarse en seguir los viejos cauces del dogmatismo jurídico e intentar encajar, más o menos, *a fortiori* el pacto o convenio en cuestión en los tipos contractuales civiles perfilados en las leyes, ya que, sobre no aparecer en ningún lugar normativo esa exigencia (salvo la aplicación analógica “ex” art. 4º. C. Civil como función integradora del Juez), bastará con que el intérprete y juzgador se atenga lo estipulado – si ello es lícito conforme al artículo 1.255 Código civil – sancione “ex officio iudex” sus naturales consecuencias en orden a la eficacia (art. 1.258 C. Civil) de lo acordado libremente por obra de la autonomía de la voluntad, y lo que importa no es el *momentum iuris*, sino la licitud, validez y eficacia del contrato – en conjunción con los intereses en juego – sea más o menos típico, atípico, simple o complejo, siempre que las cláusulas contengan las suficientes especificaciones para su normal cumplimiento”.

Sentencia de 21 de diciembre de 1963: “En la vida del Derecho, aparte los contratos típicos, definidos y regulados por ambos Códigos, existen los llamados contratos atípicos (así como también los mixtos) que en cuanto a su contenido principal y preponderante deben ser juzgados analógicamente por las normas de los contratos típicos más afines y por los principios generales de la obligaciones, acudiendo además, en su caso, a la costumbre del lugar y los principios generales del derecho, si bien, cuando se trate de actos mercantiles, son igualmente fuentes de aplicación los usos de comercio observados generalmente en cada plaza, con la prioridad que a tales usos concede el art. 2º. del Código de Comercio, más, en materia contractual, son siempre la base esencial, en cuanto a la obligatoriedad, interpretación, cumplimiento y consecuencias de lo convenido, las propias estipulaciones contractuales al exteriorizar la voluntad de los contratantes, por constituir la Ley del Contrato”.

Sentencia de 30 de diciembre de 1965: “En nuestro Derecho son admisibles los contratos que combinan diferentes tipos contractuales o varias prestaciones singulares reguladas en figuras contractuales diversas, siendo en tales casos declaración analógica, en cuanto no estén previstas especialmente por los contratantes, las normas de los negocios típicos afines”.

Del examen de estas sentencias Chuliá y Beltrán llegan a las siguientes conclusiones:

- a) "No define el contrato atípico.
- b) Son admitidos en virtud del principio de autonomía de la voluntad, plasmada en el artículo 1.255 del Código Civil.
- c) Se da una importancia primordial a la licitud, validez y eficacia del contrato y no al nombre jurídico.
- d) Se admiten igualmente los contratos mixtos.
- e) Establece la siguiente escala de aplicación de normas: 1° La analogía con los contratos típicos más afines; 2° Los principios generales de las obligaciones; 3° La costumbre del lugar; 4° Los principios generales del derecho y
- f) En el supuesto de los contratos mercantiles, nuestro Tribunal Supremo da prioridad a los usos de comercio observados en cada plaza, sobre la costumbre del lugar."⁹³

⁹³ Chuliá y Beltrán, Aspectos jurídicos de distintos contratos atípicos

CAPÍTULO VIII

EL PACTO INTERSOCIOS.

La descripción y estudio de este contrato tiene varios objetos, hemos analizado como la voluntad expresada en diferentes formas es el factor fundamental en la creación del contrato, esa voluntad que como ya observamos puede desvanecerse o hacerse incandescente en el contrato y que estudiada bajo el aspecto de un contrato conocido pierde la fuerza reveladora de su poder ante el conocimiento del contrato en sí, es por eso que he elegido una problemática que creo puede ser solucionada por la vía contractual para que desconociendo los elementos del mismo brille más como elemento creador el consentimiento en él otorgado. Desde luego el caso es limitante, por haberse tratado de percibir en su forma más simple, pero posteriores análisis harán que pueda incluso perfeccionarse como operación válida en su tránsito de gestión creadora a contrato regulado.

Hay en el mundo de lo jurídico figuras que parecen hacer falta, contratos que no han sido planteados y por ello tampoco estudiados adecuadamente, esto en acuerdos producto de situaciones derivadas de aplicación comercial regional o particular; eso nos sucede con aquel contrato atípico e innominado que, por no poderlo designar de algún modo, lo hemos nombrado como pacto intersocios, denominación por demás arbitraria, pero de utilidad para nosotros que intentamos penetrar en el universo de los contratos atípicos, pues puede servirnos para acreditar la posibilidad fáctica de su existencia, validez y utilidad comercial.

Se dice que el descubrimiento del planeta Plutón lo realizó no un astrónomo sino un matemático que estudiaba los movimientos astrales; éste concluyó que ahí debería haber un planeta, lo que años después fue confirmado, visualmente, por un astrónomo. De esa misma forma siento un vacío en las normas y acuerdos que regulan las relaciones entre los accionistas de una sociedad mexicana, sobre todo si se trata de una sociedad anónima.

Decíamos que el problema es simplemente elegido para analizar si es posible solucionar situaciones o vacíos legales por la vía contractual. En este

caso, lo derivamos del derecho societario, sin que el problema sea consecuencia, propiamente, de la existencia social o de conflictos entre ésta y sus socios, sino de problemas entre ellos mismos lo cual se encuentra formalmente fuera del derecho societario y escasamente es estudiado. Mas este es un problema que, como veremos, se da, y muy frecuentemente y este contrato puede ser una solución para resolverlos. Tendremos, por ello, que estudiar superficialmente el mundo societario, si bien en forma muy general, y plantear algunos posibles escenarios donde demostraría su utilidad el contrato.

Por efectos de orden tendremos que distinguir entre varias figuras, comenzando con la sociedad que es por ficción de la ley una persona distinta de quienes la construyen o de quienes tienen intereses con o contra ella, este cuerpo colegiado se obliga vía sus representantes legales o por la ley, en segundo término tenemos el contrato de sociedad que es el cuerpo que por voluntad de terceros que dejan de ser la voluntad del ente que crean, forma a ese nuevo ser, de esta relación se pueden crear activos y pasivos entre las partes constituyentes del colectivo y sus partes constituyentes, pero si por ejemplo por relaciones comerciales diversas el ente llegase a constituirse, llegase a convertirse en acreedora o deudora de la sociedad por virtud de otro acto comercial, no constituye una relación fundacional, la que se daría por ejemplo en el caso de las acciones suscritas y no pagadas; las anteriores formas se generan necesariamente por la relación contractual que unos con otros tienen y podríamos denominarlos como relaciones empresa-accionista; existe una tercera forma de relación que no se da entre la sociedad y sus socios sino entre los socios individualmente designados, relacionados tan sólo por la circunstancia de haber pagado aportaciones comunes; nadie regula las relaciones entre los socios y esa carencia de regulación nos puede llevar a graves crisis interpersonales que indirectamente dañen a la sociedad.

Podríamos, para concluir lo anterior y siguiendo el *proyecto franco-italiano* de las obligaciones, definir el contrato de sociedad como "...aquél por el cual dos o mas personas convienen en contribuir, cada una con una propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico

común".⁹⁴ De éstas, se ha hecho además la distinción entre sociedades de personas y sociedades de capitales, y su clasificación depende, fundamentalmente, de según predomine en ellas el elemento personal *afectio societatis*, o el elemento impersonal y pecunario que algunos autores han designado como *afectio pecuniae*. De hecho, ambas formas de afección aparecen, con mayor o menor énfasis, en ambos tipos, llegando a soluciones mas o menos extremistas pues algunos autores cuya opinión no compartimos, niegan que exista en las sociedades anónimas la *afectio societatis*, y uno de ellos, Messineo, hace el siguiente aserto: que «es ajeno a toda sociedad anónima»,⁹⁵ pero el autor italiano no expone las razones que lo asisten.

Mas cuestionada o no la división hecha por los diferentes autores entre sociedades personales y de capitales es una realidad, si no universal, si razonablemente extendida entre ellos, y resulta que de éstas la anónima resulta por excelencia la sociedad capitalista y que de cualquier modo es la voluntad la que la creó.

Lo cierto es que no existiendo en materia de emisión de voluntad societaria los actos puros, estos no se dan en la realidad, no se emite ninguna de las dos posiciones de forma absolutamente aislada, de tal modo que a quien se asocie con *afectio societatis*, no le bastaran las cualidades personales del socio sino también su solvencia, cuando menos en los límites de su aportación, y a quien lo haga por *afectio pecuniae* además de la certeza en la solvencia del aportante le interesarán las cualidades personales del socio; es evidente que a pesar de que ambos pudieran haber hecho adecuadamente su aportación a nadie razonable le dará igual estar asociado con un creso de probada honorabilidad que con un maleante o con un hombre por honorable que sea venido en lo personal a la ruina económica; aunque no debieran trascender estas cuestiones en la vida de la sociedad donde son parte del capital, es claro que tendrán importancia; en relación con las obligaciones que adquiere el accionista con la sociedad y eventualmente con terceros por causa de ésta no tienen necesaria relación con la generación de la voluntad del otro socio, de tal

⁹⁴ Acedo Mendoza, Manuel y Acedo de Lepervanche, Luisa. La sociedad anónima. Ediciones Schnell C. A., Caracas 1985

⁹⁵ Messineo, Francisco. Manual de derecho civil y comercial, EJE, Buenos Aires 1979

manera que para que pueda considerarse que existe una relación entre dos socios de una sociedad anónima esta deberá darse como un acto de voluntad y no en vía de coincidencia porque ambos efectuaron una inversión común así que tenemos que admitir que ambas afecciones generadoras de voluntad tendrán total importancia en las sociedades mercantiles.

Ciertamente existen causas que nos hacen considerar la necesidad de la existencia del pacto de referencia, causas cuyo análisis es necesario ya que de este concluiremos si existe necesidad de un contrato que solucione el problema.

Es de todos conocido que el empresario usual en nuestro entorno carece de educación societaria: las posiciones accionarias se convierten en campos pírricos de batallas de poder, y es que el hispano común no termina de asimilar la naturaleza del accionista, pues es fácil que se confunda con la propiedad absoluta. En esos casos es usual que al accionista mayoritario, aun en términos relativos, sea considerado, o incluso se conciba a sí mismo, como dueño del patrimonio social, y pretenda, con mucha frecuencia, disponer de bienes societarios como propios; de ahí que si se tienen socios, sean estos considerados no como propietarios de acciones de una sociedad, sino como copropietarios de los bienes de la empresa. Salvo en grandes corporaciones, en que el poder y los controles se ejercen de diversa manera y la concepción de la propiedad corporativa es múltiple, en la inmensa mayoría de sociedades anónimas se da que, de hecho, son unimembres —aunque formalmente sean varios accionistas— o son entidades pertenecientes a dos o más accionistas que tienen una estrecha relación entre ellos, de tal modo que si alguno de éstos falta, por ejemplo, a causa de muerte, sería muy difícil para los antiguos socios aceptar sustituir la relación que tenían con el antiguo accionista —padre o esposo— con sus herederos —esposa o hijos—, y lo que era una buena relación se puede convertir en un conflicto de personas que no conocen pactos preacordados, neosocios que desconocen los marcos técnicos de la organización financiera, tales como quiénes serán responsables, en lo sucesivo, de su ingeniería, el proporcionar información técnica, estratégica o corporativa a satisfacción, es decir, prácticamente es volver a pactar la sociedad.

Uno de los problemas menos estudiados es cual es la naturaleza de la relación del socio con la sociedad, con los terceros y con los otros socios y cuales son los alcances de las decisiones de la asamblea, dado que la ley establece que las decisiones de las asambleas, dentro del límite de sus atribuciones son obligatorias para todos los accionistas aún ausentes y disidentes.

Lo anterior puede significar o que la asamblea es absolutamente soberana, lo que muchísimas personas creen o si por el contrario su validez está sujeta a que la decisión se encuentre circunscrita dentro de los límites que la escritura constitutiva o la ley hayan establecido para ella, pero aún así tiene límites; por ejemplo: si nosotros pensáramos en que una asamblea decreta un aumento de capital, éste tiene dos puntos de vista desde los cuales puede ser estudiada, uno el que establece el capital en la vida de la sociedad y cuya autonomía es plena por tanto, lícito que la asamblea decrete el aumento, lo que no resulta claro es que ese aumento obligue al accionista que no desea hacerlo ya que los derechos propios de los accionistas no se refieren a la naturaleza del título, y nadie puede obligarlo a realizar una aportación cuyo origen no es ni su voluntad ni la ley.

El problema de los derechos de los accionistas será sólo en la vida de la sociedad por lo que se derivan de las características de la acción y por ello no incluyen las relaciones entre los socios; Rodríguez y Rodríguez establece que existe un estatus de socio el cual define Dalmatello como "conjunto de deberes y de los derechos de las funciones y de los poderes que el socio tiene frente a un centro idelamente subjetizado"⁹⁶

Por su parte Eneccerus, establece "que la calidad de miembro de una corporación, constituye una situación jurídica, esto es, una posición de derechos y obligaciones"⁹⁷

La mejor "justificación doctrinaria a la teoría de los derechos individuales de los accionistas, la encontramos en Ripert y Roblot: "Es necesario dar a los derechos individuales del accionista un carácter político en el sentido amplio de

⁹⁶ Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Sociedades Mercantiles. Porrúa. México. 1947.

⁹⁷ Eneccerus, Kipp y Wolf. Derecho Civil.

la palabra. La creación de la sociedad anónima es una obra del Estado. Esta creación no puede tener por efecto permitir la violación de los derechos del accionista conforme al juego regular de las reglas jurídicas. El accionista que defiende su derecho concurre por esta defensa a la limitación de aquel poder; mantiene la construcción jurídica en su regularidad".⁹⁸

Sea cual sea la teoría que adoptemos que sean derechos individuales de los accionistas o de las características de la acción, su tenedor tiene un conjunto de derechos básicos que no le pueden ser afectados por el ente social ni mutilados por deseo de la asamblea, así lo dispone el artículo 646, del Código Federal Suizo de las Obligaciones, que establece "los accionistas no pueden ser privados sin su consentimiento de los derechos anejos a su cualidad de asociados. Siendo éstos aquellos que no dependen de las decisiones de la asamblea".

Acorde a dicha situación nos encontraríamos con que los socios tienen derechos y obligaciones que si pudiéramos separarlos en categorías podríamos hacerlo en dos: derechos y obligaciones administrativos que algunos han llamado derechos corporativos y por otra, derechos y obligaciones patrimoniales.

Entre los derechos administrativos se encuentran el derecho a administrar, el derecho de voto, el derecho de información y control, derecho de denuncia, el derecho a colaborar en la liquidación y el veto y como obligaciones de la misma naturaleza: el deber de administrar y el deber genérico de libertad y lealtad, este último relativamente nuevo en nuestro concepto societario, pero que no resulta ser sino el principio de buena fe que deben regir todos los contratos, de tal modo debe entenderse éste como una prohibición de conductas dañinas o competenciales en su sentido reducido, esto es, no podemos concebir la figura del socio infiel, no sea que, realiza la misma actividad en una misma circunstancia, de ese deber derivan los deberes de no apropiarse de bienes o negocios de la asociación o la prohibición de usar fondos comunes para fines particulares.

⁹⁸ Manuel Acedo Mendoza y Luisa Teresa Acedo de Leperbanche. La Sociedad Anónima. Ediciones Schell C.A. 1985.

Entre los derechos y obligaciones patrimoniales están el derecho al beneficio, al de la cuota de liquidación, al reembolso de los gastos y son obligaciones la de aportar y la de contribuir a las pérdidas y rigen la relación fundamentalmente entre el ente y sus accionistas (esto en mayor o menor grado, según la legislación que lo regule), pero no regula de ninguna forma las relaciones entre los socios.

De tal modo pueden presentarse conflictos entre los socios, conflictos que en cierta forma son ajenos a la vida de la sociedad, pero aún siendo ajenos condenan a la misma; como ejemplo podemos tener el hecho de que en una sociedad de dos socios (en España se necesitan tres), se encuentren en alguna de éstas u otras posiciones:

a) Dos socios o grupos de socios con intereses permanentemente determinados a favor de cada uno de los grupos que tienen el control de las acciones, que sucedería por ejemplo si uno de esos socios fallece, la respuesta es sencilla pues sus herederos adquirirán la posición que tenía el de cuyos accionista, hasta ahí no hay diferencia, pero si estos herederos quisieran cambiar el destino de la sociedad contra la opinión del socio superviviente provocarían o un impasse o un conflicto sin resolución, en este caso los accionistas vivirán temerosos de en manos de quien quedarán las acciones, cuando el co-socio propietario de éstas fallezca (hemos ya dicho como la voluntad de asociarse se dio no nada más por la aportación del otro socio, sino tomando en cuenta sus cualidades personales), por ello el fallecimiento y como consecuencia de éste el cambio de propietario de las acciones va a provocar que se vea frustrada una de las causas que generaron la sociedad. Esto desde luego en sociedades cerradas y cuyas acciones sean poseídas por dos personas o cuando menos dos grupos de sociedades que puedan tener como efecto que se pueda producir un impasse, lo cual dañaría la vida de la sociedad.

b) Otro caso con los mismos supuestos de tenencia accionaria del punto anterior se daría si uno de los accionistas cayera en quiebra o insolvencia en otra empresa diversa a aquella en que se comparte posición accionaria, teóricamente no debería suceder nada, las aportaciones han sido hechas y repito teóricamente nada sucede, pero considere usted que el accionista de la

entidad sana se dirige a solicitar un crédito para éste, inmediatamente se entenderá que si una parte del grupo está mal, ésta empresa también lo estará, podrá explicar cuantas veces desee el socio al banco que las empresas no tienen nada que ver, sin embargo tendremos que reconocer que cuando menos la duda afectará las relaciones de la empresa que no tiene nada que ver.

c) Una tercera situación, con los mismos supuestos accionarios que los puntos anteriores se daría cuando existente la sociedad, uno de los socios, descubre que su socio se dedica a actividades ilícitas, o es detenido acusado de un delito económico o es un defraudador o cosa semejante, indudablemente que también esto afectará la empresa y con ello al socio que había elegido en ambos casos basado en la aportación y en las cualidades personales del socio.

Podríamos seguir dando casos particulares, pero podrán ser todos aquellos en que una relación se modifique subsistiendo una relación entre los socios diversa de la original, sin que se haya dado la voluntad del que podríamos llamar parte perjudicada.

Como alternativa podríamos pensar en una separación vía escisión, lo que tendría poco sentido pues, por lo general, los entes comerciales o industriales valen más como unidad que separadamente, sumado al hecho de que como ha quedado establecido, el sentimiento de los herederos tenderá más a la autoconsideración como propietarios que como accionistas.

Vista esa situación que se da en nuestro país, y en tanto se desarrolla una educación societaria, tendremos que pensar en vías alternas de un acuerdo entre socios cuyo entorno contractual puede ser modificado por causas ajenas a su voluntad, de casos particulares que pueden llegar.

Una vía de solución lo sería que una de las partes adquiriera el resto de las acciones, suponiendo idénticas porciones accionarias, para lo cual será necesario que una o ambas tengan la posibilidad económica de comprar la parte del otro y que éste estuviera dispuesto a venderlo.

En este caso que es el que tomaremos para desarrollar la posición del contrato pueden presentarse situaciones diversas por ejemplo: la sociedad puede tener pérdidas, puede realizar operaciones generadas por la factibilidad fiscal y en general puede haber dificultades adicionales que harán que esa

supuesta venta no sea tan sencilla, pero de alguna manera esto no impedirá la relación sino que tendrá relación con la valoración de las partes sociales.

«Pero aún así, ¿cuál es el valor de una empresa? Para hacerlo deberemos considerar que una compañía implica un cúmulo de recursos materiales, tecnológicos y humanos que, aunque no pertenecen como patrimonio propio a la empresa, sus capacidades le producirán utilidades, por no señalar los intangibles. Como podrá observarse es una labor sumamente compleja, sobre todo si se trata de empresas pequeñas, comunes en nuestro país, esto es, no insertas en el mercado de valores, lo que facilitaría, si no absolutamente, el conocimiento del valor de la sociedad.

Entre los bienes a cuantificar estarán la imagen e historia de la empresa, su administración, su personal, su capacidad potencial, proyectos y expectativas, el tipo de compañía a valorar, pues no será lo mismo someter a ese proceso a un club que a una entidad financiera.

Particular problemática tiene la valuación de una empresa con pérdidas; difícilmente aspirarán por ella, pero incuestionablemente tiene un valor al que habrá de llegarse para cualquier arreglo intersocios.

«Muy importante aceptar y reconocer que el acto de valuación de empresas contiene un altísimo grado de subjetividad de los valuadores y las distintas partes interesadas en la valoración.

«La subjetividad estará implícita por el conjunto de activos y recursos tangibles o intangibles de una empresa.

«Aceptada la subjetividad, lo que se hace al valorarla es la aplicación de un conjunto de principios, premisas, criterios, parámetros, metodologías que permitan seguir un esquema técnico de valuación, el cual genera pautas informativas acerca del valor corporativo de la empresa».⁹⁹

Aunque no es motivo de este trabajo, debo manifestar que en mi investigación sólo he encontrado dos sistemas de valuación de empresas cerradas (no cotizadas en bolsa), y son uno estadounidense denominado sistema Delaware y el reseñado por el autor citado en el párrafo anterior.

⁹⁹ Aguirre Mora, Octavio. El manual de ingeniería financiera, edición del autor, México 1997

Como es evidente, la necesidad de un contrato que dé solución a ésta problemática es, a mi juicio muy claro, por lo que habremos ahora de considerar la forma en que deberá celebrarse, pues se trata de un contrato atípico, que no presupone consecuencias no pactadas expresamente, y para efectos probatorios sugerimos se haga por escrito, lo cual nos llevaría a considerar si, tratándose de un pacto entre socios, la regulación deberá hacerse anexo o dentro del propio pacto social, o deberá constar en contrato diverso.

No entraremos, por no ser el lugar ni la materia a considerar, a la naturaleza jurídica del acto constitutivo de la sociedad. Para ello seguiremos nuestra legislación societaria y la correspondiente española de 1989. De ellas se desprenden dos grandes estadios, la constitución de la misma o celebración del contrato y el nacimiento de ésta con personalidad jurídica, dos momentos en que la creación, de lo que Welling, con cierto humor, ha denominado como «el misterio del nacimiento de una entidad corporativa».¹⁰⁰ Así, la sociedad nace en España, y en la forma usual en México, por la constitución ante notario público, pero el nacimiento de su personalidad jurídica se dará con la inscripción en el registro; de ese modo, en estos países, y con la salvedad mexicana de la constitución por suscripción pública que después trataremos, la constitución requiere comparecencia ante fedatario, no pueden ser recogidos en documento privado, como en Francia, cuando no hay aportación de inmuebles ni por documentación mediante sentencia como opera en el derecho teutón.

El caso de las sociedades irregulares es singular, pues esta situación puede darse por dos vías: la primera, que la constitución se haya recogido en documento privado, y la segunda, que no se haya registrado. La primera forma no está regulada en ninguno de los estatutos legales, pero quien así se constituye hace evidente su deseo de optar por la irregularidad; en el segundo caso, al no proceder al registro, se pone en evidencia que se dejó de estar en la fase de formación o de constitución y ha querido estar sujeta al régimen previsto para la irregularidad.

El sistema de constitución por suscripción pública, aunque regulado legalmente, está en desuso y el autor de este trabajo no conoce ningún caso de

¹⁰⁰ Welling, B. Corporate Law in Canada. The governing principles, Toronto 1989

este tipo. En España ha sido sustituida por la fundación con promoción de la suscripción pública, mas ambas resultan irrelevantes para nuestro estudio, ya que lo fundamental es como van a regularse las relaciones entre los socios en asuntos que no tengan que ver los asuntos societarios sino las relaciones entre socios.

Por ello debemos ver cuáles son las menciones absolutamente obligatorias que deben tener las sociedades anónimas, para vislumbrar si los acuerdos que hemos tratado se regulan en los artículos 6 y 91 de la LGSM, y 9 de la LSA española, y son:

- a) Los nombres de los constituyentes (sólo en México).
- b) La denominación.
- c) El objeto social.
- d) El domicilio social.
- e) El capital, sus variables, aportaciones y regulaciones, así como quienes las suscriben (dos en México y tres en España, como mínimo), cómo se pagará y si hay privilegio para fundadores.
- f) Estructura y capacidades de los órganos de administrador, capacidades, sistemas de elección, facultades de deliberación y ejercicio del voto y, en su caso, restricciones para la circulación de las acciones, nombramientos de administradores y comisarios, sistemas de aprobación de utilidades, fondos de reserva.
- g) Bases de liquidación y disolución.

Ahora bien, ¿cuáles pactos intersocios serán válidos? Tenemos presente la prohibición establecida por el artículo 198 de la LGSM relativo a la penalización con nulidad de los convenios que restrinjan la libertad de voto de los accionistas, pero esta nulidad sólo afecta al contrato donde se acordó, pero no en cuanto el acto que puede celebrarse; de tal modo, que se podrá demandar la nulidad del pacto, a que se refiere este párrafo, pero, ¿qué sucederá si existiendo un contrato de ese tipo se ejerció el voto? ¿será éste válido? No conozco disposición alguna que me lleve a pensar en que el voto fuera nulo, pues si se diera sería válido; probablemente, la nulidad del pacto provoque a favor de la inocente, el pago de daños y perjuicios en conjunto con la declaratoria

de nulidad, pero lo que es evidente es que el voto ejercido, bajo los términos de dicho pacto, será válido por no haber disposición que así lo prohíba. ¿Podrá pactarse una venta obligatoria sujeta a condición? ¿Cuáles pueden ser estas condiciones?

En cuál de esos capítulos pondría usted un pacto entre socios; tal vez en las restricciones de circulación, pero el acuerdo no es restrictivo sino, por el contrario, de darse las condiciones se operaría la circulación y de no lograrse ésta se llegaría a un *impasse* entre los grupos de accionistas; además, si se pactara en el contrato social obligaría a todos los accionistas en el momento y en el futuro, sin importar si las causas que lo originaron subsisten o no.

Como se puede advertir, los acuerdos de socios que podrá contenerse en el cuerpo de la escritura constitutiva se refieren, en primer término, a las disposiciones para que el nuevo colectivo tenga vida propia como persona diferente que será; el resto regula las relaciones de esa nueva persona con sus accionistas, pero no cabe en ella la regulación entre los accionistas, salvo las restricciones de circulación que norma el artículo 130 LGSM y que son bastante relativas. Mas resulta claro al suscrito que dichas regulaciones no deberán quedar incrustadas en la propia escritura, lo que significa que no pueden celebrarse. En España la legislación es más clara, pues el artículo 10 de la LSA establece lo siguiente: «en la escritura se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes *ni contradigan los principios de la sociedad anónima*» (los subrayados son míos); y como se deriva del texto, se podrán poner los pactos y condiciones que no rompan la configuración de la sociedad anónima, esto es, su estructura de sociedad capitalista, aunque sí podrán acordar situaciones tales como futuros aumentos de capital y ciertas restricciones a la circulación, situaciones en las que estaremos en desventaja en nuestra legislación en que esto no será lícito, así vemos como tanto en México como en España no pueden prevenirse cuestiones que contradigan los principios de la sociedad y es lógico esto porque dicha constitución tiene dos objetos diversos, una será regulatoria de la vida de la sociedad, de su nacimiento, vida y extinción y la otra tiene como objetivos fundamentales el regular conflictos

personales de personas que accidentalmente se encuentran imbuidos en una relación, pero que su actuar, puede dañar indirectamente a la sociedad

Una vez concluida la cuestión, considero más adecuado optar por un contrato diverso, y se debe tener cuidado en verificar que los acuerdos tomados sean lícitos, posibles y exigibles a la contraparte.

Es por ello que debemos analizar otra posibilidad, la de hacerlo en un contrato innominado y atípico, dado que ninguno de los contratos conocidos posee contenidos obligacionales que den completa solución al asunto. Podrá, como parte del acuerdo, usarse uno o varios contratos típicos como partes de una más compleja negociación, pero el caso a estudio es sencillo. Recapitemos. Dos integrantes de una sociedad anónima tienen, cada uno, con el 50 por ciento de las acciones. Hasta ahora, las relaciones entre ellos han sido buenas, pero temen que se dé alguna de estas situaciones: a) que uno de ellos muera y por ello se haga imposible una relación igual de cordial con los herederos; b) que alguno de ellos caiga en quiebra o suspensión en otra empresa o concurso personal, y c) que caiga uno de ellos en prisión por delito intencional.

Las situaciones ficticias pueden poseer el grado de complicación o de sencillez que la interrelación humana llegue a tener, pero el ensayo que celebramos debe producir un acuerdo de voluntades que pueda solucionar la problemática planteada, antes de decidir si su temática valdría la pena insertarla en la escritura constitutiva, como ya lo mencionamos en otro documento societario o en un contrato sin relación con la vida social; así pues, tratemos de focalizar esas necesidades en cláusulas.

Volvemos al supuesto básico del problema:

El señor **A** es propietario de 100 acciones comunes de la sociedad hipotética S.A., equivalentes al 50 por ciento del capital social de dicho colectivo.

El señor **B** es propietario de 100 acciones comunes de la sociedad hipotética S.A., equivalentes al 50 por ciento del capital social de dicho colectivo.

El contrato deberá contener un capítulo de antecedentes en el cual se expongan cuales sean las causas y los alcances que desean con el contrato que se elabora, estableciendo desde luego como obligación de este contrato la

creación por cada uno de los comparecientes de un fideicomiso irrevocable, en el cual sean fideicomitidas las acciones, la actuación como accionistas permanecerá intocada pudiendo cada uno de los interesados (que serán fideicomitente y fideicomisario) manejar las acciones con absoluta libertad y sin compromiso alguno.

La única obligación que deberá mantener clara e irrevocablemente el fideicomiso, será que, en caso de que acontezcan las condiciones fijadas en los artículos de los incisos a, b y c la otra parte (extraña al fideicomiso), tendrá que ocurrir a éste y dándole aviso de que los términos del contrato y del fideicomiso, se han dado las condiciones que hacen nacer la obligación de venderle.

El fiduciario ordenará valuar las acciones lo que será conforme a los términos del mismo contrato.

Para los efectos de este contrato ambos otorgantes han tenido una relación de respeto y cooperación como accionistas de la antes mencionada sociedad, y mantiene dicha entidad una posición privilegiada hacia bancos y proveedores, en cuanto a crédito y confianza, pero temen perder esa situación en caso de que se den los supuestos a, b y c antes descritos. *Prima facie*, podríamos pensar en una promesa de venta sujeta a condición suspensiva.

El primer problema que enfrentaremos será la inmovilización de las acciones, dado que de mantener cada parte su tenencia accionaria podría venderla o enajenarla para cubrir otra obligación, lo que produciría que, cuando mucho, en caso de que se diera el supuesto ya se hubiere traspasado, lo cual generaría el pago de daños y perjuicios.

