

207  
150



**Universidad Nacional Autónoma de México**

Facultad de Derecho  
Seminario de Derecho Civil

**EL CONTRATO A NOMBRE DE OTRO  
POR QUIEN NO ES SU LEGITIMO  
REPRESENTANTE.**

**T E S I S**

Que para optar al título de:  
**LICENCIADO EN DERECHO**

P r e s e n t a :

**Gabriel Castellanos Sánchez**

México, D. F.

VICERRECTORÍA DE DERECHO  
SECRETARÍA GENERAL DE  
EXÁMENES PROFESIONALES

1986



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## CAPITULO PRIMERO

### ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONTRATO

#### I.- El contrato en el Derecho Romano.

En el Derecho Romano existieron formas antiguas de obligarse entre las partes, pero antes de entrar al estudio del contrato en esta legislación es de gran importancia aclarar el sentido de los términos de CONVENCION (conventio), PACTO (pactum) y CONTRATO (contractus) a fin de evitar confusión alguna entre los mismos.

En el Derecho Romano la convención y el pacto en un principio eran sinónimos, pues uno y otro eran equivalentes y genéricos ya que ambos hacían referencia al acuerdo de voluntades existentes entre dos o más personas sobre una cuestión determinada. La convención según el maestro Peña Guzmán, "...es el acuerdo de voluntades que recae sobre un negocio jurídico que tenga por objeto crear, modificar o extinguir algún derecho, --- constituyendo el género con respecto a los contratos cualquiera que sea su forma de celebración". (1) En cuanto al pacto no se

---

(1) PEÑA GUZMAN, Luis Alberto y ARGUELLO, Luis Rodolfo. Derecho Romano. Tomo II. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1966. Pág. 258.

da definición alguna en virtud de que como ya se dijo, era equi-  
valente a la convención, pero es importante señalar que se re-  
fiere a, aquellas relaciones distintas del contrato por carecer  
de acción, ya que al igual que las convenciones no precisan un  
fundamento jurídico (causa civilis), pues los pactos solo engen-  
draban excepciones y no acciones; pero con el transcurso del --  
tiempo el pacto fue asimilado al contrato al otorgársele accio-  
nes para exigir su cumplimiento (1). Ahora bien, las promesas  
contractuales que sí precisan un fundamento jurídico, es decir,  
aquél acuerdo de voluntades que dá base a obligaciones sanciona-  
das por una acción civil es a lo que los juristas romanos han -  
dado el nombre de contrato. Podemos decir, que no todo pacto o  
convención es un contrato, pero sí todo contrato es un pacto o  
convención. "De las convenciones de Derecho de Gentes, unas en-  
gendran acciones y otras, excepciones. Las que engendran accio-  
nes no se llaman simplemente convenciones sino que pasan a te-  
ner el nombre de un contrato..." (2). Así pues, el contrato es  
todo acuerdo de voluntades reconocido por el Derecho Civil diri-  
gido a crear obligaciones exigibles.

Quedando explicado claramente lo anteriormente expuesto  
pasaremos ahora al estudio del contrato en Roma y al cual este  
punto se refiere.

Ya hemos dicho que en el Derecho Romano no todo acuerdo  
de voluntades era considerado contrato, sino solamente alcanza-  
ban tal rango las relaciones contractuales a las que la ley les

- 
- (1) CFR. EL DIGESTO del Emperador Justiniano. Volúmen Primero.  
Nueva Edición. Imprenta de Ramón Vicente- Parte I del Dige-  
to. Libro 2, Tít. 4 Ley 6. Traducido por Bartolomé Agustín  
Rodríguez de Fonseca. Madrid 1872.
- (2) ULPIANO, Dig. 2, 14, 7.

atribuía el efecto de crear obligaciones exigibles civilmente, es decir aquellos acuerdos de voluntades que estaban provistos de una causa civil y que además contaban con una acción para hacérselos valer en juicio. Así el maestro Eugenio Petit considera que: "Los contratos en el Derecho Romano son pues: unas convenciones que están destinadas a producir obligaciones y que han sido sancionados y nombrados por el derecho civil" (1). Pero el *ius civile* fue poco a poco evolucionando en el sentido de dar mayor importancia al acuerdo de voluntades, lo que llegó a convertirse en elemento dominante de todo contrato, así, según el maestro Luis Alberto Peña Guzmán manifiesta que, "...en el derecho justinianeo el contrato es el acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra incluyendo como tales a toda clase de negocio que tuviera por fin la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica" (2). Por otro lado, agregando un interés jurídico y una función económica social al contrato, el doctor en derecho Guillermo Floris Margadán lo define diciendo, "...el acto por el cual dos o más personas regulan sus respectivos intereses jurídicos y al cual el Derecho Objetivo atribuye determinados efectos según la función económica social del acto jurídico en cuestión" (3). Las distintas categorías de contratos fueron apareciendo en Roma de acuerdo con las transformaciones políticas económicas y sociales que la misma experimentó. Fue así que a las arcaicas figuras contractuales consagradas por el *ius civile*, se

---

(1) PETIT, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Nacional. México, D.F. Pág. 318.

(2) PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. Op. Cit. Pág. 261.

(3) FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano. - Séptima Edición. Editorial Esfínger, S.A. México, D.F. 1977 Pág. 317.

agregaron otras que provenían del *ius gentium* pero que el Derecho Romano las adoptó y reguló.

El Derecho Romano en la creación de los contratos parece haber seguido la siguiente graduación histórica: Habría sido el NEXUM primeramente el contrato romano que se caracterizaba por la rigidez en las solemnidades que debían celebrarse para su perfeccionamiento, así pues, era el nexum una de las maneras más antiguas para obligarse que había estado en uso entre los romanos, éste tenía por causa un préstamo de dinero y el cual se verificaba por medio de las solemnidades de la pesada del cobre en una balanza tenida por un Librepens en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos y púberos y las palabras *consagradas*: *per aes et libram*. Esta solemnidad vestigio de los tiempos antiguos, aquellos en los que no conociéndose la moneda se pesaba el metal se conservaba como símbolo y se usaba para la creación, transmisión y extinción de diversas especies de derechos. Así manifiesta el maestro Eugenio Petit: "El peso del metal subsistió aun después de acuñar el cobre, porque esta moneda, aún tosca no tenía valor mas que según su peso que era -- preciso verificar" (1).

La marcha del Derecho Civil romano en las formas civiles de los contratos, consistía en simplificar esta solemnidad *per aes et Libram*; a tener por verificado el acto simbólico del peso, la barra del metal por pesada, y en abandonar de este modo los procedimientos de los primitivos tiempos. Posteriormente, con la aparición de la moneda de plata no se tuvo necesidad de

---

(1) PETIT, Eugenio. Op.Cit. Pág. 319.

pesar las piezas, se les contaba, desde entonces el empleo del cobre y de la balanza no tuvo ya utilidad material, sino que se conservó solo a título de símbolo a fin de infundir al contrato validez civil. Para los romanos fue pues el nexum, la forma -- más primitiva de obligarse, pues los contratos de préstamo (mutuum), de prenda (pignus), de depósito (depositum), se formaban así en su origen (1). Aunque en Roma, este tipo de contratos -- que se perfeccionaban con la entrega de la cosa debían ser celebrados mediante el nexum, es indudable que los mismos se hicieron de mayor aplicación cuando se admitió la simple tradición -- de la cosa para engendrar una obligación civil, y así fueron re conocidos los contratos que los romanos calificaron de contra -- tos formados re. Pues según Sohm, el nexum y la Mancipatio Fiduciaie Causa, son el tronco de donde se originaron los contra -- tos reales (2).

Aunque las consecuencias del nexum son muy conocidas, di -- remos tan solo que en virtud del contrato y sin juicio alguno, el deudor que no pagaba estaba sometido a la manuz injectio, especie de toma de cuerpo que el acreedor ejercía sobre el deudor y que necesitaba la intervención del magistrado. Desde enton -- ces el deudor que era declarado nexus, estaba a disposición del acreedor, quien podía encadenarle y tratarle como a su esclavo. El nexus no se liberaba más que con el pago o con la ayuda de -- que otro pagara por él para liberarlo con las solemnidades de -- la aes et Libram. Esos abusos provocaron medidas legislativas. Pues en el año 428 de Roma, la Ley Paetelia Papiria intervino --

---

(1) CFR. M. Ortolan. História de la Legislación Romana. Editorial Hijos de Leocadio López. Madrid, 1912. Pág. 98.

(2) CFR. Rodolfo Sohm. Instituciones de Derecho Privado Romano. Editorial Gráfica Panamericana, S. de R.L. México 1951. -- Pág. 217.

en favor de los nexi, los declaró libres en el momento de su -- promulgación; prohibió encadenar en lo sucesivo a los deudores, y decidió que no podrían ya comprometer su persona en provecho del acreedor, sino solamente sus bienes. Ante esto, con lo que se despojaba de sus principales efectos al nexum, cayó poco a poco en desuso.

Del nexum y como una derivación del mismo, procedió la segunda forma de obligarse que consistía en las palabras sacramentales, sin la solemnidad per aes et Libram. A esta segunda forma de obligarse se le conoció con el nombre de SPONSIO, consistente en una interrogación del acreedor seguida de una res - puesta hecha por el deudor. Los términos consagrados para esta interrogación y para esta respuesta, fueron ¿SPONDES?, a lo que el obligado respondía SPONDEO, de donde se ha dado a esta solemnidad, es decir, a esta forma de contratar el particular nombre de SPONSIO. Pero de este contrato solamente podían valerse los ciudadanos romanos, en virtud de que según el doctor Guillermo Floris Margadant este contrato correspondía a una promesa de ma tices religiosos y que por lo tanto sólo era celebrado por quie nes participaran de la religión romana, algo imposible para los extranjeros (1). Con el tiempo, la legislación romana encontró el medio de hacer accesible a los no ciudadanos (peregrini) esta forma de obligarse, para lo cual recurrió a la STIPULATIO, - disponiendo que las partes podían interrogarse admitiendo otras especies de interrogación tales como: ¿PROMITIS?, a lo que el - obligado contestaba PROMITTO; ¿DABIS?, a lo que el obligado con testaba DABO, etc., siempre que la pregunta y respuesta fueran

---

(1) FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op. Cit. Pág. 287.

congruentes. Pero a mayor abundamiento el ilustre tratadista - Pedro Bonfante, manifiesta que, "...la pregunta y la respuesta deben ser proferidas y oídas, lo que no podía suceder entre ausentes y que, entre la pregunta y la respuesta no se interrumpiera el acto" (1).

De esta manera, al dar paso el Derecho Romano al empleo de las palabras solemnes en reemplazo del cobre y la balanza para el perfeccionamiento de otros tipos contractuales, nacieron los contratos llamados verbis (verbales).

sigue después la tercera forma de obligarse, segunda de rivación del Nexum antiguo. Pues esta forma solo se aplicaba a las obligaciones de pagar una suma de dinero y consistió en considerar la operación per aes et Libram como terminada; la cantidad objeto de la obligación como pesada y dada por una parte, - como recibida por la otra, a inscribirla en la fórmula consagrada y en el registro doméstico (codex accepti et Exreusi) que -- llevaba el ciudadano romano en el que anotaba los créditos (nomen) que tuviera contra un deudor. Esta nueva forma de obligarse determinó la creación de nuevos contratos, la NOMINA TRAS CRIPITIA que se empleaba cuando el obligado fuera otro ciudadano romano y la CHIROGRAPHA o SYNGRAPHA cuando el deudor fuera un extranjero. De estas formas de llevar a cabo un acuerdo de voluntades y cuyo perfeccionamiento eran las anotaciones realizadas en nuestros registros, derivan los llamados contratos -- litteris (literales).

Por fin cuando el caminar del Derecho Romano hizo del --

---

(1) BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Tercera - Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1965. Págs. 469 y 470.

acuerdo de voluntades el elemento esencial del contrato, se -- aceptó que los mismo pudieran perfeccionarse por el solo con - sentimiento de las partes sin los requisitos indispensables para las figuras ya estudiadas hasta aquí. Aparecen pues así: la venta, la locación, el mandato y la sociedad, que integran el - cuadro de los contratos que se forman solo consensu (consensuales).

De esta marcha progresiva del Derecho Romano en materia de contratos, surgieron pues las cuatro especies de los mismos, según se formaran RE, VERBIS, LITTERIS o CONSENSU.

Fuera de estos contratos, la convención formada entre -- las partes tomaba el nombre de PACTUM, PACTIO, CONVENTIO, y que según el derecho civil estricto no producían obligación alguna.

## II.- El contrato en el Derecho Germánico.

A diferencia de los romanos que lo que ponían más de relieve en la obligación era el nexum, los germanos no dieron tan ta importancia a esa abstracción, para la cual no tenían nombre propio; pues el derecho y deber correlativo lo consideraban separados, y colocaban el primero en el activo del acreedor y el segundo en el pasivo del deudor; así, si el capital de uno au - mentaba el del otro disminuía.

Pero a fin de entender plenamente el tema al cual está destinado este apartado, es importante hacer un estudio distintivo de los conceptos de deuda (débito) y responsabilidad (su - jeción, afectación, vinculación).

La deuda es antes que nada un deber jurídico. El concepto de deuda o débito (schuld, nombre con el que se conocía en -- entre los germanos) no está limitado solamente al Derecho de las Obligaciones, sino que también se amplía al Derecho relativo a la potestad personal y al Derecho de las Asociaciones, más sin embargo, el Derecho de las Obligaciones fue el que le dió al -- concepto de deuda un contenido específico. Así pues, la deuda en el Derecho de Obligaciones, es un deber de prestación, es de -- cir, un deber de realizar una prestación por parte del deudor -- que debía realizarla voluntariamente.

En el antiguo lenguaje jurídico germano, se usaba tam -- bién al lado de la deuda del deudor, la palabra deuda para ex -- presar el deber a cargo del acreedor de recibir la prestación -- (1).

La responsabilidad por su parte y a diferencia de la deu -- da, "...es la sumisión o sujeción al poder jurídico del acree -- dor" (2). Esto es, mientras que el deudor para determinar si va a cumplir o no la deuda y en qué forma, ha de hacerlo con ba -- se a su propia decisión; el que tiene la responsabilidad está -- sujeto a la coacción inmediata por parte del acreedor, es de -- cir, la responsabilidad entraña poder para el acreedor y suje -- sión, sumisión para el responsable o deudor.

De lo hasta aquí expuesto, se puede apreciar que la deu -- da es un obligación, una obligación tanto para el deudor como -- para el acreedor, y por lo tanto hablaremos de una relación -- obligatoria.

---

(1) CFR. Hans, Planitz. Principios de Derecho Privado Germáni -- co. Bosch, casa editorial, Barcelona. Pág. 199.

(2) Ibidem.

El antiguo Derecho Germánico conoce solamente dos causas de nacimiento de deuda; éstas son a las que comunmente conocemos como fuente de las obligaciones y son: el contrato de deuda y el acto ilícito. La evolución del Derecho añadió al contrato de deuda la promesa unilateral.

Los contratos, también conocidos como negocios jurídicos, se distinguieron en el antiguo Derecho, en negocios jurídicos unilaterales y negocios jurídicos plurilaterales. Los unilaterales son aquéllos en los que solamente existe la declaración de una sola parte. Los negocios jurídicos plurilaterales, que son los predominantes, son aquéllos en los que existe la declaración de voluntad de dos o más partes recíprocamente, siendo por lo tanto verdaderos contratos. Lo declarado es siempre el acuerdo de voluntades de las partes contratantes, en base a la oferta del obligado y la aceptación del titular.

Ernesto Lehr manifiesta que: "En Alemania los contratos producen todos sus efectos desde el momento en que las partes consienten y se hallan conformes en su objeto; su validez es in dependiente de toda forma sacramental" (1). El principio Alemán era que de cualquier manera que se hiciera una promesa con intención de obligarse, se quedaba obligado, y el acreedor adquiría la competente acción, pues se concedía más valor a la honradez y lealtad de la palabra empeñada, que a las formas jurídicas. Pero la forma de los contratos no era totalmente indiferente; ya que si su existencia no dependía de solemnidades y palabras sacramentales, si importaba mucho la manera de fi --

---

(1) LEHR, Ernesto. Tratado de Derecho Civil Germánico o Alemán. Madrid. Librería de Leocadio López, Editor. 1878. Págs. 269 y 270.

jar y constituir el contrato, cuando menos para la prueba de la obligación.

Así pues, siguiendo el antiguo Derecho con su necesidad de apreciar las cosas con los sentidos, creó una serie de formalismos para los negocios. Estas solemnidades podían consistir en palabras solemnes y actos típicos, esto es, el negocio debía ser audible y ante todo visible. Además, en ciertos negocios también tenían que estar presentes los testigos negociales, cuyo número estaba rígidamente determinado, pues la presencia de éstos aseguraba que el negocio audible y visible es efectivamente oído y visto.

Algunas de las formas negociales más usadas para la fijación y constitución de los contratos en el Derecho alemán son, según Ernesto Leher, las siguientes:

"1) Simbólicas: el apretón de manos (handschlog, manufirmatio, dides manu data); el alboroque (weinkauf, vino bebido en común); la paja o vara ofrecida por el vendedor al comprador -- (halm, festuca); formas muy usadas, que servían para distinguir la consumación del contrato de los trabajos preparatorios.

2) Palabras solemnes (gelehrte worte, gestabte worte), - análogas al ¿spondes? spondeo; ¿promittis? promitto, usadas entre los romanos.

3) Obligación celebrada ante la presencia del Juez (gerichtliches geding), en oposición a las promesas unilaterales y - extrajudiciales, las cuales carecían de eficacia: el acreedor - podía reclamar su cumplimiento pero el éxito de su reclamación

dependía de la buena o mala voluntad del deudor; si éste al - - prestar juramento afirmaba que no debía nada al acreedor, queda ba desarmado sin poder recurrir a medio alguno para probar la - existencia de la deuda. Pero por el contrario, en la obliga -- ción que se declaraba en presencia del juez que debía estar - - acompañado de dos regidores, la deuda subsistía aún contra el - juramento de negatorio del deudor.

4) Reconocimiento escrito ante el juez o simplemente privado: tenía por objeto proporcionar la prueba de la obligación para el caso en que el deudor intentara negarla. El deudor podía librarse por medio de un juramento negatorio de la promesa legal y extrajudicial, pero nunca de la obligación escrita.

5) Prueba de testigos. Desconocida en los primeros tiempos; posteriormente se formaron listas de testigos abonados - - (testes nominati) y por considerar los contratos celebrados ante dos o tres de éstos testigos como los celebrados ante el - - juez o magistrado de la ciudad" (1).

Asimismo, y a semejanza de la clasificación ya expuesta, el desaparecido e ilustre profesor de la Universidad de Viena, Hans Planitz, también formula una clasificación de las distintas formas negociales en el antiguo Derecho alemán, y señala -- las siguientes:

- La utilización de palabras solemnes y actos típicos, - por virtud de los cuales, el negocio tenía que ser audible y sobre todo visible. Los actos típicos son ademanes manuales - -

---

(1) LEHR, Ernesto. Op. Cit. Págs. 277, 278 y 279.

(apretón de manos), actitudes corporales, rotura de festuca, -- etc.; ambas formas son maneras simbólicas de negocios (1).

- Los testigos negociales, los cuales estaban determinados en su número la mayoría de las veces. Estos eran testigos ad solemnitatem, pues su presencia aseguraba que el negocio con cluido audible y visible era efectivamente oído y visto (2).

- La publicidad en los negocios, esto es, deberían realizarse ante la Asamblea o ante el Tribunal. Esta publicidad del negocio tenía múltiples finalidades, entre las cuales tenemos: la toma de conocimiento por el municipio, la salvaguarda de las posibles objeciones, el control oficial y la tutela del tráfico jurídico (3).

- La forma escrita, la cual consistía en establecer en un documento o carta el negocio que se celebraba, con el fin de evitar una negativa por parte del deudor a cumplir con su obligación. Este documento fue evolucionando, pues en la Edad Media sirvió solo como documento de deuda; posteriormente en el Derecho Moderno se transformó en el título valor a lo que conocemos comunmente como título de crédito (4).

Ahora bien, para finalizar este punto, es conveniente estudiar el contrato de deuda formal el cual predominaba en el Derecho alemán antiguo. El contrato que se concluía en una forma jurídica determinada, daba lugar al nacimiento de la deuda con eficacia jurídica.

---

(1) CFR. Hans, Planitz. Op. Cit. Pág. 38.

(2) Ibidem.

(3) Ibidem.

(4) Ibid. Pág. 39.

En la época histórica, el Derecho alemán conocía dos formas de constitución de la deuda por vía contractual: la promesa de deuda y la recepción de cosa. Estas dos clases de contrato de deuda, necesitan para su formación al igual que todos los negocios jurídicos, audibilidad y visibilidad, es decir, han de poder oírse y verse. Sin embargo, cabe señalar que la deuda de recepción obedece a un acto real que es la recepción de cosa (contrato real), mientras que en la promesa de deuda es de vi - tal importancia la realización de formas solemnes, naciendo así el contrato formal.

El contrato formal se manifiesta de dos maneras distintas: el voto de fidelidad o promesa de fidelidad y el contrato vadiado o Wadiatio.

El voto de fidelidad o promesa de fidelidad, es una promesa emitida en forma de juramento, por parte del deudor, de que se va a cumplir fielmente la deuda. Esta promesa consiste en levantar el dedo índice o dos dedos de la mano derecha que debía tenerse levantada. Podía consistir también en que ambos contratantes levantaran sus manos y las apoyasen unas sobre otras poniendo las palmas en contacto. Además, se pronunciaban palabras solemnes. También consistía en el apretón de manos, en el que el acreedor coja la mano del que promete fidelidad. El no cumplimiento de esta promesa de fidelidad, trafa como con secuencia la responsabilidad jurídico-penal del deudor.

El contrato vadiado o wadiatio, es el que se realiza mediante la entrega de una varita llamada wadia o festuca, debiendo pronunciarse además ciertas palabras solemnes. Esta varita

llevaba el emblema del deudor o signo de su casa, con ella se daba a conocer la personalidad del deudor. El no cumplimiento de la prestación se consideraba delito.

El contrato real, es la forma más antigua del contrato de deuda y su obligatoriedad radica en la recepción de cosa, esto es, quien acepta una cosa se obliga desde ese momento a realizar también una prestación de cosa. La aceptación de la prestación realizada en primer lugar creaba la obligación de realizar la contraprestación.

En periodos posteriores se derivó del contrato real el contrato con arras. Cuando las arras eran consideradas como prestación ficticia, se estaba ante un contrato formal genuino, aunque conservando la apariencia de contrato real; cuando las arras eran consideradas como prestación patrimonial efectiva, quedaba involucrado en el contrato formal un contrato real. En este contrato con arras, sólo quedaba obligado el que las recibía a la contraprestación, el que las daba no se obligaba y, por lo tanto, podía desistir del contrato antes de recibir la contraprestación, pero sin tener derecho a que se le restituyeran las arras.

Para finalizar este apartado, es importante señalar el punto de vista de Valverde y Valverde referente al Derecho Germano, y respecto del cual se expresa de la siguiente manera: -- "Las costumbres de los germanos formaban una legislación menos avanzada que la del derecho romano, puesto que estaba dominada por el simbolismo. El derecho germano poseía una manera espe --

cial de obligarse cual era tener en la mano un bastón (festuca) u otro objeto mobiliario sin valor, (wadium o wadia) que remi-  
tía al estipulante como garantía de su promesa" (1).

Por su parte, Castán Tobeñas nos dice que: "Se introdujo y generalizó mucho entre los pueblos germanos la contratación - por documento o escritura (carta coutio), que tenía también sig-  
nificación formalista. Tales documentos, en efecto, no eran - simplemente probatorios sino requisitos de existencia de los --  
contratos. Pero los germanos, extraños a las sutilezas de los juristas, no llegaron a comprender la diferencia entre la forma-  
ción del contrato y su prueba. De aquí que entendieran que pa-  
ra formar un contrato, bastaba redactar el escrito, y no se con-  
sideraban obligados hasta que el acto escrito fuera redactado" (2).

Es pues este derecho al igual que el anterior plenamente formalista, ya que hacía depender la existencia del contrato -- del elemento extrínseco y no de la voluntad, que es la sustan-  
cia de todo acto jurídico en las legislaciones modernas.

### III.- El contrato en el Derecho Español antiguo.

Iniciaremos el desarrollo de este punto con algunas bre-  
ves referencias sobre las solemnidades que se usaron en los pue-  
blos primitivos, y en este caso España, a fin de presentar un -  
panorama histórico y general del principio solemne, el cual ha

- 
- (1) VALVERDE y VALVERDE, Don Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo III. 2a. Edición. Talleres tipográfica "cues-  
ta. Valladolid 1920. Pág. 242.
  - (2) CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo II. Instituto Editorial Reus. Madrid 1943. Pág. 596.

ce depender la eficacia de los contratos de una determinada formalidad.

En los pueblos primitivos el acuerdo de voluntades era - insuficiente para engendrar consecuencias jurídicas, puesto que dominados por un espíritu religioso, no sancionaban los contratos que no se hubieran concertado ante sus divinidades. El autor español Castán Tobeñas, refiriéndose a las características de la contratación en las legislaciones antiguas, se expresa de la siguiente manera: "Dado el carácter acentuadamente religioso de la constitución política, social y civil de los pueblos primitivos, no es extraño que la contratación se desarrollase - en ellos bajo la influencia de la sanción religiosa, celebrándose los contratos mediante fórmulas de juramento o ceremonias de índole marcadamente supersticioso y litúrgico..., el hábito de respetar los compromisos hubiera difícilmente arraigado en la - humanidad si no se hubiera tenido un día la idea de comprometerse ante los fetiches de la familia o de la tribu, ante el altar de los dioses, la tumba de los marabuts, las reliquias de los santos" (1). Continúa diciendo dicho autor: "...en todos los antiguos pueblos arios la base de la fuerza obligatoria de los contratos era el temor de violar el votum hecho a los dioses, y como era común la superstición de que los muertos y los dioses volvían al mundo durante los banquetes, se explica que los votos y promesas y los actos solemnes hiciéranse comiendo y bebiendo, es decir, ante la supuesta presencia divina" (2).

Así pues, desde el punto de vista histórico el principio

---

(1) CASTAN TOBEÑAS, José. Op. Cit. Pág. 494.

(2) Ibidem.

solemne tiene su origen en los pueblos más antiguos, ya que en éstos la solemnidad constituía el elemento esencial de todo contrato, es decir, la inobservancia de la forma se sancionaba con la inexistencia del contrato, en virtud de que mientras no se realizaba la ceremonia impuesta por la costumbre supersticiosa necesaria para la perfección del contrato, las partes a nada se habían obligado.

El contrato en los pueblos antiguos y en Roma misma, no era el producto de la voluntad libre y cognoscente del hombre, sino el de una fórmula material, estricta, consagrada; si la -- fórmula existía había contrato, fuera cualquiera el modo con -- que la voluntad se manifestase; si la fórmula faltaba o era incompleta, no había obligación, no existía el contrato.

La España antigua, con sus sencillas costumbres, el buen sentido de los prácticos y el espíritu de justicia del Derecho canónico, se opuso al arraigo del sistema romano de contrata -- ción. En cambio tuvo decisiva influencia en este orden el Derecho Germánico y a éste respecto manifiesta Castán Tobeñas: -- "De el Derecho Germánico proceden, quizá, estas dos características que presenta el antiguo Derecho Español de obligaciones: 1. La insuficiencia del mero consentimiento para originar una obligación. ... 2. El predominio de la carta, o sea de la forma escrita" (1). Posteriormente en el Derecho medieval, en España, que no tiene su origen en la tradición romana ni en la germana, los jurisconsultos llegaron a reconocer la obligatoriedad del simple acuerdo de voluntades, fundándose en los textos del

---

(1) Ibid. Págs. 596 y 597.

Derecho Romano que admitían los contratos consensuales y otorgaban ciertos efectos a los nudos pactos; y en los del Derecho Canónico. Este consensualismo esta representado principalmente, en España, por la Ley Unica Título 16, del Ordenamiento de Alcalá, al establecerse que de cualquier manera que aparezca que -- uno quiso obligarse, queda obligado.

Por otra parte el justamente llamado monumento jurídico de la Edad Media, la Ley de la Siete Partidas, siguió el sistema imperante en el Derecho Romano, y al efecto Castán Tobeñas - manifiesta: "En nuestra Patria, las Partidas (en las leyes que regulan la contratación, comprendidas en la Partida V) intentaron introducir el sistema romano, con su teoría de la estipulación, contrato literal, diferencia entre pactos y contratos, -- etc." (1). En este mismo sentido manifiesta Jacinto Pallares: "La Quinta Partida se ocupa de los contratos en quince títulos y sin consagrar, como era de esperarse, un capítulo ó tratado - especial a la doctrina de los contratos en general, sus condiciones, capacidad de las personas, división de ellos, etc., en tra desde luego a la reglamentación de los contratos especiales más conocidos en el Derecho Romano y en la práctica, y por lo mismo se ocupa: de los empréstitos; del comodato; del condesfjo (depósito); de las donaciones; de la compra venta; de la permuta; de los comerciantes y de los impuestos al comercio; de los logueros o arrendamientos; del comercio marítimo; de la estipulación o contrato verbal (promisiones); de las fianzas; de la - prendá; del pago y extinción de las obligaciones, y de la ce -- sión de bienes, quitas y preferencia de acreedores". (2).

---

(1) Ibid. Pág. 597

(2) PALLARES, Jacinto. Historia del Derecho Mexicano. Tomo III Imprenta, Litografía y Encuadernación de I. Paz. México -- 1901. Pág. 461.

En este libro o Partida todo es Derecho Romano, excepto el plan general de su exposición que es muy imperfecto, pues la generalización de los contratos no descansa en base de importancia jurídica, y así manifiesta: "E porque estos pleytos (dice el prólogo), e posturas (contratos), a que llaman en latin Contractos, son los unos de gracia (gratuitos) é de amor, que se fazen los unos a los otros; e los otros son por razon de su prode amas las partes (ambas partes)" (1). Esta Partida consignó la prisión por deudas y las solemnidades de la estipulación, -- sin conocer probablemente los últimos progresos del Derecho Romano. Esta prisión por deuda la encontramos plasmada en la Ley Cuarta, Tít. 15 de la Quinta Partida y la cual dice: "Que pena meresce aquel que non quiere pagar sus debdas, ni desamparar -- sus bienes" (2).

