



**Universidad Nacional Autónoma de México**

**Escuela Nacional de Estudios Profesionales**

**ACATLAN**

**D E R E C H O**

**ESTUDIO CRITICO SOBRE LA TEORIA DE  
LAS NULIDADES**



**Tesis Profesional**

**Que para obtener el Título de  
LICENCIADA EN DERECHO**

**p r e s e n t a**

**LUZ DELFINA ABITIA GUTIERREZ**

**MEXICO 1984**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



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

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

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

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

## INTRODUCCION

El estudio de las nulidades y la inexistencia, es decir, de la Teoría Clásica Tripartita de las Nulidades, es, sin lugar a dudas, uno de los más interesantes y controvertidos del derecho civil, puesto que presenta problemas tanto de orden práctico, como de orden teórico de gran envergadura; problemas siempre vivos porque, para resolverlos, se han elaborado diversas teorías que sólo han podido presentar soluciones temporales, en cuanto que real y positivamente resulta imposible calificar a alguna de ellas como definitiva.

En el caso específico del derecho mexicano, los problemas arriba mencionados surgieron con el Código Civil para los entonces Distrito y Territorios Federales, elaborado en 1928 y en vigor desde el 1° de octubre de 1932; Código que de manera irreflexiva recoge, por mediación de Don Manuel Borja Soriano, sobre el punto de la inexistencia, la escuela de Bonnecase, rompiendo con ello la antigua tradición mexicana sobre las nulidades, que seguía, con mayor acierto, la Teoría Clásica Bipartita de las Nulidades, la cual sólo tomaba en consideración la nulidad absoluta y la relativa; pero además de que no existía la necesidad o exigencia de la reforma introducida, lo cierto es que ella ha ocasionado la serie de problemas que señalo en esta tesis.

En fin, en el presente trabajo de investigación se propongo revisar, con el mayor detenimiento posible (naturalmente sujeta a mis propias limitaciones derivadas de mi escasa experiencia como estudioso del derecho), tanto las nulidades absoluta y relativa, como la inexistencia, así como las doctrinas que en pro y en contra de esta última se han elaborado. Aunque sin la pretensión de que mi modesta opinión pueda significar de manera alguna la última palabra, sí haré el esfuerzo e intento de determinar si es falso o verdadero el criterio (en mi opinión acertado) de que la distinción entre la nulidad absoluta y la inexistencia, no tiene en nuestro derecho ninguna razón de ser ni valor práctico. Me adhiero a los que consideran que, por no beneficiar en nada la introduc-

ción de la inexistencia a nuestra estructura jurídica y por, en cambio, resultar gravemente perjudiciales las confusiones que ocasiona, lo aconsejable sería, para nuestro derecho, que la figura fuera suprimida.

Sujeta a la crítica de los señores juristas integrantes de mi jurado en mi examen profesional, y segura de que más que nadie puedo equivocarme, estaré pronta a reconocer los errores que en mi trabajo seguramente se contienen.

No quiero concluir sin antes recordar, de todo corazón, las valiosas enseñanzas que en mi querida e inolvidable Escuela Nacional de Estudios Profesionales ACATLAN, recibí durante el curso de mi carrera profesional, de todos mis maestros, a quienes llevaré en mi memoria con gratitud constante.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

A. Las Nulidades en el Derecho Romano.

En relación con el estudio de las nulidades, cabe decir que desde la época del Derecho Romano, especialmente tratándose de las instituciones civiles, era necesario establecer ciertas reglas que tuviesen por objeto invalidar los actos jurídicos que no debían surtir efectos; actos que debían invalidarse, ya porque adolecieran de vicios desde el momento de su nacimiento; bien porque en el transcurso de su vida les faltara alguna de las condiciones legales necesarias, o bien porque aunque válidos en el momento de su nacimiento y aun revestidos de las formalidades exigidas por el jus civile, se encontrase, sin embargo, que contradecían la equidad.

Con base en la necesidad que desde el Derecho Romano existió, de invalidar aquellos actos jurídicos que, aunque debieron nacer conforme a derecho, por defectos de su conformación o por contrarios a la equidad, fueron considerados como ineficaces, la doctrina civilista moderna ha elaborado un complicado sistema que a partir de Zachariae, de Demolombe, de Aubri y Rau y Laurent, <sup>(1)</sup> habló de inexistencias y de nulidades, o sea, tomando en consideración la afectación del negocio jurídico en una forma gradual, es decir, cuando el acto jurídico ha nacido careciendo de algún elemento de existencia, el derecho se tiene por no nacido y se dice que es inexistente; si el negocio jurídico es contrario a preceptos jurídicos imperativos o prohibitivos, entonces estará afectado de nulidad absoluta, y si el acto jurídico adolece de un vicio no vital, que pueda subsanarse, en tal caso será anulable.

Había, pues, en Roma, ineficacias creadas por el derecho civil, cuyos caracteres específicos, según la gravedad de las sanciones, se estudiarán acto seguido:

El Derecho Romano Clásico sancionó, con la nulidad absoluta,

-----

1. LUTZESCO GEORGES, Teoría y Práctica de las nulidades. Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda. Editorial Stylo. México 1945, p. 186.

los actos jurídicos que no tuvieran la forma impuesta por la ley; aquellos en que no existiera el consentimiento; los que tuvieran como objeto del negocio, un bien que se encontrara fuera del comercio o una causa inmoral; los actos celebrados por incapaces; las obligaciones cuyo objeto fuese una cosa imposible, y los contratos con una causa ilícita. En todos esos casos la sanción fue siempre la nulidad absoluta.<sup>(1)</sup>

La esencia de la nulidad romana se comprende mejor, observando la sanción que afectaba tanto al acto ilícito, como al acto realizado con fraude a la ley.

El Derecho Romano Clásico contemplaba, desde el punto de vista de la sanción, tres tipos de leyes: las leyes perfectas, sancionadas con la nulidad; las leyes menos perfectas, sancionadas pecuniariamente, y las leyes imperfectas, que no tenían sanción.

Pues bien, la nulidad se estableció expresamente en las leyes perfectas, las cuales tuvieron un lenguaje realmente prohibitivo. La *lex Fufia Caninia*, por ejemplo, declaraba nulo cualquier testamento que contuviera liberalidades excesivas; la *Lex Aelia Sentia*, prohibía al menor de veinticinco años, liberar a un esclavo de su propiedad, sin la previa autorización del consejo manumisorio y sin la justificación de la manumisión; en el concepto de que ésta era nula, si faltaban los requisitos señalados.

Sobre el particular, Savigny señala que existe una ley general de interpretación, de Teodosio II, que establece: "Toda prohibición de la ley entraña la nulidad del acto prohibido, aunque esta nulidad no se exprese formalmente". Se considera, pues, como ley perfecta, toda ley prohibitiva, aunque carezca expresamente de la sanción. Serán nulos también todos los actos simulados que pretendan ocultar lo expresamente prohibido por la ley, por considerarse cometidos en fraude a la misma.<sup>(2)</sup>

Se advierte que tanto para los actos realizados con fraude a la ley, como para los actos ilícitos, la sanción es la nulidad absoluta, que operaba de pleno derecho.

- 
1. IGLESIAS JUAN. Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado. Edición Española Ariel 1972. p. 185.
  2. SAVIGNY. Derecho Romano Actual. Tomo III. Segunda Edición Española Góngora. p. 357.

En caso de que una prestación que estuviese afectada de nulidad, fuera cumplida por el deudor obligado, entonces éste tenía derecho de repetir lo que hubiera ejecutado en virtud de ese acto nulo.

Los medios que disponía el deudor para reclamar lo realizado con motivo de un acto nulo, variaban según se tratase de contratos de derecho estricto, de los celebrados con buena fe o de los contratos innominados.

En el primer caso, esto es, tratándose de los contratos nulos de derecho estricto, el legitimado con interés (el deudor), podía valerse de diversos modos para reclamar lo realizado en virtud de los mismos. En Roma, por ejemplo, estaban prohibidas las donaciones entre esposos, con el fin de proteger los intereses de los diversos miembros de la familia; por ello tales donaciones se encontraban afectadas de nulidad, tanto si se realizaban directamente, como a través de un tercero, y el donante disponía de dos medios para recuperar las cosas donadas o su importe: la "condictio in personam", que se interponía cuando las cosas donadas ya habían sido consumidas; pero que permitía al donante obtener la restitución en la medida del enriquecimiento del donatario, y la "actio ab rem", que se intentaba cuando los bienes no habían sido consumidos; consistía en la posibilidad de perseguir las cosas contra todos, siempre que éstas subsistiesen en su individualidad. Las donaciones permitidas por el derecho civil, que tuvieran un fundamento moral ilícito, eran donaciones nulas y el donante tenía a su favor la posibilidad de repetir los bienes donados, siempre que la inmoralidad hubiera existido sólo por parte del donatario.

En el segundo caso, o sea, el de nulidad de los contratos de buena fe, el Derecho de Gentes dispuso, en sus instituciones, idénticas consecuencias y recursos que el Derecho Estricto. En los contratos consensuales había una acción inherente a su forma y a su naturaleza jurídica. Cada tipo de contrato tenía su propia acción: la compraventa, verbigracia, concedía al comprador la "actio empti" y al vendedor la "actio venditi"; en el contrato de mandato, había la "actio mandati" y la "actio mandati contraria", etcétera. Todas esas acciones algunas veces se completaban con la "exceptio dolis".