Podríamos solucionar este problema de diversas maneras: a) creando un fideicomiso en el que ambos sujetos fideicomitan su porción accionaria, lo que nos colocaría en el supuesto de disolución previsto por la fracción IV del artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana, pues habría un solo accionista: el fiduciario; b) podríamos hacer un fideicomiso para cada uno de los accionistas en el que afectarían el fideicomiso su porción accionaria con la instrucción de que el propósito del mismo sea garantizar que se cumpla la transmisión de las acciones, conforme un contrato anexo, ya que estos fideicomisos son unilaterales, pero puede darse que se constituyan en

cumplimiento de un contrato bilateral, por tanto esta última fue la vía que optamos por el contrato.

Establecida la forma, términos y valorador que procederá a la valuación de las acciones, una vez practicada esta se hará saber al presunto comprador, cuales son los plazos en que tendrá que cubrir el pago.

Lo anterior, porque es evidente que aunque se hayan fijado los parámetros de valuación se requerirá tiempo para que esta así como la que el adquirente tenga los bienes ya que nadie va a tener disponibles de inmediato los dineros necesarios para el pago.

Deberemos ser muy cuidadosos para que, en ningún momento, pueda darse la inamovilidad, en virtud de que no puedan ser votadas las decisiones, pero si nosotros adoptamos este último sistema nos encontraríamos con que los accionistas son diversos de los administradores.

Cada fideicomiso podrá votar en forma autónoma dependiendo tan sólo del comité técnico de los fideicomitentes le dictare, por lo que durante su vigencia no se impedirá a ninguna de las partes ninguno de los derechos que tendría simplemente como accionista.

El precio se haría determinable en el momento de que aconteciera cualquiera de las siguientes hipótesis u otras que estuviesen pactadas:

a) La muerte de uno de los fideicomitentes, y se tendría que hacer a favor del fideicomisario en un periodo que se fijaría por ambos a la constitución del fideicomiso.

b) En el caso de que uno de los fideicomitentes fuese accionista en una porción mayor al 10 por ciento del capital social y esta empresa quebrara o se sujetase a suspensión de pagos;

c) En el caso de que uno de los fideicomitentes sea declarado en estado de interdicción; y

d) Cualquier otro caso en que así lo consideren.

El contrato no podrá ser rescindido, sino previo el pago de la cantidad que, como indemnización, fije una parte de la otra. En la medida en que el fideicomiso se realiza como parte del cumplimiento del pacto intersocios, si por

cualquier causa éste desapareciera se entenderá como rescindido el contrato con la obligación de cubrir la indemnización fijada.

Si el supuesto comprador ejercita el proceso de venta y no cumple, deberá cubrir a favor de la otra parte una cantidad que se pactará en el contrato y el fiduciario quedará relevado del cumplimiento de la obligación.

Por tanto podremos establecer que los elementos personales del contrato lo serán los propietarios de grupos de acciones.

El objeto del contrato será que no se transmitan esas acciones en perjuicio del otro socio; el contrato es gratuito, bilateral y condicional.

Como se ve el fideicomiso sólo se constituye en vías de cumplimiento del contrato, sin que este sea parte existencial del otro ya que la obligación principal será la venta condicionada de las acciones en determinados supuestos.

CAPÍTULO IX

TIANGUIS

Existen fenómenos contractuales en nuestro país y en nuestro estado que por no haber sido regulados no prestan el servicio individual y colectivo que deben prestar; tal es el caso del que he nominado como contrato de tianguis, en remembranza de los antiguos mercados aztecas.

De regularse, este contrato será de gran utilidad para la organización, representación y funcionamiento de tianguistas y tenedores de puesto en los mercados, situación que ha sido especial motivo de preocupación gubernamental, según ha sido expresado por los medio de comunicación. Si bien un contrato es por sí mismo incapaz de controlar las pasiones humanas, sí puede proporcionar a las partes una seguridad que será apoyada por el estado, seguridad que le permitirá realizarse personalmente.

Veamos, pues, el concepto y funcionamiento del contrato.

Constituyen un tianguis aquellas personas físicas o jurídicas que, reunidos bajo un mismo recinto y bajo una misma denominación, lo han hecho para explotar sus propios negocios, empresas o sociedades comerciales o un oficio independientemente, sin enajenar a la colectividad sus propios bienes.

Habrá que determinar si el tianguis forma una estructura contractual o societaria considerando que las primeras se forman por el acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones; pero la naturaleza de las obligaciones que pueden ser creadas, transmitidas, modificadas o extinguidas es una obligación cuya naturaleza es recíproca, esto es, que su cumplimiento dependa de la reciprocidad que dé la otra parte; o sea, mi derecho frente a tu obligación y viceversa, y no como en la práctica societaria que las voluntades se funden no en cuanto a la adquisición de un derecho frente a otro sino la creación de una voluntad derivada, pero no correlativa a la voluntad de las partes; por ello tendremos que concluir que se trata de un caso de agrupación y no de acuerdo contractual.

Cabe cuestionarse si el contrato forma o no una sociedad mercantil o, como pretendo, es un contrato civil. En este aspecto tendremos que atender, primeramente, un recurso formal consistente en el hecho de que el artículo 1 de

la Ley General de Sociedades Mercantiles es excluyente de cualquier otro tipo de sociedad, sin importar la naturaleza de los actos que celebre –esto es, el carácter de sociedad mercantil–; se adquiere por el reconocimiento que la ley de la materia otorgue y no por los actos que realice. De ese modo, y al no estar reconocida como sociedad la figura, pues no podrá considerarse que sea de carácter mercantil, la legislación en materia de comercio es facultad concedida por los estados a la federación, tal y como se regula en el artículo 73 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los actos que regula el artículo 75 del Código de Comercio no pueden ni analógicamente incluir al contrato de tianguis como acto de comercio y al no ser ésta su naturaleza, ni pública, pues deberá ser civil. Nótese que hablamos del contrato por el cual nace y se desarrolla el tianguis, y no la práctica del tianguista, la cual sí es comercial.

Ahora bien podríamos considerar que se trata de un contrato asociativo con fines particulares. Ciertamente, su objetivo no es en sentido estricto societario, pues no tiene un fin predominantemente económico, y tampoco es asociativo ya que, si bien no es el fin lo económico, sí lo es el conseguir representatividad una de sus bases. Su función no será ni la búsqueda de utilidades, ni la realización de actos de interés económico pero, sin embargo, tendrá ingerencia económica en cuanto que una de sus razones de existir lo será la de ser receptora del crédito que, en forma colectiva, deberá recibir el grupo para la ubicación, construcción o modificación del tianguis. De ese modo, no podemos incluir la figura en lo de sociedad civil, y tampoco entra en el rubro de las asociaciones, ya que, como se vio, parte del objeto sería económico y tan sólo los efectos de representatividad entrarán en esa figura.

Esta sociedad o grupo, que podríamos designar como grupo de interés económico, ocupará un recinto: puede ser un mercado o una zona designada como tianguis, para lo que será necesaria una cierta permanencia, esto es, la costumbre de que ese tianguis o mercado se ubique en el mismo lugar, cuando menos temporal o periódicamente.

Personalmente, me inclino por designarla sencillamente como tianguis, o sea, la designación usada para este tipo de comercio por los aztecas, y definir más claramente la naturaleza de la agrupación.

La ocupación de un recinto es una de las características básicas de la figura. Esto es necesario debido a que probablemente el único aspecto de coherencia de ese grupo humano lo sea el que desarrollan sus labores independientes bajo ese recinto. Alguno podrá manifestar que recinto se refiere a un mercado construido, pero que no se da en un tianguis o mercado callejero donde la instalación es provisional. Puede ser parcialmente cierto, mas no podemos olvidar que esta figura se pretende crear para solucionar, en parte, la evolución del comercio ambulante a uno ya fijo.

Recinto significa espacio cerrado dentro de ciertos límites, o sea, que si es perfectamente identificable la zona donde el tianguis se instala, aunque se haga de manera temporal o periódica; conceptualmente, el público habla de estos mercados como un lugar específico, y algunos llegan a ser referencia incluso de la zona donde se desarrolla. Por ello basta esta identificación conceptual para nuestros efectos.

El grupo o sociedad deberá para existir poseer, aún temporalmente, arrendar o ser propietaria – pero cualesquiera de estas u otras formas de posesión que se de tendrá que tener base legal, esto es deberán poseer a título de propietario, arrendatario, comodatario, concesionario o cualesquier otra figura que haga legal la posesión del predio sobre el que situará – incluso en forma temporal o periódica el grupo.

Por recinto debemos entender un espacio que se distingue por formar un solo cuerpo, de tal modo que podrá serlo uno de nuestros tradicionales mercados –sería la forma más perfecta de la figura–, o un tianguis que tiene unidad visual, esto es, que quien ha estado en uno de ellos puede saber, perfectamente, dónde comienza o termina.

Cada miembro del grupo de interés económico o de la sociedad de interés será titular de una parte social intransferible sin la voluntad de la asamblea – salvo el caso de sucesión– que le concede el derecho de realizar su comercio u oficio en un fijado por la asamblea constitutiva o en las de admisión, expulsión y

ubicación, y a recibir el beneficio de los servicios comunes. Las citadas asambleas de admisión, expulsión y ubicación podrán designar espacios más amplios para que los miembros ejerciten actividades sujetas a una temporada, por ejemplo, la navideña, o para designar miembros temporales, y se realizarán cuando un 5 por ciento de los tianguistas lo solicite.

La propiedad de cada negocio en particular pertenecerá en forma absoluta al miembro del grupo, el que, respetando las reglas comunes de conducta para con los demás miembros y para con la sociedad, podrá manejar y disponer absolutamente de sus fondos de comercio como mejor le parezca, sin que tenga por ningún concepto que solicitar, pedir permisos o autorización alguna a los comités o a la asamblea para compraventas, o de ninguna manera acatar reglas que restrinjan, limiten o controlen su comercio.

Los fondos de comercio no podrán ser creados o transferidos por la sociedad o grupo, puesto que se limitaría la creatividad empresarial de los tianguistas, y para evitar susceptibilidades y preferencias, la competencia acerca de las aportaciones al tianguis por sus integrantes y las erogaciones tendrán que dividirse por montos autorizables por el comité de adquisiciones y por la asamblea general.

Deben existir limitaciones dentro del derecho del tianguista, que permitan que la figura no se desnaturalize.

a). El tianguista, además de capacidad general para contratar, deberá ser comerciante y estar registrado como causante ante la autoridad hacendaria –en cualesquiera de las formas que ésta tenga establecidas – y acreditar con copia de su declaración anual, que continúa cumpliendo ese requisito.

b). El local más grande no podrá ser siete veces mayor que el más pequeño del tianguis, y estará prohibido que dos personas familiares sin límite en la línea ascendente o descendente –cuarto grado en lo colateral o de afinidad– puedan tener dos o más locales contiguos.

c). Los fondos de comercio de los tianguistas organizados serán inembargables, salvo el caso de decomiso por autoridad competente y alimentos.

d). Cada tianguista tendrá derecho a un voto, sin importar la superficie del comercio que posea, y deberá cubrir los gastos del tianguis en un por ciento igual al porcentaje que represente en el total de zona comercial y zonas comunes.

e). Los únicos créditos que podrán solicitarse por la sociedad, como ente sujeto a él, serán aquellos tendentes a adquirir terrenos o construir o remodelar recintos para establecimiento o mejoría del tianguis.

Un tianguis se constituirá por la celebración de la asamblea fundacional, que se realizará de la siguiente forma:

El comité fundacional deberá dar cuenta a la asamblea de:

1. Proyecto de estatutos que contenga los puntos a) a la e).
2. Autorización municipal (si el tianguis o mercado funciona ya), o viabilidad de vocacionamiento.
3. Oferta de tenencia del terreno o inmueble donde se establecerá, o certificación de que ya se encuentra utilizándolo.
4. Plano de ubicación de los locales y asignación de éstos.

1.1. El proyecto de estatutos deberá contener además de los puntos que van de la a) a la e).

1.1.1. Razón social o denominación.

1.1.2. Duración.

1.1.3. Domicilio.

1.1.4. Cómo se administrará y facultades de administración con la limitación antes mencionada respecto a créditos.

1.1.5. Personas designadas para firmar el acta.

Se citará a la asamblea fundacional por medio de la publicación en un periódico.

La asamblea fundacional analizará el proyecto que presenta el comité y podrá, durante la celebración de ésta, realizar las modificaciones que consideren pertinentes y aprobará los puntos del 1 al 4, por mayoría simple y realizada la asignación de los locales a que se refiere el este último.

Una vez aprobados los puntos fundamentales, se levantará acta que, firmada por las personas designadas en la misma, estará treinta días a

disposición y se adherirán al contrato firmándolo y anexando su constancia de registro federal de contribuyentes.

Transcurridos ese lapso, señalado en el punto anterior, tendrán sesenta días los miembros designados para comparecer ante el notario público de su elección a protocolizar las siguientes constancias:

1. Nombres, apellidos y registro federal de contribuyentes de los tianguistas.
2. Proyecto de estatutos.
3. Autorización de funcionamiento expedida por el Ayuntamiento o, en su defecto, vocacionamiento que declare posible ese hecho.
4. Contrato que autorice la tenencia legal del predio o concesión, en su caso.
5. Planos de ubicación de los locales y asignación de éstos.
6. Acta fundacional, con designación de delegados.

Expedido el testimonio, se registrará en el Registro Público de Comercio, en la sección de sociedades y desde esa fecha tendrá efecto legal.

Quedo a su disposición para cualquier aclaración al respecto.

CAPÍTULO X

LEASING, O ARRENDAMIENTO FINANCIERO

Este tipo de contrato fue uno de los más controvertidos entre los atípicos, pero conforme ha sido regulado va tomando caracteres propios que lo singularizan. Las dificultades iniciales se manifestaban debido a su peculiar naturaleza y su cuestionable nominación como traducción del genérico en inglés *lease* que, entre otras acepciones, puede traducirse como arrendar, aunque ningún autor que yo conozca pretende asimilar el contrato en estudio con el de arrendamiento que regula el Código Civil.

Carlos Vidal Blanco, en su conocida obra sobre el *leasing*, cita un trabajo de investigación en que se relatan, con amenidad, diversos temas relacionados con este tipo de contrato en la Antigüedad, y concluye que esta institución, considerada en su aspecto genérico-tradicional del contrato de arrendamiento de cosas, se practicaba en las culturas de Oriente Medio, hace ya 5 mil años, en el pueblo sumerio, localizado al sur de la Mesopotamia, en gran parte de lo que actualmente se conoce como Irak.

Los antecedentes más remotos aluden al arrendamiento de tierras. Asimismo, han aparecido normas aplicables al arrendamiento de barcos en los ríos Éufrates y Tigris y en el Golfo Pérsico, y otras que se refieren al *leasing* de animales, como era el Oxea, comúnmente empleado en la agricultura de Babilonia.

Más tarde, en la antigua Grecia, se encuentran citas que corresponden a Demóstenes, quien en sus discursos hace evidente la existencia del *leasing* de esclavos, minas y barcos.

El discípulo de Sócrates, Jenofonte, tuvo participación en un proyecto de *leasing*, que consistía en la compra de hasta 6 mil esclavos cuyo objetivo era posteriormente arrendarlos para la explotación de minas de plata.

En el hecho, los bienes objeto del contrato pasaban a formar parte de la empresa, como si pertenecieran al arrendatario, ya que se incorporaban

prácticamente a ella. En el caso de los esclavos, se dice que permanecían como parte del «equipo de las minas».¹⁰¹

El arrendamiento que regula el Código Civil se define como aquel contrato en virtud del cual «...las dos partes contratantes se obligan recíprocamente una a conceder el uso o goce temporal de una cosa y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto».¹⁰²

De tal modo, en dicho arrendamiento se supone la existencia de un bien propiedad del arrendador o del autorizado de éste, cuyo uso o goce es la causa generadora del pago; se transmite el bien y por el uso y goce de éste se paga un precio. En cuanto a la Teoría del Riesgo, se mantiene la regla general de que la cosa perece para su dueño, y la incapacidad para arrendar se regula en Jalisco por oposición a lo dispuesto en los artículos 1283 y 1986. El precio de la renta podrá ser en dinero o en cosa cierta y determinada o determinable al momento del pago; como se verá, las disposiciones son diferentes a las condiciones del arrendamiento financiero que estudiaremos más adelante.

En el derecho estadounidense existe una perfecta clasificación entre ambos contratos, y no se considera que uno y otro estén relacionados, pues cada uno tiene sus características propias.

El *Blacks Law Dictionary* define *lease* como aquel «contrato por el cual una persona deja a otra un cierto espacio construido o baldío, por una específica unidad de tiempo, generalmente una semana, mes o año».¹⁰³ Así lo decretó la sentencia citada

Otra sentencia estadounidense lo define como «El acuerdo según el cual el propietario entrega la posesión y uso de su propiedad por una retribución determinable y por un término definido, y al terminar éste, el propietario tiene el derecho absoluto de retomar, controlar y usar la propiedad».¹⁰⁴

A diferencia de lo anterior, el apéndice B del *Uniform Commercial Code* define el *finance lease*, o arrendamiento financiero, de la manera siguiente:

«...arrendamiento financiero significa un arrendamiento en el cual (i) el

¹⁰¹ Vidal Blanco, Carlos. *El leasing*, Madrid 1977

¹⁰² Artículo 2389, C.C.D.F., artículo 1980, C.C.J.

¹⁰³ Spiers y Lake Shore Enterprises Inc. La App. 210 So. 2nd 901,903

¹⁰⁴ transamerican Leasing Corp. y Bureau of Revenue App 80 N.M. 48, 450 p. 2nd 934,937

arrendador no selecciona, manufactura o provee los bienes, (ii) el arrendador adquiere los bienes o los derechos de posesión y uso de los bienes relacionados con el arrendamiento, y (iii) el arrendamiento recibe una copia del contrato probando que el arrendador compró los bienes al firmar el contrato de arrendamiento, o la aprobación del arrendamiento del contrato probando que la adquisición por el arrendador de los bienes es una condición que hace eficaz el contrato de arrendamiento».¹⁰⁵

El mismo cuerpo legal para sus efectos define que este artículo (cuerpo de ellos) «...se aplica a cualquier transacción, a pesar de la forma que adopte para crear un arrendamiento financiero en que funda su existencia son: a) que el arrendador no sea fabricante, distribuidor o vendedor del bien que será materia de la transmisión; b) que el arrendador sea quien adquiere la posesión y derecho al uso de los bienes; y c) varias formas de acreditar el hecho de la voluntad cumplida».¹⁰⁶

Como se puede ver, el derecho sajón ha establecido claramente las diferencias entre uno y otro contrato. En nuestro entorno podríamos establecer en lo general con que en tanto que el artículo 25 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito considera como elementos definitorios del contrato de arrendamiento financiero aquél por el cual «...la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral obligándose ésta, a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, en una cantidad de dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales a que se refiere el artículo 27 de esta Ley».¹⁰⁷ ()

De tal modo, entre el arrendamiento y el arrendamiento financiero similitudes y diferencias saltan a la vista. Podemos encontrarnos con una similitud, y esto es que, en ambos casos, se concede el uso y goce de un bien, aunque en el caso del arrendamiento es la prestación principal única, en tanto

¹⁰⁵ Apéndices B del Uniform Commercial Code.

¹⁰⁶ Ut supra

¹⁰⁷ Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.

que en el financiero es una de las tres obligaciones principales que de la definición se desprenden, y estas son: a) adquirir determinados bienes; b) conceder su uso o goce temporal; y c) fijar una de cuatro opciones terminales.

En cuanto a las diferencias principales, la contraprestación en el arrendamiento se hace a cambio del uso y goce, y precisamente por ese concepto; en tanto que en el arrendamiento financiero es a cambio de todas las prestaciones y no del uso y goce en especial, ya que puede darse el caso de que el bien no haya sido entregado y, por tanto, no se esté gozando o usando y se tenga que pagar la contraprestación y, también, se puede dejar de gozar el bien por pérdida y seguir cubriendo el canon o contraprestación.

Otra diferencia es que, mientras la renta en el arrendamiento se fija libremente o existe un límite superior, como pueden ser los decretos congelatorios de éstas, o del antiguo artículo 2370 del Código Civil de Jalisco que ponía como límite máximo el 12 por ciento anual del valor fiscal. En cambio, en el arrendamiento financiero el canon o pago de la contraprestación se forma forzosamente con el precio del bien arrendado, más sus intereses, más comisiones y demás accesorios, o sea, se trataría de un pago que no puede ser inferior a esos conceptos sumados.

De ese modo tenemos que el arrendamiento financiero resulta más un sistema de financiamiento que un arrendamiento o una variante de éste, pero ya nominado por los autores y aceptada por el uso popular analizaremos los elementos que lo singularizan.

El primer elemento que caracteriza el contrato es que para constituirse en arrendadora financiera será necesario haber obtenido autorización por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público quien, en forma discrecional, la otorgará para la constitución y operación de la empresa arrendadora, conforme a lo dispuesto por los artículos 5, 6, 7 y 8 de la LGDAAC, que regulan, entre otras cosas, la necesidad de un depósito, la protección a la denominación de arrendadora y la forma de sociedad mercantil de la cual deberán, forzosamente, tomar forma, con lo que no cualquier persona puede ser arrendador financiero, sino sólo aquéllos autorizados, como se ha declarado.

Lo anterior establece la diferencia entre este contrato en relación con el de arrendamiento, dado que en éste el arrendador no requiere de cualidades particulares, en tanto que sí son especiales para el arrendamiento financiero. Para la celebración del arrendamiento será necesario que exista el derecho de disposición sobre el bien, ya sea por algún tipo de titularidad o simple autorización, en tanto que para la celebración del contrato de arrendamiento financiero no es necesario, ni siquiera, que el bien exista, y mucho menos que la arrendadora financiera tenga algún derecho sobre él.

De ello se genera la segunda obligación singular del contrato en comento, y es la de «adquirir determinados bienes» que serán entregados al arrendatario para su uso; éste deberá (artículo 30 LDAAC) «...seleccionar al proveedor, fabricante o constructor y autorizar los términos, condiciones y especificaciones que se contengan en el pedido y orden de compra, identificando y describiendo los bienes que se adquirirán».¹⁰⁸ Ante esta obligación de adquirir campea el derecho del arrendatario de señalar qué se adquiere, de quién se hace y en qué precio y condiciones se realiza; ello trae como consecuencia que la arrendadora no será responsable de error y omisión en la orden de compra y, salvo pacto en contrario, serán a cargo de la arrendataria los vicios de la cosa, y de haber pérdida parcial o total ésta será a cargo del arrendatario, y es excepción al principio general de derecho de que las cosas perecen para su dueño, aun en los casos fortuitos o de fuerza mayor.

Para el ejercicio de las acciones derivadas del derecho que se menciona en el párrafo anterior, la arrendadora deberá transferir a la arrendataria los derechos para que los ejercite contra el proveedor o, en su caso, legitimará a esta última para ejercer las acciones que correspondan.

Pero frente a las eventualidades señaladas, la arrendataria no queda relevada de su obligación de cubrir el canon o pago de la contraprestación, que deberá continuar haciendo –ya que constituye la contraprestación a cargo del arrendatario– hasta en tanto la arrendadora financiera obtenga el pago del

¹⁰⁸ Ut supra

seguro que, obligatoriamente, ha de existir a favor de ésta en los términos de los artículos 34 y 35 de la ley que regula las arrendadoras financieras.

Otra cualidad que hace singular el contrato en estudio es el proceso que obliga a las partes a fijar el canon o pago de la contraprestación a que se obligó el arrendatario. Éste consiste en que los pagos deberán fijarse e incluir «... que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios»¹⁰⁹. A mi juicio esto nos revela la verdadera naturaleza del contrato: un contrato de crédito, ya que en él no se pretende obtener por el uso y goce de un bien por quién paga, ni usufructuarlo por quien lo posee el objeto del contrato para la casa arrendadora, es el obtener a cambio, de su inversión —el dinero que servirá para adquirir el bien— rinda una utilidad mayor que en otro tipo de inversión que, por su parte, tendrá una triple garantía: el adeudo personal del arrendatario, el valor de la mercancía y el seguro sobre los bienes. En tanto, el arrendatario no desea el uso del bien, sino un financiamiento, más amplio que cualquier crédito de adquisición de bienes, que le permite, sin distraer recursos, adquirir bienes necesarios para la producción. Así pues, es visible que nos encontramos ante un crédito comercial, al que se le dio forma de arrendamiento, posiblemente para evitar situaciones como incrementar el pasivo excesivamente, como reflejar una situación más estable y una relación capital-utilidades más adecuada.

Otra característica fundamental del contrato en comento es la llamada opción terminal, que establece, como condición, que en el contrato se adopte al vencimiento que fija el artículo 27 de la antes referida ley.

La opción terminal es aquélla que, administrada con las otras singularidades del contrato, le dan el carácter que hemos comentado. Así, ¿qué era lo que pretendía en realidad? La opción terminal o el arrendamiento, sería temerario afirmar una cosa u otra, pero ciertamente no es lo que se trata de hacer aparecer.

Ahora bien, la opción terminal consiste en que el arrendatario al finalizar el contrato, esto es, cuando haya terminado de cumplir con el pago de la contraprestación o canon, podrá adoptar cualquiera de estas cuatro opciones: a)

¹⁰⁹ Ut supra

la compra de los bienes a un precio inferior al mercado, según el precio o el procedimiento que se fija en el contrato; b) prorrogar el arrendamiento por un lapso más amplio, previa reducción del canon o pago de la contraprestación por este nuevo periodo; c) a vender el bien y participar con la arrendadora en el precio de éste; d) mediante autorización de la SHCP optar por otra solución, siempre de conformidad con el espíritu de la disposición creada por la figura que estudiamos. En todos los contratos se deberá establecer que la arrendadora no podrá oponerse al ejercicio de ninguna opción.

Será potestativo que la arrendataria otorgue, a favor de la arrendadora financiera, pagarés que amparen el total de lo adeudado, limitados a las siguientes condiciones: a) que los vencimientos no sean posteriores al plazo del arrendamiento financiero, y b) que en ellos conste la causa de su suscripción. Tienen la particularidad de que la transmisión de estos documentos tendrá como efecto el traspaso de la parte de derechos derivados de los mismos, creando una peculiar cesión, que puede incluso ser parcial, en proporción al monto de lo transmitido.

En cuanto a las acciones judiciales que se derivan del incumplimiento por parte del arrendatario –falta de pago– la arrendadora podrá exigirlo y solicitar, bajo ciertos requisitos, en la demanda o durante el juicio, que el juez de plano ordene se le dé posesión de los bienes objeto del arrendamiento.

Una nota curiosa, derivada de la legislación mexicana, es que a las arrendadoras financieras les está prohibido adquirir bienes, mobiliario o equipo no destinado a sus oficinas o a su objeto social, lo que confirma la opinión de que se trata de un contrato financiero, en que para que se dé es necesario adquirir el bien expresamente, aun cuando hay un caso de excepción.

El contrato de arrendamiento financiero mexicano deberá ser otorgado por escrito y, a su vez, ser ratificado «...ante notario público, corredor público titulado [sic] o cualquier otro fedatario público, y podrán inscribirse en el Registro Público de Comercio, a solicitud de los contratantes».¹¹⁰ En relación con esto hay comentarios: la correduría pública, antes regulada por los artículos 51 a 74, inclusive, del Código de Comercio, y hoy por la Ley Federal de Correduría

¹¹⁰ Ut supra

Pública, designan a éste exclusivamente como corredor, y por haber similares en asuntos privados, se les califica como públicos, pero nunca como titulados, pues no requieren grado académico, además de que no conozco si exista el título de corredor. El segundo comentario es que el registro, en caso de conflicto, será necesario ya que una de las condiciones para pedir la arrendadora la posesión de los bienes es la de presentar al juez el contrato registrado y nuestra legislación señala que lo será a solicitud de «los contratantes», mas no aclara si a petición de uno de ellos podrá éste hacerse.

Hemos ya comentado que no existen corredores titulados. Ahora tratemos el resto del numeral; establecida la obligatoriedad de la forma escrita exige igualmente la ratificación ante fedatario; ésta tiene un doble propósito: primero, certificar quién emite la voluntad, y segundo, que esa voluntad se emite en forma libre ante el fedatario.

Ahora bien, nuestra opinión es que ese fedatario podrá ser tan sólo un notario público o un corredor, o quien desempeñe sus funciones, por ejemplo, un cónsul o un juez que sea notario por receptoría, pero dudamos que otro fedatario puede hacerlo así. Por ejemplo, un secretario de juzgado tiene fé pública para el efecto de certificar la actuación del juez y de los documentos emanados de ese juzgado, pero nada más. No podría ser ratificado ante él un acto que no hubiese surgido de su propio juzgado. Así, un secretario de Gobierno o secretario y síndico del Ayuntamiento, se encontrarán que su fe se limita a los actos que puede certificar y no va más allá, e ignoro qué tipo de fedatario tuvo en mente el legislador al mencionarlo.

Los autores no terminan de ponerse de acuerdo acerca de la naturaleza y características del contrato.

Ortúzar dice: «Las razones en que se fundamenta el crecimiento del *leasing* son:

- «1. Fuentes de financiamiento.
- «2. Se obtiene el financiamiento total de la operación.
- «3. Máxima conservación del capital de trabajo.
- «4. Oportunidad de renovación tecnológica.
- «5. Aumento de la capacidad de endeudamiento.

- «6. Mantenición de la propiedad de la empresa.
- «7. La descentralización en la toma de decisiones de equipamiento.
- «8. Facilidad de costeo.
- «9. Flexibilidad y rapidez.
- «10. Conservación de las condiciones de compra al contado.
- «11. Otros servicios incluidos.
- «12. Beneficios tributarios
- «13. Plazos largos».¹¹¹

Paolina Testa establece que «...el *leasing* financiero como instrumento de crédito al consumo, en su forma clásica es una técnica de financiamiento de la empresa; que ante su falta de clasificación se designa como atípico y ha venido siendo utilizado como instrumento de crédito al consumo».¹¹²

Más distingue: «De las principales formas de *leasing* existentes [financiero y operativo] será necesario el considerar si el primero se caracteriza y diferencia del otro en función al financiamiento, por la estructura trilateral de la operación (en las que intervienen un fabricante-vendedor, un adquirente-concedente y un usuario-financiado) para un término largo».¹¹³ Como se ve, para este autor el contrato es trilateral y funda su aserto en el hecho de que, de no haber adquisición por parte de la arrendataria de un bien producido o vendido por un tercero, de no haber esa venta, no podrá darse el arrendamiento financiero, así al ser indispensable para la existencia del contrato la adquisición del bien que señalado por el arrendatario se adquiere por la arrendadora de un tercero. Con ese razonamiento, dicho autor considera el contrato como trilateral.

Calandra, Buonaura, Clarizia y Mirabelli sostienen la inaplicabilidad analógica entre el contrato de arrendamiento financiero y el arrendamiento común y llegan de nuevo a considerarlo como un contrato recesivo: «La resección del arrendamiento financiero en Alemania, Francia e Italia a la ley de los nuevos tipos contractuales y teóricos de redacción de la nueva práctica contractual, surgiendo que ha sido superada la figura».

¹¹¹ Ortúzar Solar, Antonio. El contrato del leasing. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995

¹¹² Testa, Paolina. El arrendamiento financiero, Editorial Milan. 1998

¹¹³ Ut supra.