Aunque la Edad Media no se desnudó por completo de ese simbolismo, de ese formularismo de la legislación romana, "... la tendencia hacia el derecho natural (manifiesta el doctor Don Clemente Fernández Elías) era mayor día en día, y las necesidades de los tiempos compellan a realizarla con fuerza extraordinaria: no es, pues, extraño que al romanismo de las Partidas si guiese la célebre disposición de las leyes del Ordenamiento,..." (3). Lógicamente que se refiere este autor a la Ley Unica, Tít. XVI, del Ordenamiento de Alcalá. Pero continúa diciendo el autor: "Ya nada son las fórmulas; el consentimiento, esto es,

- 
- (1) Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el Nono. Tomo II. V Partida. Pág. 634.
  - (2) Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el Nono. Ob. - Cit. Tít. XV. Ley IIII. Pág. 905.
  - (3) CLAMENTE FERNANDEZ, Elias. Derecho Civil Español. Librería de Don Leocadio López, Editor. Madrid. 1873. Pág. 568.

la manifestación clara, explícita, terminante de la voluntad lo es todo; al materialismo del derecho contractual antiguo se ha sustituido el espiritualismo más elevado en el moderno. Por eso en España la antigua distinción entre pactos y contratos, - tan conocida en el Derecho Romano y aceptada por las Partidas, - ha dejado de existir, y no hay entre ellas diferencia de ninguna especie" (1).

En cuanto a las Leyes de Toro, no nos detendremos a hacer un análisis detallado de sus ochenta y tres leyes, sólo insertaremos aquí una cita de Don Clemente Fernández Elías, que dice: las Leyes de Toro "...amplian la facultad de vincular, y se ocupan extensamente de los retractos, institución de que no hablaron las Partidas" (2). Las Leyes de Toro se insertaron en la Recopilación y forman al igual que el Ordenamiento de Alcalá parte de ese Código.

En virtud de que el antiguo Derecho Español se regula en el Ordenamiento de Alcalá, que pasa a la Novísima Recopilación, hablaremos pues ahora del consensualismo de ese Ordenamiento.

El principio consensualista otorga plena validez a los actos jurídicos sin tener en cuenta el elemento formal, pues sólo lo considera a la voluntad como generadora de consecuencias jurídicas.

El principio que nos ocupa fue establecido firmemente en el Ordenamiento de Alcalá del año 1438, en su Ley Unica, Tít. - XVI, y la cual proclama según Sánchez Roman: "Que pareciendo -- que se quiso un ome obligar a otro por promisión, o por algún -

---

(1) Ibidem.

(2) Ibid. Pág. 121.

contrato, o en alguna otra manera, sea tenido de aquellos a - -  
quines se obligó e, non pueda ser puesta excepci3n que non fué  
fecha estipulaci3n, que quiere decir: prometiendo con ciertas -  
solemnidades del Derecho; o que fué fecha a escribano público,-  
o a persona privada en nombre de otro entre absentes; o que se  
obligó uno a dar o de facer alguna cosa a otro; mas que sea va-  
ledera la obligaci3n o del contrato que fueran fechos en cual -  
quiera manera que aparezca que uno se quiso obligar a otro, e -  
facer contrato con él" (1). Comentando éste principio, mani-  
fiesta el autor citado: "Este principio, es el summun del sim -  
ple consensualismo, ya que el texto legal no puede ser más ex -  
presivo, su espíritu más amplio y su contenido más innovador...  
Es una enérgica protesta contra el exclusivo carácter formalista  
de la legislaci3n Romana y una reacci3n violenta contra las  
antiguas tendencias" (2); pues debemos recordar que las anti --  
guas tendencias todo lo fían al elemento externo de las solemni  
dades y del rito preestablecido, sin preocuparse del elemento -  
interno, de la voluntad. Al sistema del Ordenamiento de Alcalá,  
le sucede todo lo contrario, y así manifiesta Sánchez Román:  
" Para el Ordenamiento, radicalmente consensual, todo lo es la  
voluntad, el elemento interno y subjetivo del querer de los con  
tratantes; nada importa la forma para la eficacia de la obliga-  
ci3n y del contrato, hasta el punto que el contratante quedará  
obligado de cualquier manera que haya manifestado su voluntad,  
con tal que aparezca, es decir, no sólo cuando llana y expresa-  
mente así resulte, sino cuando pueda y deba deducirse, con rec-  
ta raz3n que se quiso obligar" (3). Es pues este Ordenamiento

---

(1) SANCHEZ ROMAN, Felipe. Estudios de Derecho Civil. Tomo IV.  
Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra". Madrid. 1899.  
Pág. 171.

(2) Ibidem.

(3) Ibidem.

de Alcalá un regulador del consensualismo puro en los contratos, en virtud de que como lo manifiesta Rojina Villegas: "...que -- los contratos obligan, independientemente de la forma o solemnidad que se hubiere empleado; que de cualquier manera que aparezca que uno se quiso obligar, resultará obligado sin que sea necesaria una estipulación, que quiere decir promesa con cierta solemnidad" (1). Es pues esta cita, una traducción en cierto modo, con más o menos palabras de lo expresado por Sánchez Roman en cuanto al principio del Ordenamiento de Alcalá. Expresamente en el Ordenamiento que nos ocupa, se suprime la estipulación del Derecho Romano y se reconoce lo que después, en el Derecho Moderno, se enuncia diciendo que el consentimiento en los contratos consensuales se perfecciona por la simple manifestación de voluntades, sin requerir formalidad alguna para su expresión.

Ya para terminar, haré una breve referencia al Código Civil español, el cual asienta como principio fundamental en su artículo 1258 que: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" (2). El mismo Código desenvuelve tan importante principio en el artículo 1278, al ordenar que los contratos sean obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se ha celebrado, siempre que en ellos ocurran las condiciones esen

- 
- (1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo - III. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980. Pág. 103.
  - (2) MANRESA, José María. Comentarios al Código Civil Español. - Tomo VIII. Editorial Reus, S.A. Madrid 1929. Pág. 564.

ciales para su validez. Según esto, el contrato es perfecto y obligatorio desde que hubo consentimiento y por tanto impera en el Código Civil Español el consensualismo, pero no lo es puro, puesto que su artículo 1280 prescribe la observancia de la es -  
critura pública en determinados casos.

Calisto Valverde y V., nos dice que la jurisprudencia -  
Española ha establecido las siguientes reglas respecto de las -  
formalidades: "1.- Que la eficacia de los contratos depende de  
sus requisitos esenciales y no de la forma; 2.- Que lo que hace  
el artículo 1279 en su relación con el artículo 1280 (del Código  
Civil Español), es imponer una obligación más, pero el obliga-  
do no tiene facultad para contrariar las obligaciones sin for  
ma; 3.- Que el ejercicio de la acción para llenar la forma, no  
es necesario que proceda al de la derivada del contrato; 4.- Que  
según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, las prescripcio-  
nes de los artículos 1279 y 1280 no desvirtúan en nada el artí-  
culo 1278, si de conformidad con aquéllos las partes tienen de-  
recho a que se otorgue la correspondiente escritura para hacer  
constar lo convenido cuando la ley lo requiera, esto no obsta-  
te para que lo pactado tenga fuerza obligatoria desde luego y -  
produzca sus efectos naturales" (1).

Resumiendo la jurisprudencia Española podemos afirmar,-  
que la eficacia de los contratos depende sólo del consentimien-  
to con independencia de la forma. El Código Civil, por su par  
te, es en principio consensualista y excepcionalmente formalis-  
ta.

---

(1) VALVERDE y VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Español. -  
Tomo III. Talleres Tipográficos "Cuesta". Valladolid. 1920  
Pág. 247.

#### IV.- El contrato en el Código Napoleón.

Dada la importancia que reviste el tratamiento de la voluntad para los efectos de la contratación entre las partes, un país que como Francia lega a los códigos civiles modernos un -- conjunto de principios fundamentales que les dan sus bases de - cimentación; es preciso referirse a este país con cierto deta - lle.

En principio podemos apuntar que Francia recibió dos importantes influencias jurídicas atendiendo a su situación geó - gráfica. El Sur con una marcada influencia románica y el Nor - te con una fuerte penetración del Derecho Germánico y, en conse - cuencia, la concepción de la voluntad fue distinta en esos dos ámbitos.

La evolución que había tenido el Derecho Romano hizo que la voluntad tuviera gran importancia en la celebración de los - contratos y por ello se le concedió marcada importancia. Es - natural que ese consensualismo, propio de un Derecho elaborado y firme, dejara sentir su influencia en los territorios del sur de Francia, los que como mencionan los tratadistas Paul Ourliac y J. de Malafosse, "Guardan la tradición romana con fidelidad. - Los contratantes no recurren a ningún simbolismo, basta el docu - mento escrito; a menudo el disponente habla en primera persona y participa personalmente en la realización del acto: lo escri - be, lo firma o, simplemente, lo toca. A veces se hace también - mención de una stipulatio que no tiene ningún objeto, siendo só lo una reminiscencia de un antiguo formalismo romano; la pala -

bra está tan deformada a menudo, que parece ser cierto que no - la comprendía ni siquiera el que la había escrito" (1).

El Norte de Francia en contraposición recibe la penetración de un Derecho rudo y primitivo, caracterizado por su afán de formulismo excesivo, es decir, el Derecho Germano. Llega a tal extremo la formalidad requerida por el Derecho Galo del Norte, que como continúa diciendo los tratadistas P. Ourliac y J. de Malafosse: "El escrito toma la forma de un depósito que contiene la prueba de los gestos realizados o de las palabras pronunciadas" (2). Una verdadera incorporación al papel, al documento, se producía por efecto de tan rigurosa solemnidad; algo parecido a lo que sucede en los títulos de crédito modernos, en los cuales el derecho existe mientras existe el documento que los contiene, es decir, en el Derecho Francés primitivo del norte, el documento es el contrato, perdido el cual desaparece el contrato y por lo tanto el derecho para exigir su cumplimiento.

Una de estas dos situaciones antagónicas debía desaparecer con el triunfo de la otra y aquella que resultara triunfadora debía recibir la influencia de opiniones jurídicas poderosas bien elaboradas, refinadas, es decir, recibir el favor de la influencia de un Derecho que tuviera perfectamente definido su criterio acerca de la voluntad.

El Derecho Canónico es la influencia decisiva que en - - Francia inclina la balanza a favor de la postura consensual.

Podemos hablar propiamente de una recepción del Derecho Canónico en Francia. Todas las ideas que el Derecho Canónico

---

(1) OURLIAC, Paul, y J. de Malafosse. Derecho Romano y Frances Histórico. Tomo I. Traducción al español de Manuel Fairén, Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1960. Pág. 148

(2) Ibid. Pág. 149.

había labrado en torno a concepciones morales y teológicas son aprovechadas y adaptadas al campo del Derecho.

Esta recepción del Derecho Canónico en Francia la aplicaremos sobre todo a través de Domat y Pothier, los cuales adaptan los principios morales y teológicos que constituyen la esencia fundamental del Derecho Canónico, a las formas comunes, es decir, a las obligaciones entre particulares y con esto, al Derecho Civil.

Por principio diremos que Domat es el autor de la famosa cita que dice: La voluntad de las partes es la suprema ley en los contratos. Dicho pensamiento lo encontramos claramente manifestado en una referencia que en relación a Domat hacen los hermanos Mazeaud, y que es la siguiente: "Los redactores del Código Civil extrajeron del principio de la autonomía de la voluntad, su consecuencia necesaria: el respeto de la palabra dada. Puesto que el deudor se ha comprometido libremente, debe cumplir lo que ha prometido. Es la célebre fórmula del artículo 1134 párrafo I del Código Civil: las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquéllos que las han hecho. Sus redactores la tomaron de un texto de Domat (Loix civiles, lib. I, Tít. I, sec. II: VII), que dice: Formuladas las convenciones, todo lo convenido tiene fuerza de ley entre aquéllos que las han hecho: y no pueden ser revocadas más que por su común consentimiento" (1).

Sin lugar a duda, podemos concluir que Domat es un autor totalmente consensualista, la propia lectura de la cita mencionada y de la frase va transcrita en relación con la jerarquía -

---

(1) MAZEAUD, Henry, Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. -- Parte Segunda, Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires.- 1960. Págs. 35 y 36.

de la ley que en los contratos tiene la voluntad, nos marca la importancia que para la corriente consensualista tuvo Domat en la recepción que el Derecho Frances hizo de los principios apuntados por el Derecho Canónico.

Pothier por su parte, es un convencido pleno del consensualismo; considera que el Derecho es tanto más perfecto cuanto más tienda a perfeccionar sus obligaciones por el simple consentimiento de quienes las provocan.

El hecho de que un individuo que por su consentimiento obliga en razón de que otro individuo a su vez ha manifestado su voluntad en el sentido de obligarse con el primero, constituye la noción fundamental de la teoría de los contratos que se refleja en los códigos civiles modernos.

En relación al contrato, Pothier manifiesta: "Un contrato es una especie de convención. Para saber pues, lo que es un contrato, es necesario antes saber lo que es una convención. Una convención o un pacto (puesto que dichos términos son sinónimos) es el consentimiento de dos o más personas para formar entre ellas algún compromiso, para resolver uno existente o para modificarlo" (1).

Con esta transcripción del autor en cita podemos ya percatarnos de la importancia marcada que en él tiene el consentimiento, pues así como dice que convención y pacto son sinónimos, tal y como lo consiguieron los romanos y lo cual ya manifestamos en el punto primero de este capítulo, también dice que convención y pacto implican en sí mismos la noción de consentimiento.

---

(1) POTHIER, R. J., Tratado de las Obligaciones. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1961. Pág. 12.

Convención y consentimiento son en Pothier dos conceptos que no se pueden desligar de ninguna manera; el concepto de convención implica en forma fatal la idea de consentimiento o dicho en otros términos, el pacto no se entiende sin el consentimiento, es éste un elemento de existencia de aquél. Con lo expresado por Pothier, el consentimiento se convierte desde ese momento en uno de los elementos de existencia de los contratos.

En relación a los convenios, sigue diciendo Pothier: "La especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama contrato. Los principios del Derecho Romano sobre las diferentes especies de pactos, y sobre distinguir los contratos y los simples pactos, por lo mismo que no se fundan en el derecho natural, estando por el contrario muy alejados de su sencillez, no admiten en nuestro derecho" (1).

Como vemos, Pothier inicia con su pensamiento el deslinde de convención y contrato, asignándole a la primera la categoría de género y al segundo la categoría de especie, pues si bien un pacto puede generar compromisos, resolver o terminar un compromiso existente o bien modificarlo, hay ciertas especies de pactos que solamente crean compromisos, esto es a lo que Pothier llama contrato. Si bien todo contrato es un pacto, no todo pacto es un contrato. Este pensamiento es el inicio de los principios modernos que se estampaban en los códigos actuales relativos a la diferencia de grado existente entre convenio y contrato.

Para continuar con lo transcrito anteriormente, manifiesto

---

(1) POTHIER, J. R., Op. Cit. Pág. 12.

ta Pothier en otro párrafo: "De lo dicho se sigue que, en nuestro derecho (Derecho Francés) no se debe definir el contrato como lo hacen los intérpretes de Derecho Romano, ..., sino que debe definirse como una convención por la cual las dos partes recíprocamente, o sólo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa o a hacer o no hacer tal cosa" (1).

"He dicho prometer y obligar, pues sólo las promesas que hacemos con intención de empeñarnos y de conceder a quien se -- las hacemos el derecho de exigir su cumplimiento, dan materia -- para un contrato o una convención" (2).

Por ultimo, es conveniente mencionar que la noción forma, no desaparece en Pothier, pues consideraba de gran importancia revestir de cierta formalidad a determinados contratos tales como el de préstamo de dinero, préstamo de uso y depósito; tal -- formalidad sería la de que un notario interviniera en el acto, -- levantando acta del mismo. Dicha formalidad no es esencial para la existencia misma del convenio, sino que en todo caso se -- ría útil para hacer fácil la ejecución de las prestaciones derivadas del pacto, pues auxiliaría a una de las partes en la exigibilidad del cumplimiento de dicho convenio, así manifiesta -- Pothier: "Cuando el convenio es verbal, es más fácil a la parte a quien se pide la ejecución de lo convenido el desdecirse, sos teniendo que el convenio no era mas que un proyecto hasta tanto no se recibiera la firma del contrato" (3).

---

(1) Ibidem.

(2) Ibidem.

(3) Ibid. Pág. 20.

Por lo visto lo que buscaba al introducir cierta formalidad en los contratos, no era rodearlos de un exagerado formalismo que pudiera en determinado momento hacer difíciles las convenciones y aún más, desvirtuarlas en su naturaleza esencial, -- sino que por la forma requerida se trataba de dar seguridad jurídica a las partes que intervinieran en la celebración de los -- contratos, para hacerlos en un momento determinado de fácil ejecución.

Después de haber analizado con cierto detalle la repción que en Francia se dió al Derecho Canónico, abordaré el tema relativo al Código de Napoleón. Las influencias que lo configuran en su forma definitiva se encuentran localizadas propia mente en la repción del Derecho Canónico en Francia.

El consensualismo se había abierto paso en forma definitiva con detrimento del formalismo, todas las afirmaciones y -- disposiciones relativas a los contratos y obligaciones en el Código Civil Francés apuntan un dominio absoluto del consentimiento.

Las obligaciones no tienen otra fuente que la voluntad -- de las personas que contratan, el consentimiento entraña la -- esencia y razón de ser de los contratos y aún más, la voluntad de los individuos al mismo tiempo que dá vida a los contratos y con ellos a las obligaciones, es de tal modo absoluta, que dá -- base a que las cláusulas de los contratos se convengan modalidades des ilimitadas.

Ya en el Código Napoleón (Código Civil Francés), sus redactores adoptaron el principio del consensualismo, hay que sen

tar en principio que los contratos se perfeccionan por el sólo acuerdo de las voluntades. No obstante admitieron algunas excepciones, cuya lista se ha ampliado con el renacimiento actual del formalismo. Los contratos solemnes y los contratos reales constituyen pues, las excepciones.

Después de una larga evolución en cuanto a la forma de contratación, comenzada en Derecho Romano, proseguida en el antiguo Derecho Francés por impulso de los canonistas, los juristas del siglo XVII adoptaron definitivamente el principio del consensualismo.

Los redactores del Código Civil consagraron ese principio. Si la regla: el sólo consentimiento abliga, no fue dictada expresamente, no deja por ello de regir menos en el Título de los contratos.

En el Código Napoleón no se enuncia, al hablar de los elementos de validez de los contratos, a la forma como un requisito para que el contrato surta efectos legales; a éste respecto Rojina Villegas refiriéndose al Código Napoleón, dice: "... simplemente el artículo 1108 de ése Código dice así: 'Cuatro condiciones son esenciales para la validez de un convenio: el consentimiento de la parte que se obliga; su capacidad de contratar; un objeto cierto que forma la materia de la obligación, una causa lícita en la obligación'". (1)

Sin embargo, en dicho Código, aunque no se menciona la forma como elemento de validez para los contratos en general, en la reglamentación que en particular se hace de determinados

---

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 102.

contratos, principalmente de los translativos de dominio, se exige la forma escrita.

El contrato es por lo tanto, en el Código Napoleón, consensual. Las obligaciones se crean por la sola voluntad de las partes, con independencia de la forma en que se exprese esa voluntad. A este respecto, los hermanos Mazeaud manifiestan: "Los redactores del Código Civil han visto en el consensualismo el corolario de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, han admitido algunas excepciones a la regla: en el Código Civil, ciertos contratos, muy raros por otra parte, son o solemnes o reales". (1). Dichos hermanos, continúan diciendo: "Por otra parte, aún cuando no estén exigidas para la validez del contrato, numerosas formalidades se realizan prácticamente, sin embargo, en razón de su utilidad (en cuanto a la prueba del contrato, su publicidad, etc.)" (2).

V.- El contrato en el Código Civil Oaxaca de 1827-1828, y en el Código Corona de Veracruz de 1869.

Hablaremos primeramente del Código de Oaxaca aludido, y al respecto cabe hacer notar, que en México, se observaban en esta época las disposiciones del Ordenamiento de Alcalá y de la Novísima Recopilación en cuanto a la reglamentación de los contratos en general.

Este Código de Oaxaca de 1827-1828 estaba plenamente influida por la legislación española, en relación a la forma de la celebración de los contratos.

---

(1) MAZEAUD, Henri, León y Jean. Op. Cit. Pág. 80

(2) Ibidem.

Este Código en su artículo 898, dá una definición de lo que es contrato y al efecto manifiesta: "El contrato es una con ven ción por la cual una o muchas personas se obligan hacia una o muchas otras a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (1). No -- obstante que en este Código no se establece un artículo preciso en el cual se mencione la manera en que se perfeccionan los con tra tos, es de entenderse que se perfeccionan por el mero con sen ti mi en to de las partes, ya que como se dijo, se observaban los principios del Ordenamiento de Alcalá. Este principio con sen sua li sta se reafirma por lo dispuesto en el artículo 906, que -- al enumerar las condiciones esenciales de validez de los con tra tos, excluye a la forma. Este artículo dice: "Cuatro con di ci o ne s son esenciales para la validez de un contrato: el con sen ti mi en to de la parte que se obliga, su capacidad de contratar; un objeto cierto que forme la materia del Empeño; una causa lícita en la obligación" (2). Más, si continuamos examinando el ar ti cu lo del Código a que nos referimos, parecería ser que el con sen sua li smo pretendido no lo era en su totalidad, y así el ar ti cu lo 931 establece: "Las convenciones legalmente formadas hacen veces de ley para los que las han hecho" (3). Parece ser que según esta disposición, el legislador pretendió revestir de -- cierta formalidad a algunas convenciones. Más sin embargo, se desprende que casi todos los contratos son consensuales a ex cep ci o n de algunos que requieren de cierta formalidad, y en este -- orden de ideas, los dos artículos que a continuación transcribo dan clara muestra de lo antes dicho. El artículo 1283 dice --

---

(1) ORTIZ URQUIDI, Raul. Oaxaca. Cuna de la Codificación Iberoamericana. Código Civil Oaxaca, libro 3°. De 29 de Octubre 1828. Editorial Porrúa. México 1974. Pág. 242.

(2) Ibidem.

(3) Ibid. Pág. 245

así: "El cambio se hace y perfecciona por sólo el consentimiento, de la misma manera que la venta" (1). Por su parte, el artículo 1376 al referirse al contrato de compañía, establece: -- "Toda compañía debe redactarse por escrito cuando su fondo común es de un valor de más de doscientos pesos" (2).

Por lo expuesto, podemos percatarnos que en cierto modo éste Código adopta un sistema ecléctico.

Por su parte, el Código Corona de Veracruz, se inclinó -- por un formalismo mucho más marcado que el del Código Civil Oaxaca, no obstante que parte de un principio consensualista, -- pues en su artículo 1352 dispuso: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también de todas las consecuencias que, según su naturaleza son conformes a la buen fé, al uso o a la ley" (3). Más sin embargo, en su Capítulo II, referente a los requisitos esenciales para la validez de los contratos, agregó el requisito de la forma externa y dispuso en su artículo 1362: "Los requisitos siguientes son indispensables para la validez de todo contrato: 1.- Capacidad de los contratantes. 2.- Su consentimiento. 3.- Objeto cierto que sea materia de la obligación. 4.- Causa lícita de la obligación. 5.- Forma requerida por la ley". (4).

El Código en cuestión, reglamentó la forma externa de -- los contratos, y en sus artículos 1383, 1384, 1386 dispuso respectivamente: "Cuando la ley exige una forma determinada para --

---

(1) Ibid. Pág. 289

(2) Ibid. Pág. 301

(3) Código Civil del Estado de Veracruz Lave. Proyecto del C. - Lic. Fernando de Jesús Corona. Edición Oficial. Imprenta de "El Progreso". Veracruz. 1868. Pág. 344.

(4) Ibid. Pág. 346.

cierta especie de obligaciones, estas no serán válidas, si se otorgan en forma diferente" (1). "Cuando la obligación versa sobre una cosa ó cantidad de valor de cien pesos en adelante, deberá redactarse por escrito, y únicamente podrá probarse la obligación por otros medios, en los casos que la ley señale..." (2). Por su parte, el artículo 1386, dispuso: "Deben redactarse en escritura pública: 1.-Los contratos que tengan por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad ó usufructo, ó alguna obligación ó gravámen sobre los mismos. 2.-Las particiones de herencias cuyo importe pase de mil pesos, ó en las cuales haya bienes inmuebles, aunque sean inferiores á dicha cantidad. 3.-El contrato y prorrogación de una sociedad, cuando esta sea universal, y cuando sea particular, si es de valor de más de doscientos pesos, ó alguno de los bienes aportados sea inmueble. 4.-Los arrendamientos de bienes inmuebles por más de cuatro años. 5.-La constitución y aumento de la dote, y la carta de pago dotal, siempre que la cuantía de estos actos exceda de doscientos pesos. 6.-Las donaciones, salvo los casos del artículo 1324. 7.-Los censos y la constitución de renta vitalicia. -- 8.-La cesión, repudiación y renuncia de derechos hereditarios ó de la sociedad conyugal. 9.-El poder general para pleitos y los especiales que deben presentarse en juicio escrito: el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado ó que deba redactarse en escritura pública ó en que tenga interés un tercero. 10.-Las transacciones sobre la cuantía de más de doscientos pesos, ó siempre que recaigan sobre bienes inmuebles. 11.-La cesión de acciones o derechos pro-

---

(1) Ibid. Pág. 351

(2) Ibid. Págs. 351 y 352.

cedentes de un acto consignado en escritura pública. 12.-Todos y cualquier actos que sean accesorios, explicatorios, derogatorios o modificativos de contratos redactados en escritura pública. 13.-El pago de la obligación consignada en escritura, exceptuándose los parciales y todos los relativos a intereses, alquiler, renta pública, cánon y otras anualidades" (1). En los artículos ya transcritos claramente se ve que se establece el principio general del formalismo, pues en este Código de postura ecléctica, a diferencia del ya antes estudiado, aquí la forma es la regla, y el consensualismo la excepción.

VI.- El contrato en el Código Civil Mexicano de 1870 y 1884.

Cabe hacer notar que en México hasta antes del Código Civil de 1870, se observaron las disposiciones del Ordenamiento de Alcalá y la Novísima Recopilación, en cuanto al régimen de los contratos en general, y por esto existió entre nosotros el consensualismo puro.

Hablaremos primeramente del Código Civil Mexicano de 1870. Este Código vino a derogar la legislación antigua en las materias que reglamentaba, y en relación a la forma en la celebración de los contratos siguió influido por la legislación española.

El principio consensualista de este Código se desarrolla plenamente en el artículo 1392, cuando dispone: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, si-

---

(1) Ibid. Págs. 352 y 353

no también a 'todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fé, al uso o a la ley' (1). Este mismo principio consensualista se reafirma por lo dispuesto en el artículo 1395, que al enumerar los requisitos de validez de los contratos excluye a la forma. El artículo dice así: "Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones:-- 1.- Capacidad de los contrayentes; 2.- Mutuo consentimiento; -- 3.- Objeto lícito" (2). Pero si continuamos examinando el artículo de este Código, nos daremos cuenta que el consensualismo puro que se pretendió establecer, no se llevó a cabo totalmente. Sin embargo, puede decirse que el principio del artículo - 1392 fue desmentido en el propio Código, porque casi para cada contrato impuso una forma. Comentando este aspecto, Rojina Villegas expresa: "No obstante que en el Código de 1870 se regula el consensualismo puro de acuerdo con los artículos antes transcritos, al reglamentarse los diferentes contratos se contradice dicho consensualismo, para exigir una forma determinada en ciertos contratos, especialmente en los translativos de dominio, en el arrendamiento, en la sociedad y en la hipoteca;..." (3). -- Además, se reconoce expresamente la excepción formalista, ya -- que en el capítulo en que reglamenta la forma externa de los -- contratos existe un artículo, el 1439, que a la letra dice. "La validez de los contratos no depende de formalidad alguna externa; menos en aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa" (4). De este precepto se desprende que no todos los contratos son consensuales, sino que excepcionalmente hay algu-

---

(1) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California, de 1870. Tip. de J.M. Aguilar Ortíz. México. 1875.- Pág. 136

(2) Ibidem.

(3) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 104.

(4) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California, de 1870. Ob. Cit.

nos que requieren de una determinada formalidad.

Por lo anteriormente expuesto, podemos afirmar categóricamente que se trata en este caso de un Código de sistema eclectico. Los preceptos anteriormente transcritos nos indican que el consensualismo constituye el principio y que el formalismo - la excepción, pero esto es otra de las contradicciones del Código en cuestión, porque realmente la excepción formalista se aplica con mayor frecuencia que el principio consensualista. -- Si hacemos un balance de los contratos consensuales y de los -- contratos formales, podemos concluir que la tendencia que predomina en el Código Civil de 1870, es formalista y no la consensualista como aparentemente se cree.

Por otra parte, el Código Civil de 1884 adoptó un criterio formalista, ya que suprimió el principio de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, principio establecido por el Código Civil de 1870 y que, como hemos visto, -- fue negado en la mayoría de los contratos. El nuevo Código, para evitar esa contradicción, se decidió por el sistema formalista, pero este sistema tampoco fue absoluto, puesto que reglamentó varios contratos consensuales a los cuales no se les prescribió expresamente una formalidad; en relación a este punto, explica Rojina Villegas refiriéndose a un comentario de Macedo, -- que "...la Comisión encargada de redactar dicho Código (el de 1884), consideró conveniente suprimir los artículos generales -- que admitían el consensualismo, para exigir, como se hace en el proyecto de García Goyena, la forma como un elemento más en la validez de los contratos, excepto en aquellos casos en que la --

ley no la requiera" (1).