Respecto de la nulidad de los contratos innominados (tercera hipótesis), la materia por mucho tiempo estuvo gobernada por la popular norma o principio "Ex nudo pacto actio non nascitur" (del simple pacto no nace acción). Lo que significa que el acreedor carecía de vía o forma alguna para lograr del deudor el cumplimiento de su obligación o para alcanzar la anulación del acto. Pero cosa diversa pasaba cuando el contrato se cumplía; porque entonces, aun cuando se producían los mismos efectos del contrato celebrado conforme a derecho, se podía, sin embargo, hacer valer la reparación de la injusticia derivada del contrato cumplido, es decir que, admitiéndose la realización del pacto de acuerdo con la ley, una vez que el mismo se cumplía, tal cumplimiento permitía la reparación de lo eje cutado injustamente, bien mediante el ejercicio de la "actio praescriptis verbis", que no se daba para recuperar lo entregado, sino para que la con traparte cumpliera, bien mediante el ejercicio de la "condictio causa data causa non secuta", que se daba, por el contrario, para recuperar lo que se había entregado, en caso de no haberse obtenido la contraprestación correspondiente, o dicho con otras palabras, era la acción por prestación cumplida ante el deber no observado, o bien mediante la "condictio indebiti" o acción que se concedía para la repetición de lo injustamente pagado, etcétera.

En resumen, el Derecho Romano Clásico, fuera del aspecto de aquellas obligaciones nulas cumplidas voluntariamente por las partes, que producían todos sus efectos, cuando ninguna de las mencionadas partes intentaba acción con el propósito de obtener la declaración de nulidad, establecía que el acto nulo no prescribía ni podía ser confirmado; lo que significaba que la nulidad operaba de pleno derecho.

Para Papiniano, la obligación no podía ser confirmada por la ley, ni por el juez, ni por el pretor, pues todos ellos, al igual que las partes, eran impotentes ante el vicio del contrato; de lo que resultaba que la nulidad tenía el carácter de absoluta, que no podía ser confirmada. (1)

1. LUTERICO GONZALEZ. Teoría y Práctica de las Nulidades. Edición Mexicana. Porrua 1945. p. 88

Para finalizar, procede indicar que la idea de nulidad absoluta se originó en el Derecho Romano estricto, asimismo en materia de testamentos inoficiosos.

Pasando ahora a las nulidades en el Derecho del Bajo Imperio o Post-Clásico, procede hacer notar que el Derecho Romano Clásico, no sufrió grandes modificaciones; pero fue adaptado a las nuevas costumbres imperantes, a fin de facilitar su comprensión y la impartición de justicia.

En esa época, el juez se convierte en el único titular del proceso rescisorio (hay que tomar en consideración que en el Derecho Romano Clásico, el pretor, en los procesos de restitución, usurpaba muy frecuentemente la decisión del juez), es decir, cuando se fusionan la actividad del juez y del pretor, convirtiéndose el primero en el único titular del proceso rescisorio, se observa que la acción rescisoria llega a la consagración del concepto de nulidad, creándose, además, una nueva concepción de la misma, por el nacimiento de dos grandes grupos de ineficacias: las nulidades absolutas y las nulidades relativas. Cada una de ellas se aplicará según la importancia del vicio de que adoleciera el acto jurídico.

El juez, que es el encargado único de aplicar las sanciones, después de un profundo análisis, establecerá una correlación entre la magnitud de la irregularidad del acto jurídico y la sanción que debe aplicarse.

Tratándose de la nulidad absoluta, en la etapa Post-Clásica del Derecho Romano, sus fuentes se conservaron siempre las mismas: la ley y las buenas costumbres.

El emperador Teodosio, en su Constitución, manifestó: "Ningún efecto debe concederse a los pactos, ni a los convenios, ni a los contratos, cuando su objeto haya sido prohibido por la ley... porque lo que se hace contra la ley, es no solamente inútil, sino radicalmente nulo aunque el legislador no haya previsto casos en particular", y añade: "Serán igualmente nulas las consecuencias, las ejecuciones de los pactos, de los convenios y de los contratos hechos contra las leyes".<sup>(1)</sup>

-----  
1. LUTZESCO. Cb. cit. p.91

Se desprende, de lo expuesto, que la concepción del Derecho Romano Clásico de la nulidad absoluta, que opera de pleno derecho, subsistió en la época del Bajo Imperio.

Sin embargo, en esa época, fuertemente influenciada por los principios morales del cristianismo, no se aplicó la sanción de esa nulidad en una forma intransigente, sino por el contrario, cada vez que se probaba que un acto afectado de nulidad absoluta, había sido realizado de buena fe, en virtud de la importancia que a ésta se concedía, se sancionaba el acto con la nulidad relativa.

Pero a pesar de lo expuesto, se sancionaron siempre con la nulidad absoluta, los negocios jurídicos cuyo objeto fuese la ejecución de un acto imposible; aquellos cuya eficacia dependiera de una condición potestativa, y los convenios, pactos o contratos, que tuvieran por finalidad especular sobre la eventualidad de derechos sucesorios, por ser contrarios a las buenas costumbres.

En cuanto a las nulidades relativas, procede advertir que sus fuentes fueron el dolo, la violencia y la inoficiosidad del testamento. Tales nulidades constituyeron y siguen constituyendo un medio de defensa de carácter personal, reservado exclusivamente a las víctimas. Se aplicaba también la sanción de la nulidad relativa, a los actos afectados de violencia o de dolo, porque la inefecacia relativa fue siempre el reflejo de la buena fe.

El Derecho Romano del Bajo Imperio está, pues, sometido a las mismas ideas clásicas que han servido de fundamento al Derecho Romano y, a través de la historia, a los derechos de los diversos países.

## B. Las Nulidades en el Antiguo Derecho Civil Francés.

En este inciso sólo me ocuparé, por su importancia, en lo referente a las nulidades del antiguo Derecho Civil Francés, de las comprendidas en los siglos XVI al XVIII, siguiendo particularmente las enseñanzas del multicitado Lutzesco, en su obra referida:

Ese período se caracterizó por la redacción oficial de las costumbres, que permitió terminar con la incertidumbre que reinaba respecto de la sanción en el ámbito del derecho consuetudinario; derecho que adquirió, por el fenómeno a que aludo, la posibilidad de ampliar su panorama, que se hallaba reducido a una aplicación modesta, de acuerdo con la conciencia popular de una provincia o de un ducado.

Otro aspecto representativo de esa época, es que el derecho natural se adueña de la noción de equidad y pretende ocupar el sitio que corresponde al Derecho Romano en la teoría de las obligaciones, gracias al talento de Grocio, quien logra influir en el pensamiento de los autores consuetudinarios.

El derecho Romano es criticado aun por los autores más morigerados del derecho consuetudinario, por su inflexibilidad y su estructura austera, contraria al espíritu vanguardista del derecho consuetudinario; razón por la cual fue reducido a las cartas de rescisión, y el derecho consuetudinario se convirtió en el dueño de la vida jurídica de Francia, perfeccionándose, sobre todo en los aspectos prácticos. Sólo se realizaron especulaciones teóricas moderadas, fieles siempre al pensamiento consuetudinario.

A continuación expondré brevemente, las características de las nulidades en cada uno de los tres siglos del período que ahora me ocupa:

### I.- Las Nulidades en el Siglo XVI.

Durante ese siglo, a pesar de los autores de la época, el Derecho Romano regulaba las nulidades, aunque en forma restringida, ya que

se limitaba al contexto de las cartas de rescisión.

El consentimiento se convirtió en elemento esencial de las obligaciones y por ello formó parte muy importante de las nulidades, tanto cuando hay fraude a las costumbres o a la ley, como cuando se trata de la rescisión, en cada aspecto del engranaje de sus partes.

La terminología romana fue abolida por los autores franceses del siglo XVI, con la intención de dar, a la nulidad, un carácter nacional.

Se advierte que el término de la nulidad "ab initio", que en el Derecho Romano explicaba la nulidad absoluta, fue substituido por una serie de expresiones, como son: nulidad precisa y perpetua, nulidad de derecho o nulidad precisa y absoluta. Asimismo el término nulidad relativa, fue substituido por el de nulidad causativa.

La nulidad precisa y perpetua se distinguió de la absoluta del Derecho Romano, en que, mientras que ésta operaba de pleno derecho, automáticamente, aquella exigía el empleo de un procedimiento en el que el juez hacía la declaración de nulidad; en el concepto de que la nulidad se daba cuando había violación de las buenas costumbres, fraude a las mismas o infracción a la ley, y era necesario obtener del juez, mediante la presentación de una demanda, la declaración de que la ley había sido violada y de que, por ello, el acto de que se tratara era nulo. Se distingue la nulidad precisa y perpetua (nulidad absoluta), de la nulidad causativa (nulidad relativa), en que, mientras que la precisa y perpetua se basaba en la protección del interés público, la causativa concedía acción a la persona o categoría de personas, a quienes con la nulidad se pretendía favorecer. Tratándose de la nulidad precisa (absoluta), toda persona con interés legítimo podía hacerla valer; pero si se trataba de la nulidad causativa (relativa), entonces había que investigar quien era el protegido por la ley. ¿Era el menor, era la mujer, era la familia? En tanto que la nulidad precisa, era naturalmente imprescriptible; la causativa, en cambio, prescribía en diez años.

Para terminar, conviene señalar que las cartas de rescisión, que debían obtenerse de la cancellería (las cuales podían equipararse a la

restitución romana, ya que éstas se solicitaban en la misma forma que se pedía la intervención de pretor), sufren una serie de modificaciones que las vuelve apenas reconocibles; además, la generalización de esas cartas, tanto en los procedimientos de nulidad como en los de rescisión, ocasionaban la confusión entre la restitución y la rescisión.