Así, «...el contrato de *leasing* es una típica operación de crédito a mediano o largo plazo que tiene lugar entre un banco (u otra entidad financiera) y una empresa industrial comercial o de servicios, interesada en incorporar, renovar o modernizar sus maquinarias, equipos e instalaciones para la obtención de mejores niveles de producción».¹¹⁴ Como es evidente, nos encontramos ante un hecho revelador: cuando nos referimos al arrendamiento financiero no nos encontramos de ninguna forma términos unívocos, antes bien, deberemos analizar el contrato que como de arrendamiento financiero se nos presenta.

Jean Marie Leloup, al comentar una jurisprudencia (la 1481-Bis) del Tribunal de la Rochelle, establece que el arriendo amortización es «...como un contrato de alquiler de bienes de equipo de una determinación determinada correspondiente a la amortización del bien alquilado».¹¹⁵

Bibot y Rolin, mencionados por Soyla León, afirman el contrato de una operación de financiamiento cuyo soporte jurídico es el arrendamiento de cosa, o sea, un nuevo modo de adquisición de un bien sin desembolso.

Para terminar de complicar este análisis, el proyecto preliminar de reglas uniformes sobre el arrendamiento financiero (*financial leasing*) –adoptado en forma definitiva en Roma en abril de 1987 por el UNIDROIT, y aprobado en Canadá en abril de 1988–, lo define tripartita, es decir, una persona (concedente) bajo indicaciones de una parte (utilizador) adquiere de una tercera parte (el proveedor) un bien, del material o materiales seleccionados por el utilizador, del cual concede el uso de éste para fines empresariales y profesionales, contra el pago de cánones.¹¹⁶

Ahora bien, para poder determinar el contrato analicemos su clasificación y características.

1.- Es típico, actualmente regulado en nuestro país en el capítulo II de la LGDAAC que aunque pretende regular las arrendadoras financieras, regula tangencialmente el contrato, si bien antes de esta Ley era posible su realización en virtud de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual.

¹¹⁴ Ortúzar. Op cit

¹¹⁵ Leloup, Jean Marie. La Franchise, París 1997

¹¹⁶ Leloup, Jean Marie. Op. cit.

Si bien su nominación y tipicidad lo hacen un contrato «regular», en nuestro país también es cierto que de alguna manera limitan su actuación. Efectivamente, en tanto un contrato es atípico no tiene para su elaboración más límite que contravenir una disposición de orden público y tener un objeto lícito – dentro de él podrán adoptarse todas las modalidades que no contravengan esos principios–, pero al hacerse atípico corre el riesgo, como en la especie, de que el contrato limite las posibilidades de éste, conforme lo dispuesto en el artículo 38 fracción VIII: a las arrendadoras financieras les estará prohibido «VIII realizar las demás operaciones que no les estén expresamente autorizadas, y no pudiendo celebrarlas las arrendadora, pues no deberán ser objeto». En muchos otros países será aún un contrato atípico.

2. Será nominado, ya que ha sido regulado como arrendamiento financiero, con bases propias.

3. Existe aun la cuestión de si el contrato es bilateral o trilateral; nuestra legislación es ambigua al respecto.

Soyla H. León Tovar opta por la bilateralidad del contrato, cuando afirma que aunque la adquisición del bien fuese parte esencial de éste, nos encontraríamos ante cuatro partes, dos de cada contrato; una parte sería la vendedora del bien; otra, la compradora de éste, y estos dos serían parte de un contrato de compra-venta en tanto que el arrendador y arrendatario lo serían del arrendamiento financiero.

No podemos estar de acuerdo con tan estudiosa jurisprudencia, pues siguiendo la doctrina del UNIDROIT, y a los autores italianos ya mencionados, creemos que se trata de un contrato trilateral, pues el ejemplo que esta autora menciona trastoca los tiempos del contrato haciendo que en la compra-venta aún no exista arrendamiento y, por ello, llega a conclusiones erróneas. Cuando el arrendatario ocurre al proveedor a solicitar informes, lo hace existiendo ya el contrato de arrendamiento financiero, por el cual el arrendador estará obligado a adquirir los bienes que en calidad, cantidad, precio y condiciones le haya fijado el arrendamiento; aun suponiendo que el precio o las condiciones sean lesivas, no podrá el arrendador hacer nada más que adquirir los bienes, y no sólo esto, deberá adquirirlos en los términos y condiciones que fijó el arrendatario; de esta

manera, no podrá considerarse como compra-venta, pues la aceptación del objeto materia de esta operación no lo hace el comprador sino el arrendatario. El interés o causa de la contratación del comprador no es adquirir el bien a cambio de un precio, sino cumplir la obligación adquirida con el arrendatario y el precio no se cubre a cambio del bien sino por cuenta de este último, quien con el vendedor fijó, y ese precio se incluirá en el canon.

4. Consensual en oposición a real, esto es, se perfecciona con el acuerdo de las partes y no necesita de la entrega del bien arrendado para que el contrato exista; en otro sentido es formal en oposición a consensual, pues la legislación en vigor establece que el contrato se realice obligatoriamente por escrito. De aquí debe surgir un comentario: el artículo 25, párrafo 3, de la LGOAAL establece que «Los contratos de arrendamiento financiero deberán otorgarse por escrito y ratificarse ante la fe de notario público, corredor público titulado o cualquier otro fedatario público y podrán inscribirse en el Registro Público de Comercio, a solicitud de los contratantes, sin perjuicio de hacerlo en otros registros que las leyes determinen».¹¹⁷

Pero donde se mantiene la duda en forma más trascendente es en la potestad, que no obligación inicial, de registrar el contrato de arrendamiento financiero en el Registro de Comercio a solicitud de los contratantes, esto es, de las dos o tres partes, si se considera bilateral o trilateral, lo cual a *contrario sensu* establecería que no puede ser registrado a solicitud de uno solo de ellos.

Si no se colapsa el contrato, no habrá problema, pero si el arrendatario incumpliese el contrato y la arrendataria desea que el Juez le entregue los bienes arrendados, necesitará acreditar ante éste que el contrato se encuentra registrado debidamente, conforme lo establece el artículo 33 de la LGOAAL.

Por ello debe insistirse en la formalidad de hacer el contrato por escrito, ratificarlo ante fedatario autorizado y registrarlo en el Registro Público de Comercio, además de en los otros registros que sea necesario, pues posteriormente podrá oponerse la arrendataria.

5. Conmutativo, pues las partes conocen, desde su celebración, las prestaciones y beneficios que les traerá el contrato.

¹¹⁷ Ley General de Organizaciones de Actividades Auxiliares de Crédito.

6. Oneroso, ya que las partes obtienen provechos y gravámenes derivados de su celebración.

7. De tracto sucesivo, en la medida en que ciertas partes del contrato se desarrollan en el tiempo en forma continuada.

Intencionalmente he reservado dos puntos para el final de la clasificación, en los que especialmente no he estado de acuerdo ni con Soyla León ni con otros autores, el que sea traslativo de uso y el que sea un contrato de adhesión.

8. Traslativo de uso o goce, pues si bien es cierto que dentro de la múltiple relación que se da entre las partes una de ellas es la transmisión –al menos según la legislación mexicana– en que la segunda obligación de la arrendadora y, por tanto, derecho del arrendatario es la transmisión de ese uso y goce del bien; pues se adquirió expresamente. Soyla León manifiesta que «...por el arrendamiento financiero el arrendatario financiero adquiere el uso y goce del bien a cambio de un precio y eventualmente la propiedad del bien, por lo que también sería traslativo de propiedad, pero esta característica es eventual mientras que la primera es esencial».¹¹⁸

Para Villegas no se trata de un contrato en que el uso y goce es un elemento de éste, sino por ser éste un contrato de crédito, los demás tan sólo la forma de cumplirlo; esta teoría, también reduccionista, tiene el mismo defecto que la teoría de la abogada León, y es que no ven el contrato en su totalidad, sino como elementos de éste, que analizados parcialmente llevan a conclusiones erróneas. El contrato debe analizarse como un todo congruente en que se de la interrelación de sus elementos, vistos íntegramente, y ese análisis conjunto nos dará la verdadera naturaleza de sus elementos

9. ¿Es el contrato de arrendamiento financiero un contrato de adhesión? Ciertamente, no es el lugar para cuestionar el alcance de estos. Creados por el genio de Salleilles, quien los nominó pero no los estudió, la moderna legislación y los autores contemporáneos, como Rezzonico, han estudiado el fenómeno y establecido que no se trata de un contrato de adhesión sino de uno con cláusulas predispuestas.

¹¹⁸ León, Soyla. El arrendamiento financiero, UNAM, México 1995

Remito a ese estudio los argumentos en pro y contra de la teoría. Los autores que he venido citando en la clasificación consideran, sencillamente, que se trate de un contrato de adhesión o, como Villegas afirma añade, un contrato tipo.

Una vez tratada la definición, los elementos y clasificación del contrato, intentemos ahora encontrar la naturaleza de éste buscando la naturaleza de los elementos que la forman, analizados en sí mismos y formando un conjunto.

¿Para considerar este contrato como de arrendamiento bastará que exista transmisión del uso o goce de un bien? No lo creemos así. En el comodato se da esta transmisión en forma temporal y no constituye un arrendamiento.

Así, para que exista arrendamiento, el Código Civil para el Distrito Federal, aplicable en toda la República en materia federal, afirma: «Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto». De ahí se derivan los elementos fundamentales de éste: una parte otorga a otra el uso o goce temporal de una cosa y la otra paga a la otra por ese uso o goce un precio cierto, o sea, que ese otorgamiento del uso o goce será temporal. ¿Cuál es el porqué de esta limitación? Pues, precisamente, para evitar la simulación. Si no fuese temporal sería un compra-venta simulada.

Otra particularidad es que el pago del precio del uso o goce deberá hacerse precisamente por éste, y ello significa que, si por cualquier causa cesará ese uso o goce, el pago por éste o se reduce, conforme lo disponen los artículos 2431 y 2432 del código citado, y no es renunciable, según el artículo 2433 del ordenamiento regulador. Los primeros establecen: «2431. Si por caso fortuito o fuerza mayor se impide al arrendatario el uso de la cosa arrendada, no se causara renta mientras pase el impedimento y si éste dura más de dos meses podrá pedir la rescisión del contrato. 2432: Si sólo se impide en parte el uso de la cosa, podrá el arrendatario pedir la reducción parcial de la renta, a juicio de peritos, a no ser que las partes opten por la rescisión del contrato, si el impedimento dura el tiempo fijado en el artículo anterior. 2433. Lo dispuesto en los artículos anteriores no es renunciable [...]».

Como es visible, en materia de arrendamiento existe el principio de la contraprestación esencial y correlativa; se hace relación entre rentar y usar – permanente e inseparablemente constituidos–, y el legislador deseando proteger al arrendatario, a fin de que no pueda ser obligado por necesidad a renunciar a un derecho que sostiene el equilibrio entre las mutuas prestaciones que deben estar relacionadas, y con ello evita que se modifique por voluntad o necesidad de las partes la justa igualdad que requiere el contrato. Esto hace evidente que el pago realizado por el arrendatario es precisa y exactamente a cambio del uso o goce de la cosa.

Ahora bien, en el contrato esa situación no se da. El artículo 31, fracciones II y III y último párrafo de la LGOAAC establecen que los vicios o la destrucción parcial o total del bien «arrendado», y consecuentemente que el bien no pueda usarse ni gozarse; sin embargo, la arrendataria no queda liberada del pago de la contraprestación.

De ese modo, ¿cómo podemos explicar que una persona quede obligada a pagar una suma por un bien que ya no existe y por ello no puede gozar? Pues como un acto injusto, o como lo es: que el pago no se realiza por el uso y goce de ese bien sino de otra prestación. Si no hay pago a cambio del uso y goce tampoco habrá arrendamiento, y si no lo hay, no podrá darse la variante de éste.

CAPÍTULO XI

FRANQUICIA

El desarrollo empresarial hace aparecer siempre con un ropaje nuevo las figuras comerciales. Tal semeja ser el sino de la franquicia. Ésta parece tener uno de sus orígenes en las mercedes reales, que resultaban ser una «...situación jurídica de exención de algunas cargas o prestaciones, así personales como reales, a que estaban obligados los habitantes de un lugar, villa o comarca, o los cultivadores de un señorío con respecto a su señor dominical o a la autoridad pública».¹¹⁹ Si bien resulta un antecedente lejano, nos da una idea de la evolución del sentido de propiedad y cómo ésta ha pasado —en Europa e Hispanoamérica— del monarca a la sociedad civil.

Con lo anterior certificamos lo siguiente: en materia de contratos nada surge por generación espontánea, aun cuando sus antecedentes nos hacen ver los puntos de divergencia. Así, como no aparece del éter, tampoco podemos decir que la operación comercial la creó solamente; es el camino y las necesidades recorridas las que van delimitando los perfiles que singularizan el contrato, profundamente dependiente y consecuencia del tráfico económico.

Se define «franquicia» (de *franco*) de la manera siguiente: «Libertad y exención que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público».¹²⁰ Vuelve a aparecer nuestra figura como un beneficio otorgado a un gobernado, de ahí que subsista en plenitud la franquicia aduanal. Hecha la anterior acotación —necesaria en aras de una mayor claridad— y antes de iniciar nuestro estudio propiamente dicho, pues en lo sucesivo no mencionaremos esta diferencia. En adelante entenderemos por franquicia al contrato de tal nombre, ignorando el designado como *franchising*, o al denominado por Guyenot, concesión comercial o *franchise*, o al que Le Pera califica como franquicia comercial, que si bien es el mismo podría inducirnos al error.

¹¹⁹ Diccionario jurídico Civitas. Madrid 1999

¹²⁰ Diccionario de la lengua española. Madrid 1990

La historia reciente de la figura se da en los Estados Unidos alrededor de 1890, cuando la Singer Sewing Machine Company utiliza por primera vez este sistema. En los años veinte, Howard Johnson inicia una franquicia en un sistema de hoteles, en tanto que después, el coronel Sanders trataba de crear un sistema similar con sus restaurantes especializados en comida rápida de pollo, lo que hoy es KFC. Igualmente adoptan la franquicia como método de desarrollo la coca-cola y las empresas automotrices. El sistema crece al grado de que, en 1980, el 40 por ciento del comercio detallista de los Estados Unidos se efectúa por conducto de este medio de colaboración, y he leído, sin tener la cita exacta, que este porcentaje ha aumentado. Sin embargo, en 1986 Chuliá escribió «...que en Estados Unidos se está produciendo actualmente una reducción del sistema de franquicia. Lo que se ha dado en llamar un nuevo movimiento de 'rescate' de la misma supone la adquisición por los franquiciados y su conversión en sucursales»,¹²¹

Desde luego, no es posible poner puertas al campo, y el método ha sido usado en otras naciones con más o menor éxito y con la evidente adaptación a los sistemas de esos países en un proceso no de imitación, sino de transformación y adaptación. Leloup menciona que la franquicia estadounidense constituye un sistema diverso, conceptualmente, al europeo. Pero considero que, más que en términos de concepto, es funcional: «...en Norteamérica constituye una alternativa y un medio de defensa contra la gran distribución; en Europa, las grandes cadenas de distribución se valen de la franquicia para su expansión y penetración en mercados en los cuales sería difícil o antieconómico entrar directamente».¹²² En una primer etapa, el sistema funciona con franquiciantes estadounidenses y franquiciatarios europeos, con resultados excelentes, si tomamos en cuenta que en 1976, 234 de ellos funcionaban en el viejo continente, a través de 12 mil 348 de ellos. Después nacen las grandes centrales de compra y crean marcas franquiciadas como Samod, que opera Carrefour; Gagmi, que lo hace con Record, y Rallie o Paridoc, a cargo de Summa y Mamouth. Las primeras son franquiciantes, y los dueños de super o

¹²¹ Chuliá Vicent, E. y Beltrán Alandete, T. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, Editorial Bosch. 1995

¹²² Chuliá Vicent, E. y Beltrán Alandete, T. Op. cit.

hipermercados operan como obligados a vender y comprar bajo los métodos, reglas y estilos establecidos en el contrato, y a pagar un canon o contraprestación a favor de la franquiciante.

De esta figura, que parece crecer y desarrollarse como onda de círculos concéntricos en el agua, y que según Iglesias Prada pasa de una técnica episódica a ser una técnica casi universal. Ello nos hace preguntarnos el porqué ésta aparentemente da ventajas a las partes, que parecen no lograrse por medio de contratos tradicionales. Tal vez porque la franquicia sea singular en tanto tiene un carácter ambivalente: crea una peculiar relación entre las partes signantes del contrato y crea, a su vez, por medio del franquiciatario, una relación multilateral entre éste y los receptores de los servicios para los que franquiciatario y franquiciante aparecen ante el consumidor como una unidad económica.

De esta manera podemos adentrarnos en los fundamentos económicos del contrato de franquicia. Ciertamente es «un modo de organización del circuito de la distribución o de un servicio caracterizado por la integración de varias personas o empresas en una unidad económica que funciona en base a la cooperación y a la ayuda mutua.

«Responde, desde un punto de vista práctico, a las exigencias técnicas y comerciales de los sectores industrializados». ¹²³ Así las cosas, existirá entre franquiciantes y franquiciado una relación contractual, y ésta no será asociativa al no haber ni un *afectio societatis*, ni una aportación común, ni se crea una persona jurídica relacionada, ni se ha otorgado mandatos o contratos de agencia, ni ningún otro género de representación de uno a favor del otro. Sin embargo, mantienen ante el público una presencia común.

«La franchise est un échange de relations commerciales, économiques et humaines sous contrat. Le système permet a l'entreprise franchiseur de donner en licence, moyennant retribution, e une entreprise franchisée, l'ensemble des éléments inmatériels dont elle dispose.

«Franchiseur et franciche trouvent dans la franchise un intérêt respectif. Par la reproduction d'une formule justifiée économiquement et qui a fait ses

¹²³ Gallegos Sánchez, Esperanza. La franquicia. Editorial Grefol, Madrid 1991

preuves, l'un assure un développement rapide, l'autre une réduction de risques»¹²⁴.

Podemos decir que la franquicia es una dinámica que a la vez tiene una intensiva colaboración sujeta a una independencia de ambos contratantes.

Sin embargo, y a pesar de la importancia que la figura tiene, la mayoría de países todavía no regula legislativamente este contrato; los tratamientos doctrinarios aún son escasos y, por supuesto, los criterios jurisprudenciales están casi ausentes. En México, aunque lenta y de manera embrionaria, avanza el tráfico mercantil y con ello la regulación formal. Desconozco si por omisión simple o intencional del legislador, producida por la complejidad del tema —en que éste consideró que la tipicidad era el estatus conveniente para el contrato que analizamos—, el hecho es que en nuestro entorno la franquicia está regulada por la Ley de Propiedad Industrial en su artículo 142:

«Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, 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 y 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.

«Quién conceda una franquicia deberá proporcionar a quien se la pretende conceder, previamente a la celebración del convenio respectivo, la información relativa sobre el estado que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de esta ley.

¹²⁴ *Leloup, Jean Marie, Op. cit. Versión libre del autor: La franquicia es un intercambio de relaciones comerciales, económicos y humanos bajo un contrato. El sistema permite al empresario franquiciante dar en licencia, mediante una retribución, a una empresa franquiciataria el conjunto de elementos inmatrimales de que dispone.*

Franquiciante y franquiciatario encuentran en la franquicia, respectivamente, un interés. Por la reproducción de una fórmula justificada económicamente y que fue probada, uno asegura un rápido desarrollo y el otro una reducción de riesgos

«Para la inscripción de la franquicia serán aplicables las disposiciones de este capítulo».

Del texto del mismo trataremos de obtener los elementos del negocio. Nótese que el legislador no lo designa como contrato, y menciona que habrá franquicia:

Cuando con 1. la licencia de uso de una marca; 2.1. se transmitan conocimientos técnicos, ó 2.2. se proporcionen asistencia técnica. Como consecuencia lógica, éstas serán las principales obligaciones del franquiciante, mas no necesariamente las únicas: 1) producir, ó 2) vender bienes, ó 3) prestar servicios. De manera uniforme, y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendentes a mantener la calidad, prestigio e imagen de 1. los productos, ó 2. Servicios a los que se refiere la marca.

Podríamos establecer como notas características que configuran la franquicia: la existencia de una cadena propietaria de una marca y de ciertos conocimientos técnicos que se le transmiten a otra empresa para que, bajo la supervisión de la primera, los use y ejecute con el propósito de lograr una imagen pública comercial uniforme.

Entre los objetivos y límites que se pactaran en el contrato están la de exclusividad territorial sobre la que operará el franquiciatario, y tiene en cuenta, incluso, la posibilidad de su franquicia.

La duración del contrato y el objetivo de ventas que deberán pactarse, al igual que los suministros que estarán a cargo del franquiciante o de quien éste señale.

Qué derechos concede el franquiciante al franquiciatario y qué pagos deberá hacer el segundo al primero por el contrato y regalías.

Y para completar un análisis esquemático de lo que el contrato debería contener Bescós menciona los siguientes:

- Concesión de zona.
- Licencia de marca.
- Nombre, fecha y lugar de registro.

- Descripción del saber-hacer.
- Definición de la asistencia del franquiciador:

Iniciación técnica y comercial.

Formación.

Documentación.

- Servicios del franquiciador:

Gestión, área jurídica y contable.

Documentación sobre productos y modelos nuevos.

Publicidad.

Formación.

- Exclusividad en los suministros.

- Pagos:

Suministros exclusivos y precio de venta.

Canon o derecho de entrada y *royalties*. Importe y método de cálculo.

- Exclusividad comercial.

- Condiciones de la publicidad.

- Métodos de armonización de la gestión y de la contabilidad.

- Duración de armonización de la gestión y de la contabilidad.

- Duración del contrato. Posibilidad de rescisión y de aceptación de sucesor.

- Cláusula de no competencia.

- Solución de litigios.

- Registro.¹²⁵

De tal modo, la franquicia podría ser definida como «...un método de colaboración entre una empresa *franchisor* y una o varias empresas *franchisees*. Según esta definición, el *franchising* implica para la empresa *franchisor*, quien es titular de una marca o de un emblema que representan una fábrica, un comercio o un servicio, la obligación de poner a disposición de la empresa *franchisee*, a título oneroso, primeramente su habilidad, los medios y la asistencia para facilitarle su éxito y, además, un conjunto de productos o de servicios explotados

¹²⁵ Bescós, Modesto. *Factoring y Franchising*. Ediciones Pirámide, Madrid 1990.

previa, obligatoria y totalmente de acuerdo a técnicas comerciales uniformes, originales y constantemente puestas al día». ¹²⁶

En torno a diversos contratos con los que pudiera tener relación el llamado de franquicia, se da, entre otros, el de distribución, que pudiéramos considerar es aquél en que dos empresas o personas diferentes se comprometen, uno, a proporcionar ciertas mercancías a otro llamado distribuidor. Por lo general, se trata de una empresa mayor que remite a una menor sus productos, en ocasiones en forma exclusiva. En él se transmite la tenencia del bien, pero por lo general la propiedad de los bienes es de la empresa más cercana a la fuente del producto, y el distribuidor sólo la tiene para hacerla llegar al consumidor, con la situación de que la propietaria no interfiere con la distribuidora. Si la remisión de bienes se hace en forma temporal y habitual podríamos llegar a configurar el suministro. En la franquicia sólo se produce esta relación excepcionalmente, lo que sí se da es que el franquiciante le indica al franquiciatario dónde adquirir, obligatoriamente, ciertos bienes.

Se distingue la franquicia del contrato de licencia comercial en virtud de que, si bien existe la transmisión del uso de la marca, no se da la transmisión de conocimientos técnicos, no se proporciona asistencia, ni se pretende uniformidad en los métodos operativos comerciales o administrativos, que en la franquicia impone el titular de la marca.

Con respecto a los contratos de *know how* y su relación con la franquicia, en esta última se da de modo colateral, pues por contrato de *know now* se puede entender como «...el conjunto de invenciones, procesos, fórmulas o diseños no patentados o no patentables que incluyen experiencia y habilidad técnica acumulada, la que puede ser transmitida preferentemente mediante servicios generales». ¹²⁷

En relación de la franquicia con los contratos de ingeniería podríamos decir que coinciden en que *engineering*, o ingeniería, «...es un conjunto de

¹²⁶ Guyenot. «La franchise commerciale», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Paris 1973

¹²⁷ Canabellas, Guillermo. *Contrato de licencia y de transferencia de tecnología*. Buenos Aires 1980

operaciones previas o concomitantes a la realización de una obra y que son, sin embargo, separables de la ejecución propiamente tal de dicha obra».¹²⁸

Pero no conlleva la transmisión de ninguna marca o patente, y esto establece la diferencia entre el contrato de franquicia con el anteriormente comentado.

A estas alturas podemos afirmar que se trata de un contrato de colaboración, bilateral, oneroso, principal, conmutativo, atípico, de tracto sucesivo y muy frecuentemente celebrado bajo Condiciones Generales Negociales, o por adición e *in tute personae*, cuestión en la que no coincido con Sonia Maldonado Calderón, quien considera que esto no es así. Creo que la franquicia se da, en gran parte, como consecuencia de las cualidades personales del franquiciatario.

Para terminar considero que deberemos tener cuidado, en la redacción de estos contratos, de no incurrir en prácticas monopólicas.

¹²⁸ Maldonado Calderón, Sonia. Contrato de Franchising. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993

CAPÍTULO XII

JOINT-VENTURE

Una de las figuras jurídicas que más controversias conceptuales ha tenido en su arribo y adaptación a nuestro mundo jurídico es el contrato de *Joint-Venture*. No se piense que tratamos únicamente de un problema de adaptación de una forma de derecho extranjero al nuestro; el problema también se da en los Estados Unidos, país de origen de la figura. Brodley manifiesta: «...los acercamientos legales existentes al *Joint-Venture* son inadecuados porque tratan síntomas –manifestaciones particulares de excesos de la figura del *Joint-Venture*–, además de los problemas fundamentales en sí mismos. Los *Joint-Venture* atraen problemas monopólicos porque tuercen los incentivos de competencia entre empresas independientes al hacer a los empresarios socios».¹²⁹

Autores y abogados corporativos no llegan a un acuerdo. La praxis hace que la figura sea usada indiscriminadamente, y no tardaremos en ver conflictos emanados de estos contratos: «...la dificultad central en el análisis del *Joint-Venture* es la falta de una clara definición que pudiera distinguir los *Joint-Venture* de otros acuerdo contractuales interfirmas. Aunque casi cada acuerdo o compromiso entre dos firmas puede ser descrita como un *Joint-Venture*, por las mutuas obligaciones que implica el compromiso vinculante del bienestar económico de los participantes, una definición tan amplia haría el concepto de *Joint-Venture* como inútil».¹³⁰

Es por ello urgente la adecuada clasificación de este contrato, el conocimiento de sus posibilidades, objetos y límites para que, al existir un consenso, éste pueda prestar el servicio para el que fue creado.

Será necesario recordar que es el derecho el que adecua los cambios habidos en la sociedad y no de forma inversa. Este contrato nace en la práctica habitual del comercio en los Estados Unidos; y de ese modo tendremos que recurrir a los doctrinistas de ese país y a las sentencias de sus propios

¹²⁹ Brodley, J. *Joint Ventures And Antitrust Policy*. Harvard Law Review. Vol. 95 pag. 1523

¹³⁰ Brodley, J. op. cit., p. 1527

tribunales, con el objetivo de tratar de deducir cuáles son las partes esenciales del contrato, cuáles son los elementos que lo diferencian de otros similares, las partes que forman el mismo; para que del análisis que hagamos podamos delinear cómo es el contrato en ese país y cómo se ha adoptado en otras naciones donde se aplica, o si se hace de la misma forma que en los Estados Unidos.

Se define el *Joint-Venture* como «...una entidad legal de la naturaleza de la sociedad abordando una empresa conjunta para realizar una transacción para provecho común».¹³¹

Otra definición establece que se trata de «...una asociación de personas o compañías que, en forma conjunta, emprenden alguna empresa comercial; generalmente todos contribuyen al activo y comparten riesgos. Requiere una comunidad de intereses en la realización de la materia del asunto, al derecho de dirigir las políticas en relación con ello y obligación, que puede ser modificada, de compartir, ambas, utilidades y pérdidas.»¹³²

A diferencia de la sociedad, un *Joint-Venture* no supone una relación continua entre las partes.

Otra definición afirma lo siguiente: «...un *Joint-Venture* no necesita ser operado como un centro de utilidades separado. Si los beneficios económicos obtenibles de las operaciones de *Joint-Venture* se comparten directamente como reparto de utilidades, o indirectamente como una participación en una asociación sin fines especulativos es insubstancial, porque en ambos casos presente el riesgo de distorsiones en la competencia dentro de los participantes».¹³³

Se señalan como antecedentes de este contrato los llamados *gentlemens adventures*, cuyo caso más representativo es el acuerdo que se llevó a cabo, según Jules Verne, en su novela *La vuelta al mundo en 80 días*.

Entre los primeros *Joint-Ventures* discutidos por las cortes estadounidenses está el caso *Ross vs. Willet*: «Hacia fines del siglo pasado, dos comerciantes, el señor Ross y el señor Willet, decidieron comprar un cargamento de azúcar para revenderlo y repartirse el sobreprecio que esperaban obtener.

¹³¹ *Tex Grain Co. vs Happy Wheat Growers, Inc.*, Tex. Civ. App., 542 S.W. 2d. 934,936.

¹³² *Rusell vs. Klein*, 33 Ill app 3d. 1005, 339 N. E. 2d. 510.

¹³³ *Associate Press vs. US 326, U.S.F. 1945 y Broadcast Music Inc vs. CBS 441 U.S. 1 1979.*

En ese entendimiento, Ross compró el azúcar a nombre propio. Sólo después de nueve años vendió el azúcar, con la consiguiente pérdida. Ross pidió a Willet que contribuyera con su parte y lo demandó en los tribunales de Nueva York.¹³⁴

Roszkowski lo define como «Una asociación de dos o más personas para llevar a cabo una iniciativa individual, una transacción específica o una singular serie de operaciones para obtener utilidad es conocida como *Joint-Venture*.» El mismo autor anota: «Una diferencia que debe ser notada entre el *Joint-Venture* y la *partners hip* [sociedad] es que cada parte representa a la sociedad, en tanto que cada *Joint adventurer* no representa a los otros *venturers*.»¹³⁵

Howell, Alison y Prentice definen y analizan la figura cómo «...el *Joint-Venture* (algunas veces llamada *Joint Adventure* o *Joint enterprise*) es esencialmente una sociedad creada por un tiempo determinado. Virtualmente recibe el mismo trato que la sociedad (hablando técnicamente debe haber un objeto comercial más que un objeto social para que el *Joint-Venture* exista. En muchos casos, sin embargo, los tribunales han usado los términos *Joint-Venture* o *Joint Enterprise* para describir una situación en la cual personas están ocupadas en una actividad común, aun si la transacción no tiene un propósito comercial. El caso más común es el *pool* automotriz en el que los pasajeros de un automóvil comparten los gastos y el manejo en un viaje en el que tienen propósitos comunes. Los tribunales han aplicado el concepto de *Joint-Venture* para imponer responsabilidad conjunta (*Joint Liability*) por la negligente conducción de uno de los participantes), y ejemplifican los citados tratadistas: «...un ejemplo es la asociación formada hace algunos años por Pensalt Chemicals Corporation y Olin Mathieson Chemical Corporation. Las dos compañías formaron Penn-Oil Chemical Co. *Joint-Venture* sólo con el propósito de producir y vender clorato de sodio en el sudeste de los Estados Unidos.»¹³⁶

¹³⁴ Le Pera, Sergio. *Joint-Venture y sociedad*, p. 64, Edit. Buenos Aires 1989.