El artículo 1276 de éste Código suprimió el principio -- consensualista y sólo dispuso: "Los contratos legalmente celebrados obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fé, al uso o a la ley" (2). - Este precepto puede interpretarse en el sentido de que sólo los contratos que hayan cumplido sus formalidades, obligan a las -- partes. El licenciado Miguel S. Macedo, comentarista del Código de 1884, refiriéndose al formalismo de éste se expresa en -- los siguientes términos: "Desde la ley del Ordenamiento de Alcalá, ha prevalecido la teoría de bastar el simple consentimiento para dar por perfeccionados los contratos. Sin embargo, las legislaciones modernas, que han comprendido que existe un gran interés público en prevenir los pleitos y asegurar ciertos bienes por su mayor importancia, han sancionado el precepto de que determinadas especies de obligaciones deben constar precisamente en cierta forma y que, en consecuencia, no son válidas si se -- otorgan en forma diferente. Desde que se sanciona este precepto, es inexacto el principio de que todo contrato es consensual y, por lo mismo, se perfecciona por el simple consentimiento, independientemente de las formalidades externas. La necesidad de exigir una forma determinada para ciertos contratos es indudable,..." (3).

El Código de 1884, al reproducir el artículo 1395 del Código de 1870 en su 1270, referente a las condiciones que debe reunir todo contrato para su validez, agregó el requisito de la

---

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 105.

(2) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California, de 1884. México. 1906. Pág. 217.

(3) MACEDO, Miguel. Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil. Imprenta de Francisco Dias de Leon. México. 1884. Pág. 79.

forma externa y dispuso: "Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: I.- Capacidad de los contratantes; II.- Mutuo consentimiento; III.- Que el objeto materia del contrato sea lícito; IV.- Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley".

Comentando ésta edición, es decir, la de la fracción IV del artículo antes transcrito, el licenciado Miguel S. Macedo dice: "Como hemos dicho, al determinar formalidades externas especiales para ciertos contratos, el legislador se ha propuesto evitar litigios y poner a salvo, fuera de toda duda y de todo ataque, los derechos que ha creído de mayor importancia, como son los de propiedad raíz, o que ha considerado más expuestos a abusos, como los de seguros, etc. A fin de proteger este interés social, se han establecido formas especiales y necesarias, que no pueden ser dispensadas ni modificadas por contrato... - Para dar sanción a éste precepto, ha sido necesario declarar ny los los contratos celebrados sin respetarlos, que es lo que se ha hecho al adicionar el artículo en cuestión" (1).

Los artículos 1322 y 1323, reglamentaron la forma externa de los contratos, de la siguiente manera: "Todo contrato a plazo por más de seis meses, y cuyo interés exceda de doscientos pesos, necesita para ser válido constar precisamente por escrito, ya sea otorgándose el contrato mismo en documento privado, ya otorgándose recibo u otra constancia escrita, salvo los casos comprendidos en disposiciones especiales. Si las prestaciones del contrato fuesen periódicas, su cuantía será regulada por el monto de una anualidad. Cuando la persona que debe fir-

---

(1) MACEDO, Miguel. Op. Cit. Pág. 79.

mar un documento no supiere escribir, firmará por ella otra per  
sona a su ruego ante dos testigos". Por su parte, el artículo  
1323, dispuso: "Ningún contrato necesita para su validez más -  
formalidades externas que las expresamente prevenidas por la --  
lay". En estos artículos se establece el principio general del forma  
lismo, y siguiendo su propósito ordenan determinadas forma  
lidades para ciertos contratos, formas éstas que en el Código -  
anterior estaban calificadas de excepcionales. Pero así como -  
el nuevo Código reglamenta contratos formales, también reglame  
ta algunos consensuales.

## CAPITULO SEGUNDO

### EL CONTRATO

#### I.- Concepto y definición del contrato.

No pretendiendo llevar a cabo en este capítulo un estudio completo de la Doctrina y del Derecho positivos sobre el contrato, sino sólo un esbozo de la relación interhumana de más importancia que como fuente creadora de obligaciones, implica un acto referido a otro sujeto y categóricamente hace necesaria la presencia de dos o más personas para crear nexos obligatorios de carácter puramente jurídico. De ahí que juzgo oportuno recordar lo que la técnica jurídica en su aspecto doctrinal y positivo ha elaborado a este respecto.

A la luz de la Doctrina y de los preceptos del Derecho positivo, se ha diferenciado la presencia del convenio y el contrato, para establecer la función que cada uno alcanza dentro de las relaciones interhumanas; así tenemos que, como lo señala el tratadista Rafael de Pina, "La concepción del contrato civil, en la doctrina y en la legislación, se bifurca en dos direcciones; una, calificada de amplia, que identifica los términos convenio y contrato, y otra restringida, que los separa, distin --

guiendo entre convenio y contrato" (1).

En su primer aspecto significa este acto jurídico la posibilidad de crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones o derechos.

Esta forma amplia del concepto, es subdividida en dos: - en contrato, y en convenio en sentido estricto; y, se dice que el contrato es el acuerdo de voluntades que crea o transmite de rechos y obligaciones, en tanto que el convenio en sentido es - tricto es el acuerdo de voluntades que modifica o extingue las obligaciones y los derechos; nuestro Código Civil vigente se in clina hacia esta última dirección, y en sus artículos 1792 y -- 1793; al efecto dice: "Convenio es el acuerdo de dos o más pe rsonas para crear, transferir, modificar o extinguir obligacione - nes". "Los convenios que producen o transfieren las obligacione - nes y derechos toman el nombre de contrato".

Desde luego se advierte de estas expresiones que el co ntrato como relación humana solicita la intervención de dos o -- más sujetos; la dualidad entre quien promete y quien acepta o -- recibe la promesa, personajes que en el mundo jurídico reciben las denominaciones de promitente y promisionario o aceptante. - El maestro Rafael Rojina Villegas, considera que "... por lo -- tanto, el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es - crear o transmitir obligaciones y derechos, y otra negativa: mo dificarlos o extinguirlos" (2), así encontramos que la definici - ción legal que al convenio prescribe el artículo 1792, se re -

- 
- (1) DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. Tercero. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición. México, D. F. Pág. 265.
- (2) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo VI. - Vol. Primero. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México D.F. Pág. 9.

fiere al convenio en sentido amplio, al indicar que el mismo -- puede desencadenar esas cuatro funciones; mientras tanto, el artículo 1793, se refiere al convenio en sentido estricto y al -- cual se le conoce como contrato, el cual produce o transfiere obligaciones y derechos, por lo que interpretando la definición del artículo 1793 en contrario senso, hará referencia al simple convenio en sentido estricto, y será únicamente el que modifi - que o extinga obligaciones y derechos.

Pero, considerando el contrato como fuente de obligaciones, únicamente merecerá ese nombre el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear y transmitir entre ellas derechos y obligaciones.

Por tanto, y en atención a lo ya expuesto, encontramos - que la diferenciación entre convenio en sentido estricto y contrato, la cual señala el maestro Leopoldo Aguilar Carbajal es - que "...el convenio es el acuerdo de dos o más voluntades, para transferir, modificar o extinguir obligaciones; en cambio, si - ese acuerdo tiene como finalidad producir o transferir derechos u obligaciones, se llama contrato" (1).

## II.- Formación de los contratos.

Es de gran importancia el estudio de la formación de los contratos, con el fin de precisar, en que momento y en que lu - gar se forman los mismos pues esto ha dado lugar a un sin número de problemas en el continuo contratar de las partes y fue ne cesario plantear una regulación legal al respecto. Más sin em

---

(1) AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. Contratos Civiles. Editorial Po rruña, S.A. Segunda Edición. México D.F. 1977. Pág. 9.

bargo, y para efectos de estudio en cuanto a la formación de -- los contratos, hay también que distinguir dos casos: 1) Entre presentes, y 2) Entre no presentes.

1) Formación entre presentes.- Este punto no ofrece -- realmente dificultad alguna. En cuanto al lugar, lo será aquél en el que se encuentren el oferente y el aceptante en el momento de la celebración del contrato, en cuanto al tiempo tampoco existe problema alguno, ya que como acertadamente lo expresa -- Marty: "...estando el policitante y el aceptante frente a frente, el contrato se forma en el momento en que el segundo exterioriza su aceptación, la cual es conocida inmediatamente por -- el primero" (1).

En los contratos que han sido clasificados como entre -- presentes para su formación las partes discuten sus pretenciones, mecanismo que ha observado el maestro Rojina Villegas, -- quien dice: "En la formación del consentimiento entre presentes la discusión que se sostiene entre las partes, permite que la oferta sufra modificaciones, de tal manera que aunque el oferente no está obligado a sostenerla, por su propio interés acepta las modificaciones y se llega a un consentimiento" (2).

El contrato se puede formar instantáneamente o después -- de cierto plazo, se forma instantáneamente si las partes están presentes o si el contrato se celebra por teléfono.

Cuando las partes contratantes se encuentran presentes -- y la oferta se hace sin fijar plazo para aceptarla, el policio

---

(1) MARTY. Derecho Civil. Vol. I. trad. de José Cajica Jr., Méx. 1952. Citado por Raúl Ortíz Urquidi. Derecho civil. Parte -- General. Editorial Porrúa, S.A. México 1977. Págs. 282 y 283.

(2) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo V. -- Vol. I. Edición Robredo. México 1951. Pág. 312

tante queda desligado de su ofrecimiento si la aceptación no se hace inmediatamente, así lo expresa el artículo 1805 en su primera parte al disponer: "Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente"., pero si el aceptante dá su conformidad en ese momento, queda formado el contrato, quedando el proponente obligado por su oferta. La conformidad que recibe el policitante debe ser lisa y llana, pues si la respuesta implica alguna modificación, el proponente queda desligado de su oferta, considerándose esa propuesta como una nueva oferta en la que el oferente se con -- vierte en posible aceptante en lo que se refiere a la modificación.

Lo anterior rige cuando el contrato se celebra entre pre sentes y no se fija plazo para la aceptación; pero cuando se ha fijado un plazo para la aceptación, el oferente queda obligado a sostener su oferta durante todo el tiempo que dure el plazo - conedido, pudiendo unicamente desligarse de la oferta, si no - recibe la respuesta durante ese plazo o cuando la aceptación -- que obtenga no sea lisa y llana. A este respecto, el Código - Civil vigente expresa en su artículo 1804: "Toda persona que - propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración -- del plazo".

El discutido problema de los contratos celebrados por te léfono consiste en determinar si deben considerarse dichos contratos como celebrados entre presentes o entre ausentes; lo que resuelve nuestra legislación, aplicándoles las reglas que deben

observarse en la celebración de los contratos entre presentes, y al respecto el artículo 1805 en su parte final dispone: "La misma regla se aplicará a las ofertas hechas por teléfono".

2) Formación entre no presentes.- El problema surge en realidad, cuando se trata de la formación del contrato entre no presentes, variando las soluciones según varíe el sistema al que se recurra para resolverlo.

Para determinar el momento en que se forma el contrato entre ausentes, se han propuesto cuatro sistemas:

A).- Sistema de la declaración.

Conforme a este sistema el contrato se forma en el momento en que el a aceptante declara, en cualquier forma su voluntad de aceptar la oferta que recibió de otra persona. A efecto de hacer más claro este punto, propondré un ejemplo: Juan, que vive en la Ciudad de Toluca, Edo. de México, recibe una oferta por parte de Luis de venderle una casa de la propiedad de éste, y al leer Juan la carta (policitación), manifiesta de cualquier forma su aceptación, ya sea por escrito o verbalmente, este sistema sostiene que en el momento en que el que recibe la oferta declara su consentimiento, en ese momento queda formado el contrato. En relación a este sistema, el catedrático Manuel Borja Soriano, refiriéndose al momento de la declaración, señala que "...ya hay concurso de voluntades y el contrato está formado" (1). Más refiriéndose a este sistema, el maestro y tratadista Doctor Raúl Ortíz Urquidí, lo critica diciendo: "Más el sistema es muy censurado por la sencilla razón de la enorme di-

---

(1) BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. México 1953. Pág. 146.

facultad que existe para probar la declaración del presunto - -  
aceptante si éste la niega, no hay testigos y tal declaración  
fue verbal. Lo mismo sucede si ésta es por escrito y el acep -  
tante no remite su carta o no deposita el telegrama, pues puede  
facilmente destruirlos y borrar así todo vestigio de su confor -  
midad con la oferta" (1).

B).- Sistema de la expedición.

Según este sistema el contrato se forma en el momento en  
que el policitado, además de declarar su voluntad, la encamina  
fehacientemente al conocimiento del policitante. Refiriéndonos  
al ejemplo anterior, pero enfocado a este sistema diremos que -  
el contrato se forma en el momento en que Juan que recibió la -  
oferta expide su aceptación al policitante que es Luis, este --  
sistema aparenta ser mejor que el anterior, ya que la acepta --  
ción del policitado, sale de su dominio absoluto. El Doctro -  
Raúl Ortíz Urquidi, refiriéndose a este sistema opina: "Es --  
obvio que este sistema tiene sobre el anterior la ventaja de la  
prueba que proporciona el sello de la oficina postal o en su ca  
so el original del telegrama depositado y también 'la ventaja -  
de marcar con mayor claridad el carácter definitivo de la acep -  
tación'... pues depositado el telegrama o la carta, no hay ya -  
la posibilidad de su destrucción por el aceptante ni, por tanto,  
la de que éste borre todo vestigio de su conformidad con la - -  
oferta" (2).

---

(1) ORTIZ URQUIDI, Raúl. Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A.  
Primera Edición. México 1977. Pág. 283.

(2) Ibid. Pág. 284

C).- Sistema de la recepción.

De acuerdo con el presente sistema, el contrato quedará formado en el momento en que el proponente recibe la respuesta del aceptante (Luis, el oferente, tiene ya a su alcance el documento en el que obra la declaración de voluntad del aceptante, Juan). Este sistema supera al anterior, puesto que con la recepción y no sólo con el depósito de la carta o telegrama en el correo o en el telégrafo, al oferente le consta la aceptación del policitado, puesto que con el sólo depósito, el destinatario podría no recibir la respuesta jamás.

D).- Sistema de la información.

Este sistema conocido también como sistema de la cognición, expone que el contrato se forma cuando el oferente o proponente se entera e informa de la aceptación del policitado (Luis lee la carta de contestación y sabe que su oferta fue acogida favorablemente por Juan). En este sistema, se considera que para que haya consentimiento no es suficiente el acuerdo de voluntades, sino que además debe de existir la posibilidad física de que el acuerdo se conozca.

E).- Sistema que sigue el Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

Nuestra legislación adopta el sistema de la recepción en su artículo 1807 que dice: "El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes"., y como regla de excepción adopta el sistema de la información en el artículo 2340, tratándose de donaciones, pues dicho precepto dispone: --

"La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador".

En la formación de los contratos entre ausentes, nuestra legislación a dispuesto lo siguiente cuando no se haya fijado - plazo para la aceptación: "Artículo 1806.- Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según - las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicacio - nes".

Cabe hacer la observación de que exista la posibilidad - de que el oferente quiera retractarse de una policitud una - vez que la haya hecho, esta posibilidad está reconocida por el artículo 1808 del Código Civil, que dice: "La oferta se consider - ra como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación". En caso de que haya - una contraposición o sea una nueva oferta por parte del que recibe, la contraposición recibirá el mismo tratamiento que se da a la oferta inicial, procediendo a su vez los mismos efectos y por lo tanto el que propuso inicialmente quedará libre de dio - cha oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe una modificación.

III.- Elementos de existencia y de validez de los contratos.

Cabe analizar los elementos del contrato, teniendo en --

cuenta que para identificar estos, ha habido en la Doctrina especulaciones tendientes a señalarlos de una manera fija y definitiva, contando con la elaboración hecha en el sentido de estimar los elementos de esencia, o existencia de los contrato, y sus elementos de validez.

Es sabido que el Derecho positivo de los diferentes países ha fijado los elementos anotados en diferentes concepciones, de acuerdo con las doctrinas reinantes en las épocas de su elaboración. A este respecto, el Código Civil Francés, señala el maestro Bejarano Sánchez, "...mezcla y confunde los requisitos de existencia con los de validez y menciona, en el artículo - - 1108, como elementos del contrato: el consentimiento, el objeto, la capacidad de las partes y la causa lícita en la obligación. En el mismo sentido lo hicieron nuestras leyes civiles derogadas en 1870 y 1884, aunque sustituyendo ésta última, la causa, por la forma: consentimiento, objeto, capacidad y forma legal" (1).

Los artículos 1794 y 1795 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, enumeran por separado, los elementos necesarios para la existencia del contrato, así como los indispensables para su validez.

La diferenciación de los elementos de existencia de los de validez es un progreso de la técnica jurídica que permite explicar y sistematizar las diversas consecuencias producidas por la ausencia de alguno de ellos.

---

(1) BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla. Harper & Row Latinoamericana. México. 1817. Pág. 45.

1.- Elementos de existencia de los contratos.

A este respecto, manifiesta el maestro Bejarano Sánchez: "El acto jurídico es la manifestación exterior de la voluntad - tendiente a la producción de efectos de Derecho sancionados por la Ley. Como todo ser real o conceptual, precisa para su forma ción de ciertos elementos esenciales sin los cuales no existe" (1). A los elementos de existencia también se les ha conocido como - esenciales y son el consentimiento y el objeto. Para el caso - del matrimonio, también se observa el requisito de la solemn - dad como elemento de existencia, el cual por carecer de interés para los fines de este estudio, no será tratado.

A).- El consentimiento.

El maestro Miguel Zamora y Valencia señala que "La volun tad es la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa y la voluntad desde el punto de vista jurídico es esa intención para realizar un acontecimiento referido a la obtención de efectos - jurídicos previstos en la norma" (2). El Código Civil vigente coloca como el primero de los elementos necesarios para la exis tencia del contrato, el consentimiento, y en su artículo 1794 - señala: "Para la existencia del contrato se requiere: I.- Con - sentimiento; II.- Objeto que pueda ser materia del contrato". - El consentimiento según el maestro Rafael de Pina, es "...el -- acuerdo de dos o más voluntades acerca de la producción o trans misión de derechos y obligaciones" (3), continúa diciendo: "Pa - ra que haya contrato se exige la existencia previa de dos o más manifestaciones de voluntad, recíprocas y correlativas, concu -

---

(1) Ibidem.

(2) ZAMORA y VALENCIA, Miguel Angel. Contratos Civiles. Edito - rial Porrúa, S.A. Primera Edición. México 1981. Pág. 23.

(3) DE PINA, Rafael. Op. Cit. Pág. 279.

rrentes a un fin común a las partes que las producen" (1).

El consentimiento puede ser expreso o tácito, según lo expone el artículo 1803 del Código Civil vigente. El consentimiento será expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. Será tácito cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente

Expuesto lo anterior, es de gran importancia precisar -- que las voluntades que forman el consentimiento deben tener una manifestación exterior, y además ir encaminadas a producir un interés jurídico, pues puede ser que haya manifestación de voluntad y no por eso existe el consentimiento, y también se puede dar el caso de que exista acuerdo de voluntades sobre algún objeto, pero que no tenga interés jurídico, y por lo tanto, no se habrá formado el consentimiento. A este respecto Rojina Villegas expone: "Consentimiento es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos concurren a un fin común y se unen. Dirigidas en el contrato obligatorio, una de ellas a prometer y la otra a aceptar, dan lugar a una nueva y única voluntad que es la llamada voluntad contractual y que es el resultado, no la suma, de las voluntades individuales, y que constituye una entidad nueva capaz de producir por sí el efecto jurídico querido y sustraída a las posibles veleidades de una sola de las partes, de lo cual se deriva la irrevocabilidad del contrato" (2).

---

(1) Ibidem.

(2) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op Cit. Pág. 311.

El acuerdo de voluntades o consentimiento se compone de dos elementos; la oferta o p<sup>o</sup>licitación y la aceptación. La oferta se hace a una persona o al público y hasta que sea aceptada se constituirá el acuerdo de voluntades, formandose así el consentimiento, que puede ser expreso o tácito como ya se expresó. La oferta según el maestro de Pina "...es la manifestación de la voluntad de celebrar un determinado contrato con aquella persona a quien va dirigida" (1). En cuanto a la aceptación de la oferta, debe estarse a lo ya expuesto en el punto relativo a la formación de los contratos.

B).- El objeto.

El objeto, es el segundo elemento de existencia del contrato, y consiste, en la creación o transmisión de derechos y obligaciones y el objeto de éstas consiste, en una prestación positiva o negativa, es decir, el dar, hacer o no hacer una cosa, que siendo el objeto directo de la obligación que crea el contrato viene a ser el indirecto o mediato del contrato.

El objeto que trataremos aquí es el de las obligaciones creadas por los contratos, o sea el mediato o indirecto de éstos, de manera que el Código Civil vigente nos dice en su artículo 1824: "Son objeto de los contratos: I.- La cosa que el obligado debe dar; II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer". En éste artículo claramente distinguimos como objeto del contrato, lo que en la doctrina es objeto directo de la obligación creada por el contrato. A este respecto el tratadista Ramón Sánchez Meda<sup>l</sup> manifiesta que "...por una elipsis que -

---

(1) DE PINA, Rafael. Op. Cit. Pág. 281.

viene desde el Código Napoleónico, se menciona como objeto del contrato lo que propiamente es el objeto de la obligación creada o transmitida por él" (1).

El objeto es como ya lo dijimos, uno de los elementos -- esenciales del contrato, y la falta del mismo, trae como consecuencia la inexistencia del contrato, porque una obligación sin objeto no sería nada; lo que establece nuestro Código Civil vigente en la fracción II del artículo 1794 que dice: "Para la -- existencia del contrato se requiere: ...II.- Objeto que pueda -- ser materia del contrato"., y se reafirma en el artículo 2224 -- que determina que: "El acto jurídico inexistente por la falta -- de consentimiento o de objeto aue pueda ser materia de él no -- producirá efecto legal alguno...".

Así tenemos, que el objeto es uno de los dos elementos -- más importantes del contrato, por lo que vamos a ver cuales son los requisitos que debe reunir en las diferentes clases de obligaciones o sea en las de dar, hacer o no hacer y que nuestro Código actual en su artículo 1824 señala como objeto del contrato; pero que como ya vimos son el objeto indirecto del contrato.

B.1.- Requisitos del objeto en las obligaciones de dar:

B.1.1.- Posibilidad física.- Las cosas cuyo dominio o -- uso se transmiten, son el objeto de las obligaciones de dar y -- tienen como requisitos ser tanto física como jurídicamente posibles. Fisicamente posibles son las cosas que existen en la naturaleza, que es el primer requisito que exige el artículo 1825 de nuestro Código Civil actual, "La cosa objeto del contrato de

---

(1) SANCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. Editorial - Porrúa, S.A. Séptima Edición, México. Pág. 20.

be: 1.- Existir en la naturaleza...". Dentro de esta posibilidad física pueden ser objeto de un contrato no sólo las cosas presentes, sino también las futuras, no pudiendo serlo, sin embargo, la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento, al respecto, el artículo 1826 indica que - - "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva aun cuando ésta preste su consentimiento". La primera parte del artículo transcrito regula la posibilidad física y jurídica de contratar sobre cosas que puedan llegar a existir, y en cuanto a la segunda parte del artículo, la prohibición no es en cuanto a que esa herencia no pueda llegar a existir, sino que como oportunamente lo señala Sánchez Medal "...el motivo de tal prohibición radica en la necesidad de preservar la libertad del individuo para disponer de sus bienes para después de su muerte hasta el momento mismo en que ésta ocurra..." (1).

B.1.2.- Posibilidad Jurídica.- El otro requisito esencial de la cosa objeto del contrato, es que sea legalmente posible y ese objeto es legalmente posible, cuando puede ser determinado o determinable en cuanto a su especie y cuando está en el comercio.

a).- Determinación del objeto.- La prestación objeto del contrato debe ser determinada, pues cuando no puede determinarse la cosa, hay una imposibilidad jurídica para que esa cosa sea objeto del contrato y si éste se celebra, le faltará un elemento esencial que trae como consecuencia la inexistencia del -

---

(1) Ibid. Pág. 22.

contrato porque como indica Mazeaud "...los contratos que no -- hayan concretado el objeto de su obligación no están obligados a nada, 'vender alguna cosa' no es vender nada, porque el vende dor podría liberarse entregando una cualquiera" (1). El artículo 1825 del Código Civil, habla sólo de que la cosa objeto del contrato debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie, a lo que Sánchez Medal agrega que "...no sólo en cuanto a su especie (1825-28), sino también en cuanto a su cuota o can tidad (Josserand)..." (2).

Las cosas se pueden determinar por su género, especie o individualmente; pero para que la cosa sea posible jurídicamente, es necesario que se determine en forma individual o en su especie, y a éste respecto es acertado el señalamiento que hace el maestro Rojina Villegas al indicar que "Para que la cosa sea posible jurídicamente debe de estar determinada en forma indi - vidual o en su especie. La determinación en género, que tiene interés para las ciencias naturales carece de valor en el derecho, porque se considera que cuando la cosa está determinada só lo en cuanto a su género, no es determinable jurídicamente" (3). La determinación en especie comprende el género, cantidad y calidad de la cosa, sin necesidad de precisarse esta última, en virtud de que el derecho considera que en estos casos se trata de un objeto de mediana calidad, y así lo prevé el artículo -- 2016 que dispone "...si no se designa la calidad de la cosa, el deudor cumple entregando una de mediana calidad". La determina ción individual existe cuando la cosa se caracteriza sola, de -- tal manera que puede distinguirse de otra.

---

(1) MAZEAUD, Henri, León y Jean. Op. Cit. Pág. 271

(2) SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit. 22

(3) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 327.

b).- La cosa debe de estar en el comercio.- La cosa objeto de un contrato puede estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Por su naturaleza están fuera del comercio todas aquellas cosas que no pueden pertenecer exclusivamente a un individuo, como por ejemplo el mar, o que son necesarias para la vida de la humanidad, como el aire. En relación a estas cosas que están fuera del comercio el maestro Fafael de Pina dispone que "...son las que no son susceptibles de apropiación privada, el ser humano, su estado y capacidad civil, la libertad personal, la herencia futura, es decir, en suma todas aquellas sobre las cuales no puede versar contrato, pacto o convenio alguno, por ser ello incompatible de manera radical y absoluta con las razones que el legislador ha tenido para declararlo así " (1). Están fuera del comercio por disposición de la Ley todas aquellas cosas que ésta declara irreductibles a la propiedad particular, obedeciendo a ciertas necesidades de orden público, morales o particulares, de manera que si se estipula la transmisión de -- uno de estos bienes, el objeto es ilícito. Están fuera del comercio los bienes de dominio público, las funciones públicas, - etc.

De lo expuesto podemos concluir que sólo las cosas que están en el comercio son objeto de contratación con el objeto de apropiación, y así lo dispone el artículo 747 del Código Civil vigente que dice: "Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no están excluidas del comercio".

---

(1) DE PINA, Rafael. Op. Cit. Págs. 296 y 297.

B.2.- Requisitos del objeto de las obligaciones de hacer:

El objeto de las obligaciones de hacer consiste en un -- hecho personal del deudor, hecho que puede ser positivo o negativo. Nuestra legislación vigente en su artículo 1827 nos seña la como requisitos del hecho positivo o negativo la posibilidad y la licitud; pero aún cuando la ley no lo menciona, se deduce que además dicho objeto debe ser personal del obligado y representar un interés para el acreedor.

B.2.1.- Posibilidad física y jurídica del hecho prometido.- Nuestra ley señala en primer término que el hecho positivo o negativo, objeto de un contrato, debe ser posible debido a -- que a lo imposible nadie está obligado.

La imposibilidad física en las obligaciones de hacer debe ser absoluta, pues la obligación que únicamente es imposible para algunos individuos, no es imposible; es decir, para que ha ya esa imposibilidad absoluta se necesita que el hecho sea in - compatible con una ley de la naturaleza, que constituya un obstáculo insuperable para su realización, la imposibilidad debe -- ser real, debe afectar al hecho mismo independientemente del -- obligado, de manera que si el hecho no puede ser ejecutado por el deudor pero sí por otra persona, no se considera imposible. El artículo 1829 prescribe que "No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él".

El hecho objeto de la obligación, debe ser posible jurídicamente; y hay imposibilidad jurídica, cuando el hecho no se puede realizar porque es incompatible con la norma que lo rige

y constituye un obstáculo insuperable para su realización, así lo dispone el artículo 1828 del Código Civil que dice: "Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización".

B.2.2.- Licitud del hecho objeto del contrato.- Nuestro artículo 1827 señala como último requisito para la existencia del hecho del contrato, la licitud de la prestación o de la abstención. En términos generales se puede decir, que es lícito el hecho que no es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres; de manera que, a contrario sensu y como indica el Código Civil vigente en su artículo 1830: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres"., de donde se desprende, que hay nulidad absoluta de un contrato, únicamente cuando se celebra en contravención con una norma de interés público, pues aquellos contratos que se celebran en contra de una ley permisiva o supletoria no son anulables, ya que la misma ley permite que se pacte lo contrario, en virtud de que lo que se estipula en esas normas, es con el único fin de suplir el silencio de los contratantes.

## 2.- Elementos de validez de los contratos.

Siguiendo nuestra legislación, vemos que los elementos de validez de un contrato son: capacidad de las partes, consentimiento libre de vicios, licitud en el objeto, motivo o fin, y forma; la falta de uno de estos elementos, trae la nulidad del

contrato.

A).- La capacidad.

La persona que puede ser sujeto de derecho y hacer valer éstos, decimos que es capaz, tanto en lo que respecta al goce - como al ejercicio de esos derechos, las personas físicas por sí mismas y las personas morales a través de su representante legal. La capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, teniendo así que hay dos clases de capacidad, la de goce y la de ejercicio.

A.1.- Capacidad de goce: Esta capacidad de goce consiste en la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones, por lo que se desprende del artículo 22 del Código Civil en vigor: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código"., de donde se desprende que todos los individuos desde el momento de su nacimiento traen consigo la capacidad de goce, es decir, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, capacidad que perderá al momento de su muerte.

La incapacidad de goce la tienen aquellas personas que están privadas de ciertos derechos, como por ejemplo, los extranjeros que tienen prohibido adquirir bienes inmuebles en una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta kilómetros en las playas; es decir, esta incapacidad es

siempre especial, fundándose unas veces en la protección del órden público y otras en la protección de intereses particulares, de manera que son raras las ocasiones en que se presentan incapacidades de goce.