## II. Las Nulidades en el Siglo XVII.

En ese período surge un renacimiento romanista, gracias a la contribución de la Escuela Histórica, que profesaba el retorno a los textos romanos anteriores a los glosadores (sin embargo, no logra ejercer gran influencia sobre sus contemporáneos sino hasta el siglo XVIII); pero al mismo tiempo, el derecho consuetudinario se encontró frente a una menor prosperidad que la obtenida durante el siglo XVI. En el siglo XVII surge, por primera vez, el importante concepto de orden público, como resultado del intento de circunscribir, por una parte, la esfera del orden natural y, por la otra, delimitar el ámbito de aplicación del orden jurídico; pero en su concepción ambos órdenes tienen, en común, que todas las obligaciones que lesionen tanto a las leyes (orden jurídico), como a las buenas costumbre (orden natural), son ilícitas y sancionadas con la nulidad absoluta.

La causa adquiría cada vez una mayor importancia en el ámbito de la teoría de las nulidades, debido a que si faltaba o desaparecía antes de la ejecución del contrato, éste era nulo. Para juzgar si una obligación tenía causa o no, era preciso tomar en consideración las circunstancias concurrentes. Por ejemplo, cuando un heredero pagaba la deuda de su padre, sin saber que estaba extinguida, al darse cuenta de que había pagado por error y, por consiguiente, de que la obligación se fundaba en una falsa causa, éste tenía derecho de repetir lo pagado indebidamente.

Como antes he dicho, durante el lapso de que me ocupó, los contratos generalmente eran consensuales; más, no obstante, la forma tuvo gran importancia en el otorgamiento de los testamentos, de la donación y de la autorización para suplir o completar la incapacidad del menor y de

la mujer casada, y debe añadirse que, al faltar tal autorización, los actos que en esa forma se realizaran, se consideraban actos nulos por sí mismos, en protección de un interés público y por contrarios a la ley o a la costumbre.

Resurge, en fin, la antigua máxima "quod nullum est, nullum producit afecctum" (lo nulo no produce afecto alguno);<sup>(1)</sup> máxima que, relacionada con la afirmación consuetudinaria de que la nulidad absoluta era una nulidad de pleno derecho, condujo a perturbar todo el sistema que se apoyaba en la exigencia de que la nulidad fuese declarada.

### III. Las Nulidades en el Siglo XVIII.

A diferencia de lo que aconteció en el siglo XVI, caracterizado por el ataque consuetudinario al derecho Romano y en el siglo XVII, que más bien se mostraba a la expectativa, el XVIII inició una actividad de reconciliación entre el Derecho Consuetudinario y el Derecho Romano. Los autores de la época tomaron conciencia de que la influencia del mencionado derecho no podía desaparecer, ya que éste comprendía la parte de mayor importancia del derecho positivo, que era la teoría de las obligaciones, en la que las soluciones romanas imponían, al fin y al cabo, su espíritu que aún se conserva.

Al sustraerse el Derecho Romano de la estricta disciplina de antaño, pudo soportar cualquier cambio de las costumbres y asimilar novedades; pero manteniendo intacta su técnica.

Los autores del siglo que ahora me ocupa trataron de demostrar que el abismo que existía entre las normas consuetudinarias y las romanas, no era tan profundo. Situaron la razón natural y la razón escrita, frente a frente, con el objeto de lograr un acercamiento entre ambas y obtener el mayor esplendor del Derecho Francés. En esa forma el derecho consuetudinario se vió saturado de una serie de máximas romanas, de las cuales la teoría de las nulidades obtuvo gran provecho. Se atiende a las nulidades de una manera esencial, esto es, de acuerdo con el interés que se protegía, que podía ser de dos tipos: público y privado.

1. CABANELLAS GUILLERMO. Repertorio jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos. Editorial Bibliográfica Argentina Buenos Aires 1959. pag. 106.

Aquellas nulidades que tenían por objeto la protección de un interés público, fueron denominadas "nulidades absolutas"; término que era suficientemente amplio para comprender todos los puntos de interés general en las nulidades de ese tipo; pero, además, su contenido se entendía fácilmente y comprendía, en sí mismo, todos los rasgos característicos de la noción de tal nulidad, a saber:

Desde el punto de vista del interés público, la nulidad absoluta estaba al alcance de todos aquellos provistos de interés legítimo. La doctrina se mostraba conforme en que, por tratarse de un interés público, la nulidad absoluta se ponía al alcance de todos, y se decía por eso que era una nulidad popular de tal manera que, a quien la intentaba, no podía oponerse derecho alguno de tercero, ni valía o influía que se causaran daños o perjuicios a las partes o a cualquiera otra persona. Por otra parte, la nulidad absoluta era imprescriptible, y resurge en este período la antigua regla catoniana que afirmaba: lo que es nulo desde su origen, no puede convalidarse por el paso del tiempo (*quod nullum est ab initio, tratu temporis convalescere non potest*).

Los actos afectados de nulidad absoluta, no producían efecto alguno (*quae nullum est, nullum producit effectum*) (1) respecto del deudor, ni respecto del acreedor, ni de los terceros.

Surge en aquel siglo, la preocupación de resolver el problema relativo a si la nulidad debía ser declarada por el juez o si esa declaración era innecesaria.

Por haberse tomado del Derecho Romano las tesis que conforman la teoría de las nulidades, parecería innecesaria esa declaración; además, la nulidad consuetudinaria es, a juicio de los autores consuetudinarios, una nulidad de pleno derecho. Pero en esa época, no obstante que la nulidad operaba de pleno derecho, debía intentarse una acción de nulidad ante el juez (obviamente sin necesidad de obtener las cartas de rescisión), y por ello surge la acción de nulidad como forma para obtener la aplicación de la sanción precisamente de los actos nulos.

En cuanto a las nulidades relativas, ellas protegen el interés privado y, por su carácter personal, sólo pueden ser invocadas por la per-

1. CABANELLAS GUILLERMO. ob. cit. p. 106

sumo o personam a quibus, queriendo la ley proteger, ésta les concede la acción expresamente. El acto anulable puede ser confirmado por la persona con derecho a valerse de la sanción. El deudor de una obligación afectada de nulidad relativa, podrá rehusarse en todo tiempo a cumplir con la exigencia del acreedor; pero si el deudor hubiera cumplido con esa obligación, podrá exigir, dentro del término de diez años, la devolución de los bienes entregados.

Los efectos del acto afectado de nulidad relativa, subsisten plenamente hasta el momento de la anulación, tanto respecto de las partes como de los terceros.

La anulabilidad podía intentarse de dos maneras: para las nulidades de origen consuetudinario (referentes a la moral, a las buenas costumbres y a los usos), se establece la acción de nulidad, y para las nulidades de Derecho Romano (por dolo, violencia, lesión o error), la acción de rescisión. Una y otra se distinguen en que para las nulidades de Derecho Consuetudinario, no se requería la obtención de las cartas de rescisión; en cambio, para el dolo, la violencia, la lesión y todas las demás nulidades romanas, estas cartas eran indispensables.

La acción de rescisión en el siglo XVIII, no era otra cosa que la restitución romana y sus efectos eran los mismos: hacía volver las cosas a la situación en que se encontraban antes de la celebración del acto nulo. La rescisión liberada no sólo al deudor principal, sino también a todos los codeudores o fiadores.

C. Teorías Clásicas de las Nulidades.

I. Teoría Clásica Bipartita de las Nulidades.

Como ya he dicho con anterioridad, el Derecho Romano estableció que toda ley, para ser respetada, debe estar respaldada por una sanción. Entonces se impuso la necesidad de buscar una para todo aquel acto que, sin ser delictivo, atentaba, sin embargo, contra el interés común y el orden público. La sanción fue la nulidad, que se manifestó en dos formas diferentes: la civil, que tenía el carácter de absoluta y se presentaba cuando había violación de la ley, y la pretoria, conocida hoy como nulidad relativa, que se obtenía mediante la "restitutio in integrum" y sólo se concedía a quién había sufrido el daño con motivo del acto nulo. Con tales antecedentes surgió, por primera vez, la teoría de las nulidades, que tuvo su origen en Francia, elaborada principalmente por Domat y Pothier y conocida como "Teoría Clásica Bipartita Francesa de las Nulidades"; porque nació teniendo como base la existencia de dos tipos de nulidades: la absoluta y la relativa o anulabilidad, cuyas características referiré enseguida, tomando como fuente de información la obra del Dr. Raúl Ortiz Urquidí:<sup>(1)</sup>

1. La nulidad absoluta se produce por el sólo hecho de la infracción, es decir, es una nulidad de pleno derecho y, por tanto, el acto afectado por esa nulidad, según estima la susodicha teoría, no produce efecto alguno.

La nulidad relativa, en cambio, permite que el acto por ella afectado, produzca todos sus efectos hasta el momento en que la nulidad es declarada; pero cuando ésto sucede se destruyen retroactivamente tanto el acto mismo como todos sus efectos.

2. Cabe hacer notar que, mientras la nulidad absoluta puede ser invocada por cualquier persona con interés legítimo, no sucede lo mismo tratándose de la nulidad relativa; porque ésta únicamente puede invocarse por la persona o personas a cuyo favor la ley la establece.

-----  
1. ORTIZ URQUIDI RAUL. Derecho Civil. Primera Edición. Editorial Porrúa México 1977. p. 537 y 538.