¹³⁵ Rostowki, Mark E. *Business Law Principles, Cases and Policy*, 2ª. ed., Scott Foresman & Co. Londres 1989.

¹³⁶ Howell, Allison, Prantice. *Business Law Test and Cases*. 4ª. ed., p. 723, The Dryden Press, Chicago 1988.

Bástenos estos casos y definiciones a fin de tratar de establecer cuáles son los puntos que tienen en común para tratar de obtener el sentido real de la figura.

La primera característica que salta a la vista es que se trata de una estructura societaria, en oposición a una contractual, lo cual es ciertamente cuestionable, pero para estimar adecuadamente esto deberemos penetrar en el mundo societario estadounidense, país de origen del Joint Venture, aunque este estudio tendrá que ser sumamente superficial, pero suficiente para entender la ubicación de las estructuras en comento dentro del mundo de organizaciones de negocios estadounidenses.

Tenemos más que hablar de formas de organización de negocios que de organizaciones societarias, pues algunas de sus formas difícilmente serían consideradas societarias ateniéndonos a nuestros cánones.

Las principales formas de organización de negocios en los Estados Unidos los serían:

1. El propietario o *sole proprietorship*, que en realidad corresponde a cualquier persona que hace negocios. En actividad está sólo limitado por la legalidad y es personalmente responsable de las obligaciones que adquiere. Esta forma sería equivalente a nuestro empresario individual.

2.- La sociedad o *partnership*: «Una sociedad es una asociación de dos o más personas para llevar a cabo como copropietario un negocio para obtener utilidad»;¹³⁷ sus socios tienen control conjunto sobre la operación y las utilidades y todos ellos son responsables de las obligaciones sociales. Se crea por acuerdo de las partes, que no necesita ser formal, mas es deseable que se elabore formalmente, y se rige por la Ley Uniforme de Sociedades (The Uniform Partnership Act U.P.A.); sin embargo no, pueden variar algunas de las reglas que esta legislación establece o de las que es omisa.

3. Sociedad limitada o *limited partnership*, que se define como «...una sociedad formada por dos o más personas bajo las reglas de la sección 2, y

¹³⁷ Rostowski. Op. cit. p. 886

tienen como miembros uno o más socios generales y uno o más socios limitados; estos últimos, como tales, no pueden participar en el manejo de la sociedad.»¹³⁸ En este caso habría un cierto parecido con la asociación en participación.

El socio general tiene el mismo trato que en la sociedad ordinaria, en tanto que el socio con responsabilidad limitada tan sólo contribuye con capital y no ejerce poderes de administración.

Se regula por la Uniform Limited Partnership Act (ULPA) o la Revised Uniform Limited Partnership Act (RULPA).

El nombre del o los socios limitados no pueden aparecer en el nombre, y tienen que constituirse formalmente.

4. Corporación o *corporation*, tal vez esta sea la forma más popular de organización de negocios, y es la más empleada, en que la mayoría de negocios está constituida.

Del mismo modo que la sociedad limitada se crea por acuerdo formal, no podría existir a menos que lo provea un estatuto formal, y esta regulación es de carácter estatal en los Estados Unidos.

De manera muy sucinta, la corporación se integra de sus tenedores de acciones (los propietarios del negocio) de un consejo de derechos similar a nuestro consejo de administración, cuando hay varios administradores y los derechos equivalentes a nuestros factores y dependientes.

Una de las características fundamentales de esta figura es que los accionistas no son responsables personalmente sino hasta el monto de su inversión, al igual que nuestra sociedad anónima.

La corporación crea una persona distinta de las de los socios.

Se dividen en corporaciones, llamadas también corporaciones domésticas y corporación extranjera.

A su nombre corporativo o denominación se añadirá la palabra corporación, compañía, incorporada o limitada, o las iniciales de cualquiera de ellas.

¹³⁸ Howell, Allison & Prentice. *Op. cit.*, p. 725

También se clasifican este tipo de sociedades en corporaciones cerradas y corporaciones públicas, y esto depende fundamentalmente del sistema de suscripción del capital. Sería largo enumerar las diferencias y, sobre todo, las reglas de administración, que regulan en forma muy diferente los sistemas de administración entre unos y otros, pero como ésta no es la materia de nuestro trabajo basta la acotación de dicho hecho.

Aun cuando los anteriores son las más conocidas formas negociales en los Estados Unidos, no son las únicas. Algunas otras funcionan en forma aislada, si bien han dejado de usarse ya sea por motivos fiscales, ya por otras causas, y entre ellas podríamos enumerar, a manera de ejemplo:

1. La compañía común por acciones o *Joint Stock Company*, es una asociación no incorporada que se parece a una corporación, pero que en la mayoría de los casos se trata como si fuese una sociedad. Actualmente se usa en pocas ocasiones.

2.- El *Business Trust*, también llamado *Trust* de Massachusetts –por su estado de origen», y éste era un intento de obtener determinadas ventajas corporativas. No se usa frecuentemente en virtud de estar gravado por muchos estados y porque en otros muchos los beneficiarios son tratados como socios, lo que desvirtúa su utilidad.

Lo anterior sirve para anotar un par de particularidades del sistema estadounidense de sociedades y ésta es que lo que determina la naturaleza de la sociedad; además, de la voluntad de los constituyentes lo es su actuación, de tal modo que en determinadas circunstancias particulares si una corporación –cuyos accionistas responden limitadamente– realiza actividades de una sociedad (*Partnership*) por sí o mediante acuerdos, se entenderá que, para ese efecto, la corporación es una sociedad (*partnership*) y los socios de ésta responderán en forma ilimitada; de este modo, la buena fe y la actividad serán fundamentales para la determinación de la naturaleza de la sociedad. A propósito de este recuerdo al efecto un caso –cuyos datos de cita no tengo– en que participó la empresa IBM. Ésta demandó a un cliente y descubrió que existía algún vicio en el registro de la sociedad demandada y, por ello, IBM argumentó que como no se había perfeccionado la corporación demandada, ésta tenía carácter de

partnership y por ello los socios eran ilimitadamente responsables; el tribunal resolvió que, cuando IBM contrató, pensó estarlo haciendo con una corporación y no esperaba solidaridad alguna de los socios por ello ahora; que había descubierto el vicio en el registro, y no tenía derecho de exigir que fueran solidarios. Lo anteriormente narrado refleja esa cualidad del sistema societario estadounidense.

Una segunda característica del sistema societario es que su regulación es estatal, pero lo que es singular es que la corporación, no importa donde actúe, es perseguida por el estatus de la corporación, la que será la del estado en donde está registrada; es decir, una sociedad incorporada en Texas que actúe en California, para ser juzgada en ese estado, deberá basarse en las reglas de Texas regulatorias de ese tipo de sociedades. Por ello, un gran número de empresas importantes se incorporaron en el Estado de Delaware, estado que otorga especiales facilidades a las corporaciones.

Es prudente hacer una acotación que nos servirá para comprender nuestra figura. En la lengua inglesa hay palabras cuyo sentido no es unívoco, por ejemplo, *trust*, que significa desde confianza, fideicomiso, tener confianza, confiar; y *joint*, que puede significar junta, unión, articulación, pieza, garito, común, combinado, mixto, conjunto. Incluso, en el argot de los drogadictos significa un gramo de marihuana. Como se ve, estas palabras habrá que analizarlas en su verdadero sentido, y no pensar que se trata de simples adjetivos con significación unívoca; así, cuando hablamos de corporación sólo por excepción entenderemos otra cosa pero, por ejemplo, *Joint-Venture* son dos palabras de uso común y diverso y sólo unidas podremos considerar su significado.

«Un *Joint-Venture*, como usamos el término, envuelve un grado de integración de instalaciones y actividades de los participantes, pero sin llegar a una integración completa que pudiera ser considerada como fusión.»¹³⁹

Un último ejemplo de esto, lo tenemos en el sindicato o grupo de inversión que se usa en ocasiones; y tampoco son absolutos, como sistema de

¹³⁹ Fox, Eleanor M, y A. Sullivan, Lawrence. Cases and Materials on Antitrust, 1ª. ed., p.427, West Publishing Co., St. Paul Minn 1989.

describir un grupo de inversionistas en una empresa particular. Su naturaleza dependerá del acuerdo que hayan tenido las partes en su contrato; así, ellas podrán ser socias o copropietarias sin reconocimiento legal. Ciertamente esta forma es riesgosa, y si no se plantea adecuadamente en estos últimos modelos es donde podemos colocar nuestra figura y en los Estados Unidos se considera socio de una sociedad, con responsabilidad ilimitada en sus propias obligaciones y parcial respecto de lo que su *venturer* (socio) haya perdido.

Ahora bien, estudiemos la factibilidad de la figura en nuestro derecho. Vimos ya que de poder aplicarse debía ser el derecho civil, pero al no haber figura que se ajuste a la de este estudio tendremos que optar por alguna de las siguientes formas:

El artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal dice: «Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fuesen omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentos en este ordenamiento.»¹⁴⁰

Esta disposición parece contradecir lo dispuesto por el artículo 1832 del mismo ordenamiento (igual al 1754 del Código Civil de Jalisco) que establece 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.»¹⁴¹

Al no estar el contrato especialmente reglamentado por éste u otro código, deberá regirse, en primer término, por las reglas generales de las obligaciones (más propiamente dicho que la forma, como lo establece el numeral en comento) y en segundo término, por la voluntad de las partes en la forma como aparezca que fue expresada. Lo anterior resulta un contrasentido y va en contra del principio de que la voluntad constituye la suprema ley de los contratos,

¹⁴⁰ Código Civil para el D.F. en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Art. 1832. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Porrúa, México 1988.

¹⁴¹ *Op. cit.*, artículo 1832.

en tanto no vaya en contra de leyes expresamente prohibitivas o afecten el interés público o las buenas costumbres; y en caso de omisión, se aplicarán las reglas fijadas a la sociedad como contrato con el que evidentemente tiene mayor analogía. Mas si lo hiciéramos de esta manera, crearíamos una figura desnaturalizada de su esencia, y por ello considero que, para este caso, como en muchos otros, tendremos que desechar este razonamiento en busca de uno que permita la existencia de la figura basado más que es una «afinidad» en el propio contenido obligacional para que las partes se obliguen en los términos en que aparezca en el contrato que quisieron obligarse y no en tratar de insertar en clasificaciones preconcebidas, que fueron tomadas para su análisis de supuestos diferentes.

De este modo podemos llegar a afirmar, con un principio de certeza, que el *Joint-Venture* es una modalidad de la sociedad cuya variante estriba, particularmente, en el objeto de la misma.

En la sociedad, el objeto del mismo lo será «...un fin común, de carácter predominantemente económico, pero no constituye una especulación comercial».¹⁴² De esta manera, su objeto se forma con dos aspectos positivos y uno negativo: 1. que sea un fin común, lo cual es genérico de todas las sociedades; 2. que tenga un carácter predominantemente económico; y en esto puede constituirse una de las diferencias entre las sociedad y nuestra figura, pues el *Joint-Venture* puede no tener un contenido, ratificándola y firmándola en el protocolo y en su duplicado a lo primordialmente económico, que sí deberá tenerlo, aunque no sea fundamental para su existencia; y 3. el hecho que en la sociedad civil no podrá constituir especulación comercial, en tanto que el *Joint-Venture* sí puede y, de hecho, especula comercialmente en la mayoría de los casos, pues debemos recordar que el origen de la figura nace y se desarrolla dentro de una praxis plenamente comercial y cuya característica no pierde, y debe, en ese caso, regularse en términos legislativos por el artículo 78 del Código de Comercio, bajo cuya libertad de contratación debe acogerse y así, ubicado en dicho concepto, la figura adquiere su plenitud existencial.

¹⁴² *Op. cit.*, artículo 2688

Ahora bien, muchos autores, y sobre todo algunos abogados, estiman que se trate de una asociación en participación, definida por el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles como: «La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.»¹⁴³

En esta asociación podríamos encontrar con que existen asociados pasivos cuya participación en el contrato pudiese considerarse como adhesiva, sin más relación que su aportación al proyecto del asociado activo, lo que no sucede en el *Joint-Venture*, en el cual los *venturers* son ambos participantes entre sí y sujetos a responsabilidad ilimitada frente a las personas ante quienes se obligaron, y limitada en los términos del pacto con el otro *venturer* en los términos que se obligaron en esto, con la salvedad hecha de que coinciden, mas la coincidencia en el resto de puntos no hace que la figura se dé y siendo tan radical la diferencia, es razón suficiente para que la figura quede descalificada, pues son fundamentalmente diferentes.

La diferencia entre la asociación en participación y el *Joint-Venture* es que en el segundo todos los miembros realizan parte de los actos tendentes a la consecuencia del fin, y no quedan como en la primera, en que su actividad se limita a la aportación; pudiera parecer intrascendente este hecho pero no lo es: en la asociación en participación existe obligación del asociado para con las obligaciones contraídas por el asociante, pero éste no quedará obligado si el asociado realiza un acto del que sobrevenga una pérdida; en tanto que en el *Joint Venture* ambos socios se responden recíprocamente de las pérdidas en los términos del acuerdo.

El estudioso notario Javier Arce Gargollo establece que hay varios tipos de *Joint-Venture*, entre los que hace sobresalir el *Corporate Joint-Venture*, que es una nueva entidad de negocios creada por dos o más socios; es decir, se trata de una nueva persona moral distinta a los socios que la constituyen, y «*Joint-Venture agreemnt*, que es el acuerdo o contrato entre dos o más partes,

¹⁴³ *Sumario Mercantil. Ley General de Sociedades Mercantiles*, Editorial Themis, México 1995.

que tiene por objeto, entre otros, crear una nueva sociedad (*Joint-Venture*).¹⁴⁴ Su estudio lo basa en «...aquel negocio que tiene por objeto la creación de una nueva entidad y jurídica o sociedad».¹⁴⁵ Difiero en varios aspectos de la concepción que el autor en comento tiene de la figura analizada, en virtud de que si el *Joint-Venture* al contrato y a la sociedad, fuese el acuerdo que tiene por objeto la creación de una sociedad estaríamos hablando de un contrato de promesa de constitución de una de ellas, lo cual, en mi concepto, no es parte esencial del contrato; ni por éste se está acordando por las partes el crear una asamblea: es una promesa y por ello una obligación de hacer que se cumpliría constituyendo la sociedad, pero en mi opinión la figura de más allá del simple cumplimiento de la promesa.

Con ello no quiero decir que no sea posible en un *Joint-Venture* que se forme una sociedad diferente. Lo es, como ejecución del acuerdo tenido, mas no como parte fundamental del contrato, el cual puede existir sin que se forma una sociedad, como es visible en el caso Willet-Ross y otros similares; decíamos que podrá constituirse una sociedad en cumplimiento de los acuerdos del *Joint-Venture* y entonces la nueva sociedad habrá cumplido el objeto de éste.

En cuanto a su concepción del *animus societatis* como figura permanente no se rompe este ánimo por el hecho de querer asociarse tan sólo para un negocio, no siempre se ve clara la figura. En los Estados Unidos llegó a afirmarse que *Joint-Venture* no podría celebrarse entre corporaciones, lo que ya fue superado. En la jurisprudencia estadounidense, en relación con los hechos que se cuestionaban en la resolución que mencionamos, parece inferirse que el *Joint-Venture* podrá sólo celebrarse entre empresas y personas físicas, y que si se tratase de relaciones entre las primeras se trataría de un *partnership*, lo cual no resulta adecuado a mi criterio porque rompería el principio de la voluntad que en las sociedades, o *partnership*, se da en la forma del *animus societatis* con permanencia, en tanto que en el *Joint-Venture* se dará ese *animus societatis* con el propósito de celebrar sólo el negocio para que se crea.

¹⁴⁴ Arce Gargollo, Javier. Contratos mercantiles atípicos, 2ª Edición, p. 198, Editorial Trillas, México 1989

¹⁴⁵ Arce Gargollo, Javier. *Op. cit*

El contrato ha rebasado las fronteras de su país de origen y su aplicación comienza a formar matices propios y, en ocasiones, diversas a la génesis del negocio, pero explicables a la luz de su adaptación, a la que han contribuido diversos factores. Gianluca Sicchiero establece:

«Se suele definir *Joint-Venture* como el acuerdo estipulado entre empresas para una colaboración temporal con el fin de obtener un resultado por el cual, usando sus propias capacidades, fuerzas y competencia, sin por ello darle vida a un nuevo sujeto de derecho.»¹⁴⁶

En dicho país, la figura se ha adaptado, ha evolucionado y podría pensarse que existen dos clases: la que crea verdaderamente una sociedad para un negocio no temporal (y esto ha sido realizado torturando la figura con el fin de controlar la inversión extranjera) y otra, con sus características propias considerándole más que una sociedad, como una unión temporal de empresas a lo que se suman la gran mayoría de autores de ese país; si bien se consideraba como figura atípica, no lo es más desde la Ley de Agosto de 1977, Núm. 584 (modificada en parte por la Ley 19 de Mayo de 1990, Núm. 55) en lo que se plantea el: «...proceso de reconocimiento del ordenamiento Italiano del modelo *Joint-Venture*;»¹⁴⁷ la cual por sus necesidades nacionales amplió su sentido originario, y recordemos que *nomina non sunt res*, es decir, el nombre no hace la cosa.

Lo anterior me hace recordar la expresión del maestro Glain Couret, quien afirma nos encontramos en un *¿Quo vadis ius societrum?* Al señalar que el derecho societario pasa por una fase de incertidumbre, y resulta razonable cuando pensamos en que nuestros santuarios jurídicos son «violados» por la interrelación comercial entre países que hasta hace años no tenían influencia de figuras jurídicas extranjeras.

En los inicios del Tratado de Libre Comercio de nuestro país entre éste y dos países sajones, con la excepción de la provincia de Quebec; quiero decir, ciertamente nos están invadiendo y debemos prepararnos a esa adaptación.

¹⁴⁶ Gianluca Sicchiero. *La Joint Venture* p. 40. Unione Tipográfica. Editrice Torinese. Torino. 1991

¹⁴⁷ Gianluca Sicchiero. *Op.Cit.*

En Francia llegó el contrato a una civilización jurídica heredera del Código Napoleón, y ahí no se considera como un tipo jurídico, sino como un sistema por el cual pueden realizarse determinadas actividades industriales, comerciales o financieras. Éste se denominó como *coentreprise*, y si se constituyó como sociedad se designará como filial común.

Nótese que los franceses lo consideran como dos actos diferentes: crear una sociedad filial y el *Joint-Venture* propiamente dicho.

En Alemania, la figura ha tomado la forma de una corporación, se les designa como *Joint-Venture Corporations* y la adopta por «...la constitución de una sociedad por acciones [cuotas, en el caso de Alemania] en la que participarán las empresas de que se trata esta sociedad y se le llame frecuentemente *Joint-Venture Corporation*.»¹⁴⁸

Por lo general, en Sudamérica los autores la han clasificado como un contrato de colaboración o de agrupación societaria.

El Código de Comercio de Vélez Saiffield y Acevedo, siguiendo el Código de Comercio Brasileño, restringen –al igual que nuestro Código– el carácter de las sociedades mercantiles, lo que trae como consecuencia la aplicación del derecho común, aunque los doctrinistas interpretaron que se regularía por reglas distintas de las del Código Civil, se encontraron con el problema de que las sociedades civiles no realizarían actos comerciales. En muchos casos ha sido equiparada con la asociación en participación, cuyos límites no pueden contener el de esta figura, por lo que Le Pera considera se trata de cointerés.

La *Joint-Venture* típicamente contractual «...presenta ciertas ventajas:

- a) Confidencialidad, pues el acuerdo no necesita ninguna publicidad.
- b) Ausencia de formulismos y, por lo tanto, acortamiento del lapso para cumplir su creación.
- c) La agilidad, dado que por partes pueden negociar un contrato a medida y suficientemente adaptable a las circunstancias del negocio.»¹⁴⁹

Ahora bien, esa adaptabilidad del contrato no puede ser utilizada en violación a leyes prohibitivas de interés público o contraria a la naturaleza de las

¹⁴⁸ Campobasso, Gian Franco. *Dirito Comerciale*, t. II; *Dirito Della Società*, UTET, Torino 1992.

¹⁴⁹ Le Pera, Sergio. *Op. cit.*, p. 72

obligaciones que se adquieren; ha quienes manifiestan que la *Joint-Venture* contractual no ofrece la seguridad jurídica que los *ventures* podrían desear, sobre todo tratándose de operaciones de importancia económica.

De ese modo, y en tanto el legislador no regule el tipo específico, será en cada caso, por vía judicial o arbitral, si así se pactó, como se resolverían los conflictos que de ella emanen.

De cualquier modo, el legislador tendrá que optar, al regular ésta y otras formas de asociación interpresarial, entre varios sistemas:

1. Sistemas contractuales tipificados.
2. Sistemas que modifican las estructuras societarias de las partes, por ejemplo: fusión, escisión, transformación.
3. Sistemas que no modifican las estructuras societarias, por ejemplo: consorcio, agrupaciones horizontales; *Holding*.

Pero en cualquiera de ellas prevalecerá algún tipo de subordinación formal o informal, pues si no existe la primera, sí habrá algún modo en que los *ventures* determinen el manejo de la nueva figura.

Como lo hemos manifestado, se ha discutido el carácter de esta figura jurídica, y de las características del desarrollo usual del mismo se desprende que no constituye una persona distinta de la de los socios. Arce Gargollo, por su parte, la divide en los dos tipos de *Joint-Venture* que hemos mencionado.

Tenemos que desechar esa primer forma de interpretación que Arce Gargollo hace por varias razones:

- a). En primer lugar la figura que propone es más similar a la promesa de contrato de sociedad, que a un acuerdo del tipo que estudiamos.
- b). Y en segundo, porque el cumplimiento de la obligación, en el primer caso, sería la creación de una nueva sociedad, con lo que se perfeccionaría el contrato; en tanto que en uno de tipo *Joint-Venture*, el contrato se perfeccionaría con la realización del objeto para el que se creó; pongamos por ejemplo el caso de unas personas que desean celebrar un *Joint-Venture* para comprar madera – el acuerdo de voluntades se da para ese hecho–; el comprar madera; y no el de celebrar un contrato de sociedad cuyo objeto sea adquirirla. Se ve claro cuál era la intención de las partes; porque el *Joint-Venture* es un acuerdo, detallado si se

quiere, pero un acuerdo de realizar un negocio o empresa particular y no, por el contrario, el deseo de formar una de ellas.

Se diferencia de la asociación en participación, principalmente en que en éste, el asociante, es quien realiza a nombre propio del contrato y el asociado no actúa, tan sólo aporta bienes y responde de la actividad del primero.

En nuestro caso, todos los participantes del *Joint-Venture* pueden realizar actos que representen a la agrupación; a nombre propio, sí, pero en representación de los otros, en los términos en los que se obligaron.

Así, en tanto es regulada la figura tendremos que adecuar las obligaciones que en los *Joint-Ventures* se generen, ajustados a la libertad para el contrato que regula nuestra legislación comercial, y es aplicable la ejecutoria que aparece bajo la voz «contratos interpretación de los»: La naturaleza de los contratos depende, no de la designación que le hayan dado las partes, que puede ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas, en relación con las disposiciones legales aplicables, atenta la regla de interpretación del Código Civil vigente: «... si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.»¹⁵⁰

La figura ha traspasado las fronteras de su país de origen y se ha adaptado. Gianluca Sicchiero lo analiza diciendo «... se suele definir el *Joint-Venture* como el acuerdo estipulado entre varias empresas.»¹⁵¹

El contrato ha rebasado las fronteras de su país de origen y su aplicación comienza a formar matices propios y, en ocasiones, diversas a la génesis del negocio.

El acuerdo estipulado entre empresas para una colaboración temporal con el fin de obtener un resultado por el cual usando sus propias capacidades, fuerzas y competencia; sin por ello darle vida a un nuevo sujeto de derecho.¹⁵²

En Italia, la figura ha evolucionado; y podría pensarse que existen dos clases de *Joint-Venture*: la que crea verdaderamente una sociedad para un negocio no temporal (y esto ha sido hecho torturando la figura con el fin de

¹⁵⁰ Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁵¹ Sicchiero, Gianluca. *Op. cit.*

¹⁵² Gianluca Sicchiero. *Op. Cit.*

controlar la inversión extranjera), y otra, con sus características propias considerándole más que una sociedad, como una unión temporal de empresas a lo que se suman la gran mayoría de autores de ese país; si bien se consideraba como figura atípica, no lo es más desde la Ley de 18 de Agosto de 1977, Núm 584 (modificada en parte por la Ley 18 de Mayo de 1990, Núm. 55) en la que se plantea el «...proceso de reconocimiento en el ordenamiento italiano del modelo *Joint-Venture*»,¹⁵³ la cual, por sus necesidades nacionales, amplió su sentido originario; y recordemos de nuevo que *nomina non sunt res*, el nombre no hace la cosa.

De lo anterior recuerdo la expresión del maestro Glain Couret quien afirma nos encontramos en un *¿Quo vadis ius societatum?* Señalar que en derecho societario pasa por una fase de incertidumbre y resulta razonable cuando pensamos en que nuestros santuarios jurídicos son «violados» por la interrelación comercial entre países que hasta hace años no tenían influencia de figuras jurídicas extanjeras.

Debemos reconocer que nuestro país, al bordo del Tratado de Libre Comercio con dos países sajones, a excepción de Quebec, ciertamente será invadido y debemos prepararnos a esa adaptación.

En Francia llega el contrato a una civilización jurídica heredera del Código Napoleón, y ahí no se considera como un tipo jurídico, sino como un sistema por el cual pueden realizarse determinadas actividades industriales, comerciales o financieras, y fue —denominado, ya lo dijimos— como *coenterprise*, se constituyó como sociedad y se designará como filial común.

En Alemania, la figura ha tomado la forma de una corporación y se les designa como *Joint Venture Corporations* y la adopta por "la constitución de una sociedad por acciones (cuotas en el caso de Alemania) en la que participaran las empresas de que se trata de ésta sociedad se le llame frecuentemente "Joint Venture Corporation."¹⁵⁴

En Sudamérica por lo general los autores la han clasificado como un contrato de colaboración o de agrupación societaria.

¹⁵³ Gian Franco Campobasso. Op. Cit

¹⁵⁴ Gian Franco Campobasso. Op. Cit.

El Código de Comercio de Vélez Saiffield y Acevedo siguiendo el Código de Comercio Brasileño restringen – al igual que en nuestro Código – el carácter de las sociedades mercantiles, lo que trae como consecuencia la aplicación del derecho común aunque los doctrinistas interpretaron que se regularía por reglas distintas de las del Código Civil encontrándose con el problema de que las sociedades civiles no realizarían actos comerciales. Por lo que en muchos casos ha sido equiparada con la Asociación en participación, cuyos límites no pueden contener el de ésta figura, por lo que la pena considera se trata de un cointerés.

CAPÍTULO XIII

SWAPS

El concepto de los swaps, o permutas, nace de la operación y del genio financiero de sus técnicos, que parecen lograr formas increíbles de inversión y financiamiento. Creadas para solventar las crisis de los 80, logran un gran desarrollo y se convierten en uno de los más importantes instrumentos de negociación bursátil y, por supuesto, en un contrato atípico de gran interés para los abogados, los que deberemos hacer un esfuerzo para entender la figura y poder extraer de sus formas la sustancia que la hace singular y diferente de la simple permuta, dándole en mi concepto el carácter de contrato particular y no sencillamente una permuta con algunas particularidades en cuanto a los bienes materia de ella.

Esencialmente, y si somos simplistas acerca del fenómeno, en esencia se trata de una permuta en el sentido del contrato nominado pleno en la que se trata del cambio de una cosa por otra, o tratamos del mixto establecido por nuestro Código Civil: «Si el precio de la cosa vendida se ha de pagar parte en dinero y parte con el valor de otra cosa, el contrato será de venta cuando la parte de numerario sea igual o mayor que la que se pague con el valor de otra cosa. Si la parte en numerario fuere inferior, el contrato será de permuta».¹⁵⁵ (El código civil español lo regula en los artículos 1741 y siguientes en la ley 540 de la compilación de Navarra)

Sin importar lo anterior tenderemos que establecer, antes de intentar definir la operación, cómo nació y se desarrolló este instrumento para, posteriormente, desentrañar sus elementos existenciales y de validez si los hay, así como las obligaciones de las partes, esquemas de resolución y otras particularidades del contrato.

Podríamos establecer que existe un precedente de los swaps y estos son los préstamos paralelos, de uso en los años 70, en intercambios de divisas para financiar las inversiones extranjeras, si bien es cierto que tenían problemas que los diferenciaban. De forma muy general podemos mencionar como ejemplo:

¹⁵⁵ Código Civil del Estado de Jalisco.

«...si una compañía estaba realizando negocios en algún país extranjero y generando sus ingresos en moneda extranjera, la incapacidad para convertir la moneda extranjera en moneda nacional representaba un riesgo cambiario. A través del préstamo paralelo, dos compañías con sede en países diferentes obtenían créditos denominados en su propia moneda nacional. Después, las dos compañías se prestaban entre ellas los fondos denominados su propia moneda.»¹⁵⁶ Esta transacción entre empresas sin intermediación bancaria o financiera, presentaba como principales problemas los siguientes: 1. si una parte no cumplía, la otra no se liberaba de su obligación, y 2. no era fácil encontrar otra parte con necesidades similares.

Decíamos, pues, que los swaps se originan durante el decenio de los setenta. En esa época existían diversos controles vigentes de cambio, de manera restrictiva o disimulada, en forma de impuestos a rendimientos obtenidos en el extranjero, tales como el *equalization tax* de los Estados Unidos, u otros que gravaban el ingreso de capitales. Este hecho provocaba una limitación de oportunidades en la obtención de créditos del extranjero o al intentar obtener inversionistas, pues en ambos casos habría problemas para reintegrar las sumas obtenidas. Pongamos por caso una compañía española cuya matriz se encontraba en ese país —en esa época España tenía un control de cambios—, y dicha empresa contaba con una filial en México, y a su vez una mexicana, con su matriz en este país y una filial en España. El problema que se da es claro: la empresa matriz española tendrá problemas, en virtud del control, para fondear a su filial en México, puesto que no podría mandar dinero del primer país al segundo; por su parte, la empresa matriz mexicana —que podría sacar de su país fondos propios o derivados de créditos— tendrá problemas para reintegrar a su nación de origen dichos u otros fondos, como utilidades y regalías. Estos problemas resultarían imposibles o, cuando menos, muy difíciles y costosos.