A.2.- Capacidad de ejercicio: La capacidad de ejercicio es la aptitud de las personas para hacer valer sus derechos y - sus obligaciones, ya sea por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes en el caso de las personas morales. Refiriéndose a la capacidad de los contratos, el maestro Ramón Sánchez Medal expone que: "La capacidad de ejercicio para contratar es la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar por sí misma un contrato. Habrá incapacidad para obrar o de ejercicio a propósito de los contratos, cuando una persona no pueda celebrar por sí misma un contrato, pero esté en aptitud de hacerlo a través de un representante" (1). En nuestro derecho, son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley, y así lo dispone el artículo 1798 del Código Civil vigente, lo que significa según Miguel Angel Zamora y Valencia "...que toda persona es capaz mientras no exista una disposición normativa que le niegue esa capacidad" (2). Haciendo referencia a esta capacidad contractual, el maestro Sánchez Medal indica: "La capacidad de contratar es una subespecie de la de obrar o de la capacidad de ejercicio y consiste en la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí el contrato sin necesidad de una titulación o de asistencia de otras personas" (3)., en este mismo sentido, el catedrático Zamora y Valencia, hace una distinción

---

(1) SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit. Pág. 28

(2) ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Op. Cit. Pág. 30

(3) SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit. Pág. 28

entre la capacidad general y la capacidad especial para contratar, y al respecto dispone: "Se entiende por capacidad general la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, sin requerir que el sujeto tenga una calidad específica de tipo personal o en relación al bien que eventualmente puede constituir el contenido de su prestación de dar. Por capacidad especial debe entenderse, -- además de la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, la calidad o una calidad específica de tipo personal o una calidad específica relacionada con el bien como contenido de su prestación de dar" - (1).

Dentro de la capacidad de ejercicio que es la regla, se dá la incapacidad de ejercicio que es la excepción, y la cual puede resultar de la naturaleza o de la ley, e impide a una persona ejercer los derechos de que es titular. La incapacidad natural de ejercicio, se presenta en los casos de los menores -- de edad o de los mayores pero privados de inteligencia por de -- mencia, aún cuando tengan momentos lúcidos y en los sordomudos que no saben leer ni escribir. En estos casos en que las personas están imposibilitadas de ejercitar personalmente un derecho del que son titulares, por algunas de las circunstancias -- apuntadas, entra como auxiliar de las mismas la institución de la representación legal, puesto toda incapacidad de ejercicio necesita de la representación, ya que en caso de negarse ésta, se negaría también la capacidad de goce que se trata de ejerci-

---

(1) ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Op.Cit. Pág. 31

tar a través de la representación.

Las incapacidades legales de ejercicio se originan cuando una norma exige ciertos requisitos para el ejercicio de un derecho y éstos no se reúnen, como por ejemplo en el caso del artículo 174 del Código Civil en el que se exige autorización judicial para que la mujer contrate con su marido, es decir, -- que si no se acata la Orden legal, el acto será nulo.

Nuestro Código Civil vigente señala en su artículo 450 - que: "Tienen incapacidad natural y legal: I.- Los menores de edad; II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por lo cura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; III.- Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir; -- IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".

La falta de capacidad en la celebración de un contrato, - se sanciona generalmente con la nulidad relativa del mismo, - - siendo por ello que un contrato celebrado en tales condiciones, puede convalidarse por confirmación o por prescripción; además, de que la nulidad únicamente puede invocarse por el incapaz o - por su representante. Hay casos, como el de los extranjeros - que adquieren inmuebles en la zona prohibida, en que su incapacidad trae consigo la nulidad absoluta del contrato que cele -- bran, por infringir una norma de Orden público.

B).- Ausencia de vicios del consentimiento.

Si se toma el concepto ideal del hombre con sus cuatro - excelsas virtudes de templanza, valor, sabiduría y justicia, re

sulta inútil pensar en la existencia de vicios de las voluntades tratándose de las partes en un contrato. Pero éste es un pensamiento utópico que la realidad desvirtúa día a día, minuto a minuto y quizá por que no, segundo a segundo.

Para el estudio de los vicios de la voluntad me colocaré en una posición realista, tal y como la asumió el legislador civil del Distrito y Territorios Federales de 1928, ya que esa es la única posible para el logro de la justicia. Es en los vicios de la voluntad donde el Estado rebela su calidad protectora de los intereses humanos y sociales y que en el aspecto contractual va contra la audacia de unos hombres y protección de otros por ignorantes.

Los vicios del consentimiento son aquellas circunstancias particulares que sin suprimirlo, lo dañan.

En los Contratos se requiere según Zamora y Valencia - - "...que las personas como sujetos de derecho manifiesten un consentimiento exento de vicios, ya que tales circunstancias pueden invalidar y de hecho invalidan el contrato, lo que origina su nulidad, y la calificación de esa nulidad será la relativa" (1).

La voluntad del autor o de las partes que celebran el acto debe estar exenta de defectos o vicios. La voluntad, elemento fundamental del contrato, debe ser cierta y libre: debe ser el resultado de una determinación real y espontáneamente decidida. Si la decisión proviene de una creencia equivocada (error), ha sido obtenida o mantenida por engaño (dolo) o ha si

---

(1) ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Op. Cit. Pág. 34

do arrancada con amenazas (violencia o temor) entonces es una -  
voluntad viciada que anula el contrato. En tales casos, el - -  
agente manifiesta su intención de celebrar el contrato, sólo --  
porque su decisión ha sido desviada por causas extrañas, sin --  
las cuales el contrato no habría sido realizado; al otorgar su  
consentimiento por temor o por estar en una falsa creencia, ha  
proyectado su intención hacia un fin que no desea realizar. El  
Código Civil vigente ante esta realidad, determinó en el artícu  
lo 1812 que: "El consentimiento no es válido si ha sido dado --  
por error, arrancado por violencia, o sorprendido por dolo".

#### B.1.- El error.

El error es la creencia que se tienen respecto de una co  
sa que no está de acuerdo con la realidad. En lenguaje común -  
es un concepto falso de la realidad, es decir, es una falsa - -  
apreciación de la realidad, una creencia no conforme con la ver  
dad. Ocasionalmente, el error sufrido por el autor de un acto  
jurídico vicia su voluntad y provoca la nulidad del acto, pero  
no todo error produce tales efectos jurídicos, es decir, no to  
do error tiene trascendencia para el Derecho. Por lo tanto el  
error será la opinión subjetiva contraria a la realidad o dis -  
crepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada.

Hay tres clases de errores: el error que impide el con  
sentimiento y en consecuencia la formación del contrato; el - -  
error que vicia el consentimiento haciendo anulable el contrato  
y el error indiferente para la validez del contrato.

a).- Para que el error impida la formación del contrato,  
es necesario que recaiga sobre la naturaleza del mismo o sobre

la identidad del objeto. Es sabido que el error sobre la naturaleza del contrato sólo se deriva cuando algunos de los contratantes supone estar celebrando un tipo de contrato y la otra -- parte piensa estar formando uno diferente del que tiene en mente el primero. Como ejemplo de éste caso tenemos el que una -- persona entregue una cosa creyendo que la está arrendando y la que la recibe cree que se le está donando. Como ejemplo de el segundo caso tenemos, el que habiendo dos cosas parecidas o semejantes, el contratante que vende cree vender una y el comprador cree adquirir la otra. En estos casos en que el error re-cae sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad del objeto, el contrato es inexistente por faltarle un elemento -- esencial, o sea, el consentimiento.

b).- El error nulidad, o sea el que anula el contrato, y el cual es el que nos interesa por cuanto a vicio de la volun-tad se refiere, es aquel que trae como consecuencia no la in-existencia sino la nulidad del contrato y que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, de acuerdo con nuestro artículo 1813 del Código Civil vigente, puede recaer en cualquiera de los contratantes, pudiendo ser error de hecho o de derecho, y - al efecto dispone: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso su-puesto que lo motivó y no por otra causa"., a lo que el maestro Ramón Sánchez Medel indica que "...recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan' (1813)

pero a condición de que 'en el acto de la celebración se declare ese motivo'...' (1). Como ejemplo de éste error nulidad de hecho tenemos, el caso de un contrato de compraventa en el que el comprador declare que adquiere un automóvil, por las características especiales del motor, resultando que el automóvil trae otro motor o que por el precio elevado del mismo, se derive que lo que adquirió no tiene las características deseadas.

El error de derecho anula el contrato, cosa que establece nuestro Código Civil en su artículo 1813, al contrario de lo que establecía el Código Civil de 1884 en su artículo 1296, que estipula que el error de derecho no anula el contrato. Al hablar del error de derecho inmediatamente nos viene a la mente la máxima "a nadie le es lícito ignorar la ley", máxima, que no es posible aplicar en este caso, ya que la misma tiene como fin, asegurar el interés público y la cual impera con toda su fuerza en el derecho penal, en virtud de que sólo así se pueden hacer cumplir las reglas de conducta que interesan al orden público; pero en materia civil y desde luego en los casos en que no se afecte el interés público, no se aplica ésta máxima en virtud de que de aplicarla se estaría dando valor a una infracción de la ley, bajo el pretexto de aplicar ésta; de manera que quien ha cometido un error de derecho, merece igual protección que -- aquel que ha cometido un error de hecho, ya que si contrata es porque ignora o ha interpretado mal una norma de derecho aplicable al contrato, razón por la que, debe protegersele, máxime si se trata de una persona que carezca de preparación jurídica.

c).- El error indiferente o de cálculo, es el que recae

---

(1) SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit. Pág. 33

sólo sobre cualidades secundarias del objeto, o sobre motivos - que no son determinantes de la voluntad; este tipo de error no invalida el contrato porque la ley no dispone que se produzca - su nulidad, sino que sólo da lugar a su rectificación, así lo - dispone el artículo 1814 del Código Civil vigente que dice: "El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique".

Es importante establecer que el contrato puede ser con - firmado, pero sólo cuando cese el vicio o motivo de nulidad, y siempre cuando no concurra otra causa que invalide la confirma - ción, el cumplimiento voluntario del contrato, por medio de pa - go se entiende por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.

#### B.2.- El dolo.

El dolo según la definición legal contenida en el nume - ral 1815 del Código Civil en vigor, es entendido como "...cual - quiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes;...". Según Beja - rano Sánchez, dolo es "La actitud malévola de pretender aprove - charse de un error ajeno, ya provocándolo, ya manteniéndolo en - gañosamente" (1).

El artículo anteriormente transcrito que contiene la de - finición de dolo, que podemos decir que es o se realiza en for - ma activa, trae como consecuencia la nulidad del contrato, por suponerse que se prestó el consentimiento únicamente por la - - existencia de un error en el consentimiento del contratante, -- ocasionado por las maniobras efectuadas por el co-contratante.

---

(1) BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Op. Cit. Pág.95.

Planiol y Ripert, al describir el dolo manifiestan que "...el dolo está constituido bien por afirmaciones mentirosas, con maniobras fraudulentas o sin ellas, bien por maniobras consistentes en falsear o disimular la realidad de las cosas bajo una apariencia falsa, bien en colocar a la otra parte fuera de la posibilidad de darse exacta cuenta de lo que hace, o en hacer desaparecer o alejar documentos o personas que pudieran informarla o aconsejarla, etc. El silencio mismo puede en su caso, ser constitutivo de dolo, denominándose en tal caso reticencia" (1). El maestro Rafael de Pina considera que "La palabra dolo significa, en relación con el contrato, la conducta carente de probidad seguida por una de las partes para engañar a la otra" (2). Pero cabe hacer la observación de que no sólo uno de los contratantes puede actuar con dolo, sino que ambas partes pueden actuar con dolo a lo que el artículo 1817 prevé: -- "Si ambas partes proceden con dolo ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnización".

El dolo es causa de nulidad relativa unicamente cuando recae sobre la causa determinante de la voluntad del contratante, es decir, que uno de los contratantes solamente contrató porque creía o le habían hecho creer, que el contrato tenía ciertas ventajas, pero conociendo la realidad no hubiera contratado, porque el error en el que lo hicieron incurrir fue lo que lo determinó a contratar. Tenemos que el dolo a que nos acabamos de referir es el llamado dolo principal, pues aquel que no recae sobre el motivo determinante del contrato, se denomina dolo incidental y no trae consigo la nulidad del contrato, ocasio

---

(1) PLANIOL Y RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil. Traducción Española. Tomo VI. Cultural, S.A. Habana Cuba. 1946. - Pág. 271.

(2) DE PINA, Rafael. Op. Cit. Pág. 290.

nando unicamente, que uno de los contratantes tenga menos ventajas que las que podía haber tenido si hubiera contratado sin dolo, en virtud de que, el derecho permite ciertas exageraciones y silencios que influyen en los contratantes; pero no implican la nulidad del contrato, como en el caso en que el comerciante exagera el valor y calidad de la mercancía que vende, siempre y cuando no sea excesiva esa exageración. El dolo bueno que se identifica con el dolo incidental, no vicia el contrato, pues según Bejarano Sánchez, "El dolus bonus consiste en las exageraciones evidentes que a modo de propaganda o reclame se efectúan para la recomendación de algún objeto o de los servicios de alguna persona, ponderación excesiva que no entraña engaño alguno" (1). En este mismo renglón, el catedrático Zamora y Valencia prescribe que "El dolo siempre supone una intención de dañar o engañar, por lo que el hecho de alabar las cualidades de una cosa para determinar a una parte a celebrar un contrato, si no -- hay esa intención de daño, tradicionalmente se ha llamado 'dolo bueno' y no es una causa de nulidad del contrato (1821)" (2).

El dolo vicia la voluntad cuando procede del co-contratante como ya lo dijimos, pero si los artificios engañosos provienen de un tercero, no invalidarán el acto, a menos que fueran conocidos por el co-contratante, evento en el cual éste habría incurrido en mala fe.

### B.3.- La mala fe.

La mala fe es la actitud pasiva del contratante que, habiendo advertido el error en que se encuentra la otra parte, se

---

(1) BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Op. Cit. Pág. 97.

(2) ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Op. Cit. Pág. 36.

se abstiene de alertarlo sobre dicho error, lo disimula y se --  
aprovecha de él. El dolo y la mala fe califican al error y agran  
van el acto afectado por ellos.

Para Sánchez Medal, "La mala fe de una de las partes, --  
que consiste en 'la disimulación del error de uno de los contra  
tantes una vez conocido', por parte de aquella (1815, in fine),  
se equipara en sus efectos al dolo como vicio del consentimiento  
(1816)" (1).

La mala fe la define nuestro Código Civil en su artículo  
1815 como "...la disimulación del error de uno de los contratan  
tes una vez conocido", y es igual que el dolo, causa de nul*id*ad -  
dad del contrato que afecta. La mala fe es una actitud pasiva  
del contratante que obra con ella, es decir, asume una actitud  
de sólo disumular.

#### B.4.- La violencia. .

El principio de la lib*er*tar, significa que los contratan  
tes deben de ser libres, tanto en la formación del contrato -  
cuanto en la exteriorización de la voluntad. La violencia cons  
iste en el empleo de la fuerza física o de amenazas para indu-  
cir a una de las partes a celebrar un contrato, a este respecto  
el Código Civil vigente dispone en su artículo 1819: "Hay vi  
olencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen -  
peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o --  
una parte considerable de los bienes del contratante, de su con  
yuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parien  
tes colaterales dentro del segundo grado".

---

(1) SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit. Pág. 38.

La violencia puede ser interna o externa, o mejor dicho, física o moral, siendo aquella la que de manera directa, es sufrida por el contratante en forma material y corporea, resultando de este acto una voluntad que al contratar es forzada a algo que en situaciones normales no hubiera sido externada, coartando tanto la libertad de obrar del agente, como la de decidir; - todo ésto, es resultado del empleo de la fuerza. La segunda, o sea la moral, es la limitación del arbitrio por el temor a un acontecimiento inminente al contratante o a un ser querido, que no restringe la libertad corporea pero que coarta la libertad contractual, compeliendo a una decisión o a una abstención también en la forma deseada, por el que produce la violencia. Refiriendonos a la violencia moral es preciso añadir que según el artículo 1820, el temor reverencial, o sea el sólo temor de degradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto "... no basta para viciar el consentimiento".

Tradicionalmente se ha considerado que para que la violencia sea un vicio del consentimiento, requiere: que sea grave o que pueda ocasionar un daño, que sea actual o inminente además que sea injusta o ilícita porque implique una actitud contraria a derecho o a las buenas costumbres, también que sea el motivo determinante de la voluntad del sujeto al contratar y -- por último que dicha violencia provenga de una persona y no de un hecho dañoso, porque no se puede aludir violencia en presencia de un estado de necesidad.

La sanción a este vicio la establece el Código Civil vigente en su artículo 1818 cuando dice: "Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los con-

tratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato". - La nulidad a que se refiere este artículo es una nulidad relativa, pues en el artículo 1823 del mismo ordenamiento civil, se estatuye que es posible la ratificación y si ésta es factible, lo será la prescripción también.

B.5.- La lesión.

Respecto de la lesión, se nota desde luego que no se encuentra incluida dentro de las disposiciones referentes a los vicios de la voluntad, sino que el Legislador la incluyó en las disposiciones preliminares del ordenamiento civil, más sin em-bargo debe considerarse a la lesión como otro de los vicios que invalidan el contrato, y consiste en el perjuicio que sufre un contratante, cuando en un contrato conmutativo, no recibe del otro contratante un equivalente de lo que él por su parte se obliga; porque como indica nuestra Legislación, uno de los contratantes se aprovecha de la suma ignorancia, notoria inexpe--riencia o extrema miseria de su co-contratante.

Nuestro Código Civil vigente, considera a la lesión como un vicio objetivo y subjetivo, al establecer en su artículo 17 que: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria - in-experiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre -- pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios". Este artículo quedó en los términos ya expuestos, des--pués de las reformas que sufrió el Código Civil, y las cuales -

fueron publicadas en el Diario Oficial de fecha 27 de diciembre de 1983, entrando en vigor dichas reformas el día 1° de octubre de 1984. Anteriormente, el artículo en cuestión no daba al perjudicado el derecho de pedir la nulidad del contrato, sino la rescisión del mismo. Este artículo no ve unciamente la desproporción entre las prestaciones de los contratantes, sino que -- también ve la justicia, que es la buena fe que debe revestir a los contratos, que a su vez requiere, que no se explote la ignorancia, la inexperiencia o la miseria.

La sanción que establece nuestro Código Civil vigente, cuando en un contrato hay lesión, es la nulidad relativa de éste, lo cual se desprende también de los artículos 2228 y 2230 del ordenamiento legal indicado. El mismo artículo 17, confirma dicha nulidad al establecer el plazo de un año para que prescriba el derecho, y el artículo 2230 establece que únicamente puede invocarse la nulidad por el que sufre el perjuicio, característica que corresponde a la nulidad relativa.

C).- Licitud en el objeto, motivo o fin del contrato.

La Ley exige que el objeto y el motivo o fin del contrato sean lícitos, así lo dispone el artículo 1795, fracción III, del Código Civil vigente. Pues bien, para que el contrato sea válido, es indispensable que, tanto a lo que se obligó el deudor, como el por qué de su proceder sean lícitos, es decir, que no sean contrarios a lo dispuesto por las leyes de interés público (que no quebranten una prohibición o un mandamiento legal). El contenido de las cláusulas contractuales y el propósito de las mismas no debe quebrantar a las normas legales, ya que en -

su respecto se sustentan el orden jurídico y la paz social; por ello, un contrato que contradice lo establecido en las leyes, no habrá de tener validez, será nulo. En este sentido manifiesta el maestro Bejarano Sánchez: "Ninguna conducta o finalidad que choque contra una Ley prohibitiva, o quebrante una norma imperativa, tendrá la protección del orden jurídico; por el contrario, obtendrá la repulsa y represión del mismo" (1). Esta razón evidente es la que explica y confiere el sentido lógico a la sanción de nulidad que sigue a todo contrato con un objeto y motivo o fin ilícitos, pues así dispone el artículo 8 del Código Civil: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos,..."; por su parte el artículo 1831 del mismo ordenamiento dice: "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco deben ser contrarios a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres"., por último el artículo 1830 expresa "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

#### C.1.- Licitud en el objeto.

Para referirnos al objeto debemos avocarnos a la cosa o al hecho o abstención también llamado objeto indirecto que fué tratado con anterioridad en el punto relativo al objeto como elemento esencial del contrato y al cual me remito. Más es importante anotar que no es posible hablar de licitud referida a la cosa como contenido de la prestación de dar, ya que las cosas en sí mismas no pueden ser lícitas o ilícitas sino que la conducta referida a esas cosas es la que puede ser lícita o no,-

---

(1) BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Op. Cit. Pág. 113.

según esté acorde o contradiga lo preceptuado por una norma imperativa, o atente o no en contra de las buenas costumbres, y a este respecto se refiere el tratadista Miguel Angel Zamora y Valencia al manifestar: "El objeto, o sea la conducta manifestada como una prestación o como una abstención, debe de ser lícita además de posible y así mismo el hecho, como contenido de la prestación, también debe de ser lícito" (1).

C.2.- Licitud en el motivo o fin del contrato.

Con respecto a este elemento de validez del contrato, -- surgió a partir del Código Napoleón, la teoría de la causa, sustentada por diversos tratadistas y que ha sido objeto de múltiples discusiones. No obstante que la doctrina francesa inspiró a la Ley mexicana, ésta ha sustituido el término causa por el de motivo o fin, y así lo manifiesta el tratadista Rafael Rojina Villegas al enunciar que "Nuestro Código vigente, siguiendo a la jurisprudencia francesa, a las ideas de Bonnacase y Duguit, abandona por impropio y por ser fuente de confusiones, el término 'causa' y prefiere usar como elemento del contrato la palabra 'fin' o 'motivo determinante de la voluntad'" (2).

Expuesto lo anterior, diremos que como lo señala el artículo 1795 del Código Civil, se considera entre los elementos necesarios para la validez del contrato, el fin o motivo lícitos, puesto que son determinantes de la voluntad de los contratantes, y en este mismo sentido se manifiesta Manuel Borja Soriano al exponer: "El fin o motivo determinante de la voluntad de los contratantes tampoco debe ser contrario a las leyes de orden pú

---

(1) ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Op. Cit. Pág. 41.

(2) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Págs. 380 y 381.

blico ni a las buenas costumbres" (1). Luego entonces tenemos que los fines o motivos del contrato deben ser lícitos, es decir, que no estén en contradicción con una disposición normativa de carácter imperativo o prohibitivo, y así podemos definir a los motivos como los móviles internos, personales de cada una de las partes que contratan y que a menudo son desconocidos, no solo para los terceros sino que escapan aún a otros contratantes.

Por otra parte los fines son definidos por el maestro Zamora y Valencia, como "...las intenciones de destino último en que pretende utilizar el contratante la cosa o el hecho que - - constituye el contenido de la prestación de la otra parte" (2).

La ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato, producen la nulidad absoluta del mismo, en virtud de que tales actos son ilícitos por contravenir una disposición de carácter imperativo o prohibitivo y tales disposiciones sólo se establecen en vista de la protección del interés común, del orden público o de las buenas costumbres, por lo que al decretarse por el - - juez la nulidad absoluta, se destruyen retroactivamente los - - efectos que provisionalmente había producido el contrato, por lo que no puede ser confirmado, tampoco es prescriptible y la acción para hacer valer esa nulidad puede hacerla valer cualquier interesado.

D).- La forma requerida por la Ley.

En principio nuestra Legislación no exige formalidad alguna para la validez del contrato, pero desde luego para algunos

---

(1) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 197.

(2) ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Op. Cit. Pág. 41.

nas especies de contrato si la exige, sancionando la falta de - forma con la nulidad relativa del contrato, de tal forma lo in dica el maestro Ramón Sánchez Medal al determinar que "Cuando - la ley exige determinada forma para la celebración de un contra to, dicha formalidad es un elemento de validez del propio con trato (1795.IV), ya que la omisión de esa formalidad exigida -- por la ley hace que el contrato en cuestión pueda ser impugnado de nulidad relativa (2228)" (1).

Atendiendo a la forma de los contratos, éstos se pueden clasificar en formales, consensuales y solemnes, siendo éstos - últimos de poca importancia para nosotros en virtud de que nue tra legislación no exige en los contratos la forma como un elemento esencial, es decir, que el contrato que no revista la for ma establecida por la ley no será inexistente, sino que estará afectado de nulidad relativa como ya lo mencionamos.

Los contratos formales son los que manifiestan el consen timiento de los contratantes en la forma establecida por la ley, lo cual generalmente consiste en que los contratos se celebren por escrito, y la falta de este requisito trae la nulidad relativa del contrato, la que puede subsanarse mediante la ratifica ción expresa o tácita, es decir, mediante la observancia de la forma omitida o cumpliendo voluntariamente, con el contrato.

En la actualidad se considera generalmente, que el con - trato formal debe constar por escrito, en virtud de que como in dica Rojina Villegas "...para la expresión del consentimiento revistiendo una formalidad, la ley se ha preocupado sólo de re-

---

(1) SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit. Pág. 47.

glamentar la forma escrita, sin exigir para la verbal el uso de determinadas palabras. Es por esto que en el derecho moderno en rigor solo son contratos formales aquellos que deben cele -- brarse por escrito, y los que pueden otorgarse verbalmente ya -- no se reputan formales, porque no se requiere el uso de pala -- bras sacramentales o determinadas, para que el consentimiento -- se exprese única y exclusivamente en esa forma" (1).

En los contratos consensuales no es necesario que se exprese el consentimiento en forma escrita, el consentimiento pue de otorgarse en estos contratos tanto expresa como tácitamente, entendiendo por expreso, de acuerdo con el artículo 1803 del Có digo Civil vigente cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos el consentimiento y por tácito, el que resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente. Refirién dose a éste tipo de manifestación del consentimiento, expresa el maestro Borja Soriano "En doctrina se conoce además el con - sentimiento tácito, o sea la manifestación indirecta de la vo - luntad. Cuando no se ha empleado una forma directa para cele - brar un contrato, pero se ejecutan hechos que demuestran que se ha celebrado, porque esos hechos...no tienen otra explicación, los mismo se consideran como voluntad tácita o indirecta..." -- (2).

El consentimiento según se desprende del párrafo ante -- rior, debe exteriorizarse por ser el elemnto extrínseco del --

---

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 392.

(2) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 211

contrato, además de que el simple consentimiento no es suficiente para la formación del contrato, porque debe tener una manifestación exterior que es lo que va a constituir su forma. Como ya indiqué esa manifestación exterior de la voluntad de los contratantes puede ser en forma expresa o tácita; a la ley lo que le interesa es que el consentimiento se exteriorice, ya sea expresamente mediante la escritura, la palabra, señas, etc., o tácitamente, mediante la realización de actos tendientes a demostrar cual es la voluntad de los contratantes, sin que se emita palabra, se hagan señas o se formule documento alguno.

Respecto al silencio existe el problema de determinar si es una forma de manifestar la voluntad, problema que se ha originado en el proverbio de que "el que calla otorga", el cual no tiene valor jurídicamente, ya que el que guarda silencio en un contrato ni está consintiendo en la celebración del mismo, ni se está negando a celebrarlo, pues en el caso de que ejecute -- cualquier acto encaminado a la realización del contrato propuesto por otra parte, ya no se puede decir que aceptó mediante el silencio, sino que aceptó tácitamente al ejecutar actos que hacen presumir que consintió en la celebración del contrato, y -- por lo mismo, el silencio no es una forma de manifestar la voluntad entre los contratantes.

En México, hasta 1870 rigió el principio consensualista del Ordenamiento de Alcalá. El Código Civil de 1870 en su artículo 1392 postuló que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y, aún cuando ni siquiera menciona a la forma -- entre los requisitos del contrato, conservó la forma legal obli

gatoria par casi todos los contratos nominados, negando así el alcance general del enunciado.

El Código de 1884 suprimió la incongruencia del anterior al declarar en su artículo 1276 que los contratos legalmente celebrados (se entiende con la forma legal) obligan; y estableció que todo contrato de tracto sucesivo, con duración de más de -- seis meses, y cuya cuantía excediera de doscientos pesos, debería celebrarse por escrito, que era la forma legal (artículo -- 1322).

Nuestro Código Civil vigente como indica Rojina Villegas "...se prescribe un sistema mixto entre los Códigos de 1870 y - 1884; no es el consensualismo puro y contradictorio del de 1870 ni tampoco el formalismo general, con ciertas excepciones del - de 1884" (1). En efecto, nuestro Código vigente indica en la - fracción IV del artículo 1795 que el contrato se invalidará - - "Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma -- que la ley establece"., de manera que en este precepto se está prescribiendo un sistema formalista, pero en el artículo 1796 - se determina que "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley". Así tenemos que nuestro Código actual es ecléctico, ya que acepta tanto el formalismo como el consensualismo; los que no se contradicen en nuestra legislación, por estar delimitados los casos en que deben observarse ciertas formalidades en un contrato y los casos en que se perfecciona éste - por el mero consentimiento. Además de los artículos señalados

---

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 409.

tenemos que nuestro Código reglamenta la forma de los contratos en general, siguiendo tanto el consensualismo, cuando señala en el artículo 1832 que: "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...", como el formalismo, al indicar el mismo artículo: "...fuero de los casos expresamente designados por la - ley", y en el siguiente, que establece la nulidad del contrato, que no se haya celebrado con la observancia de los requisitos - establecidos por la ley, en los casos determinados por la misma

Este mismo artículo 1833 del Código Civil vigente subsana el defecto de la falta de forma, al expresar que "...si la - voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehá -- ciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal"., con lo que se ve claramente la posición ecléctica de nuestra ley que queda confirmada por el artículo 2232 - que establece: "...si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley"; teniendo así que en nuestra legislación vigente ya no existe el formalismo estricto que reglamentaba el de 1884, pues los contratos formales en - nuestra legislación se puede decir que son unicamente los que - deben otorgarse en escritura pública o documento privado, para que sean válidos y éste requisito no lo exige en todos los contratos.

IV.- La inexistencia y nulidad del acto jurídico (y de su especie, el contrato).

En el anterior apartado, y en forma por demás breve, hice un análisis del contrato como especie del convenio; cuales son sus elementos de existencia, y cuales los elementos de validez. Todo ello lo expuse como digo, en forma sucinta, lo cual se explica a través de la idea de que, se trata de una materia con muchos años de elaboración y pocos cambios de esencia.