3. La nulidad absoluta no se extingue por confirmación, no es susceptible de ratificación, ni puede renunciarse. Por el contrario, la nulidad relativa puede desaparecer por confirmación, ratificación o renuncia.

4. Se dice que la nulidad absoluta es imprescriptible, mientras que la acción de la nulidad relativa es prescriptible. Al respecto, el maestro Gutiérrez y González, en su obra "Derecho de las Obligaciones", sostiene, a mi juicio con razón, que es un error de la Teoría Clásica, afirmar que la acción de nulidad relativa puede convalidarse por prescripción, ya que la persona a quién la ley la concede, al dejar de ejercitar la acción en el plazo que establece la ley, no adquiere bienes ni se libera de una obligación por el simple transcurso del tiempo, sino pierde el ejercicio de la acción, por la abstención, o sea, por el hecho negativo de dejar de ejercitarla durante el lapso que, al efecto, la ley le concede, y si ello es así, concluye, no puede estarse en presencia de un caso de prescripción, sino de caducidad. <sup>(1)</sup>

Conforme a la Teoría Clásica Bipartita, la acción es necesaria únicamente en los casos de nulidad relativa o anulabilidad, no en los casos de nulidad absoluta, ya que en éstos la nulidad se produce de pleno derecho, no tienen de suyo ninguna eficacia, ninguna validez; <sup>(2)</sup> razón por la que es innecesario acudir al juez para que la declare.

## II. Teoría Clásica Tripartita de las Nulidades

Como puede apreciarse, tanto el Derecho Romano, como el antiguo Derecho Civil Francés, fueron totalmente ajenos a la noción de inexistencia que aparece, por vez primera, a mitad del siglo XIX, estrechamente ligada a la obra de Zachariae, Demolombe, Aubry y Rau y Laurent.

El concepto de inexistencia surge como un intento de la doctrina y la jurisprudencia, de subsanar algunas situaciones que no fueron previstas en el Código de Napoleón, y que, por tanto, no podían ser sancionadas en forma alguna, ya que en el Derecho Francés imperaba el principio "no hay nulidad sin texto"; principio que tuvo su origen en el de-

1. GUTIERREZ Y GONZALEZ. Derecho de las Obligaciones. Quinta edición Ed. Cajica S.A., México 1979. p. 139 y 140
2. EUGENE GAUDEMONT. Teoría General de las Obligaciones. Traducción de Pablo Macedo. Primera edición española. Ed. Porrúa S.A. México 1974 p. 165.

recho matrimonial y se extendió posteriormente al derecho en general. Existieron, pues, en Francia, durante la época en que fue redactado el Código de Napoleón, sólo las nulidades expresas (las previstas expresamente por la ley). En observancia del tal sistema, antes de que se aceptaran en Francia las nulidades virtuales (aquellas que, según Bonnesse, se fundan en el espíritu de la ley), no podía declararse la nulidad de un acto jurídico si no existía texto expreso que lo autorizara. Por tal razón se vieron los juristas de la época en la necesidad de crear una nueva categoría de actos ineficaces, precisamente para esos casos no previstos. El primer problema que se presentó en ese sentido, fue el del matrimonio de personas del mismo sexo, que no era nulo debido a que la nulidad no se encontraba prevista en ninguna parte. Se considero necesario crear un remedio eficaz para solucionar lo que se apreció como un vacío imperdonable de la ley. La solución no fue otra que la llamada "inexistencia", que se imponía por sí misma, sin ninguna intervención del juez, ya que, como anteriormente he dicho, había sido una exigencia constante que la nulidad fuera declarada. De ahí que, en presencia de ese tipo de situaciones, se echara mano, para evitar tal declaración, de la nueva categoría de actos ineficaces: la llamada "inexistencia".<sup>(1)</sup>

La Teoría Clásica de las Nulidades que, como se ha indicado, fue en un principio bipartita, al introducirse la inexistencia como una nueva categoría dentro de los actos ineficaces, se convirtió en tripartita.

La nueva Teoría Tripartita, mantuvo las características que arriba expresé respecto de la nulidad absoluta y de la anulabilidad, y con relación a los actos inexistentes, sostuvo:

1. Los actos inexistentes no producen efecto alguno ni aun provisionalmente; 2. No pueden convalidarse ni por confirmación ni por prescripción; 3. Cualquier interesado puede hacerla valer, para que el juez la reconozca en su sentencia, y 4. La sentencia del juez, no crea una situación jurídica sino únicamente reconoce y declara lo que ya antes ha sucedido, es decir, la no existencia del acto.<sup>(2)</sup>

-----

1. ORTIZ URQUIDI RAUL. *ob. cit.* p. 140 a 142  
2. ROJINA VILLEGAS. Teoría General de las Obligaciones o Derechos de Crédito. Ed. el Nacional. México 1943. p. 213 Tomo I

D. La Nulidad en los Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y 1884.

Tanto el Código Civil de 1870, como el de 84, siguieron, respecto de las nulidades, el criterio de la Teoría Clásica Bipartita, es decir, sólo se ocuparon de las nulidades absolutas y de las relativas, al igual que el Código de Napoleón. Por tanto, en ninguno de tales códigos se encuentra la figura de la inexistencia que, a pesar de ser un concepto indudablemente francés, no proviene de su legislación sino de la doctrina y la jurisprudencia. (1)

A continuación referiré los principios que, respecto de las nulidades absoluta y relativa, contemplan nuestros códigos de referencia:

I. Con la nulidad absoluta, se sancionan todos aquellos actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público (a menos que la ley disponga otra cosa); asimismo será nula la renuncia general o especial de aquellas leyes; los pactos que tengan por objeto modificar los efectos de dichas leyes, (2) y aquellos contratos cuyo objeto sea física o jurídicamente imposible. (3)

Los actos jurídicos viciados de nulidad absoluta, no pueden convalidarse por prescripción, confirmación, ni ratificación.

Según los artículos 1782 al 1786 del Código Civil de 70 y los artículos 1668 al 1672 del de 84, esta nulidad puede ser invocada en cualquier tiempo por toda persona con interés legítimo, siempre que no haya dado lugar intencionalmente a dicha nulidad (al respecto, como puede advertirse, rige el antiguo principio romano según el cual "nadie puede alegar en su favor su propia torpeza"), ya que entonces el responsable de la celebración de un acto jurídico que constituya delito o que sea reprobado moralmente, aunque no sea punible, no podrá reclamar ni el cumplimiento de lo convenido, ni la devolución de lo que haya dado.

Respecto de la nulidad relativa, es decir, la proveniente de dolo, error, intimidación, incapacidad, etc., el criterio de nuestros códigos de 70 y 84, se aparta del Derecho Romano y de las Leyes de Partidas, en lo referente a su duración, puesto que, mientras los dos últimos

1. ROJINA VILLEGAS. *ob. cit.* p.216 Tomo I
2. Artículos 6 y 7 del Código Civil Mexicano de 1870 y artículos 6,7 y 15 del Código Civil Mexicano de 1884.
3. Artículo 1421 del Código de 70 y artículo 1304 del de 84
4. Artículos 1782 al 1786 del Código de 70 y 1668 al 1672 del de 84.

establecían, para el ejercicio de la acción, el término de treinta años, los códigos aludidos le concedieron una vida más corta, en tanto que estuvieron de interés público que los derechos resultantes de los actos materia del presente examen, no permanecieran inciertos por mucho tiempo; además de que consideraron que, el silencio de las partes legitimadas para el ejercicio de la acción, durante el plazo señalado por la ley, había presumir la ratificación del acto anulable; <sup>(1)</sup> en el concepto de que el lapso para el ejercicio de la acción de nulidad de que se habla, no es el mismo en todos los casos. Por ejemplo, el artículo 1779 del Código Civil de 70, señala un término de cuatro años para anular las obligaciones contraídas por mujer casada, sin la autorización de su marido; el 1780, dispone que "La acción de la nulidad fundada en el error, prescribe por el lapso de cinco años...". Este artículo se reproduce en el 1666 del Código de 84 y el 2236 del Código Civil de 1928, expresa: "La acción de nulidad fundada en ... error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638. Si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido". Como puede verse, en todos ellos se habla de que la acción de la nulidad fundada en el error "prescribe"; más me parece, siguiendo la autorizada opinión del Lic. Ernesto Gutiérrez y González, <sup>(2)</sup> que, en realidad, la acción de nulidad fundada en el error y en las demás causas de nulidad relativa, no prescriben sino caducan, ya que, tomando en consideración que la prescripción es una figura jurídica por la cual un individuo adquiere un derecho o se libera de una obligación por el mero transcurso del tiempo, como no puede decirse que la persona a quien la ley protege con la nulidad relativa, concediéndole acción para hacerla valer, adquiriera derecho alguno o se libere de una obligación por el simple transcurso de cierto tiempo, sino que solamente pierde la facultad de ejercitarlo después, por ello considero más correcto hablar de caducidad de la acción de nulidad relativa (recuérdese que la acción para alegar la nulidad absoluta, no es susceptible de prescripción, diría yo de caducidad, porque la ley no exige la realización de cierta conducta positiva en plazo

-----

1. MATEOS ALARCON MANUEL. Estudios sobre el Código Civil del D.F. Tomo III. Imprenta de Ireneo Paz. México 1892. p. 383 y 384.
2. GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. ob. cit p. 139 y 140

alguno).