Lo anterior tendría una solución inteligente si ambas empresas matrices pactan: en lugar de intentar fondear sus propias filiales en el otro país, fondearán como préstamo a la filial de la otra empresa. La idea es brillante, mas la sencillez lo es tan sólo en apariencia, pues para ser llevado a la práctica tendrá que

¹⁵⁶ Sherree, Decovny. *Swaps*, Editorial Limusa-Noriega Editores. 1994.

manejarse un complejo sistema de «ingeniería financiera» que permita el equitativo intercambio de dichos fondos, excedería con mucho los conocimientos del que esto escribe y no es materia de este trabajo, sino de un tratado de finanzas, el describir la manera en que este trabajo se realiza. De una forma muy simplista podríamos establecer que, entre los factores a estudiar, tendrá que valuarse y compensarse, de alguna forma, la diversidad de precio de las divisas de ambos países, lo que puede darse en referencia al valor de ésta a una tercera moneda de las llamadas «fuertes», del mismo modo habrá que considerar tasas de interés, inflación, riesgos y seguridades de pago.

Si todo resultaba como se planeó operará una simple compensación entre los créditos de ambas empresas principales, y con ello se habría logrado el objetivo; este sistema fue conocido como préstamo subsidiado y su característica será precisamente el hecho de que se compensan los créditos entre ambas, y claro, bajo el supuesto de que no se cubra, deberán establecerse garantías colaterales, a diferencia de los préstamos subsidiados en los préstamos paralelos con los que inicia el fenómeno que estudiamos.

Con lo anterior se cumplían los objetivos de evitar los controles; desde luego, se requería de la existencia de matrices con filiales en problemas similares y entonces aparece la figura de los agentes financieros — fundamentales en la intermediación— quienes convierten con su labor el contrato en realidad y evitan la transferencia de fondos. Los problemas comenzaban cuando una de las filiales no cumplía su obligación para con la matriz de la que recibió el préstamo, en cuyo caso se complicaría la figura, por ello, la función del abogado será conjunta a la del financiero para redactar un contrato que cubra dichas eventualidades.

En primer término podrían establecerse las garantías tradicionales: prenda, hipoteca o fianza, de las que dada la dificultad de ejecución creemos la última es la más adecuada, aunque se tendrá el problema de cuantificar la suma principal (adecuarla a la moneda de la matriz afectada) y lo mismo se dará en relación con los resultados del juicio o arbitraje que hubiese procedido, esto es, que cualesquiera de las figuras elegida deberá establecer que la garantía será sobre una cantidad que se determinará.

De aquí la importancia de la intervención de un agente financiero que tomará parte directa o indirectamente del contrato; por ejemplo, estableciendo un depósito de ambas matrices para cumplir el doble deseo de los depositantes de prestarlo a la filial con la instrucción especial de compensarla si alguna filial cumple y la otra no. Resulta importante resaltar que, en este caso, son las empresas matrices quienes realizan el préstamo e instruyen al agente, lo que es importante, pues si éste realiza el préstamo por sí, sería otra forma de regular el contrato.

En 1981 se celebró un swap entre el Banco Mundial e IBM, y el renombre de las partes hizo que este hecho fuera detonante de la figura.

Otra situación que se prestó para el uso del contrato a estudio a una práctica habitual en nuestro país sucedió hace algunos años, cuando se permitió a los inversionistas adquirir papel de deuda externa mexicana como abono a pagos en el país, esto es, se adquiría en el extranjero deuda gubernamental y se admitía su uso para pagos de bienes desincorporados en nuestra nación.

La figura, por la que se extinguen las obligaciones, existe en nuestro país desde antiguo. Nuestro Código Civil, en su artículo 2185 establece lo siguiente: «Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho». Es casi igual al artículo 1195 del código Español. Por su parte, el 2186 reza: «El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor». De los textos legales analicemos si se ajustan a la figura. En primer término, se requiere la existencia recíproca de dos deudas, esto es, que el acreedor 1 sea deudor del acreedor 2 quien a su vez será deudor del acreedor 1, lo que se da plenamente en esta figura ya que por diversas causas o formas de adquisición de los valores a canjear se encuentran dos acreedores que, al mismo tiempo, son deudores recíprocamente. El segundo elemento, lo forma la necesaria homogeneidad de los bienes a compensar, y aquí se presta a discusión, el concepto que tratamos: hay autores que consideran lo siguiente, por homogeneidad debe entenderse identidad de bienes; esto, en materia de valores, significaría que si un adeudo fuese, como ejemplo, en pesos, será necesario que ambos adeudos sean en la misma moneda. Por su parte,

otros autores con los que coincido estiman que bastará que se dé respecto a cosas de la misma especie, pues para la compensación de pesos con dólares bastará con un simple cálculo aritmético para que opere la compensación ya que ambas monedas coexisten en un mercado de divisas, por lo que de aceptarse la segunda interpretación tendremos que este segundo elemento. El tercer elemento lo será que ambas deudas sean líquidas o que su plazo de vencimiento o de maduración —si usamos el término jurídico anglosajón— sea similar o ajustable. Vamos a suponer que hubiese una diferencia de vencimiento de treinta a sesenta días. Bastará aplicar las tasa usuales en el mercado, las que se descontarán del valor del bien que tenga el vencimiento posterior con lo que se mantiene el espíritu del requisito.

Es importante establecer que, cuando se da la existencia de ambas deudas recíprocas y exista la voluntad de una de las partes para que opere la compensación, ésta existirá por ministerio de ley, aunque la otra parte no lo apruebe.

La operación en ocasiones tomó simplemente la figura de un depósito llamado *back*, por el respaldo que al préstamo otorgaba, y consiste en que la empresa, el *factorum* de ésta u otra empresa relacionada o no con la futura deudora, hace un depósito ante un agente financiero con el fin de garantizar a éste el crédito que otorgara a otra empresa. El propósito puede ser múltiple: desde el deseo de que en lugar de invertir sus propios fondos en la empresa se permite, por un lado, a la habilitada el deducir fiscalmente los intereses, en tanto que la garante obtiene intereses que no obtendría si financiara directamente; la figura prohibida en nuestro derecho es practicada con cierto disimulo, mas es permitida casi en todo el mundo. Establecimos ya que la figura, cuando se trata de préstamos paralelos, podría resultar parecida, pero ciertamente no es la misma lo que podemos concluir de compararla con las otras variantes del *swap*.

Otro problema con que se encuentra la figura lo será la dificultad de ejecutar el adeudo principal, si éste no cumplió su obligación y la otra parte sí lo hizo; para ello resulta adecuada la figura del arbitraje y recomendable que se pacte su realización en el domicilio del acreedor y que éste abarque no sólo el

pago, sino que se realice de manera adecuada y conforme a las reglas pactadas de compensación de divisas, de intereses y de gastos.

Establecidas las generalidades del fenómeno financiero procederá que pasemos al estudio económico y jurídico del mismo, no sin antes establecer que dentro de la crisis financiera y de credibilidad por la que pasa nuestro país puede ser este instrumento de gran utilidad, ya no pensando en la deuda del gobierno, sino en la de deuda de los bancos y entidades financieras y de las compañías mexicanas que emitieron deuda en el exterior. Ante la crisis, los tenedores de papel comercial dudarán de poderlo cobrar a su vencimiento, y lo anterior provocará que el precio de estos sea inferior a su valor nominal y las tasas de descuento aumentarán sensiblemente, e incluso las de cambio de divisas serán menores; por lo cual los deudores de esos bancos o negocios, tan sólo tendrán que buscar, por medio de un agente financiero, a los nerviosos tenedores de este «papel especial» y realizar sus ofertas. Ahora pasemos a su estudio.

Tendremos que hacer algunas consideraciones legales necesarias para la comprensión de la figura y de su aplicación práctica; en primer término deberemos considerar el fenómeno de la estandarización del «papel comercial» que reduce el riesgo del swap, lo que nos lleva a varios supuestos de desarrollo. «Estos incluyen: 1). Bancos que se encuentran a sí mismos entrando en permutas de documentos en bases regulares con otros bancos acordando formas estándares de documentación que deberán ser adoptados por ellos. 2). La introducción de acuerdos maestros entre partes con la intención de crear un sistema fijo de reglas bajo las cuales puedan incorporarse transacciones individuales o intentar convertir operaciones de swap individuales dentro de una operación total. 3). En junio de 1985, la Asociación Internacional de Comerciantes de Swaps, en Nueva York publicó un código de lenguaje estándar, supuestos y provisiones para swaps de tipos de interés (el código ISDA), las regulaciones por las cuales se establecen acuerdos cruzados para su incorporación en los contratos. 4). En agosto de 1985, la Asociación de Banqueros Británicos (BBA) publicó un completo proyecto, en versión reducida, de los acuerdos para swaps de intereses o de divisas (los términos BBAIRS).»¹⁵⁷

¹⁵⁷ Swap Financing. Amel Cates *The International Lawyer*, Summer 1986, Volume 20, Number 3.

Los BBAIRS a la postre se han convertido en el mundo en práctica normal y aceptada en las operaciones interbancarias de *swaps*, sobre todo en el mercado interbancario de la Gran Bretaña.

Habrá que considerar la insolvencia como posibilidad en los casos en que el objeto de canje lo sea papel comercial privado; esto será posible, y será necesario que en el contrato se contengan las reservas para este caso de tasas y de papel comercial emitido por algún Estado, y dado que éstos no quiebran (en lo general, puesto que en los Estados Unidos he leído de suspensiones de pagos y me atrevería a afirmar que existan quiebras de alcaldías en ese país, mas no poseo elementos de juicio para establecerlo fehacientemente). Por lo anterior considero que el riesgo deberá ser para el propietario del título, con base en la teoría general de los riesgos y en la particular situación de la operación, pues el riesgo se calculó al fijar el precio.

De esa manera analicemos comparativamente nuestra figura con otros contratos para determinar su naturaleza jurídica. Hemos establecido la definición que nuestro código da de la permuta; de ella, se establece que «... la permuta es un trueque de cosa por cosa. La compraventa lo es de cosa por una suma de dinero. Dado que es posible celebrar un contrato mixto formulado por permuta y compraventa, se le designa con el nombre que resulte dominante.»¹⁵⁸

Tendremos que eliminar como posibilidad la figura de la compraventa, en virtud que en cualquier trueque de este tipo, celebrado con sentido común, hará que los títulos tengan, cuando menos nominalmente, un valor superior al del efectivo, pues nadie invertirá en un negocio notoriamente incosteable; mas eso tendrá, entonces, carácter de permuta, pero una permuta tan particular que, a nuestro juicio, forma una figura nueva tal y como lo trataremos de demostrar.

Cualquier bien fungible podrá ser canjeado en una permuta, mas sólo determinados valores o cotizaciones podrán ser materia de un *swap*; cualquier sujeto con los requisitos de ley podrá celebrar un contrato de permuta, mas será necesario un agente financiero para contactar los inversionistas, realizar las operaciones y cálculos necesarios para equilibrar los valores, términos, ajustes sin los cuales la operación, a mas de absurda en cuanto la fijación del precio

¹⁵⁸ Código Civil Comentado, UNAM-Porrúa, México 1988.

...correspondiente, sería muy difícil concertar. Pero la diferencia fundamental se encuentra en el objeto de la operación; realizada la permuta, no interesa el destino del bien permutado, en tanto que en el *swap* la permuta es tan sólo el medio para adquirir el bien materia del *swap*, que terminará, en la mayoría de los casos, extinguiendo una obligación que tenga a su favor el emisor del título.

Una vez descrito el fenómeno y su origen, así como su singularidad como contrato atípico, previamente intentemos una definición de éste: el contrato de *swap* es el acuerdo entre dos partes, intermediados por uno o varios agentes financieros, para cambiar una corriente de flujos monetarios de la misma o diversa moneda calculado sobre bases similares o diferentes.

El *Blacks Law Dictionary* lo define como: «El intercambio de unos valores (*securities*) por otros; y El *swap* puede ser ejecutado para cambiar los vencimientos en un portafolio de bonos o la cantidad de emisión en un portafolio de bonos y acciones o, quizá, corregir objetivos de inversión que se desviaron.

Los arreglos de *swap* son usados por corporaciones y entidades financieras para cubrirse contra cambios en la tasa de interés y el cambio extranjero».¹⁵⁹

Las variaciones sobre el tema pueden ser tan múltiples como la imaginación de aquéllos que los utilizan. Posteriormente daremos ejemplos de

ellos. Los elementos personales lo serán el transmitente de los títulos y el adquirente de ellos; esto tan sólo formalmente pues, en mi opinión, se trata de un contrato trilateral del cual forma parte un agente financiero cuya actuación no se reduce a la simple intermediación, sino que es quien, por o sin encargo de alguien, busca y encuentra títulos adecuados y a quién pudieran interesarle, efectúa el estudio técnico y las posibilidades de utilidades o conveniencias para ambos y realiza las operaciones incluyendo los fondos necesarios; es responsable, además, de la adecuación de los títulos para los propósitos que se pretenden. Desde luego, esto no abarca garantía de que los títulos tendrán el valor esperado pues, por su naturaleza, se trata de valores de riesgo, pero esto hace que, a mi juicio, el agente sea parte en la mayoría de los casos, aunque

¹⁵⁹ *Blacks Law Dictionary. Centennial Edition. 1891-1991.*

debo reconocer que en *swaps* muy elementales la actuación del agente es tan sólo de intermediación en la obtención de títulos.

Fitch menciona, además del *swap* de divisas y del de interés, el swap sobre activos (*asset swap*), sobre bonos (*bond swap*), y en red (*swap network*) éste usando en forma automática en el mercado de valores, entre bancos centrales, para mantener paridades estabilizadas (*basic swap*), *swap* básico, que comprende el cambio de dos instrumentos nominados en la misma divisa y maneja una tasa atada a otra, cualidad que lo diferencia de los *swap* de divisas y de intereses. Sería imposible enlistarlos todos. Este autor añade, para terminar, dos *swaps*, el de hipótesis y el de mercancías.

EL FACTORAJE FINANCIERO

Con la aparición en la operación diaria del contrato de factoraje sucede lo que sucede con algunos grandes personajes: que todo mundo se precia de haberlos conocido o descubierto.

Hay autores que remiten el origen del factoraje, o *factoring*, a tiempos muy remotos: «...cuarenta y dos siglos atrás en las ruinas de Warka y Siparra»;¹⁶⁰ mientras, la mayoría se inclinan por considerar dicha institución como de origen sajón, desarrollado principalmente en las primitivas colonias inglesas de la parte norte del Continente, que se convertiría en los actuales Estados Unidos de Norteamérica.

Si bien en algunos países de Europa, y durante el siglo pasado en nuestro país, se legisló acerca de la figura del *factor*, las necesidades de la operación fueron haciendo que esa institución –si alguna vez fue la misma– fuera separando sus matices hasta convertirse en una radicalmente diferentes; instituciones que ahora, gracias a la intercomunicación económica, vuelven a reunirse, y ante esta interacción en el mundo comercial deberemos, los amantes del derecho, estar atentos, replantear nuestras posiciones para no caer en confusiones por el ánimo de integrar una figura foránea y emergente en nuestro derecho y excluir una figura decadente como la es la del *factor*, que regula nuestro centenario Código de Comercio.

Debemos estudiar esta figura, tratada ya teóricamente por nuestros autores en sus bases internacionales, y ahora que la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito le han dado carta de naturalización en nuestro país, analicemos los elementos que le hacen singular y diferente de los demás sistemas extranjero.

En virtud de que algunos autores cuestionan la castellanización del vocablo *factoring*, arguyendo, no sin razón, que debía haberse respetado dicha denominación, como se hizo en países tan cuidadosos de su ortodoxia lingüística como Francia, tuvimos la tentación de así denominarlo, pero en aras

¹⁶⁰ Del Angel, Ernestina. *Factoring*, Universidad Veracruzana.

de la unicidad de ideas lo denominaremos como fue hecho por el legislador mexicano: factoraje financiero.

La legislación mexicana define el contrato de factoraje financiero como una actividad que requiere, para su existencia legal, de una empresa que tenga la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para celebrar contratos con personas físicas o morales que realicen actividades empresariales, y que por medio de estos contratos la primera adquiera de los segundos derechos de crédito relacionados con la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, con recursos provenientes de las operaciones que establece el artículo 45-A de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Si bien la legislación no definió la operación ni el contrato, sí nos da la pauta para intentar una, después de analizar los elementos y condiciones de existencia que la norman.

De ese modo, el factoraje financiero es concebido como una actividad, esto es, como un conjunto de actos tendentes a un fin y, por ello, no limita la celebración del contrato a un simple acuerdo de voluntades, cuyo objetivo es el producir efectos de derecho, sino que «pone su énfasis en la interrelación de los diferentes elementos entre sí, de tal manera implicados que la mutación de uno de ellos llevaría consigo cambios correlativos a los demás».¹⁶¹ Tal interrelación es la que mantiene esa actividad estrechamente vinculada a los elementos del contrato y del concepto general del factoraje; y sostiene, más que un simple contrato, un sistema de operación armónico.

De esto tendremos que hacer varias consideraciones. El contrato de factoraje fue adjetivado como financiero, lo cual puede significar la existencia de otro contrato de factoraje no financiero, es decir, uno de factoraje simple, y de ser cierta esta conclusión, ¿la empresa de factoraje simple no requeriría de autorización de las autoridades hacendarias? ¿en qué consistiría? ¿cuál sería la legislación aplicable?

De este estudio deberemos concluir que, hasta este momento, no conocemos operaciones de factoraje no financiero ni legislación aplicable, y

¹⁶¹ Aguirre Anguiano, José Luis. Conferencia en la Universidad Panamericana, 1989.

... tendremos que asumir la adjectivación del contrato tan sólo como una deficiencia
... legislativa.

Si hiciéramos el análisis y clasificación de éste, podríamos intentar
definirlo como un contrato de tracto sucesivo, por medio del cual una empresa
llamada de factoraje financiero conviene en adquirir del cliente derechos de
crédito, no vencidos, que éste tenga a su favor y que se encuentren
documentados en facturas, contrarrecibos, títulos de crédito o cualquier otro
documento denominado en moneda nacional o extranjera que acredite dichos
derechos de crédito y que éstos sean resultado de la proveeduría de bienes, de
servicios o de ambos, por un precio determinado o determinable y por la
obligación de notificar al deudor, si es necesario,

De dicha definición podemos analizar que el contrato es:
Bilateral. Dado que crea derechos y obligaciones a ambas partes.
Consensual. Pues de la incipiente legislación no se deriva obligación
alguna de formalidad, aunque implícitamente el artículo 48 de la Ley establece la
existencia de un documento en el que se deben hacer constar los contratos de

factoraje financiero y otros requisitos que deberán establecerse por escrito; de
tal modo indirectamente se establece la formalidad del contrato sujetándolo a la
forma escrita.

Atípico. Éste no tiene regulación especial para sí pues, como lo dijimos
antes, se regulan las empresas de factoraje financiero y sólo marginalmente el
contrato.

De tracto sucesivo. Ya que se realiza durante la operación del pacto y no
en sí mismo.

De adhesión. Puesto que es un contrato que, por estar sujeto a regulación
gubernamental, se regirá por las reglas propias de la empresa de factoraje
financiero y por las determinaciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito
Público y comisiones dependientes de ésta, por lo que el cliente deberá
adherirse a él, y puede modificar, si acaso, las tasas del interés o el aforo, a este
respecto remito al lector a mis consideraciones sobre el concepto de contrato de

adhesión, lo que no impide que la mayoría de autores lo considere como tal.

Existe la duda, derivada de nuestra incipiente legislación, en el sentido de si el contrato de factoraje financiero es, en sí, un contrato definitivo o uno preparatorio de otro; en efecto, del análisis de la legislación de la materia (artículo 45 B se establece que la empresa de factoraje financiero conviene con el cliente «en adquirir derechos de crédito», o sea, no adquiere por el contrato esos derechos de crédito, sino tan solo conviene en adquirirlos, y de tal modo puede darse el caso de que una empresa de factoraje financiero convenga en adquirir del cliente derechos de crédito y éstos no lleguen a transmitirse. De resultar cierta esta consideración, ¿cuál sería el contrato que lo perfeccionaría? La legislación no lo menciona y por el contrato el artículo 45 C, en su fracción I, establece la posibilidad de que la empresa de factoraje celebre con el cliente contratos de promesa de factoraje.

Por ello debemos concluir que el factoraje financiero es un contrato principal, que para su existencia no requiere de ningún otro, y que en sí mismo no necesita de alguno; si bien es cierto que puede no celebrarse la transmisión de los créditos, esto se relacionaría no con la existencia, sino la frustración del contrato.

Los sujetos del contrato serán, por una parte, la empresa de factoraje financiero, necesariamente organización auxiliar de crédito de conformidad con lo dispuesto por los artículos 3, fracción IV y V de la ley de la materia, y por la otra, el cliente puede ser una persona física o moral, con la sola condición de que realice actividades empresariales.

Aquí se presenta un problema de uniformidad de conceptos, que puede traernos más de alguna complicación. En efecto, la empresa de factoraje financiero es conocida universalmente como «el factor» designación que, por no ser unívoca, debemos rechazar para evitar las complicaciones derivadas de dos figuras comerciales distintamente reguladas.

La tentación de recurrir a esquemas conocidos resulta consecuencia necesaria de nuestra formación romanista y, así, el análisis del capítulo II del Libro Segundo del Código de Comercio se impone.

La citada legislación establece que serán factores los que tengan la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o aquéllas

que, en relación con dichas empresas, estén autorizados para contratar por cuenta y en nombre del dueño de la misma.

Se puede concluirse, así, que el factor regulado por el Código de Comercio y la empresa de factoraje financiero no tienen relación alguna, entre otras particularidades porque una es constituida por persona física, en tanto que la otra deberá ser persona moral; una es dependiente del dueño de la empresa y la otra existe por sí misma; el primero actúa por cuenta y en nombre del dueño de la empresa, y la otra lo hace por propio impulso; el primero es un caso de representación mercantil y la segunda no lo es.

En cuanto al cliente, éste podrá ser indistintamente una persona física o moral, con la sola limitación que deberá realizar actividades empresariales, sin que se mencione si éstas deberán ser llevadas a cabo en forma habitual u ocasional. Al cliente de los servicios de factoraje se le ha denominado como «el usuario» y al deudor de los bienes y servicios prestados por éste se le designa como «el deudor». Aunque la ley no establece diferencia alguna entre la naturaleza comercial o civil de éstos, la práctica de algunas empresas de factoraje financiero da preferencia a aquellos deudores del cliente que también sean comerciantes, por lo que, aun cuando no se deriva de la ley, debe considerarse que hay ocasiones en las que algunas instituciones de factoraje financiero sostienen la política de que el factoraje no podrá financiar productos terminales, entendiendo por estos aquéllos en los que el deudor del cliente resulta ser un sujeto no comerciante y, por ello, consumidor final.

A mi juicio esta política resulta errónea, pues en ningún momento nuestra legislación fija como necesaria condición o naturaleza alguna a la persona del deudor del cliente o usuario del factoraje. La errónea postura de las empresas de factoraje financiero, consistente en que no podrán ser materia de factoraje los créditos generados por actos accidentales de proveeduría de bienes y servicios, es infundada en la medida en que la ley tan sólo exige que se deriven de estos actos, puesto que los derechos de crédito que serán la cosa materia del contrato deberán derivarse de estas actividades. De ese modo, cualquier persona que desarrolle actividades empresariales podrá tener carácter de parte:

La empresas de factoraje manifiestan que, actuando en un sistema comercial, se tiene conocimiento de cuáles deudores del cliente de la operación cumplen con sus obligaciones y cuáles no lo hacen siendo comerciantes, lo cual resultaría mucho más difícil si se tratara de deudores al margen de esa actividad. La objeción me parece injustificada, pues si el factoraje es una función auxiliar del crédito, no debe segregar a ningún usuario de sus servicios tan sólo porque su intermediación sea terminal. Clasificar la solvencia de los particulares no requerirá de más conocimiento o tecnología que el clasificar comerciantes.

Deberemos analizar cuáles son las obligaciones y derechos de las partes que determinan la bilateralidad del mismo.

Obligaciones de la empresa de factoraje financiero derivados del contrato

1. Cubrir los derechos de crédito con recursos derivados de las operaciones pasivas que regulan las fracciones II, III, IV, IX, y X del artículo 45 A de la ley de la materia.

2. Pagar en tiempo y forma la cantidad determinada o determinable fijada como contraprestación en el contrato de factoraje financiero.

3. Administrar y cobrar por sí los derechos de crédito adquiridos, y excepcionalmente podrá hacerlo por medio de terceros mediante autorización de la SHCB, (artículo 45 b *in fine*).

4. Notificar al deudor de la celebración del contrato y de la transmisión de los derechos de crédito en su favor, en los términos del artículo 45 K de la ley de la materia.

5. Haber obtenido información sobre la solvencia moral y económica de los deudores y hacer el análisis de los derechos de crédito que adquieran (art. 45 R).

Obligaciones del cliente derivados del contrato

1. Transmitir a la empresa de factoraje financiero los derechos de crédito no vencidos y los derechos accesorios de estos pactados en el contrato y, en su caso, endoso o cesión de crédito.

2. Acreditar que tales derechos de crédito son derivados de la proveeduría de bienes o servicios, o de ambos.

3. Garantizar la existencia y legitimidad de los derechos de crédito al momento de la celebración del contrato.

4. A responder del detrimento del valor de los derechos de crédito, salvo en el caso que se trate de títulos de crédito.

5. Aceptar que si se derivan devoluciones sean entregados a ellos los bienes, salvo pacto en contrario.

Cabe preguntarnos si será válida la celebración de un contrato regulador que establezca las bases generales de negociación y los parámetros a lo que deberá sujetarse la operación del sistema, y realizar las operaciones a base de anexos en los que se modificarían los documentos que contienen los derechos de crédito, notificaciones, tipo de interés, aforo, si lo hay, en general, las partes variables de la redacción del contrato formando con éste una unidad.

En principio, no existe un impedimento para ello, pues por el contrato, la empresa de factoraje financiero sólo conviene en adquirir derechos de crédito, y no los adquiere necesariamente en ese acto, como parece indicarlo la fracción I del artículo 45 A; de tal modo que sí puede, en mi opinión, celebrarse el contrato de factoraje financiero sentando las bases de la operación y quedando pendientes el señalamiento de los derechos de crédito que se traspasarán y el precio y condiciones que regirán el contrato.

No se trata, en este caso, de un contrato de promesa de factoraje, pues los alcances de ésta se limitan a la celebración de uno de ellos y la obligación en tanto que en éste ya se darían los elementos del definitivo.

El objeto del contrato

El objeto del contrato lo será la adquisición, por parte de la empresa de factoraje financiero, de derechos de crédito que el cliente tenga a su favor y que se hayan derivado de proveeduría de bienes, servicios o de ambos.

Por ello, deberemos analizar cuáles son esos derechos de crédito. Moreno Castañeda establece «...que crédito es la acepción usada para denotar la confianza a que una persona se hace merecedora por la idoneidad de su conducta, su veracidad y la exactitud en el cumplimiento de sus obligaciones y de sus meta.»¹⁶² Por su parte Greco, citado por Bauche García diego, establece

¹⁶² Moreno Castañeda, Gilberto: *La moneda y la banca en México*, U. de G, Guadalajara 1975.

como elemento característico de la operación de crédito «...la transferencia actual de la propiedad de una cosa del acreedor al deudor, quedando diferida la contrapartida, esto es, la prestación correlativa por parte del deudor.»¹⁶³ De tal modo, nos encontramos ante una operación de crédito cuando existe la transferencia de un bien fungible a otra en razón de sus cualidades personales, difiriéndose la obligación de ésta de devolver una cosa equivalente –prefijada– a un plazo futuro.

Ahora bien, si el motivo fundamental de la operación comercial es la obtención de lucro, a través de esa mediación debemos concluir que ese crédito mercantil debe hacerse con el propósito de obtener un beneficio adicional. Por ello, cuando nos encontramos que una persona transfiere a favor de otra bienes o servicios, con propósito de especulación comercial, otorgándole un plazo para cubrir en bienes o numerario una suma equivalente al valor de éstos, más una utilidad, nos encontramos en presencia de una operación de crédito, parte habitual de las operaciones comerciales de un país.

Pero como el acto de comercio tiene un efecto dinámico, resultaría un contrasentido la inmovilización de esos recursos producto de los bienes y servicios que ya produjeron una utilidad, porque dicha dinámica propia hace necesarios esos recursos (inversión y utilidad) para continuar el proceso generador de riqueza; por ello, se hace necesaria la aparición de empresas cuyo objetivo primordial sea la prestación de servicios de crédito, es decir, aquéllas cuyo producto lo constituya precisamente el crédito y con cuyo ejercicio pretendan obtener a su vez una utilidad.

Dentro de los innumerables sistemas de intermediación de crédito, el factoraje viene a constituir, tal vez, una de las más perfectas formas de operación mercantil, al permitir que la empresa proveedora de bienes o servicios no tenga que distraer recursos de su actividad primordial y pueda optimizar sus resultados; así, el factoraje viene a solucionar –como después lo veremos– el problema del otorgamiento del crédito y de su recuperación posterior, y permite, repito, que la empresa productora mantenga sus energías y conocimientos en su propio objetivo y, a su vez, en esa dinámica generadora de riqueza que es el

¹⁶³ Bauche Garciadiego, Mario. Edit. Porrúa. México 1985.

comercio haga nacer empresas cuyo objetivo lo sea, precisamente, la intermediación crediticia.

De tal modo, visto el crédito como una mercancía susceptible de transacción mercantil, hemos podido fijar la existencia de éste, y en consecuencia, como posible objeto de creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones sobre el mismo.

Ese crédito objeto de contratos puede ser o no incorporado en un documento, como es el caso de los créditos documentados en forma de títulos o en otras formas de documentación mercantil: factura, contrarrecibos o cualquier otro documento denominado en moneda nacional o extranjera.

Tan sólo podrán ser materia de contrato de factoraje los derechos sobre créditos documentados, aun no vencidos, que deriven de proveeduría de bienes y servicios o de ambos, sin importar si fueron otorgados por personas nacionales o extranjeras. Ahora bien ¿cuáles títulos podrán considerarse que poseen derechos de crédito?

1. **Factura.** La constituye el documento que acredita la venta hecha por el cliente o usuario del contrato de factoraje. Documento que se encuentra en poder del vendedor (cliente) y que no ha sido entregada al comprador (deudor) de los bienes o servicios y que, por lo general, describe los productos o servicios recibidos por este del cliente e indica el monto de ellos. Generalmente es un documento a la vista y no tiene regulación especial en nuestra legislación, aunque en ocasiones en el texto de la misma se establece la fecha en que deberá ser pagada.

2. **Contrarrecibo.** Documento consagrado por el uso comercial que consiste en un recibo otorgado por el deudor a su proveedor (cliente del factoraje) en el cual, de manera breve, se establecen documentos que para su revisión y programación de pagos entregó el proveedor (cliente en el factoraje) al comprador. En dicho escrito se establece, generalmente, fecha de pago de los documentos que en él se detallan. Habrá que tener cuidado, pues la fecha fijada para el pago en el contrarrecibo puede diferir de la de vencimiento en los documentos comprendido.