A través de todas esas líneas hice sin embargo referencia a que, si el acto no cumple con tal o cual requisito, será nulo o inexistente, o se presenta una causa de ineficacia, pero no se precisaron con claridad y sistema qué es la inexistencia y qué la nulidad.

Como estimo necesario determinar estos conceptos, pasaré también en forma breve a recordar lo que determinan las teorías sobre esa materia, así como el Código Civil.

Es bien sabido que en condiciones normales los actos jurídicos se reputan válidos, si se integran con todos sus elementos, tanto de existencia como de validez y que producen naturalmente sus consecuencias de Derecho, pues así lo manifiesta Rojina Villegas al señalar que: "Los actos jurídicos pueden tener una existencia perfecta y entonces se denominan actos válidos. La validez la definimos como existencia perfecta del acto por reunir éste sus elementos esenciales y no tener ningún vicio interno o externo" (1).

---

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Antigua Librería Robredo. México, 1949. Pág. 326.

Pero acontece que en ocasiones por causas especiales o por previsiones de la misma Ley, el acto no llega a trascender al campo jurídico o no lo hace en toda su plenitud, sea que no produzca ningún efecto o produzca solo ciertas consecuencias -- que la Ley prevee, pues a ésto se refiere Planiol y Ripert, al señalar que: "La inobservancia de las prescripciones de la ley o la infracción de sus prohibiciones ocasiona una sanción; cuando tal ocurre es un acto jurídico, la sanción es...la ineficacia del acto..." (1). Por otro lado, los autores ya mencionados dan una definición de lo que es un acto nulo, y exponen: -- "El acto nulo reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, pero se encuentra privado de efectos por la ley" (2).

Esto conduce al estudio de las ineficacias jurídicas y su discusión doctrinal, así como su influencia en la configuración de los Derechos Positivos en los diferentes países.

. A).- Doctrina clásica francesa sobre inexistencia y nulidad.

Esta teoría, sólo se ocupó en sus orígenes de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa y por lo cual era bipartita; posteriormente se agregó o introdujo a esta teoría un nuevo elemento, la inexistencia, pasó a ser tripartita.

Expone la Teoría Clásica que todo acto debe estar revestido de los elementos orgánicos que le han sido señalados por la Ley. Que estos elementos son la voluntad y el objeto, y que,

---

(1) PLANIOL Y RIPERT. Op. Cit. Pág. 391.

(2) PLANIOL, t. I. núm. 326. Citado por Manuel Borja Soriano. - Op. Cit. Pág. 110.

en ausencia de los mismos el acto debe ser inexistente por lógica, ya que le falta alguno de sus elementos de definición, y -- así de manera enfática lo expone Baudry-Lacantinerie diciendo: "El acto inexistente es aquel que no ha podido formarse en razón de la ausencia de un elemento esencial para su existencia. Falta al acto alguna cosa de fundamental, alguna cosa que es, -- si se puede hablar así, de definición. Semejante acto carece de existencia a los ojos de la ley; es una apariencia sin realidad, la nada. La ley no se ocupa de él. No había, en efecto, por qué organizar la teoría de la nada" (1). Esta teoría atribuyó a la inexistencia las siguientes características: "I.- que dichos actos no producen ningún efecto, ni aún provisionalmente II, que son ininvalidables; III, que la inexistencia es imprescriptible; IV, que cualquier interesado puede hacer valer ésta, pero sólo como excepción, nunca como acción; y V, que la sentencia que en su caso llegue a pronunciarse es simplemente declarativa, dado que no crea, no constituye una nueva situación jurídica, sino tan sólo reconoce lo que antes ya ha sucedido, es decir, la no existencia del acto" (2).

Posteriormente a esta consideración, la Doctrina Clásica, hace referencia al establecimiento de los conceptos de Inexistencia y Nulidad para diferenciarlos y resulta del análisis -- que la primera tiene lugar en los casos presentados anteriormente, y la segunda, cuando el acto sí reúne los elementos de definición, pero por ciertas consideraciones como las de Orden Público, o que se refieran a la protección de determinados intereses, se ve privado el acto de todos o de algunos de sus efectos.

---

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, Précis, T. I, núms. 102-12. Citado por Borja Soriano. Op. Cit. Pág. 110.

(2) ORTIZ URQUIDI, Raúl. Op. Cit. Pág. 548.

Entonces la nulidad se clasifica en Nulidad de Pleno Derecho o Absoluta y Nulidad Relativa o Anulabilidad.

La nulidad absoluta es la que ataca a los actos que se ejecutan materialmente en contravención a un mandato o a una prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, es decir, de orden público, siendo el acto afectado por esta nulidad el que no se puede hacer valer por su confirmación, por prescripción, pudiendo invocar su nulidad cualquier persona que tenga interés legítimo en hacerla valer. Cuando algún juez llega a intervenir para la resolución de un caso como el planteado, sólo efectúa una función de constatación de la nulidad que se produce de pleno derecho, es decir, por el sólo hecho de la infracción.

En el caso de la Nulidad Relativa, la Doctrina se refiere a la protección que se debe dar a determinados intereses particulares, y sólo las personas afectadas podrán solicitar la declaración de nulidad, por ello se permite convalidar el acto, bien por ratificación o prescripción.

La intervención del juez en esta nulidad relativa, no es sólo de reconocimiento, sino que se necesita declarar la nulidad y se retrotraen los efectos del acto cuando es posible, hasta el día en que se inició. En este sentido se manifiesta Borja Soriano al señalar que "El acto jurídico anulable, en tanto que no ha sido anulado por una decisión judicial, produce sus efectos. Y, sin embargo, esos efectos no se producen sino provisionalmente, por que la sentencia judicial que pronuncie la nulidad obrará con efecto retroactivo al día del acto y, por con-

siguiente, todos los efectos producidos se considerarán como no efectuados" (1).

B).- Doctrina de Japiot y Piedelievre respecto a la ineficacia del acto jurídico.

La Doctrina Clásica de las inexistencias y nulidades fue el blanco de severas críticas pero de ellas, las que gran importancia revisten, por su influencia en la Ley Positiva, fueron las que formularan en sus tesis de Doctorado, los juristas franceses René Japiot y Piedelievre.

B.1.- Doctrina de René Japiot.

Este autor inicia su tesis con una severa crítica a la tesis clásica, y así determina que: 1.- El pensamiento clásico no funciona de manera integral y en forma eficiente, pues ha establecido una oposición entre la inexistencia y las nulidades, oposición que no corresponde a la realidad de las cosas. 2.- Resuelve en bloque diversas materias que deben de ser objeto de resoluciones menos generales. 3.- Además, establece entre esas diversas cuestiones una solidaridad que no se justifica, pues liga la materia de no producción de efectos jurídicos, la no ratificación y la no prescripción, con la del número más o menos considerable de personas que pueden prevalerse de la nulidad.

Después de esta crítica, Japiot, en lo que puede estimarse un segundo capítulo de su tesis hace referencia a la "idea del fin". Manifiesta que para llegar a organizar una teoría de las nulidades, es necesario conocer el fin de las normas viola-

---

(1) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 112.

das por el acto nulo. De esta consideración, piensa que la nulidad es una sanción, y la misma debe ser proporcionada al fin que persigue el legislador, con esa norma violada. Ahora bien, como el fin perseguido por las normas es variable, también debe ser diversa la sanción, aunque siempre debe ser eficaz para garantizar el cumplimiento del Derecho Objetivo.

En seguida, elabora Japiot su tercer capítulo en donde trata de "el medio" en donde se dan los actos jurídicos, y así dice que considera que únicamente la idea de fin, no es suficiente para determinar la naturaleza, clase y efectos de la nulidad del acto violatorio, sino que se debe atender además al medio social en que los actos se han llevado a cabo.

Siendo el medio complejo, pues se mueven en él intereses particulares, familiares, de terceros, sociales, etc., deben tomarse en cuenta para determinar el alcance de la nulidad. Se debe atender al principio del equilibrio de los intereses en presencia del acto nulo. Todos estos elementos, cuyo conjunto forman el medio donde la nulidad está llamada a obrar, desempeñarán su papel en nuestra teoría, que se mantendrá así más cerca de los hechos y tendrá más probabilidad de adaptarse a las necesidades prácticas.

Como cuarto capítulo de su tesis, asienta que no asiste ninguna razón a la Teoría Clásica para considerar que las causas de nulidad o inexistencia den lugar a esos dos únicos grandes grupos, sino que se debe llevar a cabo un análisis más concienzudo de la nulidad, aún cuando se aprovechen algunas clasificaciones que la tesis clásica ha establecido como causales.

Japiot sigue la crítica y anota en un penúltimo capítulo, que la concepción de la escuela clásica de considerar a la nullidad como un estado del acto considerado en sí, sea substituida por la de considerar a la nulidad, como un derecho de crítica - dirigido contra los efectos del acto. Su argumento al respecto lo hace consistir en que: la vida del acto válido no puede consistir, prácticamente, más que en la realización plena y entera de sus efectos. Si falta uno sólo de éstos, ya hay ineficacia, misma que irá aumentando a medida que aumente el número de efectos suprimidos, hasta llegar a la ineficacia absoluta. Todas - las nulidades, sean absolutas o relativas, sean públicas o privadas, así como la inexistencia y aún la inoponibilidad, son, - pues, ineficacias. Este derecho de crítica, es pues, el derecho que se tiene para juzgar si es posible que algunos efectos del acto subsistan o el derecho para determinar cuáles de los efectos del acto deben declararse insubsistentes por ser contrarios a la norma. De aquí que puede afirmarse no hay bloques de inexistencias y nulidades sino ineficacias.

Concluye Japiot que debe descartarse la Tesis Clásica, - pues como ya se dijo, da soluciones en bloque a problemas tan complejos, además de que la ineficacia del acto debe determinarse atendiendo en cada caso al fin de la norma y de los interereses en presencia, y finalmente adoptar una teoría más especializada para analizar en forma casuística los problemas de la nullidad.

#### B.2.- Tesis de Piedelievre.

"La noticia de esta tesis la da a conocer Paul Lerebours

-Pigeonniere y René Demogue en la Revista Trimestral de Derecho Civil, del año de 1911" (1). Piedelievre observa los casos - - "...en los cuales no se aplica el principio quod nullum est nullum product effectum" (2). Y entre otros, anotó los siguientes casos" 1°.- Cuando no se producen los efectos principales - pero sí algunos secundarios. 2°.- Cuando los actos son nulos pero surten por cierto tiempo sus efectos como si fuesen válidos o regulares. 3°.- Finalmente cuando los actos son nulos pero -- producen todos sus efectos.

Con base en dicha primera parte, Piedelievre desarrolla la segunda, que no es sino un ensayo de sistematización y que -- forma el punto capital de la obra, y es: "El hecho que un acto sea inexistente, no le impide, según M. Piedelievre, producir - ciertos efectos" (3). Luego se pregunta cual es el mínimo de - base necesario, para que un acto afectado de nulidad subsista. No resuelve la cuestión, pues afirma que no es posible fijar -- ese límite de modo preciso y se refiere a una simple tendencia de espíritu, pero desde el momento en que el acto inexistente - es más que la nada, podrá producir alguna consecuencia.

En seguida se pregunta el autor, sobre cual es el medio más propicio para que de los actos nulos sobrevivan más facil - mente algunos de sus efectos, y dice será aquél en donde el - - principio de la autonomía de la voluntad sea más respetado, en donde el formalismo sea menos riguroso y en el que, la nulidad se dirige no contra el acto mismo, sino contra las consecuen -- cias del acto, ya que las consecuencias del acto que sobreviven

---

(1) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 119

(2) Ibidem.

(3) Ibidem.

a la nulidad, reconocen como fundamento a la buena fe, a la idea de responsabilidad y a la apariencia de realidad que oculta el acto nulo.

C).- La restauración de la teoría clásica en materia de ineficacia de los actos jurídicos, efectuada por -- Bonnacase.

Las críticas a la tesis clásica, anteriormente expuestas, conmovieron a la doctrina imperante, y fue así como otro autor, que habría de orientar al legislador de 1928, formula su teoría aprovechando de las ideas clásicas y de las nuevas ideas, todo lo aprovechable. Esta tesis es la de Julian Bonnacase.

Bonnacase se adhiere a la tesis clásica pero con ciertas reservas, insiste en lo necesario que es sistematizar los conceptos jurídicos ya que de lo contrario serían negados al Derecho sus características de ciencia y además se abandonarían al temperamento del juez, a sus impresiones o a su arbitrio, los intereses que se deben salvaguardar. Sin embargo, difiere de la doctrina clásica al no aceptar la clasificación tripartita de inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, proponiendo únicamente emplear los términos de inexistencia y nulidad, pero ello sin perjuicio de hacer distinciones en el seno de la nulidad, pues no comparte la idea de que la inexistencia absorba a la nulidad absoluta, como lo hace la doctrina clásica.

Para el establecimiento de las nulidades debe observarse un método orgánico, y hacerlo prevalecer sobre el punto de vista histórico.

Bonnecase considera que la inexistencia tiene lugar "... cuando al acto jurídico le falta uno o varios de sus elementos orgánicos, o quizá más exactamente, específicos" (1), los cuales son de dos clases: Psicológicos y Materiales; en el primero es la voluntad del autor del acto, o el consentimiento de las partes; los segundos son el objeto y la solemnidad.

Respecto a las características de la inexistencia coincide de Bonnecase con la doctrina clásica, es decir, que el acto jurídico inexistente no engendra ningún efecto, cualquiera que sea; no es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción; todo interesado cualquiera que sea, tiene derecho de prevalerse de esa inexistencia.

Critica después Bonnecase las nuevas tesis pues afirma - que un acto inexistente produce efectos de derecho es absurdo. Un acto jurídico inexistente, está en la imposibilidad absoluta de engendrar como tal, cualquier consecuencia; pero es diferente sostener que, hechos materiales a los cuales se rehusaría la calificación de actos jurídicos, no pueden producir efectos de derecho.

Sobre la nulidad, afirma que el acto nulo sí puede producir efectos de derecho, pues se trata de una realidad mientras no se le destruya por decisión judicial, aún tratándose de nulidades absolutas, pues el acto es completo, orgánicamente hablando. No es de la naturaleza del acto que una vez destruido, todo desaparezca con él, porque la idea de retroactividad no está ligada en modo absoluto a la idea clásica de nulidad.

---

(1) Ibid. Pág. 121.

Bonnecase considera que: "La nulidad de un acto se reconoce en que uno de sus elementos orgánicos: voluntad, objeto, - forma, se ha realizado imperfectamente o el fin que perseguían los autores del acto setá,...condenado por la ley..." (1).

La nulidad absoluta tiene las características de ser el acto inconfirmable, la acción imprescriptible y puede intentarse por quien tenga interés jurídico, además, una vez pronunciada por sentencia no deja ningun efecto detras de ella.

Por oposición a la nulidad absoluta, es relativa toda nulidad que no corresponde rigurosamente a la noción de nulidad absoluta. Bonnecase considera que la nulidad absoluta debe tener su carácter rígido, inflexible, de tal manera que si no se dan las tres notas esenciales mencionadas, el acto estará afectado de nulidad relativa, a pesar de que sea acto ilícito y de que tenga dos características de la nulidad absoluta y una de la relativa.

Finalmente, considera Bonnecase, pertenece a los tribunales decidir en cada caso si se está en presencia de una nulidad absoluta o de una nulidad relativa, y en lo posible establecer qué personas pueden prevalerse de ella, condiciones de la confirmación posible, duración de la prescripción y consecuencias destinadas a subsistir a pesar de la anulación.

D).- La inexistencia y nulidad de los actos jurídicos en el Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

El Derecho Positivo Mexicano se gufa por los principios

---

(1) Ibid. Pág. 123.

de la teoría de Bonnacase, y diferencia con claridad la inexistencia (artículo 2224), de la nulidad (artículo 2226); da así mismo definitiva forma a la nulidad absoluta al asignarle caracteres fijos (artículo 2226) y caracteriza con claridad la nulidad como aquella que no reúne los rasgos de la anterior (artículo 2227).

D.1.- La inexistencia en el Código Civil Vigente.

Según el artículo 2224 despone que: "El acto jurídico -- inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno"., es decir, cuando falta uno de sus elementos esenciales o de existencia, mismos que como ya vimos están señalados como tales para el contrato en el artículo 1794.

Esta referencia al contrato hecha por dicho artículo -- 1794, nos explica por qué el precepto de la inexistencia habla de consentimiento en vez de hablar de voluntad, que es en sí, -- el primer elemento esencial de todo negocio jurídico, sea éste unilateral, bilateral o plurilateral. Asimismo, el citado artículo 1794 sólo señala para la existencia del contrato el consentimiento y el objeto, razón por la cual el artículo 2224 sólo se refiere a la falta de cualquiera de estos elementos esenciales como originadora de la inexistencia, omitiendo la solemnidad, no obstante que ésta, en los casos en que la ley la requiere es también, un elemento esencial del negocio. Pero a mayor abundamiento, la razón de por qué los artículos 1794 y 2224 no hacen referencia a la solemnidad, es porque en el Derecho Mexicano no existen contratos solemnes, al menos en la rama del De-

recho Patrimonial.

El repetido artículo 2224 de nuestro Código Civil, señala las características legales de la inexistencia, es decir, -- del acto jurídico inexistente, de la siguiente manera: "No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado".

D.2.- La nulidad en el Código Civil Vigente.

Aparte de la categoría de los actos inexistentes, el Código Civil vigente, al igual que la doctrina clásica, distingue entre dos tipos de nulidades: Nulidad absoluta y nulidad relativa.

Sí, como lo acabamos de ver, hay inexistencia cuando al negocio le falta un elemento esencial; hay nulidad cuando la -- falta es uno ó más elementos, pero ya no esenciales, sino de validez. Siendo cuatro los elementos de validez, es importante -- determinar cuando, faltando uno u otro de ellos habrá nulidad -- absoluta o relativa.

D.2.1.- Nulidad Absoluta.

La nulidad absoluta es la sanción que se estatuye en contra de los actos que se ejecutan materialmente en contravención a un mandato o a una prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, es decir de orden público, para privarlos de efectos. -- La nulidad absoluta tiene por misión asegurar directamente la -- salvaguarda del interés general; en este sentido se manifiesta Rojina Villegas al señalar que "...todo acto ejecutado contra -- el tenor de las leyes de orden público (prohibitivas o imperati

vas), y contra las buenas costumbres, es por regla general, no siempre, nulo absolutamente" (1). Esta regla admite excepciones, determinadas por la ley, para tal o cual acto ilícito, que sólo queda afectado de nulidad relativa, pues así lo dispone la ley en el artículo 2225 del Código Civil vigente que dice: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley". La solución de este problema se deja al criterio del juez y del legislador. El legislador soberanamente establece cuando el acto ilícito está afectado de nulidad absoluta o de relativa, pero sólo el legislador y no el juez, es quien debe fijar esta excepción a la norma general.

Conforme a la parte final del artículo 2226, la nulidad absoluta se caracteriza porque: "De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción"., además la nulidad absoluta generalmente, produce efectos, que deben ser destruidos retroactivamente por sentencia que pronuncie el juez, pues así lo dispone la primera parte del artículo 2226: "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad".

#### D.2.2.- Nulidad Relativa.

Nuestro Código Civil, considera que la nulidad será in cuestionablemente relativa cuando, de los cuatro elementos de validez que ya conocemos, falta cualquiera de estos tres: la ca

---

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Tomo V. Vol. I. Pág. 147

pacidad, la forma y la ausencia de vicios de la voluntad; la -- forma, claro, cuando la ley la requiera para la validez del contrato, pues así lo dispone el artículo 2228 al señalar: "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce - la nulidad relativa del mismo".

En cuanto al cuarto elemento de validez, o sea, la licitud en el objeto, motivo o fin, el Código Civil se separa de la teoría clásica, pues en tanto que ésta consideraba a la ilicitud como originadora, en todos los casos, de la nulidad absoluta y nunca de la relativa, nuestro ordenamiento Civil considera que la ilicitud puede originar tanto la nulidad absoluta como - la nulidad relativa, pues claramente así lo dispone en su artículo 2225 que dice: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en - la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley".

En cuanto a las características de la nulidad relativa, nuestro Código Civil ya no exige como la teoría clásica, que para que la nulidad relativa tenga lugar, debe contar con estos - tres requisitos: 1°.- Que ésta sólo pueda hacerla valer la persona a cuyo favor la establece la ley; 2°.- Que sea convalidable, y 3°.- Que sea prescriptible; sino que basta con la presencia - de uno de ellos para que la nulidad relativa se produzca. Así, entendido a contrario sensu lo dispone la parte inicial del artículo 2227 al establecer que: "La nulidad es relativa cuando - no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior-

or"., se refiere a los caracteres para la nulidad absoluta.

La nulidad relativa siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos, pues así los dispone la parte final del artículo 2227, pero dichos efectos serán destruidos retroactivamente por la sentencia que decreta esa nulidad relativa.

## CAPITULO TERCERO

### LA REPRESENTACION

#### I.- Noción y utilidad de la representación.

Empezaremos por decir que la representación es una figura jurídica que consiste en permitir que los actos celebrados por una persona (representante) repercutan y surtan efectos jurídicos en la esfera jurídico-económica de otro sujeto (representado) como si este último los hubiera realizado, y no afectan para nada la esfera del representante.

Por la utilidad práctica de la institución de la representación, los tratadistas del Derecho en diversos países se han ocupado del tema, preocupándose por dar a este concepto la definición más acertada; y así, Bonnetcase expone que: "La representación es una institución jurídica en virtud de la cual, fundada en elementos de hecho convencionales o legales, una persona tiene el poder de realizar directamente, por cuenta de otra, -- operaciones materiales y jurídicas. Con relación a una persona determinada, la representación es susceptible de aplicarse mediante un contrato, hallándonos entonces ante un mandatario, cu

yas facultades estarán limitadas, como hemos indicado, a la ejecución de actos jurídicos, dentro de los límites establecidos - convencionalmente por la parte o por el Código Civil en caso -- contrario. Pero la representación jurídica puede también ser - puesta en movimiento por la misma ley, basada en elementos distintos al contrato..." (1).

Todos los criterios parecen coincidir cuando se trata de conceptuar esta institución, y a este respecto Borja Soriano dice: "Hay representación cuando una persona celebra a nombre y - por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él - mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado el acto): se - produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero..." (2).

Por su parte Rojina Villegas, en una definición casi semejante a la de Borja Soriano, afirma: "Existe la representación, cuando una persona celebra un contrato o un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, de tal manera que los efectos - se referirán al patrimonio y a la persona de aquel que no ha intervenido en el acto jurídico, denominado representado, y no -- afectarán el patrimonio del representante, que sí intervino en dicho acto" (3).

Por otro lado, Planiol, Ripert y Esmein consideran que - "...la representación se revela como el medio de que dispone --

- 
- (1) BONNECASE. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Pág. 387. -- Trad. José M. Cajica Jr., Edit. Cajica. Puebla. México. 1945 Citado por Rojina Villegas. Op. Cit. Tomo V. Vol. I. P. 450.
- (2) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 280.
- (3) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 451.

una persona para obtener, utilizando la voluntad de otra, los mismos efectos que si hubiera actuado por sí misma" (1), ya que no es obstáculo que las personas se puedan substituir, a los efectos de la celebración de un contrato, por otra persona, y que recibe la denominación técnica de representación cuando el acto lo realiza una persona por cuenta de otra, de tal suerte que los resultados se producen directamente en provecho o en contra del representado.

De acuerdo con las definiciones de los autores expuestos, podemos desprender la importancia de la representación como institución que el Derecho ha creado como necesaria, permitiendo a los interesados sustituirse para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; del mecanismo de la representación, vemos aparecer sintéticamente como elementos: que una persona lleve a cabo un acto jurídico o un contrato en nombre y por cuenta de otra, con las consecuencias naturales que implica dicha figura jurídica o sea que los efectos repercutirán en el patrimonio del representado que no tuvo intervención en el acto o contrato, él será titular de los derechos y sujeto de las obligaciones que emanan de dicho acto; el representante que es el que de hecho ha intervenido no tendrá ninguna afectación en su patrimonio.

En cuanto a la utilidad de la representación, ésta desempeña un papel considerable en las relaciones jurídicas, pues hay personas incapaces para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones y, sin embargo, tienen derechos que ejercitar y obligaciones que cumplir, y no les sería posi-

---

(1) PLANIOL Y RIPERT. Op. Cit. Pág. 76.

ble llevarlos a cabo, ni que se les exigiera su cumplimiento, - si la ley no proveyera a ellos, creando la figura apropiada, es decir, la representación. Estos incapaces no pueden ejercitar por sí mismos sus derechos, porque les falta el discernimiento necesario. La Ley les nombra entonces un representante que - - obre por su cuenta, así claramente lo explica Rojina Villegas - al exponer: "Toda incapacidad de ejercicio origina la necesidad de una representación legal, porque si se admite la capacidad - de goce, pero se niega la de ejercicio y no se busca un medio - legal para que se ejerciten los derechos que el titular no puede hacer valer directamente, se negaría prácticamente también - la capacidad de goce" (1).

Además, aún en el ámbito de las personas capaces la re - presentación viene a llenar una necesidad, en cuanto que por di - ficultades materiales de diverso orden, como el alejamiento, la inexperiencia, etec., requieren ser auxiliadas por otras personas, como sus representantes, en la celebración de determinados actos jurídicos; en este sentido se manifiesta Borja Soriano al señalar que "...la representación facilita la formación de las relaciones jurídicas entre personas capaces, permitiéndoles eje - cutar actos sin aparecer ellos mismos" (2).

La utilidad de la representación se manifiesta también - en el terreno de las personas morales o colectivas, pues el me - dio de que disponen para poder exteriorizar su voluntad jurídica, es a través de un representante (administrador), órgano de la persona moral en el que delega dicha actividad.

---

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 449.

(2) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 280.

Es la imposibilidad legal o material del interesado en la celebración o ejecución de un acto jurídico, la que abre las puertas del Derecho a la representación.

Podemos concluir este punto, diciendo que la utilidad de la representación se muestra desde luego en dos aspectos: - - - 1.- Como una institución jurídica necesaria en la representación legal. 2.- Como una institución jurídica práctica en la representación voluntaria.

## II.- Diversas teorías sobre la representación.

Enorme ha sido el problema para dar una explicación jurídica de la relación existente entre la persona que expresa una voluntad (representante) a nombre y por cuenta de otra (representado); ¿en qué carácter lo hace, con qué personalidad actúa?, ¿cómo es posible que los efectos de un acto no recaigan sobre la persona que lo celebró y si sobre el representado?. A este respecto los más connotados juristas han elaborado doctrinas --tratando de explicar dicho fenómeno.

### 1.- Teoría negativa de Duguit.

Según este autor la representación debe rechazarse porque no es sino un producto del espíritu que no contiene nada de real; es según Duguit al decir de Borja Soriano: "...la consecuencia, de un análisis inexacto del papel de la voluntad en la formación del acto jurídico" (1).

---

(1) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 281.

## 2.- Teoría de la ficción.

Esta es la clásica o comúnmente aceptada en Francia, se origina en Pothier y cuenta entre sus expositores a autores de gran renombre, como los conocidísimos Laurent y Planiol.

Acepta esta teoría que, por virtud de una ficción, es el representado el que contrata y no el representante, motivo por el cuál, los derechos y obligaciones se producen en favor y en contra de aquél.

Se tiene, en la representación, el contrato celebrado -- por el representante, como si hubiera sido celebrado por el representado. He aquí la ficción: como si hubiera sido; el que - rer del representado, por medio del querer del representante, - es el querer que ha creado el acto jurídico. Así Pothier dice: " 'Es el mandante, el que se considera que contrata por su mi - nisterio (del mandatario) y quien se obliga hacia las personas - con las cuales su mandatario ha contratado en esta calidad. El mandatario, en este caso, no contrae ninguna obligación para -- con las personas con las que contrata en esta calidad, porque - no es él quien se reputa que contrata; no hace sino interponer su ministerio, por el cual se considera que el mandante contrata' " (1).

Esta doctrina, como su nombre lo indica, supone un hecho contrario a la realidad, así lo explica Rojina Villegas al expo ner que "...esta teoría elude el problema que trata de explicar, porque fingir o suponer un hecho contrario a la realidad, para explicar ese mismo hecho, es tanto como no explicar nada" (2).

---

(1) POTHIER. Traité du Contrat de Mandat, Núm. 87.- Citado por Manuel Borja Soriano. Op. Cit. Pág. 282.

(2) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 457.

Esta teoría al admitir que es la voluntad del representado la que se manifiesta por conducto del representante, y esto lo admite tanto en la representación legal de los incapaces como en la representación voluntaria, sería admitir en la representación legal que el representado expresa su voluntad a través del representante, pues sería también estar de acuerdo que el incapaz tiene voluntad suficiente para poder realizar por sí solo actos jurídicos de cualquier naturaleza, por lo que sería innecesario que la ley lo protegiese nombrándole un representante, llámese tutor, curador, etc.

Demogue critica esta teoría aduciendo que la teoría de la ficción "...cuadra mal con el caso de representación legal o judicial en la que el representante carece de voluntad eficaz" (1).

### 3.- Teoría del nuncio.

Esta teoría que Savigny ha expuesto explica que "...el representante no es sino un simple mensajero, un nuncio, quien lleva la palabra del representado. Es éste quien contrata en realidad y no el representante, el que no declara su propia voluntad sino la voluntad de otro" (2). Esta teoría, que ninguna persona defiende hoy, es impotente para explicar todos los casos de representación; la critica Popesco-Ramniceano afirmando que: "'Decir de un representante que es otra cosa que un mensajero, es decir simplemente que un representante no lo es'" (3), - además no explica la representación legal, porque cómo puede --

- 
- (1) DEMOGUE. Título Primero, número 147, pág. 240.- Citado por Manuel Borja Soriano. Op. Cit. Pág. 284.
- (2) POPESCO-RAMNICEANO. De la Representation dans les actes juridiques en Droit comparé. pág. 17.- Citado por Manuel Borja Soriano Op. Cit. Pág. 284.
- (3) Ibidem.

ser posible que un representante reciba órdenes de un menor de edad o de un enajenado, siendo que los mismos no tienen el discernimiento necesario para realizar por sí solos sus derechos y cumplir sus obligaciones, a lo que Rojina Villegas considera -- que: "Basta con reflexionar que no hay posibilidad de recurrir a un mensajero en la representación legal, para que esta doctrina resulte inadecuada, sobre todo en los casos de representación de los incapaces. Si el tutor, o el padre que ejerce la patria potestad fueran un mensajero del menor o del enajenado para cumplir los caprichos de estos incapaces, los actos jurídicos que realizaran no serían válidos, ni la representación cumpliría su finalidad, que es proteger y suplir la voluntad de los incapaces" (1).