El señor Lic. Alberto Vázquez del Mercado, respecto del punto de que se trata, expresa: "...no se tiene idea precisa y clara del concepto de caducidad y de prescripción, pues se les confunde y se piensa que la caducidad es una prescripción abreviada. Esto es un error, la caducidad supone un hecho positivo para el nacimiento y ejercicio del derecho; y en cambio, la prescripción supone un hecho negativo, la inercia, para la extinción o pérdida del derecho. Verificados los hechos positivos, la caducidad queda definitivamente evitada".<sup>(1)</sup> Considero, pues, un error de los tres códigos mencionados, que denominen prescripción a lo que en realidad es caducidad.

La acción para exigir la nulidad relativa no es eterna, como puede advertirse de la lectura de los artículos arriba mencionados, ya que no puede ejercitarse con posterioridad a los plazos señalados por la ley; pero ello no significa que el sujeto protegido por la nulidad relativa, quede sin medio alguno de defensa, ya que la ley lo faculta a oponer la excepción de la nulidad, que según los artículos 1787 del Código de 70 y 1673 del Código de 84, es perpetua, pues establecen: "La excepción de nulidad de un contrato es perpetua". Lo explica Mateos Alarcón, advirtiendo que el sistema de nuestros códigos de 70 y de 84, siguen a la ley 5, par. 6 tít. 4, lib. 44 del Digesto, conforme a la cual, mientras que la acción de dolo es temporal, en cambio, la excepción del mismo nombre es perpetua; porque aquí se deja al arbitrio del acreedor demandar el cumplimiento del contrato; en tanto que el deudor no puede exigir que se le demande con el objeto de oponer la excepción.

En resumen, los códigos señalados otorgan, a la parte perjudicada por el acto anulable, dos medios jurídicos para obtener la anulación del mismo y eximirse de su cumplimiento:

1. La acción de nulidad, que debe ejercitarse dentro del plazo que para cada caso señala la ley, y
- 2- La excepción de nulidad, cuando la contraparte exige el cumplimiento de la obligación.

-----  
1. CODIGO DE COMERCIO COMENTADO DE ANDRADE. México 1976. Comentario al artículo 151 de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del señor Lic. Alberto Vázquez del Mercado.

Es necesario tomar en cuenta que el ejercicio de la acción y la facultad de interponer la excepción, se refieren a dos casos completamente diferentes:

1. Cuando el acto nulo se consuma mediante el cumplimiento de las obligaciones que se impusieron mutuamente las partes, aquel que sufrió el perjuicio puede deducir la acción de nulidad dentro del plazo que la ley señala; pero si deja pasar ese término sin promover su demanda, "prescribe su derecho" (caduca); ya no puede atacarse por ningún medio la validez del acto y se presume, por el hecho de no haberse interpuesto en tiempo la acción, que lo ratifica, covalidándose dicho acto.

2. Cuando no se ha ejecutado la obligación proveniente de un acto viciado de nulidad relativa, no necesita el perjudicado ejercitar la acción de nulidad, porque aún está en posesión de la cosa objeto del contrato y su patrimonio no ha sufrido ningún menoscabo. Si la otra parte no le exige el cumplimiento de la obligación, no tiene motivo para promover un juicio de nulidad; pero si se le exige la ejecución del contrato, puede defenderse alegando en cualquier tiempo la excepción de nulidad, que es perpetua.<sup>(1)</sup>

Puede alegar la nulidad relativa, ya sea como acción o como excepción, las víctimas del acto anulable, a las cuales la ley ha querido conceder la protección. Así, pues, la nulidad por falta de capacidad, sólo puede invocarla el incapaz y no la persona que con él contrató; la nulidad por violencia, dolo o error, sólo la podrán interponer las víctimas de esos vicios, ya que en su favor se ha establecido.<sup>(2)</sup>

Mateos Alarcón, en su ya citada obra, afirma que existe contradicción en los Códigos de 70 y 84, respecto de la persona que puede invocar la nulidad proveniente de incapacidad, ya que, por una parte, los artículos 516 y 424 de los Códigos de 70 y 84, ambos expresan que la nulidad de los actos ejecutados por un incapaz, puede ser interpuesta ya como acción, ya como excepción, únicamente por el mismo incapacitado o en su nombre por sus legítimos representantes; más no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que intervinieron al tiempo que otor

1. MANUEL MATEOS ALARCON. ob. Cit. p. 385-387 Tomo III  
2. Artículo 516 y 1790 del Código Civil de 70. 424 y 1676 del Código de 84.

garse la obligación; pero los artículos 1789 del Código de 70 y 1675 del de 84, establecen, por el contrario, que "La nulidad que proviene de la incapacidad de uno de los contratantes, no puede alegarse por el otro, si no prueba que al tiempo de contratar, ignoraba la incapacidad", y censura lo que nombra contradicción, exponiendo que: "Según los principios del De recho Romano, sancionados por las leyes de Partidas y por el artículo 516<sup>(1)</sup> del Código Civil, la acción de nulidad compete sólo a los incapaces, porque la ley ha tenido por objeto conservar los intereses de ellos, o lo que es lo mismo, su incapacidad se ha establecido únicamente para su beneficio y no para el de las personas con quienes contratan, y por lo mismo sólo ellos pueden alegar la nulidad de las obligaciones que contrajeron. Así, pues, según esos principios, la persona que contrató con un incapaz queda estrictamente obligado a él, sin que a su vez pueda exigirle el cumplimiento de la obligación que contrajo; porque no ha debido ignorar la condición de aquél y ha debido prever necesariamente los peligros de inestabilidad del contrato que celebró; y si por su ignorancia sufre algún perjuicio debe imputárselo a sí mismo, por no haber investigado la condición de la persona con quién contrato... porque se trata de un privilegio creado en favor de determinados individuos que no puede hacerse extensivo arbitrariamente a otros".<sup>(2)</sup>

En mi opinión, puede no tratarse de contradicción, porque mientras que los preceptos expresados en primer término (516 del Código de 70 y 424 del de 84), contienen la regla general de que sólo el incapaz puede alegar la nulidad del acto celebrado por él; los artículos 1789 y 1675, citados después, contienen la excepción de la regla, al establecer que la persona que contrató con el incapaz, puede alegar la nulidad siempre que pruebe haber desconocido la incapacidad al momento de contratar.

Sin embargo, esa excepción a la regla general es, a mi juicio, injustificada, por razones semejantes a las de Mateos Alarcón, que arriba he transcrito.

En cuanto a la ratificación, debo decir que los actos afectados de nulidad relativa, ciertamente pueden ser ratificados de manera expresa o tácita; pero en ambos casos es indispensable que se conozca el vi-

1. Artículo 516 del Código de 70 que corresponde al 424 del de 84  
2. MATEOS ALARCON MANUEL ob. cit. p. 392-394 Tomo III

cio de que adolece el acto y que, además, exista la intención de repararlo; proque sin esos requisitos no existe la ratificación o, lo que es lo mismo, no se convalida el acto nulo. Es necesario tomar en consideración que, - cuando el vicio (verbigracia, la violencia) de que adolece la obligación, se prolonga por cierto tiempo, no puede tener lugar la ratificación sino hasta el momento en que aquel haya cesado, toda vez que, de lo contrario, la ratificación se vería afectada del propio vicio que la obligación, es decir, para que aquella sea eficaz y produzca los efectos de dar al contrato validez, como si nunca hubiera adolecido de vicio alguno y para privar al deudor del derecho de alegar la nulidad del contrato, es indispensable que dicha ratificación también esté exenta de todo vicio o causa que la invalide. (1)

Los actos viciados por falta de forma o solemnidad, pueden ratificarse en forma expresa o tácita por el cumplimiento voluntario de la obligación en cualquier tiempo, extinguiéndose en esa forma la acción de nulidad, excepto en los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario, según lo disponen los artículos 1793 del Código de 70 y 1679 del de 84. Como: ejemplo de la excepción indicada, el artículo 270 del Código de 84, dice: "La nulidad que se funda en al falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio". Aunque las personas que celebraron el matrimonio sin las solemnidades que manda la ley, vivan voluntariamente como cónyuges, cumpliendo con todas las obligaciones propias de la institución, el acto no es susceptible de ratificación ni de cualquier otra forma de convalidación; porque al establecer claramente el artículo transcrito que cuando se trata de falta de la solemnidad en el matrimonio, la acción de la nulidad puede intentarse por cualquier interesado, ello quiere decir que no hay convalidación del matrimonio por el simple comportamiento de los que quisieron contraerlo. Si la acción se concede a todo interesado, el hecho pone de relieve que la falta de solemnidad en el matrimonio, acarrea en el mismo la nulidad absoluta, no la relativa, que sólo se concede a las personas a quienes la ley pretende proteger; con la circunstancia de que de lo dicho se deduce que la acción es perpetua.

-----

1. Artículo 1791 del Código Civil de 70 y 1677 del Código de 84.

C A P I T U L O    I I

LA NULIDAD ABSOLUTA

A. Concepto.

Existen, respecto de la nulidad absoluta, criterios diferentes que pretenden explicar el contenido de esa figura jurídica; criterios que podríamos dividir en dos grupos; por una parte, el de la Teoría Clásica de las nulidades y, por la otra, el de los críticos de dicha teoría, entre los cuales se encuentra principalmente Planiol y Ripert.

La Teoría Clásica de las Nulidades, estima que la nulidad absoluta se encuentra en todo acto jurídico que nace o se ejecuta contra el tenor de una ley prohibitiva o imperativa, es decir, que es contrario a una ley de orden público, o bien, cuando le falta la solemnidad exigida por la ley; <sup>(1)</sup> en la inteligencia de que: 1, no necesita ser declarado nulo por los tribunales; 2, no produce efecto alguno; 3, cualquier persona con interés puede hacer valer la nulidad, y 4, en ellos la prescripción y la confirmación son imposibles.