3. *Títulos de crédito*. Son aquéllos que el artículo 5 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito define como «...necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna». La antes dicha legislación enumera: a) la letra de cambio, b) el pagaré, y c) el cheque que, en principio, podría considerarse —con las excepciones que luego estableceremos— como materia de factoraje. Los otros títulos de crédito no pueden ser materia de factoraje por no ser derivados de proveeduría de bienes y servicios, o de ambos, y por ende, no pueden ser objeto del contrato.

El cheque presenta una problemática muy particular, puesto que uno de los requisitos fijados por el artículo 45 D de la ley de la materia es precisamente que se trate de derechos de crédito no vencidos, y éste es invariablemente un documento a la vista, por expresa determinación del artículo 178 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Los documentos a la vista son aquéllos que vencen el día de su presentación para su cobro, en el presente caso ante el banco librado, por lo que se puede considerar que el cheque es un documento no vencido, en tanto no haya sido presentado ante el librado y se encuentre dentro de los términos fijados por el artículo 181 de la ley antes mencionada. Por ello podemos concluir que el cheque, aun no presentado al librado o a la cámara de compensación, puede ser materia de factoraje financiero mexicano.

Otro requisito señalado por la ley como necesario para que los derechos de crédito puedan operarse: deberán estar denominados en moneda nacional o extranjera, esto es, que tendrán que contener en forma unívoca la cantidad de numerario, nacional o extranjero, que representan, o sea, la suma de las obligaciones que el deudor deberá cubrir para satisfacer su obligación; sin tener que recurrir a ninguna auxiliar, sino que se derive del propio texto del documento; esto resulta indispensable en los títulos de crédito, pero se debe tener cuidado que se contengan en los demás documentos que puedan considerarse objeto del factoraje, sin ser títulos de crédito.

Igualmente, los derechos de crédito para que puedan ser materia de un contrato de factoraje financiero necesitarán acreditar la existencia de los mismo, esto es, deberán hacer constar que el deudor en alguna forma reconoció la

existencia de ese crédito a su cargo; en el caso de títulos de crédito, no tendrá mayor complicación, pues la firma de ellos o sus representantes estará estampada en los documentos, y esa condición estará cumplida. En el caso de facturas y otros documentos, bastará el recibo del embarque y el pedido para legitimar este reconocimiento; en el caso de contrarrecibos, documentos expedidos por el deudor, se da esa voluntad de éste que permite al usuario del factoraje financiero acreditar la existencia del crédito.

La doctrina española establece, como nosotros los orígenes del *factoring* en el comercio textil entre Inglaterra y las colonias, pero sitúa en los treinta cuando el *factoring* comienza en Norteamérica a adquirir importancia, creándose algunas compañías como compañías independientes y otras integrándose dentro de la banca, utilizándose como sistema de financiamiento para productos como juguetes y muebles, e incluso como sistema de financiación para el comercio de grandes superficies, que de este modo ahorran intereses y logran financiar a proveedores muy pequeños.

" A Europa llega el *factoring* en la década de los sesenta. Parece ser que son dos subsidiarias de las compañías Norteamericanas: Walter Heller de Chicago y The Factoring Company, del First National Bank de Boston, las primeras en establecerse en Europa"¹⁶⁴.

El autor de la afirmación anterior plantea que Estados Unidos ha dejado de ser con mucho la principal operadora de *factoring*, entre otras cosas por su resistencia a financiar nuevos campos de operación. Italia es según dicho autor el primer país del mundo por número de compañías y cantidades de negocio la principal operadora de *factoring*, agregado eso a que el *factoring* no recibió restricciones con las leyes restrictivas del crédito que afectaron a esos dos países; Holanda y Alemania son países de gran tradición exportadora y han utilizado la figura para lograr el financiamiento de determinadas operaciones.

La operación de *factoring* mexicano es prácticamente idéntica a la Española, cuando menos en sus aspectos teóricos ya que en la española se supone que existe un estudio de grado de solvencia de los deudores, lo que en

¹⁶⁴ Gallardo Rodríguez, José. El Factoring como figura económico-financiera. Jornadas sobre productos financieros actuales, Universidad Complutense de Madrid, 1994

En México es meramente nominal, lo que produce que este país prácticamente no se practique el *factoring* sin recurso.

En España podríamos pensar en que existen varias clases de *factoring* que corresponden a las condiciones del *factoring* mexicano con la sola salvedad de que en México resultaría cuando menos extraño considerar que éste pueda constituirse como seguro de crédito.

La reglamentación de la madre patria inicia con la orden del 13 de mayo del 81 en la cual el *factoring* aún no tomaba en dicho país sus características como contrato propio y en aquél tiempo se confundía tanto esta figura como la del leasing como una especie de venta en abonos, situación que continuó hasta la orden del 10 de mayo de 1988, respecto de cobros de exportación que también esta reglamentaba las cuentas de divisas de sociedades de *factoring*, como se ve la operación ya tomando su forma definitiva y produce que cada vez tome mas carta de residencia en cuanto a su ejecución, ya que lo que debe de ser es que el *factoring* no regula en si la operación comercial, ni siquiera le interesa el destino de los bienes que se transmiten sino tan sólo de los créditos que para vender necesitan operar técnicas diferentes al crédito directo, aunque Bescós establece "que las operaciones de *factoring* constituyen actualmente un producto financiero y de gestión moderno," equiparable a otras técnicas de cobertura de riesgo como el *forfaiting* o los *swaps*"¹⁶⁵

¹⁶⁵ Bescós Torres, Modesto, *Factoring y Franchising*, Ediciones pirámide, Madrid, 1990.

CAPÍTULO XV

EL CONTRATO DE *KNOW HOW*

Existen frases afortunadas, que trascienden su sentido primigenio y se hacen representativos universalmente, esto es, rebasan sus ámbitos nacionales y pasan a ser parte del patrimonio humano en su más amplio sentido.

El *know how* (saber cómo) es uno de estos términos, y sin importar la lengua en que se menciona, éste posee un sentido unívoco.

Cuentan que un notable banquero de los años treinta se encontró un día con el problema de que no era posible abrir la caja fuerte de su banco, con los consecuentes problemas que esto causaba. Llamaron, pues, a un experto; éste pudo abrirla, e interrogado acerca de los emolumentos que cobraría por su trabajo pidió al banquero la suma de 30 pesos, en esa época, una buena suma para un operario. Ante ello, el banquero comenzó a manifestar su enojo ante lo que le pareció un cobro exagerado. El experto reaccionó cerrando de nuevo la caja, con lo que quedó demostrado que saber es poder.

Actualmente, ese *know how* se da a nivel internacional en los conocimientos técnicos, y los países usan dicho conocimiento como fuente de poder.

Muy cercano al contrato de licencia de patentes, el de *know how* adquiere una importancia singular. Las razones pueden ser múltiples y van desde el hecho de que en nuestro país, y en general en Latinoamérica, existe una ausencia de cultura en materia de investigación tecnológica; nuestros hombres de negocios prefieren adquirir tecnologías ya aplicadas, y esto ha creado, en esa materia, una dependencia casi absoluta de nuestra industria y empieza a notarse la influencia de *know how* extranjero, incluso en el comercio.

Su cercanía con el contrato de licencia de patente es tal que, en determinadas ocasiones, uno llega a transformarse en el otro; ejemplo de ello podría ser el caso de un contrato de licencia de patente, con una ppe que esté en trámite; si se negase el registro, estaríamos ante un contrato de *know how*.

El concepto nace de la práctica del sistema angloamericano, mas su concepción no es uniforme. Resulta peculiar, por ejemplo, que el *Black's Law*

Dictionary no lo defina, y tal vez donde más se haya desarrollado es en Alemania.

En sus acepciones castellanas la designación ampara lo que serían los secretos industriales y comerciales, y algunos casos de sociedades en las que se limita la información denominada como privilegiada.

En un sentido amplio, se puede definir el *know how* «...como un conocimiento o un conjunto de conocimientos técnicos que no son del dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran, a quien los domina, una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar, evitando su divulgación.»¹⁶⁶ Aunque no se ha delimitado exactamente la figura, sí se conceptúa en términos exactos.

De tal modo, el contrato se forma respecto de sus elementos personales por el licenciante, que ha de ser el titular del *know how*, o tener licencia o facultad para transmitirlo; mientras que el licenciataria es quien adquiere ese conocimiento para aplicarlo.

Por ser un bien inmaterial, el único requisito que tendrá el objeto del contrato será que éste exista realmente y que esa información técnica procure una ventaja competitiva medible pecuniariamente.

El objeto intangible de este contrato tiene un aspecto particular muy interesante y es el que de su estudio podemos deducir que la transmisión de un conocimiento es la materia de éste. Ahora bien, ¿cómo se transmite un conocimiento? La transmisión se da de un modo absoluto —se conoce algo o no—, cuando una persona es dueña de conocimientos y se los trasmite a otra; la transmisión del conocimiento se ha dado, y siendo simplistas, ha quedado cubierta una de las obligaciones del contrato; si habláramos de compraventa de secretos o de *know how* podríamos tener razón, pero una vez transmitido el conocimiento ¿quién es su dueño de él? ¿el vendedor deberá olvidar que lo tuvo? ¿o cuándo menos tendrá la obligación de no utilizarla? Porque la

¹⁶⁶ Massaguer, José. *El contrato de licencia de know how*, Librería Bosch, Barcelona 1989.

experiencia humana se da, precisamente, del conocimiento que se va adquiriendo.

Otra posibilidad se da si el conocimiento se transmite sin que quien lo trasmite pierda su derecho de uso, en cuyo caso habremos de preguntarnos si quien lo adquiere tiene o no limitaciones en su uso. Tal vez en ello resida el encanto de este contrato: lo que a primera vista pudiera considerarse como un control para lo incontrolable, mas no lo es en forma absoluta, es cierto que quien transmite un conocimiento lo mantiene en sí, pero igualmente cierto es que éste puede obligarse a no utilizar ese conocimiento, por lo que de la misma forma a quien se le transmitió puede obligarse a, conociéndolo, dejar de usarlo si así lo pacta. Por ello, no es el conocimiento en sí lo que se pacta sino el uso de éste y del método particular para arribar a él. Así, si se me transmite por este contrato el conocimiento de imprimir de golpe un texto, y por diferente método llego al mismo objetivo, sólo estaré limitado a usar el método que se me transmitió condicionadamente y no el otro.

El precio podrá ser cierto y determinado o determinable, si éste es único y conocido como *forfait*, es decir, es una cantidad única que se fija y puede cubrirse unitaria o fraccionariamente; mas si el contrato se celebra a resultas, se hará por medio de uno en el que se fijen la rentas periódicas derivadas de la explotación del conocimiento transmitido, en cuyo caso se denomina *royalty*, o incluso puede ser una combinación de ambos sistemas.

Por aplicarse las normas generales del contrato, éste deberá contener los requisitos esenciales de validez y, en mi opinión, debe hacerse por escrito dada la complejidad del asunto y el hecho de que, en materia comercial, la obligación se adquiere de la manera en que aparezca que quiso obligarse y, por tanto, es necesaria su redacción material.

Deberán establecerse en el contrato las obligaciones de no hacer por parte del licenciataria, consistentes en que no revelará ni transmitirá los conocimientos y serán fijadas las consecuencias económicas que tendrá la violación de la obligación de no hacer.

La licencia de *know how* puede otorgarse en exclusiva, y deberá ser pactada expresamente estableciendo los límites territoriales a lo que se

circunscribe, en cuyo caso tendrá que vigilarse no caer en prácticas monopólicas, o podrá establecerse en el contrato que no se otorga en calidad de exclusiva; en este supuesto deberán fijarse las reglas de competencia entre los licenciarios que actúen en la misma zona.

Mediante esta licencia, el poseedor de ella —o licenciario— quedará facultado para la explotación del conocimiento transmitido quedando obligado al pago del precio.

Nuestra legislación las regula en forma variada, en ocasiones como secretos industriales, y así considera como tal a toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial; que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas, esto es, que esa información de que trata el legislador es en realidad un conocimiento que, excluido del dominio público, tenga una entidad comercial o industrial y que, gracias a ese conocimiento, se obtenga o mantenga una ventaja competitiva o económica frente a terceros dedicados a la misma actividad.

La información deberá contenerse en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas y otros instrumentos similares. En el secreto industrial existe, también, un elemento inmaterial, que algunos autores, especialmente alemanes, consideran inseparables. Por su parte, los especialistas españoles han considerado que el *know how* en realidad es el elemento inmaterial, o sea, es el tener el conocimiento (véase Gómez Segade y Cavanelas).

La Ley de Propiedad Industrial condiciona los secretos industriales a que se hagan constar en esos documentos, y la parte inmaterial la hace consistir en el propio conocimiento.

De los conceptos antes mencionados, se desprende que el conocimiento debe de tener dos cualidades: una, la de ser secreto, y dos, la de tener un valor patrimonial, aunque debemos matizar el primer concepto, pues no es uno absoluto. Ese conocimiento no debe ser accesible a las otras partes, bien sea que desconoce las diferentes o el efecto de todas reunidas.

Además, éste debe tener el valor económico de ser una ventaja competitiva o económica frente a terceros que realicen la misma actividad, y su valor patrimonial depende del mantenimiento del secreto tras la explotación de la información técnica; de tal modo, este conocimiento no constituye cualquier producto que, analizado químicamente, revele las partes y proporciones de su constitución.

Ese conocimiento existe, sometido al dominio de quien lo tiene, pero que admite la decisión de guardarlo para ser usado en un proceso especial o divulgarlo gratuitamente. Desde luego, no por el hecho de tenerlo, se otorga expresamente un derecho de explotación, pero quien lo posea y decida explotarlo, puede crear un vínculo legal que la protección jurídica del *know how* tutela.

De ese modo, el conocimiento se protege de la competencia desleal, por medio de la regulación de los derechos de patente, y es pieza esencial en el proceso de transferencia de tecnología (que Massaguer denomina Contrato de Licencia de *Know How*), en la que se transmiten conocimientos de los cuales derivan cláusulas de confidencialidad.

CAPITULO XVI

EL CONTRATO DE OPCIÓN

Uno de los contratos sobre el que se ha estudiado menos es el de opción.

La concepción sobre sus elementos es confusa y hay quienes lo ignoran y lo excluyen de cualquier estudio de contratos, pero la práctica comercial hace aparecer la figura constantemente en pactos comerciales concretos.

Concesionarios, banqueros, agentes y corredores de bolsa la usan en el comercio diario y, en especial, en contratos cuyo objeto lo constituyen valores y fondos bursátiles y bancarios; mas al observar su uso nos preguntamos ¿qué es la opción?, ¿qué derechos otorga?, ¿cómo se regula?, ¿cuáles son sus elementos?, ¿cuáles son sus efectos de cumplimiento y de incumplimiento?

Como precedente histórico, sólo cabe recordar la experta discreción con que Celso, Juliano y Ulpiano recomendaban el uso de la acción *prescriptis verbis* cuando faltasen nombres vulgares y usuales, ya que existen contratos cuyos nombres no han sido manifestados en el Derecho Civil porque, por la naturaleza de las cosas, se hizo que sean más los negocios que las palabras (*Digesto*, libro XIX; título V; 2, 3, 4).¹⁶⁷

Cito al *Diccionario de la Academia Española*. En la cuarta acepción de la voz la define de la manera siguiente: «4. *Der.* Convênio en que, bajo condiciones, se deja al arbitrio de una de las partes ejercitar un derecho o adquirir una cosa».¹⁶⁸

«La terminología jurídica no conoce la palabra opción, que no figura en el Código, se asemeja a un bárbaro que se ha introducido en la ciudad, a un peregrino de la Roma Imperial que tiene el *ius commercii* y reclama la cualidad de ciudadano».¹⁶⁹

Posteriormente trataremos de definir la figura. Antes de ello procederé a lo que Iheving llama diagnosticar los elementos del contrato a fin de conocer los caracteres que lo hacen singular; y que Vivante confirmó al establecer que «... si el Derecho tiene por objeto regular los efectos de una institución, es evidente

¹⁶⁷ Capograssi, Giuseppe. *La ambigüedad del derecho contemporáneo*, Buenos Aires 1989

¹⁶⁸ *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española, vigésima edición, Madrid 1984.

¹⁶⁹ Iglesias, Juan. *Derecho Romano*. Madrid 1934.

que el estudio práctico de su naturaleza debe proceder al estudio del derecho».¹⁷⁰

Así, veamos algunos casos en los que el contrato de opción pudiera ser útil.

1. **A** es dueño de una fábrica de cafeteras, mas su liquidez es precaria y está pensando en vender o mantenerse en niveles de producción mínimos, si pudiese conseguir un ingreso que le permitiera esperar mejores tiempos; **B**, por su parte, es competidor de **A** y sabe que, de vender este último su negocio, caería en manos de algún gran empresario lo que, a la larga lo perjudicaría; **B** le propone a **A** que le otorgue una opción por dos años con un pago anual por cada uno de ellos; **A** consiente en el pacto y otorga a **B** la opción que solicita. Desde luego, para que ésta se dé será necesario fijar, además, los bienes que cubre la opción, el precio y características particulares de la operación. Nace, con ello, el contrato de opción, y mientras exista **B** le pagará a **A** la cantidad pactada por la opción; si ésta se cubre **A** no podrá vender su fábrica a nadie, sino a **B**; cuando el periodo de la opción termine podrá **B** o comprar la fábrica cubriendo el precio de ésta —que es diverso al precio pagado por la opción—, salvo que se pague como parte, si así se pactó, o extinguir el convenio, en cuyo caso **A** podrá disponer de su fábrica.

2. **A** ganó un concurso para la construcción de un edificio, pero carece de financiamiento; ocurre a un despacho de asesoría especializada para que éste planee y tramite, a su nombre, un crédito ante los agentes financieros. Los miembros del despacho están dispuestos a organizar la ingeniería financiera y conseguir el fondeo; si **A** les concede una opción de exclusiva, y tienen, además, el interés cobrar una comisión, en caso de conseguir los fondos. No debemos perder de vista que las condiciones del otro contrato son sólo colaterales al de opción, por lo que no habremos de confundir los términos de ellos.

En ocasiones, el interés de la opción no es el que se aparenta. Por ejemplo, **A** tiene un terreno frente al mar y desea desarrollar un edificio de apartamentos de lujo; pero cerca de ahí hay un predio de similares cualidades, y el desarrollador tiene miedo que el propietario de esa otra superficie piense en

¹⁷⁰ Iglesias, Juan. *Derecho Romano*. Madrid

construir un inmueble similar al de él, lo que reduciría su mercado de venta. Así, **A** ocurre ante el propietario del segundo terreno y le pide una opción, digamos, por el tiempo en que planea construir y vender sus apartamentos y paga el precio de la opción, pues con ello asegura que el propietario no podrá disponer – durante el lapso que dura la opción– de su terreno. Como se ve, en este caso no existe deseo de adquirir el bien sino otro diverso, y al mismo tiempo que no se sucede una simulación, en efecto, la opción no es ni se hace aparecer como una promesa de compra, de ese modo la obligación es más cierta y, por ello, más justa.

Posteriormente estudiaremos otras formas y ejemplos de uso del mismo. Ahora expondremos algunas definiciones que nos serán útiles para intentar, por nuestra parte, una definición o razonar si alguna nos parece completa.

Ossorio lo define como el «... contrato por virtud del cual el propietario de una cosa o derecho concede a otra persona, por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad exclusiva de adquirirlo o de transferirlo a un tercero, obligándose a mantener, mientras tanto, lo ofrecido a su disposición en las condiciones pactadas.»¹⁷¹

De esa definición extraemos los siguientes elementos:

- a). Es un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades para la celebración del pacto, cuyo objeto por lo general es la creación de consecuencias de derecho.
- b). Por medio de éste, el propietario de un derecho o de una cosa concede a otra, en ciertas condiciones, el derecho de adquirirlo o transferirlo a una diferente (la concisión de ese derecho puede ser gratuita y onerosa); en el primer caso, no requiere de explicación, mas en el del contrato oneroso es necesario establecer que el pago no se hace por el bien que no es el objeto de la contratación, sino se realiza para que el propietario no disponga del bien de su propiedad –por esa limitación de su derecho y no por el bien se hace el pago–; ahora bien, este pago no es elemento existencial del contrato, por lo que siendo gratuito será igualmente válido.

¹⁷¹ Ossorio, Ángel. *El contrato de opción*, Editorial Uteha, 1965.

Otro aspecto que podría cuestionarse es el siguiente: el hecho de que se pueda adquirir por el optante o por quien éste señale –lo que pudiera considerarse si fuese compraventa o promesa de venta como una práctica indebida, ya que ocultaría una transmisión de propiedad– evadiendo, por ejemplo, la imposición fiscal. Pero en materia de opción no es así: el optante no ha adquirido ningún bien o derecho por adquirir la opción, de tal modo que, en caso de señalar a un tercero, será una cesión de su derecho de opción y no de otro.

c). El tercer elemento será que el propietario deberá mantener las cosas o derechos tal y como se pacte, de tal modo que incluso pueden enajenarse por el propietario y hace conocer al adquirente el *gravament* que pesa sobre el bien, más si no se pacta deberá entenderse que su obligación será inmovilizar el bien, esto es, mantenerlo en el estado en que se encontraba al otorgar la opción.

Al no establecer el Código regla alguna –por su omiso en la legislación de la figura– para la formación del contrato y la forma que debe contener, podemos válidamente, entonces, concluir que cualquier forma será aceptada para dar nacimiento al contrato; tan sólo será necesario acreditar que se dieron las condiciones de exclusividad, plazo, determinación de condición y el hecho de que se abstenga el propietario de disponer del bien; si estos elementos se dan es incuestionable que surtirán los efectos de su naturaleza.

Mas para efectos probatorios, la prudencia nos indica que es un contrato en el que tendríamos que probar el plazo y condiciones, además de la exclusividad y el pacto de no disponer del bien lo conveniente será que el contrato se celebre por escrito.

Algunos pretenden que se trata de un contrato aleatorio; y no lo considero de esa manera cuando la opción se adquiere para sí, porque en ese caso dependerá tan sólo de él, si la ejerce o no. Tal vez en el caso de la opción que se ejerza para otra exista cierta incertidumbre; pues quien ejercerá la opción no es quien pudiera recibir ese beneficio, por ejemplo, quien tiene una opción de venta para un tercero, cobrará su comisión, de ejercerse la opción, mas ello no lo hace aleatorio.

Tampoco debemos confundir el hecho de tener una opción general a tener una generada en un acuerdo de voluntades. En efecto, la legislación prevé diversas opciones, como puede ser la opción que tiene el arrendatario puntual en sus pagos de prorrogar el contrato por un año más. Ésta y otras que las leyes fijen, no tienen nacimiento en un acuerdo de voluntades, y en eso se diferencian.

La cosa materia de la opción podrá mejorar o desmerecer, y ello en tratándose de bienes que pueden perder o ganar valor. La regla general establece que las cosas perecen para su dueño y la opción no constituye una excepción y sí nuestra, una de las características de la opción; que la opción no da un derecho sobre la cosas, la cual continúa siendo propiedad absoluta del oferente, pues al perfeccionarse ésta no hace la obligación de entregar el bien, lo cual significa que el optante no tiene derecho al bien sino precisamente a ejercer la opción. Por ello, si el bien aumenta de valor tampoco se modifica el derecho de opción.

Sin embargo la concepción del contrato no es absoluta, y los autores ignoran o reducen el contrato.

Nigón define la figura estableciendo: «La opción es un contrato por el cual una persona llamada promitente se compromete a ceder a otra persona llamada beneficiaria, mediante determinadas condiciones, un bien cualquiera sin que el beneficiario quede comprometido. Sin embargo, el beneficiario presta su adhesión a esta oferta [...] al consensuarla». Sin embargo, el beneficiario presta su adhesión a esta oferta [...] al consensuarla. «Sin esta adhesión moral la oferta no sería mas que una simple policitud.»¹⁷²

Colin y Capitant no tratan el contrato en sí mismo, lo equiparan a la promesa de venta, la que definen como: «El contrato por virtud del cual el acreedor del mismo obtiene el derecho de adquirir la cosa cuando bien le paguen.»¹⁷³ Pero es lamentable que no se haya fijado los límites entre ambas figuras.

Planiol –aunque lo equipare al contrato de promesa unilateral de venta– establece: «Las promesas unilaterales de venta son numerosas en la práctica y

¹⁷² Ossorio, Ángel. *Op. cit.*

¹⁷³ Colin y Capitant. *Derecho Civil*, Madrid 1965.

rinden grandes servicios; en la moderna complejidad de los asuntos, es cada día más frecuente que una persona, sin querer adquirir inmediatamente un bien determinado, se haga dar una opción sobre el mismo; esta opción constituye una promesa unilateral de venta.»¹⁷⁴

De tal modo, deberemos estimar si estamos en realidad estudiando un contrato atípico, o si es tan sólo un contrato de promesa, en su variedad de promesa de venta. Por lo anteriormente estudiado deberemos concluir que el clasificarlo como contrato de promesa no es sino un simplista deseo clasificatorio; del análisis podemos concluir, tomando en cuenta la intención de las partes, que se trata de un contrato atípico, pues si bien en determinado tipo de promesa de venta puede haber gran parecido con el contrato a estudio, ni lo es en todos los casos, ni es el objetivo que necesariamente persiguen las partes, de ahí que la teoría de que se trata de un contrato de promesa de venta no satisfaga las posibilidades del contrato, como puede darse el caso de las opciones terminales del de arrendamiento financiero.

Un punto a considerar será el hecho de que el optante muera ¿tendrán en esa situación sus herederos derecho a optar? Lo que resulta obvio, en el caso del oferente, quien sí hará que su sucesión quede obligada, no lo es tanto en el de la muerte del optante; por una parte, es incuestionable que la opción concedida es una obligación para el oferente, obligación para con el optante, quien tiene ese derecho. Ahora, siendo los derechos parte del patrimonio y siendo el patrimonio bien transmisible a la muerte por sucesión, puede darse ésta; sin embargo, otros opinan que la opción es un contrato *in tuite* personal, esto es, que otorga una persona determinada por sus cualidades personales, en cuyo caso no se adquiriría ese derecho por sucesión.

Salvo casos muy particulares, en que sea evidente que la opción se concedió por la cualidades personales del optante, por ejemplo, la opción otorgada a un escultor para que realice una obra, en cuyo caso no podrá formar parte del patrimonio, mas en lo general sí será materia de sucesión del derecho de opción.

¹⁷⁴ Marcel Planiol. Derecho Civil. Madrid. 1960

Entre los usos más notables de este contrato están las opciones bursátiles, donde el ingenio de los creadores de instrumentos financieros es realmente notable; sería muy largo establecer todos los casos que a este respecto se presenten, pero bástenos establecer algunos ejemplos.

Opción de mercancías futuras. El derecho –pero no la obligación– de comprar o vender un contrato de futuro a un precio específico dentro del periodo fijado, digamos tres, seis, nueve meses o más. El comprador de la opción paga una prima al agente de comercio por este derecho más una comisión habitual, y nada más lo hace éste.

CAPÍTULO XVII

INTERMEDIACIÓN BURSÁTIL

Este contrato, regulado por la Ley del Mercado de Valores, sustituye al antiguo pacto de comisión que se celebraba entre las casas de bolsa y los intermediarios financieros con el público en general; este tipo de contrato rebasó sus necesidades, y a partir de las crisis, se modificó, hasta llegar a su manifestación actual. Fundamentalmente viene a mantener la forma pues, como sabemos, la Comisión Mercantil es, por definición, el mandato aplicado a actos aplicados a acciones concretas de comercio, según el código de la Ley Mexicana de Valores.

El artículo 90 de la ley mencionada establece que «Por medio del contrato de intermediación bursátil, el cliente conferirá un mandato general, para que por su cuenta, la casa de bolsa realice las operaciones autorizadas por esta ley a nombre de la misma casa de bolsa; salvo que por la propia naturaleza de la operación, deba convenirse a nombre y representación del cliente, sin que en ambos casos sea necesario que el poder correspondiente se otorgue en escritura pública.»¹⁷⁵

Por tanto, podemos considerarlo un contrato que, en forma obligatoria, rige las relaciones que las casas de bolsa celebran con su clientela inversionista; por la forma de redacción del texto legal, se infiere que todas las relaciones que se dan entre las casas de bolsa y sus clientes tendrán forzosamente que darse en esta forma; y una de ellas de contratación distinta sólo se podrá dar cuando en la propia ley se establezcan otras formas de contratación.

Si analizamos la disposición que regula las características del contrato, nos encontramos con que, por medio de ésta, el cliente confiere un mandato general, para que la casa de bolsa, a nombre de ella misma, realice operaciones aprobadas por la Ley del Mercado de Valores a nombre de ella misma, lo que configura un mandato sin representación; esto es, la regla y la excepción serán aquellos casos en que la contratación sea indispensable realizarla a nombre del mandante, en cuyo caso se actuará mediante un mandato con representación.

¹⁷⁵ Ley del Mercado de valores, art. 90. Editorial Porrúa. México. 1998.

Sin embargo, dispensa el poder necesario para ejercer el mandato sin más formalidad de que sea por escrito declarando expresamente que no es necesario su otorgamiento en escritura pública.

Lo establecido en el párrafo anterior resulta contrario a lo dispuesto por el legislador común; el artículo 2555 del Código Civil del Distrito Federal, igual al 2204 de Jalisco, establece «...que el mandato debe formalizarse por escrito cuando sea general.»¹⁷⁶ Aquí cabe cuestionarnos si resulta legítimo el otorgamiento de un mandato diferente al regulado por el código civil, ya que el contrato de intermediación bursátil no es en sí un contrato de mandato, sino un medio de conferirlo; por tanto, el mandato bursátil debe seguir, en mi opinión, las regulaciones propias del mandato, pues no considero adecuado que una ley federal regule la forma de los poderes.

En efecto la Constitución General de la República, en el artículo 124, establece que las facultades no concedidas por la Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados; de ahí que debemos analizar si éstas fueran concedidas o no. El artículo 73, fracción X, otorga facultades al Congreso para legislar, entre otras cosas, sobre servicios financieros, con lo que queda claro que el Congreso Federal sólo tiene facultad para legislar en nuestro tema acerca de tales servicios, pero no modificar las formas del mandato, dado que no es facultad concedida a las autoridades federales ni situación prohibida por los arábigos 116 y 117 de la misma Carta Magna. De tal modo consideramos, cuando menos, cuestionable el otorgamiento del poder en contratos fuera de escritura pública por las razones antes dichas.

Otra posición podría ser que el regular sobre servicios financieros comprendiera la figura del mandato y del poder pero, repito, esta facultad no considero quede incluida. Como ejemplo de esta disposición recuerdo que las leyes federales del INFONAVIT y del ISSSTE regulaban la posibilidad de hacer escrituras de forma diferente a como las sancionaban los códigos de la legislación común, y al ser decretada la inconstitucionalidad de dicha resolución en sentencia, se resolvió la anticonstitucionalidad de éstas y fue necesario, para que

¹⁷⁶ Código Civil del Distrito Federal, artículo 2555. Código Civil de Jalisco, artículo 2204.

estas entidades federales pudiesen lograr su objetivo, que fuesen modificados los códigos civiles.