Por último, esta teoría conduce por otra parte a situaciones injustas; "...conduce a no tener en cuenta para las condiciones de capacidad y para los vicios de consentimiento, sino la persona del representado" (2).

#### 4.- Teoría de la cooperación de voluntades.

Mitteis, citado por Borja Soriano y a quien se debe la teoría de la cooperación de voluntades, expone que "...el representante no contrata solo, y que el representado no contrata de manera exclusiva, sino que ambos contratan jurídicamente y los dos producen el acto jurídico" (3). De tal suerte que para determinar la validez y contenido del negocio llevado a cabo por representación, debe atenderse a las voluntades del repre -

---

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 459.

(2) POPESCO-RAMNICEANO. Op. Cit. Pág. 17-18.- Citado por Manuel Borja Soriano. Op. Cit. Pág. 284.

(3) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 284.

sentante y representado en la medida que cada uno influya en la formación del negocio. En la representación voluntaria, esa -- cooperación de voluntades se aprecia fácilmente variando del -- mandato expreso al general. En el expreso, según Rojina Villegas, "...predomina la voluntad del mandante, y la voluntad del mandatario casi es nula; debe sujetarse a las instrucciones que específicamente le han dado. En el mandato general, la voluntad del mandatario predomina, porque se le deja libertad de acción para ejecutar actos de dominio o de administración, dentro de normas muy generales..." (1), y en el mandato en el que se encuentran determinados sólo algunos elementos, se deberá atender simultáneamente a las dos voluntades, a cada una en la parte concreta de las determinaciones contractuales respectivas.

Popesco-Ramniceano critica la teoría, al decir de Borja Soriano, "...porque produce complicaciones sin número y con -- ellas se llega a tantas distinciones y subdistinciones que no -- hacen sino hacer obtuso el problema" (2). Sin embargo, autores como el Maestro Rojina Villegas la aceptan, por explicar, dice, la representación voluntaria, en donde se puede advertir esa -- cooperación de voluntades, pero no la representación legal, porque como explicar ésta por una cooperación de voluntades entre el incapaz y el capaz.

5.- Teoría de la sustitución real de la personalidad del representado por la del representante.

Esta teoría que el propio maestro Borja Soriano acepta -- como la mejor desde el punto de vista doctrinal, es a la que se

---

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 459.

(2) BORJA SORIANO, Manuel, Op. Cit. Pág. 285.

han adherido autores franceses y alemanes, entre los que se cuentan Colín y Capitant, Levy-Ullmann, Jhering, Enneccerus y Nipperdey, y otros que parecen coincidir para considerar, como lo hace Pilón, que: "La representación se analiza en la sustitución real y completa de la personalidad jurídica del representante a la del representado; en otros términos, es la voluntad del representante, substituyéndose a la del representado, la que participa directa y realmente en la formación del contrato que producirá sus efectos en el patrimonio del representado" (1).

Madray, siguiendo la definición del acto jurídico propuesta por Bonnacase, y la cual a continuación se transcribe: "...manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o, al contrario, un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o la extinción de una relación de derecho" (2), considera que por los efectos del acto jurídico una situación jurídica abstracta se convierte en concreta cuando se realiza la hipótesis prevista en la norma general, y explica los efectos de la representación de la siguiente manera: "El representante manifiesta la voluntad de celebrar un acto cuyas consecuencias se producirán únicamente en otra persona; el tercero acepta. Una regla de derecho entra en movimiento porque sus condiciones de aplicación se han cumplido por por las partes; tiene por resultado engendrar efectos de derecho

---

(1) Ibidem.

(2) Ibid. Págs. 97 y 98.

cho en contra o en provecho de varias personas, que son, en la especie el representado y el tercero' " (1).

En los casos de incapacidad, es la norma la que dispone que la voluntad del representante obliga al incapaz. Según Ma-dray, ésta es la situación jurídica abstracta, que no tenemos - que discutir.

Aunque esta teoría es la que más satisface, inclinándose por ella como ya dije el prestigiado y ya desaparecido maestro Borja Soriano, el no menos conocido autor y maestro Rafael Rojina Villegas, hace una objeción a esta teoría exponiendo que se debe separar en primer lugar la representación legal de la vo - luntaria tanto en la causa que las motiva como en su justifica - ción, siendo la justificación de la representación voluntaria - la autonomía de la voluntad del representado y en la legal, el principio de autonomía de la voluntad establecida por el legis - lador en la Ley, que es a su vez influido por dos factores que son la incapacidad de ejercicio o sea la imposibilidad de actu - ar y la necesidad ineludible por el Derecho, de que el incapaci - tado o imposibilitado pueda ejercitar sus derechos (1).

#### 6.- Crítica del sustentante.

A las anteriores teorías que nos explican la representa - ción, se les han hecho diversas críticas para rechazarlas, a la de la ficción se le excluye por no partir de la realidad, cosa con la cual estoy de acuerdo, además de que da a la representa - ción legal el mismo tratamiento que a la voluntaria, lo cual es

---

(1) Ibid. Pág. 286.

(2) CFR. Rafael Rojina Villegas. Op. Cit. Págs. 461,462 y 463.

inadecuado en virtud de que como ya se dijo, sería tanto como - aceptar que el menor de edad y el enajenado, o en otras pala -- bras los incapaces, gozan de capacidad de ejercicio al admitir como lo hace esta teoría, que son ellos quienes realmente compa -- recen al acto; en cuanto a la teoría del nuncio que tampoco explica la representación legal, cabría por lo tanto hacerle la -- misma crítica que a la anterior, pues afirma que el representa -- do (en este caso el incapaz) es el que realmente manifiesta su voluntad y de la cual sólo es portador el representante, de tal manera que parecería que les reconoce capacidad de ejercicio a los incapaces; a la teoría de la cooperación de voluntades, al igual que a las dos anteriores, se le objeta el hecho de que en algunos casos, como en el de los incapaces, no es posible que -- haya cooperación de voluntades, ya que éstos no emiten opinión alguna y sin embargo el contrato va a tener efectos en el patri -- monio de éstos; por último, en cuanto a la teoría de la sustitu -- ción real de la voluntad del representado por la del represen -- tante, considero desde un punto de vista muy personal, que es -- la teoría más acertada, ya que en cierto modo explica la repre -- sentación legal, punto en el cual las tres primeras doctrinas o teorías fracasaron y en las cuales ni siquiera encontramos un -- intento de justificación, no obstante que sí dieron una solu -- ción correcta para justificar la representación voluntaria.

A la representación legal la explica pues esta teoría, -- en el sentido de que ya no es la voluntad del representado (in -- capaz) la que se manifiesta al celebrarse el acto (cosa que sí se aceptaba en las tres teorías anteriores, aunque éstas repre --

samente no lo mencionaron), sino la del representante que es -- quien con su personalidad y voluntad está sustituyendo la voluntad y personalidad del representado (incapaz)

### III.- La representación en el Derecho Civil Mexicano.

Naturalmente que como en la época de nuestros códigos civiles anteriores, la teoría de la ficción era la predominante - en Francia y la aceptada por el Código de Napoleón, y como el - Código de 1870 tuvo como antecedente principal aquél, nada tiene de extraño que las ideas por las cuales se decidieran los legisladores de entonces hayan sido las de la ficción; y como los artículos en materia de representación del Código Civil de 1884 proceden del de 1870, y los del Código Civil vigente promulgado en 1932, del de 1884, no nos extrañemos tampoco que la teoría - aceptada en la actualidad por nuestra ley civil sea aparentemente la de la ficción; así lo considera Borja Soriano al señalar que "...teniendo en cuenta que los artículos de nuestros Códi-gos de 1884 y de 1928 en materia de representación proceden del Código de 1870, época en la que entre nosotros la teoría conocida era la de la ficción, que ésta es la tradicional en México, como en Francia, creemos que con el criterio de esa teoría es - como debemos interpretar nuestros preceptos legales en materia de representación, aceptando esa teoría, como la acepta Geny " (1).

Contienen esta noción de representación los artículos --

---

(1) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 287

1800, 1801 y 1802 del Código Civil vigente. El primero de ellos, al establecer que: "El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado", vemos que se acoge a la teoría de la ficción, en cuanto que por ficción de la ley se estima que es el representado quien actúa en la celebración del acto. Del artículo 1801, se deduce la clasificación de la representación en legal y voluntaria así expresa: "Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley". Por "él", cuando la voluntad expresa o tácita del mandante es la que autoriza a otro para que a su nombre y por su cuenta ejecute determinados negocios jurídicos. Dijimos mandante, porque la representación voluntaria se presenta fundamentalmente en el contrato de mandato. Por "la ley", en cuanto la representación no dimana de la voluntad del representado, sino que es la voluntad del legislador la que la otorga, por ser la finalidad que se persigue distinta de la que persigue la voluntaria. Mientras que ésta atiende a finalidades prácticas, aquélla pudieramos decir, es una institución de protección necesaria.

El artículo 1802 nos habla del caso de los contratos celebrados por una persona a nombre de otra, sin darse los requisitos exigidos por la ley, y establece la nulidad para dichos actos, y así dispone: "Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el con

trato exige la ley".

"Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante -- tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrato". En realidad, estamos frente a un caso de inexistencia por falta de un elemento esencial; no es vicio del con - sentimiento, sino falta de él, pero este punto será objeto de estudio con más claridad en el Capítulo siguiente, ya que es el punto medular de este trabajo.

IV.- El contrato a nombre de otro sin ser su representante.

Esta figura se refiere a aquel o aquellos contratos que son celebrados por una persona en favor o en perjuicio de otra, y de la cual aquel quien celebra el contrato no es su legítimo representante. Esta figura según el Código Civil vigente, está afectada de nulidad relativa, al tener cabida la ratificación - del mismo, cosa con la que no estoy de acuerdo y que como ya lo mencioné, será el punto a discutir en este trabajo. Mas no pre tendiendo ser repetitivo en cuanto al tema; remito este apartado al capítulo cuarto del presente trabajo, donde se hará el es tudio detallado del tema que nos ocupa.

V.- Figuras afines al contrato a nombre de otro, por quien no es su representante.

1.- La gestión de negocios.

El artículo 1896 del Código Civil vigente, dispone: "El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un -- asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño -- del negocio". La disposición contenida en este precepto, es -- otra fuente de obligaciones consistente en un hecho jurídico vo luntario lícito y al cual conocemos como gestión de negocios o representación oficiosa, como la llama el maestro Raúl Ortiz-Urquidí.

Esta figura consiste, según el maestro Bejarano Sánchez, "...en la intromisión intencional de una persona que carece de mandato y de obligación legal, en los asuntos de otra, con el -- propósito altruista de evitarle daños o de producirle benefi -- cios" (1). Implica esta figura que un tercero, sin mandato y -- sin estar autorizado por la ley, interviene en los negocios de otro; es una interferencia deliberada en la esfera jurídica aje na que la ley no prohíbe ni condena, porque se funda en un sentimiento de solidaridad social.

En esta gestión de negocios en la cual tiene cabida la -- representación oficiosa, el gestor no es ni representante legal, ni menos representante voluntario del dueño del negocio, sino -- un gestor oficioso que obra por voluntad propia. En este senti -- do cabe transcribir un comentario de Manuel Rossel, al decir de Borja Soriano, y el cual estima que: "La gestión de negocios -- consiste en el hecho de que una persona (el gestor) administre voluntariamente el negocio de otra persona (el dueño) sin manda -- to de parte de este último. Así, yo sé que uno de mis parien --

---

(1) BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Op. Cit. Pág. 205.

tes o de mis amigos se ha ausentado por un tiempo más o menos - largo sin cuidar de sus intereses; yo cuido las reparaciones de conservación que necesiten sus edificios, cultivo los campos -- que no ha sembrado, pago las deudas urgentes que ha olvidado pagar, etc., todo esto sin haber recibido ninguna orden de su parte; soy su gestor de negocios" (1). Asimismo lo considera - -- Schneider et Fick, al señalar que "...el gestor asume de su propia autoridad el cuidado de los negocios de un tercero." La gestión de negocios consiste así en la gerencia de los negocios de un tercero sin que éste haya conferido mandato al gestor y sin que esté autorizado o tenga el derecho de hacerlo por una razón cualquiera..." (2).

Según Rafael Rijina Villegas, en la gestión de negocios: "Las obligaciones y derechos recíprocos de las partes se explican por un hecho jurídico voluntario lícito y por el principio del enriquecimiento sin causa" (3), pues el gestor debe actuar con la misma diligencia con la que procedería si el asunto fuera propio y de que las obligaciones contraídas por el dueño del negocio, obedecen por la utilidad del mismo negocio según Rojina Villegas, pues si no hay beneficio no hay obligación.

1.1.- La gestión de negocios entraña los siguientes requisitos o características:

a).- Para que se configure la gestión de negocios, la intromisión del gestor debe ser intencional, pues éste sabe que se inmiscuye en asuntos de otro.

b).- La intromisión del gestor debe ser espontánea, no -

---

(1) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 388.

(2) Ibid. Pág. 389.

(3) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Tomo V, vol. II. Pág. 291.

procede de un mandato legal, ni por solicitud del dueño del negocio, así lo dispone el artículo 1896 del Código Civil: "El -- que sin mandato y sin estar obligado a ello..."

c).- El Gestor debe obrar conforme a los intereses del - dueño del negocio, es decir, que la gestión implique una utilidad para el dueño.

d).- El gestor no debe actuar contra la expresa o presun- ta voluntad del dueño del negocio, salvo que se trate de una -- gestión por utilidad pública, pues así lo dispone el artículo - 1905 en su parte final: "El gestor que se encargue de un asunto contra la expresa voluntad del dueño,...a no ser que la gestión hubiere tenido por objeto librar al dueño de un deber impuesto en interés público, en cuyo caso debe pagar todos los gastos ne cesarios hechos".

#### 1.2.- Obligaciones del gestor.

Dentro de este apartado y siguiendo a nuestro Código Ci- vil vigente, podemos señalar como obligaciones de aquel quien - gestiona el negocio ajeno, las siguientes:

a).- Dispone el artículo 1896 en su parte final que el - gestor "...debe obrar conforme a los intereses del dueño del ne- gocio"., es decir, conforme a la voluntad presunta del dueño.

b).- Debe el gestor conforme el artículo 1897, "...desem- ñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus nego- cios propios, e indemnizará los daños y perjuicios que por su - culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o nego- cios que gestione".

c).- El gestor, tan pronto como sea posible -prescribe - el artículo 1902-, "...debe dar aviso de su gestión al dueño y esperar su decisión, a menos que haya peligro en la demora".

d).- Aunque la Ley no lo señala, el gestor debe rendir - cuentas de su gestión, al dueño del negocio.

### 1.3.- Obligaciones del dueño del negocio.

a).- En el Código Civil vigente, toda gestión útil obliga al dueño a indemnizar al gestor, aunque aquél no la apruebe; así pues, si el negocio fue utilmente gestionado, el dueño tiene obligación de pagar al gestor los gastos necesarios que éste haya realizado, y los intereses legales hasta la concurrencia - de las ventajas, mas no tiene obligación de pagar retribución - por la gestión, pues así lo disponen los artículo 1903, 1904 y 1907 del Código Civil.

b).- Deberá cumplir con las obligaciones que el gestor - haya contraído a nombre del dueño, así lo dispone la parte in - termedia del artículo 1903 del Código Civil que dice: "...debe cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído a nombre de él...".

c).- Si el dueño ratificó la gestión, ésta se convierte en mandato (artículo 1906), y por lo tanto, el dueño deberá pagar todos los gastos, aunque la gestión no haya sido útil -dice el artículo 2577-, e indemnizarle al gestor, quien se ha conver tido en mandatario, de los daños y perjuicios que le haya causa do el cumplimiento del mandato, según prescribe el artículo - - 2578 del Código Civil: "Debe también el mandante indemnizar al

mandatario de todos los daños y perjuicios que haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo -- mandatario", y por último, endr  el dueño obligación de pagar -- honorarios, y el mandatario derecho de cobrarlos, pues así lo dispone el artículo 2549 del Código Civil, interpretado a con -- trario sensu y el cual textualmente dice: "Solamente será gra -- tuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente".

Es claro advertir que las obligaciones del dueño nacen -- en la medida que la gestión haya sido útil para él, de lo con -- trario éste estará libre de toda obligación, a no ser que haya ratificado la gestión, la cual se convierte en mandato con to -- das sus consecuencias.

Para concluir este punto, es también importante hacer re -- ferencia a los casos excepcionales de gestión de negocios y a -- los cuales se refieren los artículo 1908 y 1909 del Código Ci -- vil; el primero se da cuando un tercero, sin obligación alguna, proporciona alimentos con la intención de exigir después el pa -- go de los mismos, de la persona que legalmente tiene la obliga -- ción de proporcionarlos, y así dice el artículo 1908: "Cuando -- sin consentimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamar de aquél su importe, a no constar que los di  con ánimo de hacer un acto de benefi -- cencia".

El segundo caso ocurre cuando se cubren los gastos fune -- rarios por el que no tiene obligación, pues para este caso la -- Ley dispone que los deudores alimentarios est n obligados a pa -- garlos, aun cuando la herencia se encuentre en quiebra. Se tra

ta de gastos necesarios, a pesar de que el difunto no haya dejado bienes. Dice el artículo 1909: "Los gastos funerarios pro - porcionados a la condición de la persona y a los usos de la localidad, deberán ser satisfechos al que los haga, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquéllos que hubieren tenido la obligación de alimentarlo en vida".

2.- La promesa de porte-fort.

Es evidente que los contratantes no pueden crear una - - obligación a cargo de un tercero ajeno al contrato, pues resulta imposible que alguien pueda crear obligaciones a cargo de -- otro, si éste no manifiesta su voluntad al respecto, y así claramente lo manifiesta Planiol al decir: " '...si una persona ha prometido (a un tercero) el hecho de otra, su compromiso nada - vale; está atacado de una ineficacia absoluta; el estipulante - (de la obligación) no puede reclamar nada al promitente (o sea a la persona ajena, el sujeto cuyo hecho se prometió) puesto -- que éste no se ha obligado personalmente a nada; nada puede reclamar tampoco el tercero, puesto que éste nada ha prometido -- y no ha dado mandato para prometer en su nombre' " (1).

No obstante lo anterior, la promesa de porte-fort consiste, según lo expresa el maestro Borja Soriano, en que "Un con - tratante puede obligarse para con el otro a hacer lo necesario para que un tercero le dé una cosa o ejecute algún hecho a su - favor; es lo que los franceses llaman promesa de porte-fort ( - Planiol, t.II. núm. 1020). En tal caso, el primero contrae una obligación de hacer, de ejecutar un hecho porpio, sin que pre -

---

(1) PLANIOL. Traité Élémentaire de Droit Civil, t.II, 10a. ed., Paris, 1926, n.1018, p.367. Citado por Ortíz Urquidí. Op. - Cit. Pág. 440.

tendan los contratantes que nazca una obligación a cargo del --tercero y por lo mismo el contrato es valido" (1).

Por su parte Bejarano Sánchez, expone que la promesa de porte-fort, consiste en "...el compromiso que asume una de las partes en un contrato, de obtener el consentimiento de un tercero para la concertación de un acto jurídico o el cumplimiento de una prestación, imponiéndose una pena si fracasa" (2). Es claro que se trata de una obligación de hacer, asumida por una de las partes contratantes, consistente en obligarse a obtener de un tercero su anuencia a fin de que participe en un determinado acto.

Un ejemplo de esta promesa sería lo mas adecuado para --entender este punto: Raúl no ha logrado que Antonia, que es una excelente pintora se encargue de hacerle un oleo de una fotografía de su esposa (de Raúl); pero Carlos, que cree convencer a --la pintora, se compromete con Raúl a hacer que Antonia acepte --realizar dicha pintura al oleo.

De este ejemplo se puede ver claramente que en ningún momento se obliga al tercero (Antonia), sino que es Carlos quien se obliga frente a Raúl a hacer que Antonia contrate con éste --para la realización de la pintura al oleo, que es una situación distinta a la de tener por obligado al tercero. Si el obligado obtiene la conformidad del tercero, cumple su prestación y, si no la logra, queda obligado al pago de la pena convencional --(cláusula penal) en caso de que así se haya pactado, más el --principio de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación autoriza la celebración de una promesa de porte-fort,

---

(1) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 333.

(2) BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Op. Cit. Pág. 165.

aún sin someterla a una cláusula penal, y en este caso, su incumplimiento daría lugar a la responsabilidad civil consistente en el pago de daños y perjuicios.

El Código Civil vigente consagra la promesa de porte -- fort en el segundo párrafo del artículo 1841 que dice: "Sin embargo, cuando se promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena aunque el contrato no se lleve a efecto por falta del consentimiento de dicha persona".

### 3.- La estipulación en favor de tercero.

Por regla general los contratos sólo pueden obligar a -- las partes que lo celebran, no pueden establecer compromisos a terceros. Pero aunque el contrato no puede obligar a terceros, sí produce respecto de ellos otros efectos, que no son de obligatoriedad, sino que por el contrario favorecen precisamente a los terceros, estableciendo derechos en su provecho como lo es el caso de la estipulación en favor de tercero.

Esta estipulación es según Bejarano Sánchez "...la cláusula contractual en la que se concede un derecho para alguien -- que no ha intervenido ni ha sido representado en el acto. Es una promesa de beneficiar a un tercero, contenida en la cláusula de un contrato" (1). En este contrato, las partes acuerdan hacer una prestación en favor de alguien ajeno al acto, así lo dispone el artículo 1868 del Código Civil que dice: "En los contratos se pueden hacer estipulaciones en favor de tercero de -- acuerdo con los siguientes artículos".

---

(1) Ibid. Pág. 177.

3.1.- Efectos de la estipulación entre las partes.

Como sabemos, desde que el contrato se perfecciona surgen derechos y obligaciones para las partes contratantes, y es desde ese momento del perfeccionamiento del contrato, cuando el tercero beneficiario adquiere una acción directa que entra en su patrimonio, manera como lo señala el artículo 1870 del Código Civil: "El derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato...". Así tenemos que los efectos que nacen de la estipulación en favor de tercero son los siguientes:

a).- Hace nacer un derecho de crédito en favor del tercero, quien además puede exigir del promitente el cumplimiento de la prestación a que éste se ha obligado, salvo pacto en contrario. Así lo dispone el artículo 1869 del Código Civil y que a continuación transcribo: "La estipulación hecha a favor de tercero hace adquirir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado".

b).- El contrato es válido entre los que lo celebran, y por lo tanto confiere al estipulante la facultad de exigir al promitente el cumplimiento de su promesa en favor del tercero. Artículo 1869, in fine: "También confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación".

c).- El promitente puede resistirse o negarse al cumplimiento, por causa legalmente justificada, oponiendo al tercero las excepciones o defensas que procedan del contrato en que se

hizo la estipulación; así lo dispone el artículo 1872: "El promitente podrá, salvo pacto en contrario, oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato".

### 3.2.- Revocación y rechazo de la estipulación.

Esta figura jurídica tiene la particularidad de que la obligación que genera es revocable por el estipulante hasta - - cierto momento, pues éste puede arrepentirse y retirar la promesa en tanto que el tercero no declare su interés de recibir el beneficio, así en estos términos más o menos lo dispone el artículo 1871, en su primera parte: "La estipulación puede ser revocada mientras que el tercero no haya manifestado su voluntad de querer aprovecharla"; mas sin embargo, como dice Borja Soriano, "Esto no implica la idea de una oferta que exija la aceptación del tercero" (1). Además, el beneficio es rechazable por el --tercero beneficiario, quien puede rehusar el derecho que se le ha concedido, y en tales supuestos, la Ley considera por figura --ción que el derecho no ha nacido (artículo 1871).

El derecho de revocación pertenece al estipulante, mas - sin embargo -dice Borja Soriano- "...en el contrato podrá pagarse que se requiera el consentimiento de ambos contratantes" (2).

### 3.3.- Naturaleza jurídica de la estipulación.

De lo expuesto en párrafos anteriores, se desprende con toda claridad que se trata en este caso de un contrato celebrado entre dos personas, el estipulante y el promitente, por virtud del cual este último se obliga a cumplir en favor del tercero -

---

(1) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 355.

(2) Ibidem.

beneficiario, lo estipulado por el estipulante. Pero no acontece lo mismo con el tercero, con quien no hay un acuerdo de voluntades, y por lo tanto no hay contrato, pues la voluntad de éste no es indispensable para la formación del acto creado por el estipulante y el promitente para con el tercero, y es aquí donde surge la declaración de voluntad unilateral de aquél para con éste y quien no ha manifestado su voluntad, siendo esta la razón de por qué con respecto al tercero, la obligación del promitente no es contractual sino extracontractual, ya que nace de la manifestación de voluntad unilateral del promitente, razón ésta pues por la que el Código Civil vigente ha clasificado a la estipulación en favor de tercero, en el capítulo relativo "De la declaración unilateral de voluntad".

4.- El contrato consigo mismo.

La institución de la representación nos conduce a admitir la posibilidad de que una misma persona, representante de varios sujetos y portador de sus voluntades, celebre un contrato por sí solo, representando a ambas partes, o por su cuenta de una parte y como representante de otra.

El contrato consigo mismo existe según Borja Soriano, -- "...cuando una persona celebra un contrato figurando en su propio nombre y en nombre de un tercero, a quien representa, o como representante de las dos personas (Demogue, t,I, núm. 40)"-- (1). En este mismo sentido se expresa Rojina Villegas, al señalar que: "El contrato consigo mismo tiene diversas variantes; existe, cuando una persona representa a ambos contratantes, de

---

(1) Ibid. Pág. 291.

tal manera que celebra el contrato haciendo la p

licitaci3n en nombre de uno y la aceptaci3n en nombre de otro.

La segunda variante se presenta cuando el representante contrata en nombre propio y en nombre del representado" (1).

En este tipo de contrato se discute si es un acto jur

idico unilateral o si realmente es un contrato, para el caso de -- que una persona representa a las dos partes contratantes. Qui

nes sostienen que es un acto jur

idico unilateral, se fundan en que s3lo existe una voluntad, la del representante, y as

í se ma

nifiesta Demogue al considerar que "...el contrato consigo mismo no concuerda con la noci3n cl3sica de contrato porque no hay concurso de voluntades, sino un solo querer; ve en 3l un acto - jur

idico unilateral, cuya validez admite por su utilidad s3 -- cial" (2). M3s sin embargo, esta tesis est3 definitivamente re

chazada, ya que no es la voluntad psicol3gica del sujeto la que se toma en cuenta, sino que es su voluntad jur

idica (del representante) la que se toma en cuenta y se trata de analizar, y -- as

í lo manifiesta Rojina Villegas al se

ñalar que "...en este -- contrato, que se ha denominado consigo mismo, hay dos volunta

des desde el punto de vista jur

idico: el representante formula la oferta en nombre de una de las partes y la acepta en nombre de la otra" (3).

Por otro lado, hay quienes consideran que el contrato -- consigo mismo es en realidad un verdadero contrato, y entre los que se encuentran: Arno, Madray, Enneccerus-Nupperdey, Planiol, Ripert y Esmein entre otros.

---

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Tomo V, Vol. I. P3g. 464.

(2) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. P3g. 291.

(3) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. P3g. 465.

Enneccerus, de quien considero el comentario mas adecuado, señala que en el contrato consigo mismo hay un verdadero -- acuerdo de voluntades, es decir, hay consentimiento, pues expone que: "La esencia del negocio jurídico, del contrato y de la representación no se opone a la validez de semejantes negocios. No se advierte por qué el representante, que emite una declaración en nombre de otro, no ha de poder a la vez recibirla en -- nombre de otro representado o en nombre propio, o emitir dos de claraciones de voluntad recíprocas, si el acto no se ejecuta de un modo oculto en su persona, sino en forma que pueda ser conocido por terceros, por ejemplo, ante un juez o notario, ante -- testigos, etc..." (1).

Por lo expuesto, podemos decir que en el contrato consigo mismo se encuentran los caracteres del contrato.

Desde el punto de vista teórico la representación nos -- permite aceptar el contrato consigo mismo, en la práctica, el -- derecho ha considerado necesario establecer algunos casos de -- excepción para que esta figura no sea admitida en todos, ya que se puede dar el caso de existir conflicto de intereses entre el representante y el representado, y estos conflictos son más comunes en el caso de la representación legal de los incapaces, -- de tal manera que los tutores o los que ejercen la patria potestad no pueden representar a sus pupilos, para celebrar contra -- tos consigo mismos; así lo dispone el artículo 440 del Código -- Civil: "En todos los casos en que las personas que ejercen la -- patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, se -- rán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor

---

(1) Ibid. Pág. 466.

nombrado por el juez para cada caso"; se prohíbe a los que ejercen la patria potestad y a los tutores, celebrar contratos - - translativos de dominio; el tutor no puede comprar para sí, ni para su cónyuge, ascendientes o descendientes, los bienes de su pupilo, y los que ejercen la patria potestad no pueden contratar con el que está subordinado a ella, cuando haya conflicto - de intereses, pues de tal manera lo disponen los artículos 440 anteriormente transcrito y el 569 que textualmente dice: "Ni - con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes, - su mujer o marido, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad".

Por otro lado puede decirse que en general en los casos de representación voluntaria o legal, todos los administradores de bienes ajenos, por mandato o representación legal, no pueden adquirir los bienes de cuya administración se encuentren encargados. A este efecto, los artículos 2280 y 2282 del Código Civil vigente disponen que: "No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados: I.- Los tutores y curadores; II.- Los mandatarios; III.- Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado; IV.- Los interventores nombrados por el testador o por los herederos; -- V.- Los representantes, administradores e interventores en caso de ausencia; VI.- Los empleados públicos". "Las compras hechas en contravención a lo dispuesto en este Capítulo, serán nulas, ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona".