El concepto arriba expresado ha sufrido numerosas críticas de prestigiados autores, tales como las de Planiol y Ripert, quienes manifiestan que la observancia de los hechos pone de relieve que, si se exige la reunión de todos los requisitos que impone la Teoría Clásica, a la nulidad absoluta, más aún, si sólo se exigieran los tres últimos, ninguna nulidad podría calificarse de absoluta, <sup>(2)</sup> con excepción de los casos en que hay ausencia total del consentimiento (esto es, explican, aquellos en los cuales el acto jurídico jamás llegó a perfeccionarse, como sucede, verbigracia, cuando por haberse falsificado la firma de una persona, no se produce para ella ninguna obligación, pues "ni siquiera puede hablarse de acto inexistente: no "hay acto de ningún género"), ni puede haber, por tanto, nulidad. En todos los demás casos en que haya existido cierto consentimiento o en que se haya expresado de alguna

1. Gutiérrez y González. *ob. cit.* p. 134

2. Planiol y Ripert. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Traducción del Dr. Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusens. Tomo VI. Ed. Cultural La Habana 1946. p. 404.

manera cierta voluntad, se producirá algún efecto, (1) como pasa en el matrimonio afectado por algún vicio que pueda ser invocado por cualquier persona con interés; acto en el que, entonces, se producirán los efectos del matrimonio matrimonial putativo.

Por otra parte, aún cuando la Teoría Clásica sostiene que no es necesario acudir a los tribunales para que sea declarada la nulidad absoluta, Colin y Capitant, con toda razón, consideran eso un error, ya que, en realidad, siempre es necesario el ejercicio de una acción judicial para obtener la declaración de nulidad de un acto jurídico, puesto que es principio general de derecho el que establece que nadie puede hacerse justicia de propia mano. Por otra parte, cuando un acto tiene una apariencia de validez, aunque esté viciado de nulidad absoluta, produce provisionalmente sus efectos. (2) A Tal respecto, Eugene Gaudemet afirma la necesidad del ejercicio de la acción de nulidad, siempre que exista una apariencia de acto, ya que dichas apariencias sólo pueden destruirse mediante la intervención judicial. (3)

Otros autores, entre los que se cuentan Von Tuhr y Roberto de Ruggiero, consideran causa de nulidad absoluta, además de la ilicitud, la falta de alguno de los elementos esenciales que conforman el acto (consentimiento, objeto y solemnidad). (4)

Borrel y Soler considera que, en realidad, la inexistencia no es más que una nulidad absoluta (las equipara), pues dice, al respecto: "La nulidad derivada del artículo 1261 del código civil, que calificamos de absoluta, porque procede de faltar al acto algún elemento esencial para que produzca eficacia jurídica, se le suele llamar inexistencia". (5)

- 
1. Planiol y Ripert. ob. cit. p. 400. Tomo VI
  2. Colin y Capitant. Curso elemental de Derecho Civil. Traducción de la segunda edición francesa por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tercera Edición. Tomo I. Ed. Reus. Madrid 1952. p. 193
  3. Eugene Gaudemet. ob. cit. p. 165
  4. Roberto de Ruggiero. Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la cuarta edición italiana anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano y José Santa-Cruz Tejeiro. Volumen I Ed. Reus. Madrid. p. 310
  5. Borrel y Soler. Derecho Civil Español. Tomo I, Barcelona 1953. Ed. BOSCH p. 366.

Como puede observarse, existen variados criterios respecto del concepto de nulidad absoluta; pero naturalmente me referiré, de manera especial, al del Código Civil mexicano de 1928.

Establece que 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 (artículo 2225). Pero la exposición de motivos del Código, precisa que sólo la ley puede establecer nulidades (todas son de estricto derecho) y que ellas se dividen en absolutas y relativas, resultando las absolutas de los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público.

En cuanto a los efectos del acto afectado de nulidad absoluta, el Código dispone que, por regla general, nada impide que dichos actos produzcan provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando la nulidad sea pronunciada por el juez (artículo 2226) - Como puede advertirse, nuestro Código difiere, en lo acabado de expresar, de la Teoría Clásica; porque mientras que en ésta la nulidad absoluta opera de pleno derecho, esto es, sin la intervención del juez; en cambio, en el derecho mexicano, es indispensable la declaración judicial, advirtiéndose que la nulidad puede hacerla valer cualquier interesado y que no desaparece por confirmación ni por prescripción.

Con relación a que nuestras nulidades son de estricto derecho, porque ellas deben estar siempre previstas expresamente en la ley, nuestra H. Suprema Corte de Justicia, confirmando el criterio, ha establecido: "La nulidad de un acto jurídico debe estar expresamente establecida por la ley, y a falta de disposición expresa, debe resultar de la aplicación de la regla general contenida en todos los Códigos Civiles de la República, según la cual los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas e imperativas, serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario. (Tomo LXVII. Página 2006)"; en el concepto de que la H. Suprema Corte, sólo repite en cuanto al tema, el criterio de la exposición de motivos del Código Civil de 1928.

## B. Causas que Originan la Nulidad Absoluta.

Como he dicho con anterioridad, el campo de aplicación de la nulidad absoluta, se encuentra en todos los actos realizados con violación de leyes prohibitivas o de interés público, (1) y el artículo 1830 del Código Civil en vigor, expresa que: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

**EL ORDEN PUBLICO.**- Se identifica el orden público con el interés social, el interés general, la utilidad de la sociedad o sus necesidades, adoptándose siempre el interés superior de la sociedad, de la cual formamos parte. (2)

En general, "Denominamos orden público al conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos...". (3)

El interés público, el interés general, el bienestar general, son expresiones que la doctrina y la jurisprudencia utilizan para individualizar los fines que persiguen las llamadas leyes de orden público, las cuales tienen por objeto constituir una ordenación social tal, que no pueda ser destruida por la voluntad de los particulares. Pero en realidad esa noción puede comprender tanto normas de derecho público como de derecho privado, que resultan inderogables tanto por los particulares, como por los órganos encargados de aplicarlas.

El orden público funciona limitando la libertad de los individuos, en lo que se refiere a la posibilidad de realización de ciertos actos u omisiones, previstos en leyes imperativas o prohibitivas y el artículo 8 del Código del Distrito Federal en vigor, en principio sanciona con la nulidad absoluta (según lo han entendido la doctrina y nuestros tribunales), los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público. Tomando en consideración lo anterior, los actos ejecutados contra leyes que protegen el interés público o contra leyes prohibitivas, producen la nulidad absoluta, porque ellas pretenden la protección del orden social, del bienestar general. Como ejemplo tenemos que la compraventa de bienes del dominio público, por particulares (la venta de un parque público, del terreno que se comprende en

1. Exposición de Motivos del Código Civil de 1928. Libro IV. (De las Obligaciones) Ed. Andra de 1943. p. 23

2. Lutzaco. ob. cit. p. 245

3. Enciclopedia Jurídica OCEA. Tomo XXI. Ed. Driskill S.A. Buenos Aires 1978. p. 56 y 57.

la avenida insurgentes, etc.), naturalmente estaría afectada de nulidad absoluta, pero también puede darse la hipótesis en que afectándose el interés privado, exista, sin embargo, el interés superior de la nación de regularlo, con base en la exigencia de proteger precisamente el bienestar general.

De ahí que haya surgido, en la doctrina, la imposibilidad de realizar una delimitación exacta, esto es, como dos y dos son cuatro, que explique el campo de acción de la nulidad absoluta dentro del concepto de orden público y el de la nulidad relativa fuera de él, ya que aún las leyes que protegen el interés privado, pueden encontrarse dominadas por ese interés público o social superior y determinantes. Me parece, al respecto, satisfactoria la explicación propuesta por don Angel Caso, quién razonablemente explica que, cuando los particulares están interesados en un determinado tipo de relación jurídica, es claro que no por ello la sociedad, el estado y el gobierno, dejan de tener asimismo un cierto interés, aunque no fundamental sino secundario, en que se cumpla con las normas que regulan dicha relación. Se trata de un interés indirecto de la sociedad o de la nación; porque quienes están interesados directa o principalmente, en el cumplimiento del acto y de las leyes que lo regulan, son los particulares. De suerte que, si éstos voluntariamente renuncian a defender sus derechos vulnerados, por falta de interés, obviamente no sería oportuno ni conveniente que el gobierno se avocara a la defensa de tales derechos. Es por ello por lo que el acto violatorio de una ley que afecta directa y principalmente el interés de los particulares e indirectamente el interés público, no es nulo sino anulable. (1)

LAS BUENAS COSTUMBRES.- El mencionado artículo 1830 considera ilícitos no sólo los actos contrarios a las leyes de orden público, sino también aquellos que atentan contra las buenas costumbres.

La ley incluye las buenas costumbres al determinar lo que es ilícito, porque ella por si sola no puede regular todos los casos que se presentan en la sociedad y que en un momento determinado se consideran reprobables. Por tal motivo, si sólo fuera ilícito lo expresamente prohibido por la ley, ésta tendría que reformarse constantemente,

1. Angel Caso, Principios de Derecho. Segunda edición. Ed. Cultura. México 1937. p. 73 y 74.

para establecer nuevos catálogos de hechos ilícitos, o bien, gran cantidad de conductas reprobables contrarias a los principios de la organización social, no se podrían estimar ilícitas.