Aclarada la anterior situación podemos determinar que los elementos personales del contrato los constituyen la casa de bolsa regulada por el capítulo 3 de la propia ley, y cuyas actividades se encuentran reguladas por el artículo 22, entre ellas, la de actuar como intermediario en el mercado de valores, que sería la materia directa sobre la que se efectuaría el contrato. Por la otra parte, la clientela inversionista, es decir, la que pretenda realizar operaciones por medio de la casa de bolsa de valores como las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito emitidos en serie o en masa, aunque también puede ser aplicable respecto de títulos de crédito que acrediten propiedad o participación en el capital de sociedades que sean objeto de oferta pública o intermediación. Existe autorización de la Secretaría de Hacienda y está descrita en el Registro Nacional de Valores.

Suponiendo que nuestra interpretación de la legalidad del mandato no fuera definitiva podemos establecer, como obligaciones de la casa de bolsa, las siguientes:

1. Designar un apoderado para celebrar operaciones con el público o la forma de suplirlo temporalmente; este apoderado será el representante ante el cliente de la casa de bolsa. Nótese que el mandato se otorga a las sociedades mercantiles y no al que la ley designe como apoderado que, en realidad, resulta apoderado de la casa de bolsa.

2. Actuar en su desempeño conforme a las instrucciones del cliente que recibe el apoderado del mandante y estableciendo la regla general de que las instrucciones no deberán ser ratificadas, salvo el caso en que expresamente se haya pactado que estas consideraciones sean necesarias, en cuyo clausulado podrá establecerse la forma en que deberán ratificarse esas instrucciones.

Las instrucciones del cliente para la ejecución de operaciones concretas podrá hacerse de manera escrita, verbal o telefónica o convenir libremente y, también, expresamente el uso de carta, telégrafo, télex, telefax, o cualquier otro medio electrónico o de comunicación para el envío o intercambio o confirmación

de las órdenes del cliente, así como los demás avisos que se pacten entre las partes.

En todos los casos deberá precisarse el tipo de operación o movimiento, así como el género, especie, clase, emisor, cantidad, precio, y cualquier otra característica necesaria para identificar los valores materia de cada operación.

En caso de que las partes hayan convenido el uso de medios electrónicos de cómputo o de telecomunicaciones para el envío o intercambio o, en su caso, ratificación de las órdenes y demás avisos, habrán de precisar las claves de identificación recíproca, aceptando las responsabilidades que conlleva su utilización, pues éstas sustituyen a la firma autógrafa.

3. El contrato puede pactarse para que tenga la casa de bolsa, por medio de su apoderado, el manejo discrecional de la misma entendiendo por discrecionalidad el hecho de que el cliente autoriza a la institución bursátil para actuar a su arbitrio, conforme le dicte la prudencia y proceda en el negocio como si fuese propio; del mismo modo, esas operaciones no requerirán ni previa autorización ni posterior ratificación por parte del cliente. Sin embargo, el inversionista podrá limitar la discrecionalidad a la realización de determinadas operaciones o al manejo de dichos valores, y podrá revocar en cualquier tiempo las condiciones anteriores, desde luego, sin perjuicio de las operaciones tendientes de liquidar.

4. Las operaciones de la casa de bolsa, éstas serán ejecutadas de acuerdo al sistema de recepción y asignación de operaciones que se haya establecido al efecto por la Comisión Nacional de Valores.

5. En virtud del mandato sin representación que se otorga la casa de bolsa, ésta quedará facultada para suscribir, en nombre y representación del cliente, los endosos y cesiones de valores nominativos expedidos o endosados a favor del cliente y que éste haya entregado en guarda y administración a la misma. La casa de bolsa deberá actuar en todos los casos, con la excepción de cuando no le hayan sido provisto los recursos o valores necesarios para ello o si no existen en su cuenta saldos acreedores por una cantidad suficiente.

6. Y, de cada uno de las operaciones que realice en cumplimiento del contrato deberá levantar constancia con los datos y montos de la operación; estos

comprobantes quedarán a disposición del inversionista en la oficina de la casa de bolsa y se verán reflejados en los estados de cuenta.

El estado de cuenta deberá enviarse dentro de los cinco días hábiles posteriores al corte mensual, y hará las veces de factura global respecto de las operaciones que tenga en él consignado

7. Deberá la casa de bolsa actuar profesionalmente, sin asumir obligaciones ni garantizar rendimientos ni ser responsables de pérdidas; aquí considero prudente establecer que la casa de bolsa, al actuar como si se tratase de bienes propios, adquiere una responsabilidad especial, dado que se supone es una entidad experta en las operaciones que realiza, y no como cualquier persona lo haría.

8. Deberán pactar, de manera clara, las tasas de interés ordinario y moratorio que puedan causarse con motivo de los servicios de operaciones materia del contrato, incluyendo las fórmulas de ajuste de las tasas y la forma en que se notificarán sus modificaciones.

El inversionista, por su parte, se obliga a:

1. Conferir un mandato general, por medio de un contrato de intermediación bursátil con el propósito de que ésta maneje discrecionalmente, o siguiendo instrucciones la casa de bolsa las cumpla.

2. Deberá fijar si se convinieron usos electrónicos y las contraseñas necesarias.

3. De manera clara deberán pactar las tasas de interés que regularán activos y pasivos, tanto para deudas y cobros que uno en contra del otro generen.

4. Que los estados de cuenta sean recibidos en su domicilio, o en su caso, en el último que haya señalado ante la casa de bolsa. El inversionista podrá objetar los asientos en las formas que haya quedado convenido y el cliente tendrá derecho a disponer y recoger, en la casa de bolsa, una copia de dicho estado desde el día siguiente hábil del corte de la cuenta.

Queda establecido que las casas de bolsa no podrán comprar ni vender por cuenta propia valores que les hubieren sido confiados para su venta o que les hubieren sido pedidos en compra por su clientela, excepto cuando, conforme al artículo 22, fracción V, inciso G, operen como especialistas bursátiles, o cuando,

por las características de los valores o mecanismos de operación, hayan sido autorizados por la Comisión Nacional de Valores.

Quedan obligadas las Casas de Bolsa a realizar solamente las actividades que fijan el artículo 22 de la Ley del Mercado de Valores.

CITAS

¹ Dan 12,3 Los que enseñaron la justicia a la muchedumbre resplandecerán por siempre, eternamente como las estrellas.

² Sobre la emisión de voluntad véanse Albaradejo, El negocio jurídico, Barcelona 1958; Barbero, Sistema istituzionale del Diritto privato italiano, I, Torino 1958; Betti, Atti giuridisi, En Novissimo Digesto Italiano, I, 2, Torino 1958, Autonomia privata, Torino 1958, Negocio jurídico, XI, Torino 1965, Teoría general del negocio jurídico, Madrid sin año; Biondi, Istituzioni di Diritto romano, Milano 1956; Calasso, Il negozio jurídico, Milano 1959; Cariota Ferrara, El negocio jurídico, Madrid 1956; Carnelutti, Teoría general del Derecho, Madrid 1941; Castán, Derecho civil español común y foral, I, séptima edición, Madrid 1949; Castro, El negocio jurídico, Madrid 1985; Diez Picazo, Lecciones de Derecho civil, Valencia 1967; D'Ors, Elementos de Derecho privado romano, Pamplona 1975; Ferri, La autonomía privada, Madrid 1968; Iglesias, Derecho romano, Barcelona 1953; Martínez Radio, La función de la voluntad en los negocios jurídicos, Pamplona 1969; Puig Brutau, Fundamentos de Derecho civil, Barcelona 1954; Puig Peña, tratado de Derecho civil español, Madrid 1946; Stolfi, Teoría del negocio jurídico, Madrid 1959; Vázquez de Castro, La función de la voluntad en el negocio jurídico, revista de derecho español, 1959.

³ Kallen Laurence H, corporate welfare. Lyle Stuart Book, New York 1991. traducción en versión libre del autor " Actualmente, la aparente invencibilidad de los Estados Unidos en la electrónica ya ha sido compartida con los japoneses en la manufactura de televisores. Basados en licencias dadas a los japoneses en los 50's en la mitad de los 60's las compañías japonesas se adelantaron al poner al mercado la televisión en blanco y negro. En respuesta las compañías americanas cedieron ese campo y se movieron a la fabricación en fabricas extraterritoriales. Para 1972 las importaciones eran el 62% del mercado; para 1976, 98%. En 1962, RCA dio licencia a las compañías japonesas la tecnología de película de color. Y los japoneses siempre avidos de nueva tecnología fueron a trabajar. Mientras Motorola anunció el primer prototipo de televisión sólida en 1966, fue Hitachi el que produjo el primer equipo comercial en 1969. Para 1970, 90% de las televisiones a color japonesas estaban siendo vendidas mientras los americanos luchaban para rearmarse. Para 1980 sólo había 3 manufactureras americanas, y estas eran trabajadas por empleados asiáticos. Cuando GE compró RCA en 1986 se vendió la televisora a una compañía francesa, dejando a Zenith como la única fabricante de televisiones en EUA.

La producción extranjera de electrónicos de la misma manera devastó la industria americana. Para la mitad de los 70's se había perdido por completo.

El rápido desarrollo de las compañías televisoras americanas en países fuera de los Estados Unidos no era una ocurrencia aislada. El movimiento de capital y tecnología fuera del país fue la primera respuesta de los americanos a los competidores extranjeros, durante los 70's incluso cuando los oficiales de estas compañías estaban prometiendo usufructo a las plantas de EUA. Bancos americanos importantes promovieron esos movimientos otorgando los prestamos para manufactureras en países extranjeros.

Por definición, el escaso capital americano fue distraído hacia fuera de EUA. Entre las grandes corporaciones y los grandes bancos. Estados Unidos fue desindustrializado y dejó de invertir durante 1970's, una pérdida para los Estados Unidos de América de muchos empleos y crecimiento substancial.

En una larga escala, este cambio las corporaciones y bancos estaban actuando sólo como la clásica teoría económica predijo. Sin dejar entrar a las entidades americanas a estos, para el final de los 60's concluido que la industria de EUA se convertía poco competente y sólo estorbaba. Si los trabajadores americanos eran sobrepagados y no eran suficientemente dóciles, podían ser hallados trabajadores en cualquier otro lugar que estarían felices de trabajar por un salario mínimo. Si la política dentro de USA era contradictoria e impredeciblemente efectivas, la producción se movería a donde el planeamiento a largo plazo fuera efectivo. La creciente sofisticación y capacidad de embarques internacionales hizo el transporte entre los países tan fácil como entre estados. Avances en la comunicación

proveyeron un gran control sobre las plantas extranjeras como si fuese una carretera alrededor del mundo. Desde que EUA se atrasó en equipo y maquinaria estaban obsoletos fue fácil encontrar los reemplazos a otra tierra. También hubo un bono – impuesto americano y política tarifa favoreció en la manufactura extranjera."

4 Comentario hecho por Robles Farias, Diego del libro de López de Zavaldúa

5 Aurelio, Marco, *Pensamientos*, Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, México 1992.

6 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, Vigésima edición, Madrid 1984

7 Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, común y foral*, decimosexta edición, REUS S.A., Madrid, 1992. Mas sobre las etapas y formación del contrato: Sánchez Román. *Derecho Civil*, Madrid S.A.; Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil*, JM Bosch Editor, Barcelona 3ª edición, 1995; Rojina Villegas, *Derecho Civil Mexicano*, 2ª edición, antigua librería robledo esq. Guatemala y Argentina, México 1965; Messineo, *Derecho Civil y comercial*, ed. EJE, Buenos Aires 1979; Planiol y Ripert, *Tratado elemental de Derecho Civil*, ed. J.M. Cagica Jr., Puebla 1948; Ricci, *Derecho Civil, la España Moderna*, sin año; Marty, *Derecho Civil*, ed. J.M. Cagica Jr, Puebla, sin año; Colin y Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, REUS, Madrid 1955; Sacco y De Nova, *Il Contrato*; UTET, Turín 1993; Albaradejo, *Derecho Civil*, Barcelona 1958; Aubry et Rau (rev. Rau, Falcimaigne et Bartin) *Cours de Droit Civil*, Paris 1930; Baudry, *Lacantinerie et Barde Des Obligations*, Paris 1908; Betti, *Teoría Generale delle Obbligazioni*, Milan 1953; Gino Gorla, *il contratto*, Roma 1993; García Goyena, *Concordancias Motivos y Concordancias del Derecho Español*, Madrid 1852; Manresa, *comentarios al Código Civil Español*, Madrid 1907, Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, Edit. Bosch, Barcelona 1935; Alessandri Rodríguez, *De los Contratos*, Edit. Jurídica de Chile, sin año; Gaudin de Lagrange, *La Crise du Contrat et le Role du Juge*, Librairie du Reccueli Sirey, Paris S.A.; Ghestin, *Droit Civil Librairie Generale de Droit et de Jursiprudence*, Paris 1988; Weinrib, *the idea of Private Law*, Harvard University Press, London 1995; Major, *Casebook on contract Law*. Pitman, London 1991; Alessandri, Somarriva – Vodanovic, *Derecho Civil*, Ediar Conosur Ltda, Santiago 1991; Treitel, *The Law of ccontract*, ninth edition, Sweet & Maxwell, London 1995; Crandall & Whaley, *Cases, problems, and materials on Contracts*, Little, Brown & Co, Toronto 1993; Alonso Pérez, *La Responsabilidad precontractual*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971; Lobato de Blas, *Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares*. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid 1976; Nicletti, *Sul Contratto Preliminare*, Milano 1974; Aubert, *Notions et Rolés de L'Offre et de L'Acceptation dans la Formation du Contrat*; Manzanares, *La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares*, *Anuario de Derecho Civil* 1984; Castán comenta la Sentencia de 4 mayo 1943, Puntualiza que " la palabra consumación, referida a los contratos, significa jurídicamente el cumplimiento de los mismos que se produce por el de las obligaciones que contienen, y del que se sigue, como consecuencia, la extinción del vínculo contractual".

⁸ Lalande, Andrés. *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*, Sociedad Francesa de Filosofía, Buenos Aires, 1953

⁹ Castán Tobeñas op. cit., mas sobre el consentimiento: Albaladejo García, *Compendio de Derecho Civil* 8ª edición, Barcelona 1991; Algaladejo García, *Curso de Derecho Civil Español*, Barcelona, 1984; Barassi, *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, 1955; Barbero, *Sistema del Derecho Privado*, Buenos Aires, 1967; Branca, *Instituciones de Derecho Privado*, México, 1978; Cano Tello, *Esquemas Civiles*, Valencia 1993; Carbonnier *Derecho Civil*, Barcelona 1965; Cossio y Corral, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid 1991; Cuademós de Teoría y Práctica de derecho Civil, Madrid 1993; De Buen, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. 2ª edición México 1977; Diez-Picazo y Guillón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil*, 6ª edición, Madrid 1992; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona 1955; Espin Canovas, *Manual de Derecho Civil Español*, 5ª edición, Madrid 1978;

Lacruz Berdejo, Elementos de Derecho Civil, Barcelona 1990; Lacruz Berdejo, Manual de Derecho Civil, 2ª edición, Barcelona 1990; Lasarte Alvarez, Principios de Derecho Civil, Madrid 1994; Liebaria Samper, y Barbancho Tovillas, Prácticas de Derecho civil, Barcelona 1991; Lopez Sanz, Curso Elemental de Derecho civil, 6ª edición, Valencia 1990; Mazeaud, Lecciones de Derecho civil, Buenos Aires 1959; Messineo, Manual de Derecho civil y comercial, Buenos Aires 1971; O'Callaghan Muñoz, Compendio de Derecho civil, Madrid 1993; O'Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial, Madrid 1992; Puig Brutau, Compendio de Derecho civil, Barcelona 1991; Puig Brutau, Fundamentos de Derecho Civil, Barcelona 1991; Puig Peña, Tratado de Derecho civil Español, Madrid 1975; Ricci, Derecho Civil, Barcelona 1985; Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, Madrid 1978; Ruiz Vadillo, Introducción al estudio teórico práctico del Derecho civil, Logroño 1991; Santos Briz, Derecho civil, Madrid 1979; Torralba Soriano, Derecho civil para ciencias económicas y empresariales, Barcelona 1989; Torres Pascual, Derecho civil y mercantil, Madrid 1990; Torres Pasucal, Elementos de Derecho, 3ª edición, Madrid 1983; Trabucchi, Instituciones de Derecho civil, Madrid 1967; Valle Zaragoza, Zaragoza Segura y González Velasco, Derecho civil y mercantil, Madrid 1990; Vicente Díaz, Casos prácticos de Derecho civil, Madrid 1992.

¹⁰ Código Civil, Editorial Aranzadi, Madrid 1993

¹¹ Colín, A. et H Capitant., Curso elemental de derecho civil, tercera edición, Editorial Reus, Madrid 1957

¹² Citado por Enriquez Ramírez, Viviana. <Consideraciones acerca del silencio como generador de voluntad>, tesina, E.L.D, México 1996

¹³ Código Civil del Estado de Jalisco, Editorial Porrúa, México 1998

¹⁴ *Código Civil del Distrito Federal*, Editorial Porrúa, México 1998.

¹⁵ Op. Cit.

¹⁶ Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español, Editorial Reus, Madrid 1992

¹⁷ Von Thur, Andreas. Derecho Civil, Editorial Cajica, Puebla 1945

¹⁸ Von Thur Andreas. Op. Cit

¹⁹ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil, Antigua Librería Robledo, México 1950.

²⁰ Corominas, J et al. Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico, Editorial Gredos, Madrid 1991.

²¹ Diccionario océano Langenscheid voz generación.

²² Diccionario océano Langenscheid voz preparación

²³ Castán recomienda en relación con la formación del contrato: Sánchez Román, Derecho Civil, t.IV; De Diego, Instituciones, t. II; Valverde, Tratado 4ª edición, t. III; De Buen, Notas al Curso de Colin y Capitant, t. III; Pérez González y Alguer, Notas al tratado de Enneccerus, t. I; Puig Peña, Tratado, t. IV; Puig Brutau, Fundamentos, t. II, 4ª edición; Espín, Manual, t. III, 6ª edición; Albaladejo, Instituciones, I; Santos Briz, La contratación privada; Manresa, Comentarios, t. VIII, 5ª edición; Menéndez Pidal, Apéndice sobre Derecho español a la trad. Del libro de Hilsenrad, Las obligaciones precontractuales; Riera Aísa, Contrato; Moreno Quezada, la oferta del contrato; Arillaga, Balor de las ofertas hechas a personas indeterminadas; De Rovira y Palomar, Problemas de la contratación entre personas distantes; Alonso Pérez, La responsabilidad precontractual; Díez-Picazo, Fundamentos, t. I; Díez-Picazo y Guillón, Instituciones, I; Sistema; Cossío, Instituciones; Albaladejo, Derecho civil; Luna Serrano, en Lacruz, Elementos; Ruiz Vadillo, Derecho civil; Lobato de Blas,

Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares, 1976; Román García, El precontrato, Madrid, 1982; Rogel Vide, Momento y lugar de la formación del contrato; Manzanares, La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preelminares, 1984; La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa < in contrahendo>; O'Callaghan, Compendio; Torres Lana, Contrato y derecho de opción, Madrid, 1987; Clara I. Asúa González, Comentario a la sentencia de 16 de mayo de 1988; La culpa <in contrahendo>, Bilbao, 1989; Ma. Paz García Rubio, Responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones; La responsabilidad precontractual en el Derecho español, Madrid, 1991; Lalaguna, Sobre la perfección de los contratos en el Código civil; Coca Payeras, Comentario al artículo 1.262 en Com. Min. Justicia. Enneccerus, Tratado, t. I; Von Thur, Tratado de las obligaciones, t. I; Ibering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen; Leonhard, Verschulden beim Vertragsabschluss, Berlín, 1910; Stoll, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, 1932; Heldrich, Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischenrömischen recht u. In der späteren Rechtssentwicklung, Leipsig, 1924; Steinber, die haftung f. Culpa in contrahendo, Bonn, 1930; Dölle, Aussergesetzliche Schuldpflichten, 1943; Ballerstedt, Zur Haftung f. Culpa in contrahendo, 1953; Canaris, Geschäfts-und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus <culpa in contrahendo>, 1965; Thiele, Leistungsstörung u. Schutzpflichtverletzung, 1967; Frotz, die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für < culpa in contrahendo>, 1969; Esser-Schmidt, Schuldrecht, Allg. Teil; Wabnitz, Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicheund rechtsvergleichender Betrachtung; Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965; von Einem, die Rechtsnatur der Option, 1974; Fikentscher, Schuldrecht, 6ª edición; Larenz., Lehrbuch des Schuldrecht, 12ª edición; Stoll, Tatbestände u. Funktionen der Haftung für <culpa in contrahendo>, Fest. V. Caemmerer, 1978; Pick, Das Verhältnis von < culpa in contrahendo> zur kaufrechtlichen Gewährleistung, 1981; Gottwald, Die Haftung für <culpa in contrahendo>, 1982; Schlehtriem, Vertragliche und ausservertragliche Haftung, 1981; Pouliadis, <Culpa in contrahendo> und Schutz Dritter, Berlín 1982; Grunewald, Das Scheitern von Vertragverhandlungen ohne triftigen Grund, 1984;

Planiol, Traité élémentaire, t. II, 1949; Josserand, Cours, t. II; Demogue, Traité des obligations, t. II; Valéry, Des contrats par correspondance, Paris, 1895; Saleilles, De la responsabilité précontractuel, 1907; Cohen, Des contrats par correspondance en Droit français, anglais et anglo-américain (Thèse) , Paris, 1921 ; Mariaggi, Etude sur la formation des contrats entre absents, Aix, 1903 ; Roubier, Responsabilité précontractuelle, Lyon, 1911 ; Coherier, Obligations naissant des pourparlers, Paris, 1939 ; De Juglart, L'obligation de renseignements dans les contrats, 1945 ; Vialard L'offre public du contrat, 1971 ; Marty y Raynaud, Droit civil, t. II ; Les obligations ; Carbonnier, op cit ; Congrès des Notaires, 1964 ; La formation du contract. L'avant-contrat ; Celice, Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques, Paris, 1968 ; Aubert, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contract, Paris, 1970 ; Rieg, La «punctuation». Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, 1974; Johanna Schmidt, la sanction de la faute précontractuelle ; Flour-Aubert, Les obligations ; Starck, Droit civil ; Weill-Terrè, Les obligations, I ; Strack, Droit civil. Obligations ; Weill-Terré, Les Obligations ; Ghestin, Le contrat ; Morel, La formation du contrat, ; Robert, Une source mineure de droit civil, 1958 ; Littmann, Le silence et la formation du contrat, 1977 ; Lusseau, Des problèmes actuels posés par la promesse unilatérale de vente immobilière, 1977 ; Picard, L'avant-contrat en matière de vente immobilière, 1978.

Melinger, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtiger. Verträgen nach dem gemeinen u. Schweizerischen Obligationenrecht, sowie dem deutschen B. G. B., Zürich, 1898 ; von Thur, Schadensersatz bei Dissens ; Herz, culpa in contrahendo nach heutigem Recht in Rechtsvergleichender Darstellung ; Piotet, La foramción du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse, Berne, 1956 ; Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne, 1963 ; Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle, 1975 ; La culpa in contrahendo aujourd'hui, 1981 ; La responsabilité précontractuelle du fait d'autrui, spécialement en cas du dol, ; Développements récents de la théorie de la culpa in contrahendo, 1985 ; Schenker, Precontractual Liability in Swiss Law.

Stolfi, Diritto civile ; Messineo, Manuale, 6ª ed. ; Doctrina General del contrato ; Giorgi, Teoría de las obligaciones, t. III ; Pacchioni, Dei contratti in generale, 3ª ed. ; Barassi, La teoria

generale delle obbligazioni, 2ª ed.; Carrara, La formazione dei contratti, Milano, 1915; Carnelutti, La formazione progressiva dei contratti, Milano, 1954; Candian, Contratto fra persone lontane; Cicu, L'offerta al pubblico, Sassari, 1902; Scialoja, L'offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico; Baviera, L'offerta al pubblico, Milano, 1907; Romano, La revoca degli atti giuridici privati, Padova, 1933; Messina, La promessa di ricompensa al pubblico; Stolfi, In tema di responsabilità precontrattuale, Milano, 1958; Giampiccolo, La dichiarazione pagna, 1960; Benatti, La responsabilità precontrattuale, Milano, 1963; Ravazzoni, La formazione del contratto, Milano, 1966; Genovese, La formalità dell'accettazione stabilite del proponente, 1966; Ferrero, Il dissenso occulto nella teoria generale del contratto, 1970; Bessone, Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza; Dosseti, Lo scema della promessa al pubblico e i concorsi privati, 1972; Dottore, In tema di revoca della proposta contrattuale; Rascio, Il contratto preliminare, Napoli, 1967; Donisi, Il problema dei negozi giuridici unilaterali, Napoli, 1972; Sasso, Il contratto preliminare, Milano 1971; Vittoria, Il falsus <nuncius>, 1973; Sbisà, La promessa al pubblico, Milano, 1974; Pregó, I vincoli preliminari e il contratto, Milano, 1974; Rasi, La responsabilità precontrattuale; Ghidini, La responsabilità del produttore di beni di consumo; Gabrielli, Il contratto preliminare, Milano, 1970; Nicoletti, Sul contratto preliminare, Milano, 1974; Loi-Tessitore, Buona fede e responsabilità precontrattuale, Milano 1975; Paola Carlini, La formazione del contratto tra persone lontane; Massimo Bianca, op cit; Galgano, op cit. David, Les contrats en Droit anglais; Anson's Law of Contract. Galvao Teles, Dos contratos em geral, 2ª ed.; De Gásperi, Tratado de las obligaciones; De Pina, Derecho Civil mexicano, T. III; Gomes, Contratos; Ferreyra, La retractación de la oferta, Córdoba, 1958; Brebbia, Responsabilidad precontractual, Rosario, 1957; Falbo, El contrato entre ausentes en el Código civil argentino, La Plata, 1955; López de Zavalía, Teoría de los contratos; Ovsejevich, El consentimiento: Sus términos, Buenos Aires, 1971; Cobas, Responsabilidad precontractual; Elena Crivellart Lamarque, Contratos entre ausentes; Ramírez de Segura, La promesa unilateral y el precontrato, Costa Rica, 1980.

24 Cit, JCT op cit.

25 Cit por JCT op cit. Jossierand Cours de Droit Francais.

26 Ver artículos 1804, 1805, 1806 CCDF 1272,1273,1274 CCJ.

27 Mas sobre la oferta: A Treatise of Human Nature 526 (Selby-Bigge ed. Oxford, 1888); Friederich Kessler y Grant Gilmore, Contracts 4 (2ª ed. Boston, 1970); The Constitution of Liberty 21 (Chicago, 1960) Robert Nozich, Anarchy, State and Utopia 57 (Nueva York, 1974); Duncan Kennedy, "The Structure of Blackstones's Commentaries".

28 Buffalo L. Rev. 205, 234 (1979); Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously. (Cambridge, 1978); Patrick Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, (Oxford, 1979).

29 Ver además sobre la terminación del contrato: Martín Pérez José Antonio. La Rescisión del Contrato. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1995. Para ver mas sobre el tema véase Oertmann P. Invalidez e Ineficacia de los Negocios Jurídicos. Revista de Derecho Privado. Marzo de 1929. Betti. Teoría General del Negocio Jurídico. Madrid 1965. Alvaradejo M. Ineficacia e Invalidez del Negocio Jurídico. Revista de Derecho Privado. 1958. De Castro Juventino. El Negocio Jurídico. Editorial Civitas. Madrid.

30 COMPRAVENTA, LA FORMA NO ES ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LA. Al lado de los documentos constitutivos o ad solemnitatem, existen los declarativos o ad probationem, y mientras que los primeros son aquellos sin los cuales el acto jurídico que en ellos se hace constar no puede nacer y se dice que son constitutivos del acto mismo, como acontece verbigracia tratándose del acta de matrimonio, de la letra de cambio, del cheque, etc., en cambio, los segundos, ciertamente sirven para la demostración del acto o contrato que contengan, pero no excluyen la prueba de ese acto o contrato por otros medio entre las partes, como sucede precisamente tratándose de la compraventa, aunque puede serlo para su eficacia respecto de terceros, y tan no es la forma elemento de constitución en la

compraventa, en escritura pública, la ineficacia se purga, a pesar de la inobservancia de la forma, cuando voluntariamente lo cumplen los que lo celebren.

Quinta Epoca:

Tomo CXXX, Pág. 235. A. D. 5169/55, Guillermo Francisco Macías.
Unanimidad de 4 votos.

Séptima Epoca, Cuarta Parte:

Vol. 20, Pág. 13. A. D. 3247/69. José Galindo Fragoso y Amelia Esparza de Galindo.
Unanimidad de 4 votos.

Vol. 78, Pág. 18. A. D. 5946/73. Elías Naime Nemer. Unanimidad de 4 votos.

Vol. 88, Pág. 29. A. D. 4407/74. Fraccionadora y Constructora de Acapulco, S. A. 5 votos.

Vol. 88, Pág. 29. A. D. 4406/74. Fraccionadora y Constructora de Acapulco, S. A. 5 votos.

³¹ Artículo 17, CCDF Y 1297 CCJ

³² Jordán de Asso i. De Manuel. Instituciones del Derecho Civil de Castilla. Madrid. 1792

³³ Juventino de Castro. Negocio Jurídico. Editorial Civitas. Madrid.

³⁴ Juventino de Castro. Negocio Jurídico. Editorial Civitas. Madrid.

³⁵ Código Civil del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 1998

³⁶ Código Civil del Estado de Jalisco, Editorial Porrúa, México, 1989.

³⁷ Rostowski, op. cit.

³⁸ Krupp, D. Bussines Law, Prentise Press, USA 1992

³⁹ Marín Pérez, José Antonio. La rescisión del contrato, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1995

⁴⁰ Rousseau, Juan Jacobo. El contrato social, Editorial Porrúa, Colección Sepan Cuantos, Número 113, México.

⁴¹ Capograssi, Giuseppe, La ambigüedad del derecho contemporáneo, citado por Atilio Alterini et al., en La autonomía de la voluntad, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1989.

⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tercera Sala, quinta época, tomo XXXV, p. 1236, Espinoza, Manuela y coagraviados, Apéndice de Jurisprudencia, 1917-1985.

⁴³ Santos Briss, Jaime. La Contratación Privada, Montecorvo, Madrid 1966.

⁴⁴ Gómez Laplaza, María Carmen. Autonomía de la voluntad. Problemática actual, dieciséis jornadas laborales de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1996

⁴⁵ Rezzónico, Juan Carlos. Contratos con cláusulas predisuestas, Editorial astréal de A. Y R. De Palma, Buenos Aires 1987

⁴⁶ Camelutti, Francesco. Formazione progresiva del contrato., Riv. De Diritto Comercial, Italia 1990

⁴⁷ Chuliá, Vincent E. Et al., Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, J.M. Bosch Editor

⁴⁸ Santos Briz, Jaime. La contratación privada, Montecorvo, Madrid 1966

⁴⁹ Rezzónico, Juan Carlos. Op. cit.