Por otro lado, se presenta el caso del contrato celebrado entre dos representados por un solo representante, y en el cual la regla es según Borja Soriano, que: "Cuando el representante de dos personas celebra un contrato a nombre de ambas, -- aunque tengan intereses opuestos, no hay razón para pensar que sacrifique los intereses de una en aras de los de la otra" (1). Mas sin embargo, el Código Civil vigente admite un caso de ex - cepción a la regla, y es cuando los tutores encuentran que hay conflicto de intereses entre sus representados. En este caso - el representante debe denunciar al juez de lo familiar el con - flicto, para que nombre un tutor especial, pues en este sentido lo soluciona el Código Civil al disponer en su artículo 457 que: "Cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces, su jetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, que él mismo designe, -- mientras se decide el punto de oposición". Fuera de este caso, se acepta que en general no hay prohibición cuando una misma -- persona representa a las partes contratantes.

---

(1) BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 296.

#### CAPITULO CUARTO

EL CONTRATO A NOMBRE DE OTRO POR QUIEN  
NO ES SU LEGITIMO REPRESENTANTE. ANALI  
SIS DOCTRINARIO. SOLUCION LEGAL. CRI  
TICA FINAL.

I.- Diferentes posiciones legislativas y doctrinarias acerca --  
del contrato a nombre de otro, celebrado por quien no es su  
legítimo representante.

1.- El contrato a nombre de otro por quien no es su re -  
presentante, en Francia.

Ni el Derecho ni la Doctrina francesa abordan en concre-  
to el tema que nos ocupa este capítulo, es decir, el del contra  
to celebrado a nombre de otro por quien no es su legítimo repre  
sentante; mas sin embargo hacen referencia al poder aparente de  
representación, al mandato aparente y a las promesas por terce-  
ro, figuras que de una u otra forma tienen que ver con el tema  
que nos ocupa, y a las cuales me referiré a continuación:

1.1.- Poder aparente de representación y mandato aparente.

Estas figuras cuyos principales expositores son los hermanos Mazeaud, hacen referencia a aquellos casos en los que el representante obra más allá de sus poderes y hasta sin poder de representación como lo es el caso del mandato aparente.

En el tema a estudio, los hermanos Mazeaud manifiestan - que: "Aunque el representante obre más allá de sus poderes y -- hasta sin poder alguno, es posible que el representado se en -- cuentre obligado" (1). Pues en este caso, la jurisprudencia -- francesa se ha fundado para efectos de exigir la responsabili- -- dad del representado aparente, según los hermanos Mazeaud, en - "...la culpa en que ha incurrido al elegir un mandatario capaz de engañarle o por crear una apariencia susceptible de abusar -- de los terceros" (2), por ejemplo, continúan diciendo los herma- -- nos Mazeaud, "...la mala redacción del poder (civ., 30 de di -- ciembre de 1935; D.H. 1936.81) o la omisión de recoger un poder en blanco carente ya de objeto (Req., 29 de diciembre de 1890: D.1891.1.464)" (3), mas sin embargo, la persona que ha tratado con el representante aparente debe haber actuado de buena fe y además, haber adoptado las precauciones normales.

Pero aunque el representante aparente no se haya hecho - responsable de ninguna culpa, se necesita darle a los terceros una acción contra él, y para lo cual, como lo consideran los -- hermanos Mazeaud: "Se debe considerar que está obligado a cum- -

---

(1) MAZEAUD, Henri, Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. -- Prte segunda. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América. - Buenos Aires. Pág. 170.

(2) Ibidem.

(3) MAZEAUD, Henri, Leon y Jean. Op. Cit. Parte Tercera. Vol. - IV. Pág. 411.

plir el contrato concluído en su nombre cuando el error cometido por el tercero fuera invencible. Se aplicará aquí el adagio 'Error communis facit jus' " (1). De donde se desprende que para aplicar el adagio antes señalado, se exige que el tercero haya cometido un error invencible y que además haya actuado de buena fe.

#### 1.2.- Las promesas por tercero.

En principio, siguiendo el estudio que sobre esta figura hace Bonnecase, diremos que dentro del objeto de las obligaciones está el que éstas sean una prestación personal del deudor. De aquí lo establecido por Julien Bonnecase al señalar "...que por regla general no es lícito obligarse ni estipular en su propio nombre sino por sí mismo" (2). Esto es lo que declara expresamente el artículo 1119 del Código Civil francés al disponer que: "En general, no cabe obligarse ni estipular en nombre propio sino por uno mismo". Esta disposición se explica claramente con un ejemplo dado por Marty, y el cual a continuación transcribo: "Primus promete a Secundus que Tertius ejecutará - tal prestación. Tertius no queda obligado por esa promesa de Primus" (3), mas sin embargo continúa diciendo, "...si Primus en lugar de prometer en su propio nombre fuese mandatario de Tertius, obligaría a este último" (4). En otras palabras, manij

---

(1) MAZEAUD, Henri, Leon y Jean. Op. Cit. Parte Segunda. Vol. I, Pág. 170.

(2) BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil. Tomo II. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Puebla. México 1945. - Pág. 305.

(3) MARTY, G. Derecho Civil. Vol. I. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Pue., México. Pág. 173.

(4) Ibidem.

fiesta Bonnecase, "...la prmesa de un hecho ajeno, sin mandato no puede ser objeto de los contratos" (1), y la que en este sentido se haga, continúa diciendo, "...está afectada de nulidad - absoluta o de inexistencia" (2). La persona a quien se haga esta promesa nada puede reclamar a la persona cuya actividad se ha comprometido en estas condiciones. Pero se admite una excepción a este principio, en el sentido de que se puede estipular en nombre de un tercero, prometiendo la aprobación de éste, con motivo de la cláusula de "porte-fort", y a la cual se refiere - el artículo 1120 del Código Civil frances que dice: "No obstante, cabe garantizar la obligación de un tercero, prometiendo el hecho de éste; salvo indemnización contra aquel que haya garantizado o que haya prometido que se ratificará, si el tercero se niega a mantener la obligación".

No obstante que en el Capítulo III, inciso V, punto 2 de este trabajo quedó explicada la promesa de porte-fort, ésta, -- consiste según Bonnecase, en "...la obligación que contrae una persona, de obtener la adhesión de otra, por ejemplo, la firma de cierto acto. Esta promesa es válida, puesto que quien la hace se compromete personalmente, en el sentido de que es responsable de los daños y perjuicios que se causen, si posteriormente el tercero no otorga la firma prometida" (3).

De lo anteriormente expuesto, y haciendo una cita de Mar  
ty, podemos concluir diciendo que "...el alcance del artículo -  
1119 se reduce a lo siguiente: el tercero, cuyo hecho se ha pro  
metido, no queda obligado mientras no ratifique. Pero la prom  
esa por tercero no es anulada, pues se interpreta como una con -

---

(1) BONNECASE, Julien. Op. Cit. Pág. 305.

(2) Ibid. Pág. 484.

(3) Ibidem.

vención de 'porte-fort' " (1).

- 2.- El contrato a nombre de otro por quien no es su re -  
presentante, en España.

En el Código Civil español encontramos plasmado en la --  
primera parte del artículo 1259, la figura de que nos ocupamos  
en este capítulo, es decir, la de el contrato celebrado a nom -  
bre de otro por quien no es su legítimo representante. Dicho -  
numeral dispone textualmente: "Ninguno puede contratar a nombre  
de otro sin estar por éste autorizado a sin que tenga por la --  
ley su representación".

Este precepto consagra como principio general la prohibi  
ción de contratar en nombre ajeno, pues la contratación ha de -  
hacerse en nombre propio o por persona con autorización bastan-  
te o representación legal suficiente; contratando por otro sin  
esas circunstancias, el convenio es nulo, y por tanto, no se --  
producen efectos ni en favor ni en contra del supuesto represen  
tado, pues así lo dispone la primera parte del apartado segundo  
del artículo 1259 que dice: "El contrato celebrado a nombre de  
otro por quien no tenga su autorización o representación legal  
será nulo..."; en términos equivalentes se manifiesta Francisco  
Bonet Ramón al decir que: "Si el representante concluye el nego  
cio en nombre del representado, pero sin poder de representa --  
ción o, lo que viene a ser lo mismo con relación a un determina  
do negocio, extralimitándose del poder, no se produce el efecto  
jurídico a favor o a cargo del representado" (2). Mas sin embar-

---

(1) MARTY, G. Op. Cit. Pág. 174

(2) BONET RAMON, Francisco. Compendio de Derecho Civil. Tomo I.  
Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1959. Pág.703.

go, ese convenio que está afectado de nulidad puede convalidarse en virtud de lo dispuesto por la segunda parte del apartado segundo del artículo 1259, y la cual dispone: "...a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante"; en términos semejantes se manifiesta Jose Maria Manresa y Navarro al disponer que: "Con - tratando sin autorización suficiente ni representación legal, - el contrato es nulo; pero tal nulidad aparece como en suspenso interin el obligado no retire la conformidad que prestó, y si - antes de hacerlo presta su aceptación aquelpor quien se contrata, el convenio se convalida con efecto retroactivo en cuanto - le purifica del vicio que en su origen tuvo" (1).

La convalidación del contrato celebrado por el falso representante, se hace posible en virtud de la ratificación subsiguiente por parte del dueño del negocio, de lo hecho por otro a nombre suyo, sin poder. Así, el Código Civil, si bien afirma, en principio, la nulidad del contrato celebrado a nombre de - - otro por quien no tenga su autorización o representación legal, admite, no obstante, la validez del mismo si lo ratifica la persona a cuyo nombre se otorgue, antes de ser revocado por la pagte contratante (art. 1259, parrafo 2º, in fine).

La ratificación que puede ser expresa o tacita, según -- Bonet Ramón "...opera con efecto retroactivo, ya que no implica celebración de un nuevo negocio, sino perfeccionamiento del - - existente; es decir, transporta la nueva situación creada con - el negocio al momento mismo de la conclusión de éste, como si - hubiese sido celebrado sin falta de legitimación por parte de -

---

(1) MANRESA Y NAVARRO, D. José Maria. Comentarios al Código Civil Español. Tomo VIII. Vol. II. Instituto Editorial Reus. Madrid 1950. Pág. 335.

quien obra en nombre ajeno" (1). La ratificación confiere pues, plena eficacia al negocio celebrado con falta de un elemento -- esencial, pero que puede aparecer "a posteriori" cual el consentimiento del principal o representado.

La jurisprudencia española ha elaborado una sugestiva -- concepción de la ratificación de los negocios jurídicos en los casos de la gestión representativa, pues a continuación hare -- una transcripción de unos extractos que el propio Castan Tobe -- ñas y Bonet Ramón, hacen de diversas sentencias:

"Dice la sentencia de 14 de diciembre de 1940, -- que 'aunque presente no pequeñas dificultades, en la doctrina y, sobre todo, en nuestro Derecho patrio, la construcción jurídica de la ratificación de los negocios jurídicos concluidos por el representante en nombre del representado, sin autorización representativa o extralimitándose del poder, no cabe duda que dicha ratificación, prevista en el segundo apartado del art. 1,259 del Código Civil, ...confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer a posteriori, cual es el -- consentimiento del principal o representado; lo -- que no obsta para que la ratificación tenga, en -- algunos puntos, marcadas coincidencias con la confirmación' " (2).

"Establecieron las de 7 de julio de 1944 y 29 de

---

(1) BONET RAMON, Francisco. Op. Cit. Pág. 704.

(2) CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo I. Vol. Segundo. Instituto Editorial Reus. Madrid. --- 1952. Pág. 583.

enero de 1945 que si bien la nulidad declarada -- por el párrafo 2° del art. 1259 del Código Civil puede ser equiparada, más que a la anulabilidad -- del art. 1300, a la inexistencia, en cuanto al -- faltar el consentimiento de una de las partes no puede haber contrato, es muy de tener en cuenta -- que ese mismo art. 1259 y el 1727, apartado 2°, -- admiten que el negocio concluido en nombre del re -- presentado sin poder de representación o con ex -- tralimitación del poder, puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, y esta posibi -- lidad de ratificación imprime un carácter espe -- cial al negocio en que interviene la representa -- ción, haciendo de él, no un acto inexistente, si -- no un negocio jurídico en estado de suspensión, -- subordinado a una 'condictio juris', de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se da, se considerará el negocio como válido y eficaz desde el principio para el representado, y si la ratifi -- cación no se produce, será el negocio nulo e ine -- ficaz para aquél" (1).

"Añadiendo la de 25 de junio de 1946 que en los -- contratos ratificables la parte que contrata en -- su propio nombre tiene la posibilidad de separar -- se del convenio, revocando su consentimiento an -- tes de que se produzca la ratificación, por lo -- mismo que hasta ese instante, al no haberse produ

---

(1) BONET RAMON, Francisco. Op. Cit. Págs. 704 y 705.

cido la concurrencia de voluntades, no existe vínculo obligatorio alguno; y que no habiendo precepto alguno en que explícitamente se señale su retroactividad -aunque en principio deba ésta inferirse de los términos en que está concebido el -- art. 1259-, cabe que el interés de un tercero por derechos adquiridos en el interin impida tal retroacción" (1).

En resumen, podemos decir que el Código Civil considera válido el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal, con tal que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue, antes de ser revocado por la otra parte contratante, de lo contrario estará afectado dicho contrato de nulidad relativa.

3.- El contrato a nombre de otro por quien no es su representante, en Italia.

La legislación civil italiana, en sus artículos 1398 y - 1399, consagra el tema que nos ocupa, es decir, el del contrato celebrado a nombre de otro por quien no es su legítimo representante, por lo cual es importante hacer una transcripción de los mismos:

"Artículo 1398.- Representación sin poder.- El -- que hubiera contratado como representante sin tener poder para hacerlo o excediendo los límites de las facultades que se le hubiesen conferido, -

---

(1) Ibidem.

será responsable del daño que el tercero contra -  
tante haya sufrido por haber confiado sin su cul  
pa en la validez del contrato".

"Artículo 1399.- Ratificación.- En la hipótesis -  
prevista por el artículo precedente, el contrato  
podrá ser ratificado por el interesado observando  
las formas prescritas para su conclusión.

La ratificación tiene efecto retroactivo, pe  
ro quedan a salvo los derechos de los terceros.

El tercero y el que hubiese contratado como  
representante podrán, de acuerdo, disolver el con  
trato antes de la ratificación.

El tercero contratante puede invitar al inte  
resado a pronunciarse sobre la ratificación, asiq  
nándole un término, vencido el cual, frente al si  
lencio, se entenderá negada la ratificación.

La facultad de representación se transmite a  
los herederos".

Siguiendo el estudio que de esta figura hace Francesco  
Messineo, diremos que ninguna eficacia vinculatoria a cargo del  
representado ejerce la actividad del representante, desarrolla-  
da excediéndose de los poderes a él otorgados, o también en el  
caso del seudo-representante (el llamado falsus procurator); en  
estos dos casos, hay representación sin poder. En el segundo -  
caso, esto es, en el del seudo-representante, y el cual es el -  
que nos interesa, se presenta según Messineo: "...cuando al - -

guien, haciendose pasar por representante, invoca indevidamente el nombre del pretendido representado" (1). Pero el representado aparente, no sufre ninguna consecuencia jurídica, de la actividad del supuesto representante, aunque éste trate con terceros de buena fe; pues se trata en este caso como dice Messineo, de "...res inter alios, indiferente para el pretendido representado" (2).

Pero el tercero que ha actuado de buena fe y por consiguiente ha confiado en la validez del contrato, tiene derecho a considerar al falsus procurator responsable del llamado interés o daño negativo, y también podrá según Messineo, "...si resulta un daño para el pretendido representado, también éste tiene derecho de resarcimiento frente al falsus procurator por su actividad ilícita" (3), pues esta facultad de resarcimiento para el pretendido representado, se desprende del texto del artículo -- 2043 del Código Civil italiano, que textualmente dice: "Resarcimiento por hecho ilícito.- Cualquier hecho doloso o culposo, -- que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño".

Sin embargo, el contrato celebrado con la falta de poder "...no es nulo; sólo está en suspenso y, por lo tanto, es ineficaz" (4), pero el interesado (pretendido representado) puede -- tan pronto como llegue a enterarse del acto llevado a cabo sin su poder, proveer, con un acto suyo la ratificación de la conducta del pseudo-representante (artículo 1399, primer inciso). Este poder de ratificación, "...implica hacer propio retrospecto-

- 
- (1) MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Pág. 266.  
(2) Ibidem.  
(3) Ibidem.  
(4) Ibid. Pág. 264.

tivamente (y, en sustancia, aceptar) el contrato surgido por -- obra de un representante que, en rigor, no era tal" (1), lo que se desprende del segundo inciso del artículo 1399 del Código -- Civil italiano, ya anteriormente transcrito; señalando además, que quedan a salvo los derechos de los terceros.

Esta ratificación, según el primer inciso del artículo - 1399 del Código Civil italiano, no puede realizarse eficazmente sino observando las formas prescritas (acto público o escritura privada, según el caso) para el contrato que esté en cuestión. Mas sin embargo, apunta Messineo: "Que la ratificación no pueda darse sino en la forma prescrita para la conclusión del contrato..., no excluye que pueda haber ratificación tácita de un contrato concluido por el representante de una manera de cual - quier modo irregular" (2).

Esta se presenta -continúa diciendo Messineo- "...en el caso de que el representado, pudiendo valerse de la facultad de pedir la anulación del contrato..., se abstenga, determinando - así indirectamente la convalidación del contrato..." (3). Además, el tercero tiene la facultad de interpelar al interesado - para que decida entre ratificar o rechazar, asignándole un término. Si este término vence y el interpelado no ratifica, o se abstiene de cualquier contestación, la ratificación se entiende denegada (artículo 1399, cuarto inciso).

Antes de que se verifique la ratificación del contrato - celebrado en los términos apuntados, no es inválido, sino inefi caz como ya se dijo, y lo cual obedece según Messineo, a que, -

---

(1) Ibid. Pág. 267.

(2) Ibidem.

(3) Ibid. Pág. 268.

"...si fuese inválido por nulidad, no podría ser ratificado; -- tampoco es anulable, porque la anulabilidad sigue exclusivamente a la incapacidad de obrar y a los vicios de la voluntad. Es decir, el contrato se suele considerar en una condición análoga a la del contrato bajo condición potestativa suspensiva en el estado de pendencia; por lo tanto, dependerá de la verificación (o no) de la ratificación el hecho de que el contrato pueda -- transformarse de ineficaz en eficaz" (1).

Para terminar, diremos que el tercero y el que ha actuado como representante pueden resolver de acuerdo el contrato antes de la ratificación, aboliendo todos los efectos del mismo, ya sea en las relaciones entre ellos, ya sea con respecto al representado; el cual, por lo tanto no podrá ya valer de la ratificación (artículo 1399, tercer inciso).

4.- El contrato a nombre de otro por quien no es su representante, en Alemania.

En el derecho alemán, Enneccerus explica el caso de que tratamos, asimilándolo al de los negocios o contratos concluidos por los menores de edad, sin el asentimiento de sus representantes legales. Admite, conforme al artículo 177 del Código Civil alemán, que la eficacia del contrato concluido por el falso representante, depende de la ratificación del representado. Transcribiré al efecto lo conducente en relación con este problema: "Si el representante concluye el negocio en nombre del representado pero sin poder de representación o extralimitando-

---

(1) Ibidem.

se del mismo, se producen efectos parecidos a los negocios de - los menores de edad que requieren el asentimiento del representante legal, efectos que son diversos según se trate de contratos o de negocios unilaterales" (1).

Por su parte Heinrich Lehmann, considera que en caso de que una persona contrate en nombre de otra pero sin poder de representación, en primer lugar: "el negocio concluido por el representante no produce, en principio, efecto alguno frente al representado.

Los contratos pueden hacerse posteriormente eficaces a - virtud de ratificación del representado. La ratificación ha de hacerse frente al representante o el tercero, y no requiere la formalidad eventualmente prescrita para el contrato..." (2). - Lo cual concuerda perfectamente con lo dispuesto por los artículos 177 y 182, del Código Civil alemán, y los cuales textualmente dicen:

"Artículo 177.- Si alguien concluye un contrato - en nombre de otro sin poder de representación, la eficacia del contrato para y contra el representado depende de su ratificación.

Si la otra parte requiere al representado para la declaración sobre la ratificación, dicha declaración sólo puede realizarse frente a ella; -- una ratificación o denegación de ratificación declarada frente al representante antes del requerimiento es ineficaz..."

---

(1) ENNECCERUS, Ludwig. Tratado de Derecho Civil. Tomo I, Vol.- II. Bosch, casa Editorial. Barcelona. Pág. 258.

(2) LEHMANN, Heinrich. Parte General. Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1956. Pág. 465.

"Artículo 182.- (segundo párrafo). El asentimiento no necesita la forma determinada para el negocio jurídico".

Siguiendo la exposición de Enneccerus respecto de los -- contratos celebrados por el falso representante, hay que distinguir los efectos frente al representado y frente al representante.

Frente al representado, -como ya lo dijimos-, la eficacia de un contrato depende de su ratificación (art. 177 apartado primero). La ratificación puede hacerse por declaración al tercero o al representante y no requiere la forma que, en su caso, se prescriba para el contrato mismo (art. 182 apartado segundo). Ahora bien, si el representado ratifica el contrato, -éste se considera como eficaz desde el principio, a favor y en contra del representado, teniendo efecto retroactivo a contar -del momento de la celebración del contrato, pues así lo dispone la primera parte del artículo 184 del Código Civil alemán que -dice: "El asentimiento posterior (ratificación) se retrotrae al momento de la celebración del negocio jurídico, en tanto no esté determinada otra cosa".

Si el representado rechaza la ratificación, el contrato es ineficaz con respecto a él (al representado). Según Lehmann "Hasta que se produce la ratificación surge un estado de pendencia, de modo análogo a los negocios de los limitados en su capacidad" (1). Pero los contrayentes en este lapso quedan vinculados, y para resolver este estado de pendencia se ofrecen al ter

---

(1) Ibidem.

cero dos soluciones, y las cuales se desprenden de las disposiciones de los artículos 177 y 178 del Código Civil alemán:

a).- Puede el tercero requerir al representado para que se pronuncie acerca de la ratificación. En tal caso, la ratificación sólo puede manifestarsele a él, haciéndose ineficaz la ratificación o la denegación de la misma que acaso se haya declarado antes al representante. La ratificación tiene que declararse en el plazo de dos semanas, de lo contrario se considera denegada (art. 177 apartado segundo).

b) No obstante, la otra parte (el tercero contratante), aunque haya dirigido el requerimiento a que se refiere el apartado anterior, en tanto no llegue la ratificación, está facultada también para revocar, a menos que al celebrarse el contrato haya sabido la falta de poder de representación. La revocación puede declararse también al representante (art. 178).

De acuerdo con el artículo 179 del Código Civil alemán, el supuesto representante en tanto que no pruebe su poder de representación o no se de la ratificación por parte del supuesto representado, está obligado frente a aquel con quien contrató, a dos clases de prestaciones en forma alternativa: a) Debe realizar personalmente la prestación que correspondía al representado, siempre y cuando pueda hacerlo, o b) Debe indemnizar los daños que cause a la otra parte debido a que el negocio no llegó a ser eficaz tal y como se había concertado.

Más sin embargo, del mismo ordenamiento legal invocado - en sus apartados dos y tres, se desprenden dos excepciones para

para el supuesto representado: 1.- Cuando éste desconocía la -- falta de su poder de representación, pues entonces sólo responde rá del interés negativo. 2.- Cuando la otra parte (el tercero), sabía o tenía que saber la falta de representación o la limitación impuesta a la misma. Pues en estos términos más o menos - lo disponen como ya dije, los apartados dos y tres del artículo 179 del Código Civil alemán y que textualmente dicen: "Si el re presentante no ha conocido la falta de poder de representación, está obligado únicamente a la indemnización de aquel daño que - la otra parte sufra por el hecho de confiar en el poder de re - presentación, no excediendo, sin embargo, de la cuantía del interés que la otra parte tenga en la eficacia del contrato.

El representante no responde si la otra parte conocía o debía conocer la falta de poder de representación. Tampoco res ponde el representante si estaba limitado en la capacidad negoci- cial, a no ser que haya actuado con el asentimiento de su repre sentante legal".

II.- El contrato a nombre de otro por quien no lo representa -- legítimamente, en la legislación mexicana.

1.- En el Código Civil Oaxaca de 1827-1828, y en el Códi go Corona de Veracruz de 1868.

En el Código Civil del Estado de Veracruz Llave, presen tado en proyecto a la Honorable Legislatura de 1868, se dispuso en dos artículos lo referente a la representación, y en uno de ellos en concreto, lo relativo al caso que nos ocupa, pues así

textualmente decían: "Artículo 1354.- Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él, o sin que tenga por la ley su representación"; el artículo 1355 dispuso: "El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autoriza -- ción o representación legal, será nulo a menos que lo ratifi -- que la persona a cuyo nombre se otorgue".

En principio se establece el que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley (art. - 1354).

Por otro lado, la legislación civil de Veracruz de 1868, dispuso como se desprende del artículo 1355, que los contratos celebrados a nombre de otro, sin tener de éste su representa - ción, serían nulos, y no inexistentes como más adelante veremos por la falta de un elemento esencial que es el consentimiento.

Más sin embargo esa nulidad del contrato podía ser subsa nada con un acto unilateral por parte del pretendido representa do, la ratificación del acto ejecutado por el supuesto represen tante. Esta ratificación debería, -aunque la ley no lo señalase dirigida al tercero interesado y sin formalidad alguna, más aún, dicho precepto no señalaba en que tiempo debería ser hecha o no la retractación de la otra parte contratante, y si podía - ésta en el caso de que hubiera contratado de buena fe, tener al gún derecho en contra del supuesto representante.

Las anteriores incógnitas que no fueron previstas por la legislación Civil de 1868, fueron subsanadas posteriormente en el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Veracruz, -- publicado por decreto de 4 de julio de 1931. Dicho precepto --

dispuso textualmente: "Artículo 1735.- Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley.

Si no se obtiene la ratificación, del otro contratante - tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató".

Por su parte, el Código Civil Oaxaca de 1827-1828, no -- contiene disposición alguna en relación a este particular, sólo dispuso en dos artículos lo siguiente: "Artículo 916.- Nadie -- puede empeñarse ni estipular en su propio nombre sino por si -- mismo". Por su parte, el artículo 917 del mismo ordenamiento - Civil, dispuso: "No obstante se puede contratar por un tercero, prometiendo la ratificación de éste; sin perjuicio de la indemnización contra el que ha prometido hacer ratificar el contrato si el tercero reusa mantener el empeño". Pero estas disposiciones, y en concreto la segunda, se refieren más que nada a la figura denominada "la promesa de porte-fort", y la cual ya fue objeto de estudio en el Capítulo III, punto V, inciso 2, de este trabajo y al cual me remito para su estudio.

2.- En el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870.

Este Código, dentro de su Capítulo II, "De la capacidad

de los contrayentes", dispuso en su artículo 1400, el principio de que: "Ninguno puede contratar a nombre de otro, sin estar autorizado por él o por la ley". Por otro lado, en su artículo - 1401, pretendió dar una solución para los contratos celebrados a nombre de otro por quien no es su legítimo representante. - - Así dispuso: "Los contratos celebrados a nombre de otro por - - quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser - que la persona a cuyo nombre fueren celebrados, los ratifique - antes de que se retracten por la otra parte".

Al igual que en el Código Corona de Veracruz de 1868, el Código que nos ocupa dispuso la nulidad para los contratos celebrados en el supuesto que estudiamos, asimismo, se permitió la ratificación con efectos de convalidación retroactiva para los contratos celebrados en esa forma. Dicha ratificación debería ser hecha antes de que se retracte la otra parte contratante, - más sin embargo, no establece en que forma debería ser hecha, - cosa que si previó el Código de 1884 como a continuación veremos.

En resumen diremos que este Código establece la nulidad para los contratos celebrados a nombre de otro por quien no es su legítimo representante, pero dicha nulidad sería subsanada - con la ratificación que de dicho acto haga el supuesto representado.

3.- En el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.

En el Código en estudio, en el capítulo denominado "De la capacidad de los contrayentes", contiene los artículos 1283, 1284 y 1285 que se ocupan de la representación. Estos artículos fueron reproducidos con los artículos 1800, 1801 y 1802 del Código Civil de 1928, y el cual veremos en el punto siguiente.

El artículo 1283 del Código Civil de 1884 estableció: -- "El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro, legalmente autorizado".

El artículo 1284, dispuso: "Ninguno puede contratar a -- nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley"., - -- haciendo una distinción entre representación legal y voluntaria

El artículo 1285, y el cual es el que nos interesa, estableció: "Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueren celebrados los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exija la ley". Este artículo, idéntico en lo demás al artículo 1401 del Código de 1870, contempló además en su parte final, que la ratificación del contrato celebrado por el falso representante, debería ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exija la ley. No debemos olvidar, dado que ya se expuso en el punto VI del capítulo primero, que este Código de 1884, adoptó un criterio formalista, sin olvidar tampoco que reglamentó algunos contratos consensuales.

4.- En el Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

En el Código Civil vigente, en sus artículo 1800 y 1801, correspondientes a la "Representación", se reprodujeron las disposiciones respectivas del Código Civil de 1884, por lo cual no los transcribiré a efecto de no hacer repetitivo este trabajo.

En el Código Civil vigente (1928) en el artículo 1802, - se sigue considerando que el contrato celebrado por quien no es el legítimo representante adolece de nulidad. Dice así el artículo en cuestión: "Los contratos celebrados a nombre de otro -- por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley.

Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante -- tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrato".

En este artículo, como se puede ver, se dispuso además - el derecho del otro contratante para exigir daños y perjuicios al supuesto representante (art. 1802, párrafo segundo), que como dice Borja Soriano, fue una inspiración del artículo 36 del proyecto Franco-Italiano.

Tomando en cuenta que el acto es susceptible de ratificación y de convalidación retroactiva y que la ley constantemente ha hablado de nulidad en éste caso, se ha discutido, e incluso la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha disertado

sobre ello, si se trata de una nulidad o de una inexistencia.