El legislador juzga ilícito al acto contrario a las buenas costumbres, como medida subsidiaria de las prohibiciones legales, con el objeto de cubrir aquellos vacíos que resultan de la evolución de la sociedad, que naturalmente la ley se ve en la imposibilidad de prever día con día. Las buenas costumbres son la serie de prácticas o conductas observadas por una colectividad en un lugar y momento determinados, a los que debe atender el juzgador para sancionar ciertos actos.<sup>(1)</sup>

Las buenas costumbres son, en consecuencia, cambiantes en las diversas épocas y pueblos. Por esa gran variedad de su contenido, la ley no puede elaborar un catálogo que contenga todas esas conductas ilícitas, sino se remite subsidiariamente a las buenas costumbres. Es claro que determinar si un hecho o una abstención que forman el objeto de un acto jurídico, son ilícitos por ir en contra de las buenas costumbres, quedará sujeto al criterio del juez, que variará de pueblo a pueblo, de época a época y que aún puede variar dentro de las distintas regiones de un mismo país. Pero es claro que la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, por violación de la costumbre o por otras causas, podrá producir la nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley (artículo 2225 del Código Civil de 1928).

#### I. La Nulidad por Ilícitud del Objeto.

Si bien es cierto que la sociedad en que vivimos atribuye una importancia de primer orden a las libertades individuales (de acuerdo con el principio de que todo lo no prohibido por la ley está permitido), no es menos cierto que, a fin de asegurar el orden necesario y para proteger ciertos intereses morales, el estado se ve precisamente en la exigencia de señalar los límites de tales libertades, estableciendo las sanciones civiles contra aquellos actos que afectan al orden social, por violar directa o indirectamente una ley prohibitiva.

-----  
1. Gutiérrez y González. ob. cit. p. 264 y 265

Esas restricciones que la ley impone a las libertades individuales, en cuanto a la realización de los actos jurídicos, se refieren tanto a las que afectan el orden público, como a los actos que la ley prohíbe expresamente.

Planiol y Ribert, afirman que es necesario tener presente que las cosas no son por sí mismas ilícitas o inmorales, sino por el uso que de ellas se haga, porque sólo los actos y los fines son ilícitos o inmorales. (1)

El artículo 6 del Código Civil de 1928, establece que la voluntad de los particulares no puede eximir la observancia de la ley, ni alterarla ni modificarla y añade: "Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero". Por tal razón, cuando existe una contradicción flagrante entre las reglas establecidas por una ley de carácter prohibitivo y las reglas creadas por los particulares para un determinado acto jurídico (violaciones directas a la ley), o cuando las partes han querido por medios torcidos, afectar el espíritu de la ley y eludir su aplicación, se dice que ese acto es nulo por haberse cometido con fraude a la ley (violación indirecta).

El fraude a la ley está estructurado sobre un procedimiento legal, mediante el cual se combinan de tal forma las normas jurídicas expresadas en el contenido del acto, que quedan sustraídas de la sanción legal, es decir, se elude en realidad la aplicación de la ley. Sin embargo, como no puede obtenerse indirectamente o por medios torcidos, lo que está prohibido obtener directamente, dicho acto no puede engendrar efectos válidos. (2)

## II. Las Cosas que están fuera del Comercio.

Las cosas están fuera del comercio por disposición de la ley o por causas naturales:

1. Las cosas fuera del comercio por causas naturales, son aquellas que no existen en la naturaleza o que no son susceptibles de lle-

1. Planiol y Ripert. ob. cit. P. 308 y 309 Tomo VI  
2. Lutmann. ob. cit. p. 249 y 250

gar a existir; razón por la que no podrán ser objeto de los actos jurídicos. La ley permite que las cosas futuras sean objeto de los actos jurídicos, siempre que no sea imposible que puedan llegar a existir. (1)

2. Las cosas están fuera del comercio por disposición de la ley, en los siguientes casos: I. No puede modificarse por pacto alguno, lo concerniente al estado y la capacidad de las personas (por ejemplo, no puede celebrarse un acto jurídico que obligue a una persona a no contraer matrimonio, mediante el pago de cierta cantidad de dinero); II. Queda excluida del comercio jurídico de los particulares, la materia de los pactos sucesorios y todos aquellos actos basados en la eventualidad de un derecho sucesorio; prohibición que alcanza no sólo las renunciaciones anticipadas, sino también a los pactos concernientes a la sucesión de un tercero; III. Los particulares no pueden celebrar actos en los cuales se pretenda afectar bienes del dominio público; prohibición que alcanza también a todos los contratos referentes a las funciones públicas (será nulo, verbigracia, el contrato celebrado por un funcionario mediante el cual se obliga a renunciar a su cargo, a cambio de una cierta cantidad de dinero, que el presunto sucesor prometa pagarle), y IV. También están fuera del comercio jurídico de los particulares, los derechos declarados intransmisibles por la ley, particularmente aquellos a que se refiere el artículo 1051 del Código Civil, que dispone, en lo conducente: "El usuario y el que tiene derecho de habitación en un edificio no pueden enajenar, gravar ni arrendar en todo ni en parte su derecho a otro, ni estos derechos pueden ser embargados por sus acreedores". En todas las hipótesis de infracción de las prohibiciones expresadas, se vulneraría el interés público, el orden social, y por ello la nulidad de los actos que así se celebran, será absoluta.

Finalmente, con razón Lutzesco observa que la nulidad del acto, por tener un objeto fuera del comercio, no afecta al acto en sí como sostenía la doctrina Clásica, sino al objeto considerado en sí mismo. De suerte que, cuando el contrato comprende varios objetos de los cuales sólo alguno o algunos son ilícitos, no se afecta por la nulidad absoluta todo el contrato, el cual tendrá validez respecto de los objetos lícitos;

-----

1. Gutiérrez y González ob. cit. p. 233 y 234

pero naturalmente será nulo en cuanto al objeto u objetos que se hallen fuera del comercio (este fenómeno jurídico, es denominado nulidad parcial por la doctrina). (1)

### III. Nulidad por Ilícitud de la Causa.

Los especialistas en la materia, no han logrado ponerse de acuerdo en cuanto a determinar que es la causa y cual es su papel en la formación del contrato. Puede decirse que los más prestigiados autores se encuentran divididos en dos campos: el de los causalistas, entre los cuales figuran Domat, Potier, Aubry y Rau, Demolombe, Bufnoir, Colin y Capitant, etc. y los anticausalistas como Laurent, Baundry Lacantinerie, Dabin, Planiol, Demogue, Riper, etc.

El derecho mexicano, en sus códigos civiles, en realidad no ha sido expresamente causalista. En efecto, los Códigos de 1870 y 1884, al establecer las condiciones que debe reunir el contrato para ser válido, no menciona entre ellas la causa, pues sus respectivos artículos 1395 y 1279, expresan: "Artículo 1395.- Para que un contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: 1.- Capacidad de los contrayentes; 2.- Mutuo consentimiento; 3.- Objeto lícito". "Artículo 1279.- "Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: "1.- Capacidad de los contrayentes; 2.- Mutuo consentimiento; 3.- Que el objeto materia del contrato sea lícito; 4.- Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley".

Si el término causa no ha sido expresamente incluido en esos códigos como un elemento del contrato, debe entenderse que ellos no adoptaron la Teoría Clásica de la Causa expuesta por Domat, Potier, Demolombe, etc., sino que, tomando en cuenta el criterio sustentado por Díaz Ferreira, Ernst y Laurent, en todo caso se entendió que la causa debe considerarse incluida en el objeto o en el consentimiento. (1)

Cuando todas las prestaciones que son objeto de un acto jurídico, son lícitas consideradas en si mismas y, sin embargo, observando el acto en su conjunto, se advierte su ilicitud, como pasa, verbigracia, cuando el juez se obliga a dictar una sentencia justa mediante el pago de cier

1. Burja Soriano. ob. cit. p. 244 y 245 Tomo I

ta cantidad de dinero, que el litigante contrae el compromiso de cubrirle; porque entonces, aún cuando el dictado de la sentencia justa, es un acto perfectamente lícito, es claro que el obsequio de la suma de dinero, aunque no ilícito en sí mismo, hace, sin embargo, que el contenido del acto sea ilícito, ya que el juez tiene siempre la obligación de dictar sentencias justas, sin recibir de los litigantes nada a cambio. Considera - Giorgi, según cita de Borja Soriano, que cuando la norma jurídica exige que el objeto materia del contrato sea lícito, debe tomarse la palabra objeto, comprendiendo en ella no sólo al hecho constitutivo de la prestación, sino también sus motivos; en tanto que Ferreira, opina que la causa lícita de la Teoría Clásica de la Causa, está comprendida en el objeto.

Siguiendo al propio maestro Borja Soriano, cabe añadir que, en cuanto a la falta de causa y al error sobre el motivo del acto, la fracción II, del artículo 1296 del Código Civil de 1884, que se encuentra en el capítulo III, "Del consentimiento mutuo", establece que el error de hecho anula el contrato, si recae sobre el motivo u objeto que se haya declarado en el momento de la celebración del acto o si se prueba por las circunstancias de la misma obligación, que por el falso supuesto que motivó el contrato, no por otra causa, éste fue celebrado. Borja hace notar así mismo, que aquí se está en presencia de la falsa causa que se une al error, como motivos determinantes del contrato, y que la falsa causa no está considerada por el Código Civil de 84, "como vicio de un elemento llamado causa, distinto del consentimiento, sino como vicio de éste, quedando así comprendida la causa... en el consentimiento."