- ⁵⁰ Versión libre del autor: "el exceso en la aplicación de la justicia crea injusticia"
- ⁵¹ Thiele 19, Wolfgang BGB Allgemeiner Teil. Allgemeines Schuldrecht. 2ª, De Frankfurt am main, Metzner, Deutsch 78.
- ⁵² Rezzónico, Juan Carlos. Op. cit.
- ⁵³ Rieg, Alfred. Contrat type et contrat d'adhesion, Etudes de droit contemporain, Editions de l'epargne, 1987
- ⁵⁴ Duguit, León citado por Rezzónico. Op. cit.
- ⁵⁵ Acton, J. citado por Rezzónico. Op. cit. Versión libre del autor "el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente"
- ⁵⁶ Montesquieu, Baron de. De l'sprit des lois. Edit. Arles, Paris 1989 Version libre del autor "es una experiencia eterna que todo hombre que ha llegado al poder ha abusado hasta que llega a su límite"
- ⁵⁷ Montesquieu, Baron de. Op. cit Versión libre del autor: "para que no se abuse del poder hace falta que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder"
- ⁵⁸ Demongue, Rene y Ripert, Georges. Citado por Rezzónico. Op.cit-
- ⁵⁹ Auer, E. Die Richterliche Kontrukur von Standardvertragen. Bern Stampfli, Deutsch 1964
- ⁶⁰ Deutch, Sinai, Unfair contracts, Lexington Mass. 1977.
- ⁶¹ Versión libre del autor: "un modelo que crea autoridad"
- ⁶² Códice Civile, Con il trattato CEE e leggi complementari, Edizioni Simione, Italia, 1992. Versión libre del autor: "las condiciones generales del contrato predispuestas por uno de los contrayentes son eficaces si fueron confrontadas por la otra al momento de la conclusión del contrato, y éste las haya conocido o haya debido conocerlas usando la diligencia ordinaria"
- ⁶³ De la Cámara Álvarez, Manuel. «Acotaciones al Decimosexto Congreso de la Unión del Notariado Latino», Gaceta del notario set'dic, Madrid 1982
- ⁶⁴ González Palomino, José. Instituciones de derecho notarial, t. L., Madrid 1958
- ⁶⁵ Bianca, Massimo C. Le condizioni generali di contratto. Dott A. Giuffre Editore, Milano 1969. Versión libre del autor: "se ha observado recientemente que la interpretación del art. 1341 párrafo primero del Código Italiano antes transcrito coincide con la necesidad de contemporizar los intereses de las partes en el contrato".
- ⁶⁶ De Castro y Bravo, Federico. Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, Cuadernos Civitas, España 1987
- ⁶⁷ Iglesias, Juan. Derecho Romano, Ariel Derecho, Barcelona 1992
- ⁶⁸ D'Ors, Álvaro. Derecho Privado Romano, EUNSA, Pamplona 1989
- ⁶⁹ Bianca, Massimo. Op. cit.
- ⁷⁰ Richards, Paul, Law Of Contract, Pitman Publishing, London 1994. Versión libre del autor: "Si hay una cosa sobre la cual se tenga interés público; lo es que cualquier hombre mayor de edad y con capacidad de entendimiento debe tener la absoluta libertad de contratar y que sus contratos, cuando fueron celebrados libre y voluntariamente, deben ser considerados sagrados y pueden ser ejecutados por las Cortes de Justicia"

⁷¹ Richards, Paul. Op. cit. Versión libre del autor: " El resultado de este cambio de política ha sido el reducir los niveles de protección y permitir al particular tener más grande libertad de elegir".

⁷² Treitel, G. H. The Law of Contract., 9th de London 1995. Versión libre del autor "Un acuerdo que da nacimiento a obligaciones reconocidas y ejecutables por ley. El factor que distingue las obligaciones contractuales de otras es que aquéllas están basadas en el acuerdo de las partes contratantes"

⁷³ Ph. Malaurie et. L. Aynes. Droit Civil, Editions Cujas, Paris 1994-1995. Versión libre del autor: "La diferencia entre el Código Napoleón y el derecho contemporáneo no es sólo de técnica o cualitativo, defendiendo a esta que la lista de contratos especiales ahora son mucho más numerosos que los que había en 1804. Las leyes han cambiado su espíritu, su carácter y su moral".

⁷⁴ Ghestin, Jacques. Traité de droit civil, Tome Librerie générales de droit et de jurisprudence Paris 1954. Versión libre del autor: "...una definición de orden público todas las veces que esté inspirada por una consideración de interés general que se encontrará comprendida, si los particulares fueron libres de impedir la aplicación de la ley".

⁷⁵ Cornu, Gerald. Droit Civil, tip. Por Alterini, Paris 1985

⁷⁶ Traducción libre del autor. Dentro de los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores, son (consideradas) abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto el crear, en detrimento del no profesionista o consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Los decretos en Consejo de Estado establecidas antes de que la comisión lo instituyera en el artículo L. 132-2 deben determinar los tipos de cláusulas que deben ser consideradas como abusivas en el sentido de primer apartado (esto es por separado).

⁷⁷ Cabello de los Cobos y Mancha Luis María. La Ley de Condiciones Generales de Contratación. Editorial Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1998.

⁷⁸ Cabello de los Cobos. Op Cit.

⁷⁹ Citado por Cabello de los Cobos. Op Cit. Versión libre del autor. Artículo 18. Cláusulas absolutamente prohibidas.

a) Excluyen o limiten, de modo directo o indirecto, la responsabilidad por daños causados a la vida, a la integridad moral o física o a la salud de las personas;

b) Excluyen o limiten, de modo directo o indirecto, la responsabilidad por daños patrimoniales extracontractuales, causados en la esfera/dominio de la contraparte o de la de terceros;

c) Excluyan o limiten, de modo directo o indirecto, la responsabilidad por incumplimiento definitivo, mora o cumplimiento defectuoso, en caso de dolo o de culpa grave;

d) Excluyan o limiten, de modo directo o indirecto, la responsabilidad por actos de representantes u auxiliares, en caso de dolo o culpa grave;

e) Confieran, de modo directo i indirecto, a quien las predisponga, la facultad exclusiva de interpretar cualquier cláusula del contrato.

f) Excluyan la excepción de no cumplimiento del contrato o la resolución por incumplimiento.

g) No existe.

h) Excluyan la facultad de compensación, cuando esta sea admitida por ley.

i) Limiten, bajo cualquier título, la facultad de consignación en depósito, en los casos y condiciones legalmente previstos;

j) Establezcan obligaciones duraderas perpetuas o cuyo tiempo de vigencia dependa apenas de la voluntad de quien las predisponga;

Consagren a favor de quien las predisponga, la posibilidad de cesión de la posición contractual, de transmisión de deudas o de subcontratar, sin el acuerdo de la contraparte, salvo en el caso de que la identidad del tercero constara del contrato inicial.

⁸⁰ Artículo 19: Cláusulas relativamente prohibidas. Están prohibidas, según el cuadro negocial patronizado designadamente, las cláusulas contractuales generales que:

- a) Establezcan, a favor de quien las predisponga, plazos excesivos para la aceptación o rechazo de propuestas;
- b) Establezcan, a favor de quien las predisponga, plazos excesivos para el cumplimiento, sin moratoria, de las obligaciones asumidas.
- c) Consagren cláusulas penales desproporcionadas a los daños a resarcir;
- d) Impongan ficciones de recepción, de aceptación u de otras manifestaciones de voluntad con base en hechos para tal efecto insuficientes;
- e) Hagan depender la garantía de las cualidades de la cosa cedida o de los servicios prestados, injustificadamente, del no recurso a terceros.
- f) Coloquen a disponibilidad de una de las partes la posibilidad de denuncia, inmediata o con pre-aviso insuficiente, sin compensación adecuada, del contrato, cuando éste haya exigido a la contraparte inversiones u otros dispendios considerables;
- g) Establezcan un foro competente que involucre gastos inconvenientes para una de las partes, sin que los intereses de la otra lo justifiquen;
- h) Consagren, a favor de quien las predisponga, la facultad de modificar las prestaciones, sin compensación correspondiente a las alteraciones de valor verificadas;
- i) Limiten, sin justificación, la facultad de interpelar.

⁸¹ Versión libre del autor: " Las condiciones generales de contrato predispuestas de parte de uno de los contrayentes, son eficaces en los confrontos del otro, si en el momento de la conclusión del contrato, éstas las ha conocido o debía haberlas conocido usando la ordinaria diligencia "

⁸² Rostowski, Mark E. Bussines Law, Scott, Foresman and Co. Glenview, Illinois; Second Edition, London 1989. Versión libre del autor: "La formación del contrato requiere generalmente de dos elementos: (1) mutuo asentimiento o acuerdo para un intercambio y (2) la consideración de lo que cada parte cede a cambio de lo que se hará o entregará en reciprocidad"

⁸³ Lucy V Zehmer. 84. C. E. 2nd 516 (va 1954), citado por Rostowski. Opus cit. Versión libre del autor: "Que una persona razonable en la posición de cada una de las partes sería llevado a creer. Las intenciones subjetivas no cuentan. Las intenciones son juzgadas objetivamente desde el punto de vista de lo que una persona razonable, puesta en los zapatos del destinatario, hubiera concluido que significa"

⁸⁴ First National Echange Bank of Roanoke. Roanoke Oil Co. 192 S. E. 764. 770 (va 1937) citado por Rostowski. Op. cit. Versión libre del autor: "La ley atribuye a una persona la intención que corresponde razonablemente a sus palabras y actos".

⁸⁵ Rostowsky. Op. cit.

⁸⁶ Cohen, Morris. «The Basis of Contract Law », 46; Harvard Law Review, 553, USA 1933. Versión libre del autor: "La aceptación es el inequívoco asentimiento a los términos y condiciones de una oferta comunicada a quien se hace, por un oferente identificado y que ésta sea hecha de forma autorizada".

⁸⁷ Charles, Fried. La obligación contractual, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1981

⁸⁸ Hamer vs. Sidway: 124 N.Y. 538, 27N.E. 256 (1891), citado por Rostowski. Op. cit.

⁸⁹ Parea Jordano. Los Contratos Atípicos. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo 195, 1953

⁹⁰ Chuliá Vicent E. at alt, Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos. JM. Bosch Editor. Barcelona. 1994

⁹¹ Código Civil para el D.F. en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Ed MacGraw, México, 1990.

⁹² Cfr., por ejemplo, Jaime Santos Briz, La Contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 85. F. Castro Lucini, Los negocios jurídicos atípicos. En Revista Española de Derecho Notarial, 2ª. Semestre, 1974. Luis Diez Picazo distingue entre contratos atípicos mixtos, coligados y complejos. Ver en el libro de materiales del profesor peruano Carlos Cárdenas (págs. 397 a 489), identificado más abajo en la nota 218 el trabajo de Diez Picazo y Ponce de León; y varios otros de reciente data, sobre contratos atípicos. Juan M. Farina, contratos Comerciales Modernos, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1993, Nos. 506 y s. Al margen de los contratos informáticos, en este libro se exponen otras numerosas figuras atípicas novísimas. Cabe indicar que el derecho bancario es rico en contratos atípicos de reciente aparición. Sobre esta materia la bibliografía extranjera es abundante. Fuera de la obra clásica de Joaquín Garrigués, Contratos Bancarios, 2ª. Ed., Madrid, 1975, puede aquí mencionarse el libro de Hildebrando Leal Pérez, Contratos Bancarios, Bogotá, 1990, y la obra colectiva Contratos Bancarios, correspondiente a un Curso Superior de Contratación Bancaria, Ed. Civitas, Madrid, 1992. Sobre contratos bancarios, véanse también las publicaciones del profesor chileno Ricardo Sandoval López, en particular "Nuevas operaciones bancarias financieras", en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, No. 197, enero-julio 1995, págs. 188 y s., y su libro Derecho Comercial, tomo IV (operaciones Mercantiles, Edit. Jurídica de Chile, 1994, en el cual trata, entre otros, los contratos de tarjeta de crédito bancaria, el factoring, el indertwiting y el leasing. Sobre contratos de distribución de bienes y de servicios, en particular respecto a la técnica del franchising, ver la Memoria de Prueba de Sonia Maldonado Calderón, en la cual por primera vez se expuso esta materia contractual en Chile, además relacionándola con la legislación protectora de la libre competencia; La Católica de Valparaíso, 1983. Ver también el libro de la profesora Sonia Maldonado, Contrato de Franchising, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

⁹³ Chuliá y Beltrán, Aspectos jurídicos de distintos contratos atípicos

⁹⁴ Acedo Mendoza, Manuel y Acedo de Lepervanché, Luisa. La sociedad anónima. Ediciones Schnell C. A., Caracas 1985

⁹⁵ Messineo, Francisco. Manual de derecho civil y comercial, EJE, Buenos Aires 1979

⁹⁶ Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Sociedades Mercantiles. Porrúa. México. 1947

⁹⁷ Ennecerus, Kipp y Wolf. Derecho Civil.

⁹⁸ Manuel Acedo Mendoza y Luisa Teresa Acedo de Leperbanche. La Sociedad Anónima. Ediciones Schell C.A. 1985.

⁹⁹ Aguirre Mora, Octavio. El manual de ingeniería financiera, edición del autor, México 1997

¹⁰⁰ Welling, B. Corporate Law in Canada. The governing principles, Toronto 1989

¹⁰¹ Vidal Blanco, Carlos. El leasing, Madrid 1977.

¹⁰² Artículo 2389, C.C.D.F., artículo 1980, C.C.J.

¹⁰³ Spiers y Lake Shore Enterprises Inc. La App. 210 So. 2nd 901,903

¹⁰⁴ transamerican Leasing Corp. y Bureau of Revenue-App 80 N.M. 48, 450 p. 2nd 934,937

¹⁰⁵ Apéndices B del Uniform Comercial Code.

- ¹⁰⁶ Ut supra
- ¹⁰⁷ Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.
- ¹⁰⁸ Ut supra
- ¹⁰⁹ Ut supra
- ¹¹⁰ Ut supra
- ¹¹¹ Ortúzar Solar, Antonio. El contrato del leasing. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995
- ¹¹² Testa, Paolina. El arrendamiento financiero, Editorial Milan. 1998
- ¹¹³ Ut supra.
- ¹¹⁴ Ortúzar. Op cit
- ¹¹⁵ Leloup, Jean Marie. La Franchise, París 1997
- ¹¹⁶ Leloup, Jean Marie. Op. cit.
- ¹¹⁷ Ley General de Organizaciones de Actividades Auxiliares de Crédito.
- ¹¹⁸ León, Soyla. El arrendamiento financiero, UNAM, México 1995
- ¹¹⁹ Diccionario jurídico Civitas. Madrid 1999
- ¹²⁰ Diccionario de la lengua española. Madrid 1990
- ¹²¹ Chuliá Vicent, E. y Beltrán Alandete, T. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, Editorial Bosch. 1995
- ¹²² Chuliá Vicent, E. y Beltrán Alandete, T. Op. cit.
- ¹²³ Gallegos Sánchez, Esperanza. La franquicia. Editorial Grefol, Madrid 1991
- ¹²⁴ Leloup, Jean Marie. Op. cit. Versión libre del autor: La franquicia es un intercambio de relaciones comerciales, económicos y humanos bajo un contrato. El sistema permite al empresario franquiciante dar en licencia, mediante una retribución, a una empresa franquiciataria el conjunto de elementos inmateriales de que dispone. Franquiciante y franquiciatario encuentran en la franquicia, respectivamente, un interés. Por la reproducción de una fórmula justificada económicamente y que fue probada, uno asegura un rápido desarrollo y el otro una reducción de riesgos
- ¹²⁵ Bescós, Modesto. Factoring y Franchising. Ediciones Pirámide, Madrid 1990.
- ¹²⁶ Guyenot. «La franchise commerciale», en Revue Trimestrielle de Droit Commercial, París 1973
- ¹²⁷ Canabellas, Guillermo. Contrato de licencia y de transferencia de tecnología. Buenos Aires 1980
- ¹²⁸ Maldonado Calderón, Sonia. Contrato de Franchising. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993
- ¹²⁹ Brodley, J. Joint Ventures And Antitrust Policy. Harvard Law Review. Vol. 95 pag. 1523

- ¹³⁰ Brodley, J. op. cit., p. 1527
- ¹³¹ Tex Grain Co. vs Happy Wheat Growers, Inc., Tex. Civ. App., 542 S.W. 2d. 934,936.
- ¹³² Rusell vs. Klein, 33 Ill app 3d. 1005, 339 N. E. 2d. 510.
- ¹³³ Associate Press vs. US 326, U.S.F. 1945 y Broadcast Music Inc vs. CBS 441 U.S. 1 1979.
- ¹³⁴ Le Pera, Sergio. *Joint-Venture y sociedad*, p. 64, Edit. Buenos Aires 1989.
- ¹³⁵ Rostowki, Mark E. *Busines Law Principles, Cases and Policy*, 2ª. ed., Scott Foresman & Co. Londres 1989
- ¹³⁶ Howell, Allison, Prantice. *Business Law Test and Cases*. 4º. ed., p. 723, The Dryden Press, Chicago 1988
- ¹³⁷ Rostowski. Op. cit. p. 886
- ¹³⁸ Howell, Allison & Prentice. *Op. cit.*, p. 725
- ¹³⁹ Fox, Eleonor M, y A. Sullivan, Lawrence. *Cases and Materials on Antitrust*, 1ª. ed., p.427, West Publishing Co., St. Paul Minn 1989.
- ¹⁴⁰ Código Civil para el D.F. en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Art. 1832. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Porrúa, México 1988.
- ¹⁴¹ *Op. cit.*, artículo 1832.
- ¹⁴² *Op. cit.*, artículo 2688
- ¹⁴³ *Sumario Mercantil. Ley General de Sociedades Mercantiles*, Editorial Themis, México 1995.
- ¹⁴⁴ Arce Gargollo, Javier. *Contratos mercantiles atípicos*, 2ª Edición, p. 198, Editorial Trillas, México 1989
- ¹⁴⁵ Arce Gargollo, Javier. *Op. cit*
- ¹⁴⁶ Gianluca Sicchiero. *La Joint Venture* p. 40. Unione Tipográfica. Editrice Torinese. Torino. 1991
- ¹⁴⁷ Gianluca Sicchiero. *Op.Cit.*
- ¹⁴⁸ Campobasso, Gian Franco. *Dirito Comerciale*, t. II; *Dirito Della Società*, UTET, Torino 1992.
- ¹⁴⁹ Le Pera, Sergio. *Op. cit.*, p. 72
- ¹⁵⁰ Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- ¹⁵¹ Sichero, Gianluca. *Op. cit.*
- ¹⁵² Gianluca Sicheero. *Op.Cit.*
- ¹⁵³ Gian Franco Campobasso. *Op. Cit*
- ¹⁵⁴ Gian Franco Campobasso. *Op. Cit.*

- ¹⁵⁵ Código Civil del Estado de Jalisco.
- ¹⁵⁶ Sherree, Decovny. *Swaps*, Editorial Limusa-Noriega Editores. 1994.
- ¹⁵⁷ Swap Financing. Arnel Cates *The International Lawyer*, Summer 1986, Volume 20. Number 3.
- ¹⁵⁸ *Código Civil Comentado*, UNAM-Porrúa, México 1988.
- ¹⁵⁹ *Blacks Law Dictionary*. Centennial Edition. 1891-1991.
- ¹⁶⁰ Del Angel, Ernestina. *Factoring*, Universidad Veracruzana.
- ¹⁶¹ Aguirre Anguiano, José Luis. Conferencia en la Universidad Panamericana. 1989.
- ¹⁶² Moreno Castañeda, Gilberto. *La moneda y la manca en México*, U. de G, Guadalajara 1975.
- ¹⁶³ Bauche Garcadiago, Mario. Edit. Porrúa. México 1985
- ¹⁶⁴ Gallardo Rodríguez, José. El Factoring como figura económico-financiera. Jornadas sobre productos financieros actuales, Universidad Complutense de Madrid, 1994.
- ¹⁶⁵ Bescós Torres, Modesto. *Factoring y Franchising*. Ediciones pirámide. Madrid. 1990.
- ¹⁶⁶ Massaguer, José. *El contrato de licencia de know how*, Librería Bosch, Barcelona 1989.
- ¹⁶⁷ Capograssi, Giuseppe. *La ambigüedad del derecho contemporáneo*, Buenos Aires 1989
- ¹⁶⁸ *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española, vigésima edición, Madrid 1984.
- ¹⁶⁹ Iglesias, Juan. *Derecho Romano*. Madrid
- ¹⁷⁰ Iglesias, Juan. *Derecho Romano*. Madrid
- ¹⁷¹ Ossorio, Ángel. *El contrato de opción*, Editorial Uteha, 1965.
- ¹⁷² Ossorio, Ángel. *Op. cit.*
- ¹⁷³ Colin y Capitant. *Derecho Civil*, Madrid 1965.
- ¹⁷⁴ Marcel Planiol. *Derecho Civil*. Madrid. 1960
- ¹⁷⁵ Ley del Mercado de valores, art. 90. Editorial Porrúa. México. 1998.
- ¹⁷⁶ Código Civil del Distrito Federal, artículo 2555. Código Civil de Jalisco, artículo 2204.

BIBLIOGRAFÍA

1.
 - Abbott, Keith y Pendlebury, Norman
 - *Business Law*
 - DP Publications
 - London 1993
2.
 - Abelenda, César A. *et al.*
 - *Contratos*
 - Ediciones La Rocca
 - Buenos Aires 1989
3.
 - Alessandri Rodríguez, Arturo
 - *De los contratos*
 - Editorial Jurídica de Chile
 - Santiago
4.
 - Argeri, Saúl A.
 - *Diccionario de derecho comercial y de la empresa*
 - Editorial Astrea
 - Buenos Aires 1982

5.
 - Ascarelli, Tullio
 - *El contrato plurilateral*
 - Editorial Jus
 - México 1949

6.
 - Aynes, Laurent y Malaurie, Philippe
 - *Droit Civil*
 - Editions Cujas
 - París 1994

7.
 - Barcia López, Arturo
 - *La causa ilícita en las obligaciones y en los actos jurídicos*
 - Editorial Abeledo-Perrot
 - Buenos Aires 1966

8.
 - Barrera Graf, Jorge
 - *Instituciones de derecho mercantil*
 - Editorial Porrúa
 - México 1989

9.
 - Bauche Garciadiego, Mario
 - *La empresa*
 - Editorial Porrúa
 - México 1983

10.
 - Bescós, Modesto
 - *Factoring y franchising*
 - Ediciones Pirámide
 - Madrid 1990

11.
 - Bianca, Massimo
 - *Le condizioni generali di contratto*
 - Milano-Dott. A. Guiffre Editore
 - Roma 1981

12.
 - Bollini Sahw, Carlos y Boneo Villegas, Eduardo J.
 - *Manual para operaciones bancarias y financieras*
 - Editorial Abelleo-Perrot
 - Buenos Aires 1990

- 13.
- Bonfanti, Mario A
 - *Contratos bancarios*
 - Editorial Abeledo-Perrot
 - Buenos Aires 1993
- 14.
- Borda, Guillermo A.
 - *Manual de contratos*
 - Editorial Perrot
 - Buenos Aires 1989.
- 15.
- Bravo Olaciregui, Alberto *et al.*
 - *Contratos sobre acciones*
 - Editorial Civitas
 - Madrid 1994
- 16.
- Cabello de los Cobos y Mancha, Luis Ma.
 - *La ley de condiciones generales de la contratación*
 - Centro de Estudios Registrales
 - Madrid 1998.

17.
- Campana, Marie-Jeanne
- *Code de commerce*
- Éditions Litec
- Paris 1993
18.
- Cano Rico, José R.
- *Manual práctico de contratación mercantil*
- Editorial Tecnos
- Madrid 1993
19.
- Castan Tobeñas, José
- *Derecho civil español, común y foral*
- Editorial Reus
- Madrid 1992
20.
- Clemente Meoro, Mario
- *La resolución de los contratos por incumplimientos*
- Editorial Tirant lo Blanch
- Valencia 1992

21.
 - Chase Plate, Luis E. *et al.*
 - *Contratos administrativos*
 - Editorial Astrea
 - Buenos Aires 1982

22.
 - Chulia Vicent, Eduardo y Beltrán Alandete, Teresa
 - *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos I*
 - Jose Maria Bosch Editor
 - Barcelona 1994

23.
 - De Castro y Bravo, Federico
 - *El negocio jurídico*
 - Editorial Civitas
 - Madrid 1985

24.
 - Deconvy, Sherree
 - *Swaps*
 - Editorial Limusa
 - México 1994

25.

- Díaz Bravo, Arturo
- Contratos mercantiles
- Editorial Harla
- México 1989

26.

- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo
- *Convenio y contrato*
- Editorial Porrúa
- México 1996

27.

- Farina, Juan M.
- *Contratos comerciales modernos*
- Editorial Astrea
- Buenos Aires 1993

28.

- Fried, Sidney
- *Warrants Options & Convertibles*
- R.H.M. Press
- New York 1989

29.

- G. H. Treitel
- *The Law of Contract*
- Sweet & Maxwell
- London 1995

30.

- García-Cruces Gonzales, José Antonio
- *El contrato del factoring*
- Editorial Tecnos
- Madrid 1990

31.

- Gallego Sanchez, Esperanza
- *La franquicia*
- Editorial Trivium
- Madrid 1991

32.

- Garrigues, Joaquin
- *Curso de derecho mercantil*
- Editorial Porrúa
- México 1987

33.

- Ghersi, Carlos Alberto
- *Contratos civiles y comerciales*
- Editorial Astrea
- Buenos Aires 1992

34.

- Guyenot, Jean
- Derecho comercial
- Ediciones Jurídicas Europa-América
- Buenos Aires 1975

35.

- Guyon, Yves
- *Traté des contrats*
- L.G.D.J.
- Paris 1993

36.

- Howell, Rate A. *et al.*
- *Buisness Law, Text and Cases*
- The Driden Press
- Unated States of America 1988

- 37.
- Igartua Araiza, Octavio
 - *Introducción al estudio del derecho bursátil mexicano*
 - Editorial Porrúa
 - México 1988
- 38.
- Iturmendi Morales, José y otros
 - *Jornadas sobre factoring*
 - Ediciones Universidad Complutense de Madrid
 - Madrid 1992
- 39.
- Lalaguna Domínguez, Enrique
 - *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*
 - Editorial Reus
 - Madrid 1978
- 40.
- Landaberea Unzueta, Juan Antonio
 - *El contrato de esponsorización deportiva*
 - Editorial Aranzadi
 - Navarra 1992

41.

- Le Pera, Sergio
- *Joint-Venture y sociedad*
- Editorial Astrea
- Buenos Aires 1989

42.

- Lozano Noriega, Francisco
- *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*
- Ediciones Nacionales del Notariado Mexicano
- Mexico 1990

43.

- Maldonado Calderón, Sonia
- *Contrato de franchising*
- Editorial Jurídica de Chile
- Santiago 1994

44.

- Mantilla Molina, Roberto L.
- *Derecho mercantil*
- Editorial Porrúa
- México 1980

45.

- Mariotto, Liliana Bernardita
- *Contratos civiles y comerciales*
- Editorial Abeledo-Perrot
- Buenos Aires 1991

- 46.
- Marré Velazco
 - *El contrato de factoring*
 - Editorial Jurídica de Chile
 - Santiago 1995
- 47.
- Méndez, Juan Carlos
 - *La oferta contractual*
 - Editorial Aranzadi
 - Navarra 1998
- 48.
- Mercadal vidal, Francisco
 - *El contrato de agencia mercantil*
 - Publicaciones del Real Colegio de España
 - Bolonia 1998
- 49.
- Morriset Iturraspe, Jorge
 - *Mandatos*
 - Rubinzal-Culzoni Editores
 - Santa Fe 1996
- 50.
- Morriset Iturraspe, Jorge
 - *Contratos*
 - Rubinzal-Culzoni Editores
 - Santa Fe, 1997

51.

- Pangrazio, Miguel Angel
- *Código civil paraguayo comentado*
- Intercontinental Editora
- Asunción, 1990

52.

- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo
- *Contratos civiles*
- Editorial Porrúa
- México 1993

53.

- Rezzónico, Juan Carlos
- *Contratos con cláusulas predispuestas*
- Editorial Astrea
- Buenos Aires 1987

54.

- Richards, Paul
- *Law of contract*
- Pitman Publishing
- England 1992

55.

- Roszkowski, Mark E.
- *Business Law*
- Scott, Foresman and Company
- Illinois, 1989

- 56.
- Ruiz de Chávez y Salazar, Salvador
 - *Importancia jurídica y práctica de las clasificaciones de los contratos civiles*
 - Editorial Porrúa
 - México 1991
- 57.
- Sánchez Calero, Fernando *et al.*
 - *Jornadas sobre productos financieros actuales*
 - Ediciones Universidad Complutense de Madrid
 - Madrid 1994
- 58.
- Sequeira Martín, Adolfo *et al.*
 - *Contratos bancarios*
 - Editorial Civitas
 - Madrid 1992
- 59.
- Stitckin Brranover, David
 - *El mandato civil*
 - Editorial Jurídica de Chile
 - Santiago 1989
- 60.
- Treviño García, Ricardo
 - *Los contratos civiles y sus generalidades*
 - Editorial Mc. Graw Hill
 - México 1995

- 61.
- Uría, Rodrigo
 - *Derecho mercantil*
 - Editorial Marcial Pons
 - Madrid 1991
- 62.
- Vasquez del Mercado, Óscar
 - *Contratos mercantiles*
 - Editorial Porrúa
 - México 1989
- 63.
- Villegas, Carlos Gilberto
 - *Operaciones bancarias, tomo II*
 - Rubinzal-Culzoni Editores
 - Buenos Aires 1996
- 64.
- Villegas, Carlos Gilberto
 - *El crédito bancario*
 - Ediciones Depalma
 - Buenos Aires 1988
- 65.
- Volz, Gerhard y Löber, Burckhardt
 - *La GmbH*
 - J.M. Bosch Editor
 - Barcelona 1995

- 66.
- Whaley, Douglas J. y Crandall, Thomas D.
 - *Cases, Problems, and Materials on Contracts*
 - Editorial Advisory Board
 - United States of America 1993
- 67.
- Zago, Jorge Alberto y Garrido, Roque Fortunato
 - *Contratos civiles y comerciales*
 - Editorial Universidad
 - Buenos Aires 1993
- 68.
- Zaldívar, Enrique *et al.*
 - *Contratos de colaboración empresarial*
 - Editorial Abeledo-Perrot
 - Buenos Aires 1989
- 69.
- Zamora y Valencia, Miguel Ángel
 - *Contratos civiles*
 - Editorial Porrúa
 - México 1985
- 70.
- *A Selection of Cases on the Law of Contracts*
 - Little, Borwn and Company
 - United States of America 1951

71.

- *Codice Civile*
- Edizioni Simone
- Napoli 1992

72.

- *Código de Comercio*
- Editorial Jurídica de Chile
- Santiago 1992