Dicha jurisprudencia puede consultarse, bajo el número - 238, en la p. 751 de la cuarta parte, correspondiente a la Tercera Sala, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación editado en 1965. Dice así, a la letra:

" 'NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON -  
MERAMENTE TEORICAS. Aún cuando el artículo 2224  
del Código Civil para el Distrito Federal y Terri-  
torios Federales emplea la expresión "acto jurí-  
co inexistente", en la que pretende basarse la di-  
visión tripartita de la invalidez de los actos ju-  
rídicos, según la cual se les agrupa en inexisten-  
tes, nulos y anulables, tal distinción tiene me-  
ros efectos teóricos, porque el tratamiento que -  
el propio código da a las inexistencias, es el de  
las nulidades, según puede verse en las situacio-  
nes previstas por los artículos 1427, 1433, 1434,  
1826, en relación con el 2950 fracción III, 2042,  
2270 y 2779, en las que, teóricamente se trata de  
inexistencia por falta de objeto, no obstante, el  
código las trata como nulidades, y en los casos -  
de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que la  
falta de consentimiento originaría la inexisten-  
cia, pero también el código los trata como nulida-  
des.

Sexta Epoca (del Semanario Judicial de la Fe-  
deración en que se publican las 5 siguientes eje-

utorias que integran dicha jurisprudencia). --  
Cuarta parte:

Vol. XI, pág. 130, A.D. 2596/57.- Federico Baños.  
Unanimidad de 4 votos.

Vol. XIX, pág. 172. A.D. 2633/58, Donato Antonio  
Pérez.- 5 votos.

Vol. LXVI, pág. 44 A.D. 1294/60, Pilar Mancilla -  
Pérez.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. LXXXVII, pág. 16, A.D. 8668/62, Pedro Flores  
López.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. XC, pág. 46, A.D. 1205/52, Manuel Ahued.- --  
Unanimidad de 4 votos" (1).

Es evidente, desde un punto de vista personal y encaminado por un ámbito netamente jurídico, se trata de un caso de inexistencia y no de nulidad, ya que tal acto carece de un elemento esencial que es el consentimiento, pero esta crítica será -- tratada con mayor amplitud en el último punto de este trabajo.

III.- Doctrina mexicana acerca del contrato celebrado a nombre de otro por quien no es su representante legítimo.

1.- Punto de vista de Rafael Rojina Villegas.

Este autor al referirse al tema que nos ocupa, se ha manifestado en considerarlo como un acto inexistente analizándolo

---

(1) ORTIZ-URQUIDI, Raúl. Op. Cit. Págs. 574 y 575.

desde un punto de vista estrictamente jurídico. Esta consideración que hace el autor, la basa en que: "Si alguien falsamente se ostenta como representante de otro, no puede celebrar contra alguno en nombre de esa persona; faltará al contrato un elemento esencial, que es el consentimiento del supuesto representado. La falta de este elemento esencial origina la inexistencia del contrato, y tan es así, que en ningún tiempo podrá convalidarse por el transcurso de los años ni podrá surtir efectos en contra de aquél. También es evidente que este último no tiene que intentar ninguna acción" (1).

La ratificación y convalidación retroactiva que se admite en este caso y la cual contempla el Código Civil vigente en su artículo 1802, es según el autor en cuestión, a que se considera que hay un mandato retroactivo, no por que se trate de un caso de nulidad relativa; pues "...el falsamente representado, cuando tiene conocimiento del acto, ratifica éste, lo que equivale a haberle dado mandato al representante, con carácter retroactivo, ratificando y aceptando sus actos pasados" (2).

Haciendo una distinción entre los actos celebrados por el falso representante y los que realiza el mandatario traspasando el límite del mandato, Rojina Villegas expone: "Cuando es to último ocurre, los actos o contratos que celebra, son nulos; pero cuando no tiene mandato alguno el que falsamente se ostenta como representante, los actos que celebra son inexistente para aquél a quien indebidamente se quiere representar" (3). El Código Civil vigente, en su artículo 2583, dispone sobre el par

---

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo V. -- Vol. I. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, -- 1976. Pág. 405.

(2) Ibidem.

(3) Ibidem.

ticular: "Los actos que el mandatario practique a nombre del -- mandante, pero traspasando los límites expresos del mandato, se rán nulos, con relación al mismo mandante, si no los ratifica -- tácita o expresamente".

2.- Punto de vista de Ernesto Gutierrez y González.

Este autor, haciendo una crítica al artículo 1802 del Código Civil se pronuncia en su contra diciendo que dicho artículo incurre en error al declarar que el contrato celebrado sin -- ser representante de otro, es nulo; pues en realidad no hay tal nulidad del acto sino inexistencia.

La inexistencia del acto celebrado en tales circunstancias, este autor la funda en que, "...si Facundo pretende celebrar el contrato a nombre de Procopio sin tener su representación o mandato, no puede afirmarse que se integró el consentimiento, y al faltar ese elemento de existencia del contrato, se está en presencia de un caso de inexistencia.

no puede ser de otra manera, pues si el representante -- por una ficción lleva la voluntad del representado, y en este -- caso dice actuar en nombre de una persona sin que esa haya dado su voluntad, no puede estimarse que el acto exista, de tal suerte que si se habla de nulidad como lo hace la ley, se está suponiendo que el acto existe, pero que la voluntad está viciada, -- lo cual es falso, pues no tiene ninguna voluntad para representar" (1).

En cuanto a la ratificación del acto, considera que en --

---

(1) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Quinta Edición. Editorial Cajica, S.A. Puebla, Pue., México Pág. 346.

verdad no se trata de una ratificación, sino que en ese momento se integra el consentimiento y surge el contrato; pues "...no puede en verdad decirse que haya ratificación, toda vez que ratificar implica la existencia de algo, y en la especie aún no existía el acto" (1).

3.- Punto de vista de Manuel Borja Soriano.

Este autor, inspirador de la inexistencia en nuestro Código Civil de 1928, ya que en los dos Códigos anteriores (1870 y 1884), solamente se ocuparon de las dos nulidades clásicas, - la absoluta y la relativa, pero no de la inexistencia. Considere ra que el acto celebrado por el que se ostenta falsamente como representante de otro, está afectado de inexistencia. Dice dicho autor citando a Demogue, a Baudry-Lacantinerie y a Barde, - que: "Cuando una persona celebra un contrato a nombre de otra - sin ser su representante, a ese contrato le falta uno de sus -- elementos esenciales: el consentimiento del representado. No hay hasta entonces sino la oferta del otro contratante; no exis te aún contrato por falta de consentimiento" (2). Esta es, según el autor en cuestión, la naturaleza de la nulidad a que se refieren los artículos 1825 del Código de 1884 y el 1802 del -- Código de 1928.

Refiriéndose a la ratificación del acto celebrado en las condiciones apuntadas, Borja Soriano citando a Baudry-Lacantinerie, dice: "Antes de que se retracte el tercero, el representado puede dar su consentimiento ratificando el contrato y entonces se realiza el concurso de voluntades. La ratificación equi

---

(1) Ibid. Pág. 347

(2) BORJA SORIANO. Manuel. Op. Cit. Pág. 288.

vale a un mandato retroactivo, significa que el representado -- aprueba el contrato para que valga como si se hubiera celebrado por su verdadero representante" (1).

Concluye diciendo el autor, que la ratificación a que hacen referencia los artículos 1285 y 1802 de los Códigos de 1884 y 1928 respectivamente, es de naturaleza distinta a la ratificación o confirmación hecha en los casos de nulidad relativa, ya que de ésta última no son susceptibles los contratos inexistentes. De donde se desprende, que el trato que este autor da a los contratos celebrados por el falso representante, son inexistentes y no nulos.

#### 4.- Punto de vista de Raúl Ortiz-Urquidi.

El ilustre tratadista y Doctor en Derecho Raúl Ortiz-Urquidi, siguiendo la exposición que sobre el particular hace Borja Soriano, considera que los actos celebrados por quien no sea su legítimo representante, serán inexistentes y no nulos.

No obstante, el autor en cuestión hace el siguiente comentario a manera de crítica, sobre los autores del Código Civil de 1928 y del propio Borja Soriano: "Qué duda cabe, pues, que tanto los autores del Código cuanto su propio inspirador en la materia, son incongruentes con su tesis inexistencialista -- cuando hay falta de consentimiento, pues llaman nulo y como tal lo tratan, al acto que de acuerdo con dicha tesis es un acto eficazmente inexistente. El artículo 1802 para no incurrir en -- esa incongruencia debería decir: 'Los contratos celebrados a --

---

(1) Ibid. Págs. 288 y 289.

nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, se -  
rán inexistentes; y no nulos como lo dice' " (1).

IV.- Opinión del sutentante acerca del contrato a nombre de - -  
otro, por quien no es su legítimo representante. Crítica  
a la solución legal.

Nos hemos planteado y como tema central de este trabajo  
recepional, la siguiente cuestión: ¿Qué ocurre cuando una per-  
sona sin ser legítimo representante de otra, celebra un contra-  
to a nombre de ésta?.

Como hemos visto precedentemente, la cuestión surge por-  
que el artículo 1802 del Código Civil, al referirse a la hipóte-  
sis anteriormente enunciada, admite la posibilidad de que el --  
contrato celebrado por quien se ostenta falsamente como repre-  
sentante, pueda ser ratificado, si aquél a quien se pretendió -  
representar manifiesta su voluntad en el sentido de hacer suyo  
el pacto de que se trate, con tal que para entonces el tercero  
con quien se contrató no se haya retractado.

En nuestra opinión, debería ser tratada la hipótesis en  
cuestión como un caso de inexistencia, lo que provendría tanto  
de la falta de integración del consentimiento como, tratándose  
de contratos translativos de dominio, de la falta de objeto.  
La cuestión no tendría mayor importancia, si no fuera porque la  
inexistencia de un acto jurídico no es susceptible de ser purga  
da por la ratificación, lo que ya hemos visto sí acepta el le -  
gislador mexicano en el repetido artículo 1802 del Código Civil.

---

(1) ORTIZ-URQUIDI, Raúl. Op. Cit. Pág. 576.

¿Cómo conciliar la solución legislativa con el planteamiento teórico?.

Si el problema ha de ser resuelto en puridad teórica, -- habrá que decidir la inexistencia del contrato, Faltaría a éste el consentimiento porque, según sabemos, dicho consentimiento -- se integra por el acuerdo de voluntades de las partes y como, -- por hipótesis, una de ellas ni ha comparecido ni ha estado re -- presentada en el otorgamiento del contrato, es obvio que su voluntad no puede ser considerada para la formación de éste. Está por demás decir que para la integración del consentimiento -- no basta la simple concurrencia de dos voluntades, como serían las del tercero y el falso representante, sino que tales voluntades deben proceder de personas legitimadas para manifestarlas de donde la del seudo representante es irrelevante para obligar al supuestamente prepresentado.

Por otro lado, tratándose de contratos translativos de -- dominio faltaría también el objeto, pues en ellos el directo es -- tá constituido por la translación de la propiedad de la cosa -- enajenada y es claro que si el propietario ni por sí ni por con -- ducto de su representante legal ha exteriorizado su propósito de transmitir la propiedad, ésta no puede desplazarse a un nuevo titular. Es decir, que existe un principio de lógica jurídica -- según el cual nadie puede transmitir más derechos de los que tiene y si el falso representante no posee derecho alguno sobre la cosa de que se trata, malamente podría enajenarla, esto es, hacer que la propiedad de la misma se desplazara hacia un nuevo adquirente.

Sin embargo, apreciamos que el artículo 1802, no obstante que el 2224 también del Código Civil dispone que la falta de consentimiento acarrea la inexistencia y, además, que ésta última impide inexorablemente la confirmación del acto; repito, - - apreciamos que en la hipótesis del primero de los preceptos anotados si puede ser hecho eficaz el acto. Reiteramos la cuestión: ¿cómo conciliar la solución legal con el planteamiento teórico?

A nuestro modo de ver, el problema fue creado básicamente porque los autores del Código Civil, licenciados Francisco - H. Ruiz, Ignacio García Tellez, Rafael García Peña y Fernando - Moreno, siguiendo el modelo del Código Francés, que no contempla el supuesto de la inexistencia, jamás tuvieron presente a ésta. Cabe aclarar que el capítulo referente a inexistencia y nulidad fue obra del maestro Manuel Borja Soriano, quien fiel a las enseñanzas de Bonnacase se apartó de la sistemática del Código Napoleónico, para incluir la ineficacia llamada inexistencia, que fue creación de la jurisprudencia y la doctrina francesa. De ahí pues que los autores del Código Civil citados en -- primer término, dieran al caso de que se trata el tratamiento de nulidad.

Pero además, y éste es nuestro punto de vista básico, -- creemos que el legislador no dejó de sentir la influencia de -- las ideas de Saleilles, Japiot y Pielievre, cuya invectiva -- contra la doctrina de la Escuela Clásica, hizo estremecer y perder prestigio a ésta.

Ciertamente el legislador, sostenemos, no está para cre-

ar Doctrina sino para resolver los problemas que plantea el tráfico jurídico. El legislador debe pretender no la puridad y la ortodoxia doctrinarias, sino la obtención de la justicia, el bien común y la paz social. Y eso fue lo que hizo precisamente al ofrecer la solución del artículo 1802 del Código Civil.

En efecto, observamos que, en el caso que nos ocupa, todos los intereses en presencia se satisfacen. El del falsamente representado, porque ya se manifiesta deseo de ratificar el contrato; si no se inclinara a proceder a ello, podríamos presumir que en realidad no lo quiere: recuérdese que nada lo obliga a ratificar y bien puede negarse a ello. También podemos presumir el interés del tercero con quien contrató el falso representante, en tanto que no se ha retractado; ello significa que desea la persistencia del acto. Por último, creemos que quien se ostenta como representante sin serlo, también está interesado en que perdure el acto, pues si el contrato no es ratificado quedaría expuesto al pago de daños y perjuicios, cuyo pago serviría para indemnizar al tercero.

En síntesis, que estando satisfechos todos los intereses concurrentes, sería ocioso destruir el contrato, pues con ello se perturbarían los intereses de quienes habían participado en el acto y se alteraría una situación obviamente estable, lo que contrariaría uno de los fines fundamentales del Derecho

C O N C L U S I O N E S

- PRIMERA.- El concepto legal de contrato caracteriza a éste como el acuerdo de voluntades cuyo objeto directo consiste en crear o transferir derechos y obligaciones.
- SEGUNDA.- El principio de la autonomía de la voluntad reposa sobre la afirmación de que todo lo que no está prohibido está permitido.
- TERCERA.- El Derecho es por excelencia regulación heterónoma de la conducta humana, pero no siempre el individuo se ve obligado inmediatamente por la norma; en ocasiones, aunque con base en la disposición legal, el sujeto se ve constreñido en virtud de que ha aceptado obliigarse.
- CUARTA.- El contrato es por excelencia, el instrumento que el Derecho ha puesto en manos de los particulares para autorregular su conducta.
- QUINTA.- Es en razón de lo expuesto en la conclusión que antede, que la voluntad se considera dentro de la teoría del acto jurídico, conjuntamente con el objeto y en ciertos casos con la solemnidad, como elemento de existencia del acto jurídico en general y, obviamente, de su especie el contrato.

- SEXTA.- De acuerdo con lo que establece el artículo 1800 del Código Civil, quien es hábil para contratar puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado.
- SEPTIMA.- Con relación a la conclusión anterior, podemos afirmar que lo que no puede ocurrir es que el contrato se forme sin la intervención directa del interesado o de su representante legítimo.
- OCTAVA.- Según dispone el artículo 2224 también del Código Civil, la falta de consentimiento en el contrato acarrea la inexistencia de éste, agregando el mismo precepto que dicho acto no admite convalidación. Creemos que esta solución se compagina con la lógica jurídica, pues es claro que lo que no existe tampoco es susceptible de convertirse en válido.
- NOVENA.- No obstante lo mencionado en la conclusión que precede, el artículo 1802 admite que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no es su legítimo representante (contrato al que el precepto califica de nulo) pueda ser ratificado, siempre y cuando tal ratificación la produzca el supuestamente representado, antes de que "...se retracten por la otra parte". La solución legal extraña por que, en puridad teórica, el contrato celebrado en las condiciones dichas -

debiera considerarse como inexistente, ya que faltaría para la integración del consentimiento, la voluntad de una de las partes.

DECIMA.- La explicación que encontramos a la disposición del artículo 1802, tiene para nosotros el siguiente fundamento: el legislador obviamente no está para hacer teoría sino para dar soluciones prácticas a las si - tuaciones planteadas por el tráfico jurídico, aunque tales soluciones no resulten ortodoxas; seguramente el autor de la ley, percibió que satisface a dos de los fines del Derecho (que son la seguridad jurídica y la estabilidad social) la persistencia del origi - nalmente fallido contrato, pues todos los intereses concurrentes se encuentran satisfechos. En efecto, el interés del pretendidamente representado, porque procede a ratificar el contrato (si no quisiera la - persistencia de éste, le bastaría con no ratificar - lo); del tercero con quien se contrató, porque no se ha retractado (lo cual hace también suponer su inte - rés en que el contrato subsista) y del falso represen tante, porque la convalidación del contrato le evita rá el pago de daños y perjuicios.

DECIMO

PRIMERA.- Por último, creemos ver en la solución legal la in - fluencia de las ideas de Japiot y Piedelievre en lo que se refiere a la ineficacia del acto jurídico y,

sobre todo, de la tesis sostenida por el primero de los juristas citados, según la cual debe ponerse én fasis especial en que se armonicen y satisfagan los intereses en presencia.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- AGULAR CARBAJAL, Leopoldo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición. México. 1977.
- 2.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Harla, Harper & Row Latinoamericana. México. 1817.
- 3.- BONET RAMON, Francisco. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1959.
- 4.- BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Privado. Tercera Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1965.
- 5.- BONNECASE. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Traducción de José M. Cajica Jr. Editorial Cajica. Puebla. México. -- 1945.
- 6.- BONNECASE. Elementos de Derecho Civil. Tomo II. Traducción de José M. Cajica Jr., Editorial Cajica. Puebla. México. -- 1945.
- 7.- BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición. México. -- 1953.
- 8.- CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo I. Vol. II. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1952.
- 9.- CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo II. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1943.
- 10.- CLEMENTE FERNANDEZ, Elias. Derecho Civil Español. Librería de Don Leocadio López, Editor. Madrir. 1873.
- 11.- DE FRANCISCI, Pietro. Sintesis Histórica del Derecho Romano Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1954.

- 12.- DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. III. Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición. México. 1960
- 13.- DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la 4a. edición Italiana. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid.
- 14.- ENNECCERUS. Ludwing. Tratado de Derecho Civil. Tomo I. -- Vol. II. Bosch. Casa Editorial. Barcelona.
- 15.- FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano. -- Séptima Edición. Editorial Esfínger, S.A. México. 1977.
- 16.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones Quinta Edición. Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue. México.
- 17.- HENRICH, Brunner. Historia del Derecho Germánico. Editorial Labor, S.A. Barcelona - Madrid - Buenos Aires - Rio de Janeiro. 1936.
- 18.- LEHMANN, Heinrich. Parte General. Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1956.
- 19.- LEHR, Ernesto. Tratado de Derecho Civil Germánico o Alemán Librería de Leocadio López, Editor. Madrid. 1878.
- 20.- MACEDO S., Miguel. Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil. Imprenta de Francisco Diaz de Leon. México. 1884.
- 21.- MANRESA Y NAVARRO, José Maria. Comentarios al Código Civil Español. Tomo VIII. Vol. II. Editorial Reus. Madrid. 1950.
- 22.- MARTY, G. Derecho Civil. Vol. I. Editorial José Ma. Cajica Jr. Puebla, Pue. México.

- 23.- MAZEAUD, Henry , Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires. 1960.
- 24.- MAZEAUD, Henry, Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. - Parte Tercera. Vol. IV. Ediciones Jurídicas Europa-América Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires. 1960.
- 25.- MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Tomo I Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
- 26.- MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971.
- 27.- ORTIZ URQUIDI, Raúl. Oaxaca, Cuna de la Codificación Ibero americana. Código Civil Oaxaca. Libro 3° de 29 de octubre de 1928. Editorial Porrúa, S.A. México. 1974.
- 28.- ORTIZ URQUIDI, Raúl. Derecho Civil. Parte General. Editorial Porrúa, S.A. México. 1977.
- 29.- ORTOLAN, M. Historia de la Legislación Romana. Editorial - Hijos de Leocadio López. Madrid. 1912.
- 30.- OURLIAC, Paul, y J. de Malafosse. Derecho Romano y Francés Histórico. Tomo I. Traducción al Español de Manuel Rajen. Bosch. Casa Editorial. Barcelona. 1960.
- 31.- PALLARES, Jasinto. Historia del Derecho Mexicano. Tomo III Imprenta Litografía y Encuadernación de I. Paz. México - - 1901.

- 32.- PEÑA GUZMAN, Luis Alberto y ARGUELLO, Luis Rodolfo. Dere -  
cho Romano. Tomo II. Tipográfica Editora Argentina. Buenos  
Aires. 1966.
- 33.- PETIT, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano. Edito  
rial Nacional. México, D.F. 1963.
- 34.- PLANIOL Y RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil. Cultur  
as, S.A. Tomo VI. Habana Cuba. 1946.
- 35.- PLANITZ, Hans. Principios de Derecho Privado Germánico. --  
Bosch. Casa Editorial. Barcelona.
- 36.- POTHIER, Roberth Joseph. Tratado de las Obligaciones. Edi-  
torial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1961.
- 37.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo  
III. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980.
- 38.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. -  
Antigua Librería Robredo. México. 1949.
- 39.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo V. -  
Vol. I. Ediciones Robredo. 1a. Edición. México. 1951.
- 40.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo V. -  
Vol. II. Antigua Librería Robredo. México. 1951.
- 41.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo VI.  
Vol. I. Editorial Porrúa, S.A. IV Edición. México. 1980.
- 42.- SANCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. Editorial  
Porrúa, S.A. Septima Edición. México.
- 43.- SANCHEZ ROMAN, Felipe. Estudios de Derecho Civil. Tomo IV.  
Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra". Madrid 1899.

- 44.- SOHM, Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano. -- Editorial Gráfica Panamericana, S. de R.L. México. 1951.
- 45.- VALVERDE Y VALVERDE, Don Calixto. Tratado de Derecho Español. Tomo III. Talleres Tipográfica "Cuesta". Valladolid. 1920.
- 46.- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición. México. 1981.

D O C U M E N T O S

- 1.- EL DIGESTO DEL EMPERADOR JUSTINIANO. Volumen Primero. Parte I. del Digesto. Libro 2, Título 4, Ley 6. Nueva Edición. -- Imprenta de Ramón Vicente. Madrid. 1872.
- 2.- LAS SIETE PARTIDAS DEL SABIO REY DON ALFONSO. Tomo II. Partida Quinta. Glosadas por el Lic. Gregorio López, Editadas en la Oficina de Benito Cano. Madrid. 1786.

L E G I S L A C I O N

- 1.- Código Civil Alemán. Apéndice. Tratado de Derecho Civil de Ennecerus. Traducción de Carlos Milan Infante. Bosch. Casa Editorial. Barcelona. 1955.
- 2.- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California. De 1870. Tip. de J. M. Aguilar Ortíz. México 1875.
- 3.- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California. De 1884. Tip. y Lit. "La Europea", de J. Aguilar Vera y Compañía S. en C. México. 1906.

- 4.- Código Civil del Estado de Oaxaca. Tercera Edición. Tipográfica del "Siglo XIX". México. 1898.
- 5.- Código Civil del Estado de Veracruz Llavé. Proyecto del C. Lic. Fernando de Jesus Corona. Edición Oficial. Imprenta -- "El Progreso". Veracruz. 1868.
- 6.- Código Civil Italiano. Tomo I. Manual de Derecho Civil y - Comercial. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1971.
- 7.- Código Civil para el Distrito Federal. Edición Conmemorativa del 50 Aniversario de su Entrada en Vigor. Leyva Babriel Cruz Ponce, Lisandro. Editorial UNAM. México. 1982.
- 8.- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Veracruz. - Editorial Josef M. Cajica Jr., S.A. Puebla, Pue. México 1931

I N D I C E G E N E R A L

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONTRATO

	Pág.
I.- El contrato en el Derecho Romano -----	1
II.- El contrato en el Derecho Germánico -----	8
III.- El contrato en el Derecho Español Antiguo -----	16
IV.- El contrato en el Código Napoleón -----	25
V.- El contrato en el Código Civil Oaxaca de 1827- -- 1828, y en el Código Corona de Veracruz de 1869 -	33
VI.- El contrato en el Código Civil Mexicano de 1870 y 1884 -----	37

CAPITULO SEGUNDO

EL CONTRATO

I.- Concepto y definición del contrato -----	43
II.- Formación de los contratos -----	45
1).- Formación entre presentes -----	46
2).- Formación entre no presentes -----	48
A).- Sistema de la declaración -----	48
B).- Sistema de la expedición -----	49
C).- Sistema de la recepción -----	50
D).- Sistema de la información -----	50

	Pág.
E).- Sistema que sigue el Código Civil Vigente - para el Distrito Federal -----	50
III.- Elementos de Existencia y de validez de los <u>contra</u> <u>tos</u> -----	51
1.- Elementos de existencia de los contratos -----	53
A).- El consentimiento -----	53
B).- El objeto -----	55
B.1.- Requisitos de las obligaciones de dar ---	56
B.1.1.- Posibilidad física -----	56
B.1.2.- Posibilidad jurídica -----	57
a).- Determinación del objeto -----	57
b).- La cosa debe estar en el comer - cio -----	59
B.2.- Requisitos del objeto de las obligaciones de hacer -----	60
B.2.1.- Posibilidad física y jurídica del - hecho prometido -----	60
B.2.2.- Licitud del hecho objeto del <u>contra</u> <u>to</u> -----	61
2.- Elementos de validez de los contratos -----	61
A).- La capacidad -----	62
A.1.- Capacidad de goce -----	62
A.2.- Capacidad de ejercicio -----	63
B).- Ausencia de vicios del consentimiento -----	65
B.1.- El error -----	67
a).- Error sobre la identidad del objeto -	67
b).- Error nulidad -----	68
c).- Error indiferente o de cálculo -----	69

	Pág.
B.2.- El dolo -----	70
B.3.- La mala fe -----	72
B.4.- La violencia -----	73
B.5.- La lesión -----	75
C).- Licitud en el objeto, motivo o fin del con - trato -----	76
C.1.- Licitud en el objeto -----	77
C.2.- Licitud en el motivo o fin del contrato- -----	78
D).- La forma requerida por la ley -----	79
IV.- La inexistencia y nulidad del acto jurídico (y de su especie, el contrato) -----	85
A).- Doctrina clásica francesa sobre inexistencia y nulidad -----	86
B).- Doctrina de Japiot y Piedelievre respecto de - la ineficacia del acto jurídico -----	89
B.1.- Doctrina de René Japiot -----	89
B.2.- Tesis de Piedelievre -----	91
C).- La restauración de la teoría clásica en materia de ineficacia de los actos jurídicos, efectuada por Bonnacase -----	93
D).- La inexistencia y nulidad de los actos jurídi - cos en el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 -----	95
D.1.- La inexistencia en el Código Civil vigente- -----	96
D.2.- La nulidad en el Código Civil vigente ----	97
D.2.1.- Nulidad absoluta -----	97
D.2.2.- Nulidad relativa -----	98

CAPITULO TERCERO

LA REPRESENTACION

	pág.
I.- Noción y utilidad de la representación -----	101
II.- Diversas teorías sobre la representación -----	105
1.- Teoría negativa de Duguit -----	105
2.- Teoría de la ficción -----	106
3.- Teoría del nuncio -----	107
4.- Teoría de la cooperación de voluntades -----	108
5.- Teoría de la sustitución real de la personali- dad del representado por la del representante -	109
6.- Crítica del sustentante -----	111
III.- La representación en el Derecho Civil Mexicano --	113
IV.- El contrato a nombre de otro sin ser su represen- tante -----	115
V.- Figuras afines al contrato a nombre de otro, por quien no es su representante -----	115
1.- La gestión de negocios -----	116
1.1.- Requisitos de la gestión de negocios -----	117
1.2.- Obligaciones del gestor -----	118
1.3.- Obligaciones del dueño del negocio -----	119
2.- La promesa de porte-fort -----	121
3.- La estipulación en favor de tercero -----	123
3.1.- Efectos de la estipulación entre las partes	124
3.2.- Revocación y rechazo de la estipulación ---	125
3.3.- Naturaleza jurídica de la estipulación ----	125
4.- El contrato consigo mismo -----	126

CAPITULO CUARTO

EL CONTRATO A NOMBRE DE OTRO POR QUIEN  
NO ES SU LEGITIMO REPRESENTANTE. ANALI  
SIS DOCTRINARIO. SOLUCION LEGAL. CRI  
TICA FINAL.

	pág.
I.- Diferentes fosciones legislativas y doctrinarias acerca del contrato a nombre de otro, celebrado -- por quien no es su legitimo representante -----	131
1.- El contrato a nombre de otro por quien no es su representante, en Francia -----	131
1.1.- Poder aparente de representación y mandato - aparente -----	132
1.2.- La promesa por tercero -----	133
2.- El contrato a nombre de otro por quien no es su representante, en España -----	135
3.- El contrato a nombre de otro por quien no es su representante, en Italia -----	139
4.- El contrato a nombre de otro por quien no es su representante, en Alemania -----	143
II.- El contrato a nombre de otro por quien no lo repr <u>e</u> senta legítimamente, en la legislación mexicana --	147
1.- En el Código Civil Oaxaca de 1827-1828, y en el Código Corona de Veracruz de 1868 -----	147
2.- En el Código Civil para el Distrito Federal y Te rritorio de Baja California de 1870 -----	149

	pág.
3.- En el Código Civil para el Distrito Federal y - Territorio de Baja California de 1884 -----	149
4.- En el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 -----	152
III.- Doctrina mexicana acerca del contrato celebrado a nombre de otro por quien no es su representante -- legítimo -----	154
1.- Punto de vista de Rafael Rojina Villegas -----	154
2.- Punto de vista de Ernesto Gutierrez y González -	156
3.- Punto de vista de Manuel Borja Soriano -----	157
4.- Punto de vista de Raúl Ortiz Urquidi -----	158
IV.- Opinión del sustentante acerca del contrato a nom- bre de otro por quien no es su legítimo represen - tante. Crítica a la solución lega -----	159
CONCLUSIONES -----	163
BIBLIOGRAFIA -----	167
INDICE GENERAL -----	173