El Código de 1928, omite también incluir la causa como un elemento especial en la formación del contrato; pero acepta la Teoría del Fin o Motivo Determinante de la Voluntad. En efecto, su artículo 1831, establece que "El fin o motivo determinante de la voluntad de los contratantes, no debe ser contrario a la leyes de orden público ni a las buenas costumbres". Lo que significa que tanto el objeto como el motivo, deben ser lícitos, bajo pena de nulidad en caso contrario (artículo 1795, fracción III); (1) en el concepto de que la nulidad será absoluta o relativa, según lo disponga la ley (artículo 2225).

-----  
1. Borja Soriano, ob. cit. p. 244 a 247 Tomo I

En cuanto al error sobre el motivo determinante de la voluntad (artículo 1813), al igual que los Códigos de 70 y 84, se considera como un vicio del consentimiento.

#### IV. Condición imposible Inmoral o ilícita.

Las condiciones de ese tipo deberían producir siempre el efecto de anular al acto en el cual han sido pactadas. Ello es evidente respecto a la condición imposible, ya que cuando se subordina la suerte de un acto jurídico al cumplimiento de una condición imposible, se sabe perfectamente que el acto no se podrá perfeccionar. Lo expresado igualmente es aplicable a las condiciones inmorales o ilícitas; porque, como se ha visto, las declaraciones de voluntad contrarias al orden público o a las buenas costumbres, están afectadas de nulidad. Sin embargo, según Colin y Capitant, es aplicable esta solución solamente para los actos a título oneroso, ya que para los actos jurídicos a título gratuito, la condición imposible immoral o ilícita, se reputa no escrita por el Código Civil Francés. (1)

El derecho civil mexicano, en principio, es acorde en lo expresado con el derecho civil francés. En efecto, el artículo 1943 del Código Civil de 28, dispone que "Las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley las que sean contrarias a las buenas costumbres, anulan la obligación que de ellas dependa...". Pero difiere del derecho civil francés, en cuanto a la institución de heredero o de legatario sujeta a condición física o legalmente imposible, ya que en el derecho francés, la condición se tendrá por no puesta; mientras que nuestro derecho sanciona la institución del heredero o del legatario sujeta a condición física o legalmente imposible, también con la nulidad, a menos que, aunque imposible la condición en el momento de otorgarse el testamento, deje de serlo a la muerte del testador; porque en tal caso la condición se convierte en posible y, por tanto, es válida (artículos 1347 y 1348).

En cuanto a la condición de no dar o de no hacer, al igual que la de no impugnar el testamento o alguna de las disposiciones que

1. Colin y Capitant ob. cit. p. 207 y 208 Tomo I

contenga, sujeta a la pena de perder el carácter de heredero o legatario, se tendrá por no puesta, al igual que la condición impuesta al heredero o al legatario de tomar o dejar de tomar estado (artículos 1355 y 1358). Es necesario aclarar, en este punto, que el autor de la herencia podrá, sin embargo, dejar a alguna persona el uso o habitación, una pensión alimenticia periódica o el usufructo que equivalga a esa pensión, por el tiempo que esa persona permanezca soltera o viuda (artículo 1359).

#### V. Nulidad por Falta de Forma.

El derecho, en la actualidad, se caracteriza por dar al consentimiento una importancia de primer orden. Por ello, la mayor parte de los actos jurídicos no requieren de formalidades para surtir plenamente sus efectos. El acuerdo de voluntades basta ordinariamente en la celebración de los actos jurídicos; pero es claro que algunos de ellos requieren de la observancia de ciertas formalidades que la ley les impone para ser válidos. (1) Entonces la forma es muy importante y debe observarse, a fin de que la ley les reconozca valor. Particularmente en los actos de última voluntad, la forma no es sólo medio probatorio de la autenticidad del acto, sino elemento esencial cuya ausencia afecta al acto de nulidad absoluta. (2) Nuestro artículo 1491 del Código Civil en vigor, manifiesta, al respecto, siguiendo el sistema expresado, que "El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley".

La forma es de suma importancia igualmente en los actos de Registro Civil; porque, en efecto, es esencial que tales actos se asienten en los libros correspondientes. La infracción de tal imperativo, da lugar a la nulidad del acta, además de que se sanciona al juez del Registro Civil, con la destitución de su cargo (artículo 37).

Los artículos a que me refiero arriba, no especifican si la nulidad es absoluta o relativa. Sin embargo, por ser disposiciones prohibitivas, no cabe duda de que la nulidad es absoluta, ya que cualquier interesado puede hacerla valer; además de que no es posible su convalidación ni la prescripción (no caduca).

- 
1. Bonnacase Julian. Elementos del Derecho Civil, traducido por el Lic. José M. Cajica Jr. Tomo II. Ed. Cajica. Puebla 1945. p. 238
  2. Borrel y Soler. ob. cit. p. 389 Tomo I

Los vicios o defectos de las actas, cuando no son substanciales, no producen la nulidad del acto, a menos que judicialmente se pruebe su falsedad (artículo 47).

En cuanto a la nulidad del matrimonio por falta de las formalidades que exige el Código Civil, sobre el particular, el artículo 249 establece: "La nulidad que se funde en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse por los conyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. También podrá declararse esa nulidad a instancia del Ministerio Público", y cabe observar que dicho precepto ha dado lugar a gran polémica doctrinal entre los partidarios de la inexistencia y los contrarios a ella (tema sobre el cual se tratará en el capítulo de la inexistencia).

### C. Características de la Nulidad Absoluta.

La nulidad absoluta en nuestro derecho, se caracteriza:

- 1.- Porque puede hacerla valer cualquier interesado;
- 2.- Porque es incondicionable;
- 3.- No es prescriptible;
- 4.- Debe ser declarada por el juez, y
- 5.- Produce provisionalmente sus efectos, los cuales son destruidos retroactivamente cuando el juez declara la nulidad.

I. Puede Hacerla Valer Todo Interesado. La nulidad absoluta puede hacerla valer toda persona con interés legítimo, es decir, se requiere de la existencia de un interés protegido por el derecho. El habitante de una casa, verbigracia, no puede pedir la nulidad del contrato de compraventa de la casa contigua, impulsado por el único interés de librarse de un mal vecino; de igual manera que un comerciante tampoco podrá hacer valer la nulidad de una sociedad mercantil competidora, alegando, como único interés, su conveniencia de que dicha competidora desaparezca. Se requiere necesariamente de la afectación, con el acto nulo, de un interés jurídicamente protegido. Porque, como sabemos, para el ejercicio de toda acción civil se necesita, entre otras exigencias, que exista la violación de un derecho o el desconocimiento de una obligación, o la necesidad de decla-

rar, preservar o constituir un derecho. De no ser así, falta el interés jurídico en el actor; interés jurídico cuya existencia resulta esencial para el ejercicio de cualquier demanda judicial y de la acción que en ella se entable (artículo 1, fracciones I, II y IV del Código de Procedimientos Civiles del D.F. en vigor).

Planiol y Ripert, hacen notar, en su obra Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, que es raro en materia de actos patrimoniales, que un verdadero tercero pueda justificar un interés jurídico que le permita el ejercicio de la acción de nulidad, ya que los terceros legalmente facultados para hacerla valer, son generalmente causahabientes de las partes(1)

Los Códigos Civiles mexicanos de 1870 y 1884, negaban al responsable de la nulidad absoluta, la posibilidad de invocarla. Se debe a que ellos adoptaron, al respecto, la regla "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans" (artículos 1782 al 1786 del Código de 70, correspondientes a los artículos 1669 al 1672 del Código de 84). Se censuró, sobre el particular, a tales códigos, haciendo notar que el acto con un objeto ilícito (ya penal o moralmente reprobable), a pesar de ser nulo, producía el mismo efecto que si se tratara de un acto válido, con la consecuencia de que las partes no podían reclamarse la restitución de lo que habían entregado. La crítica dio lugar a la supresión de la regla susodicha. El Código Civil de 28 ahora establece que, en todo acto nulo en el que las prestaciones se hubiesen cumplido, los contratantes deben restituirse mutuamente lo que hubieren recibido en virtud de ese acto (artículos 2225, 2226 y 2239).

Tampoco ha acogido el código actual dicha máxima, en lo concerniente a los actos jurídicos cuyo fin sea inmoral o ilícito. El artículo 1895 dispone: "Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin que sea ilícito o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder del que lo recibió. El cincuenta por ciento se destinará a la Beneficiencia Pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho a recuperarlo el que lo entregó". Por tanto, en el caso del artículo copiado, el actual Código sí concede al culpable de la nulidad absoluta, acción para reclamarla; pero con la circunstancia de que la restitución al que ilícitamente dio causa a la nulidad, no es completa, sino sólo de un cincuenta por ciento,

-----

1. Planiol y Ripert. ob. cit. p. 408 Tomo VI

ya que el resto se destinará a la Beneficiencia Pública.

## II. La Nulidad Absoluta es Incovalidable.

En efecto, ella es definitiva e insubsanable. Los actos afectados por tal nulidad, no pueden convalidarse en ninguna forma, ni por confirmación ni por ratificación. El negocio nulo lo es para siempre (artículo 2226).

Colin y Capitant, afirman que el acto viciado de nulidad absoluta, no puede confirmarse, porque confirmar un acto es renunciar a invocar la causa de nulidad que lo afecta, y esto sólo puede suceder cuando la acción y la excepción de nulidad están exclusivamente a disposición de una persona, de aquella que renuncia. Esto no puede ocurrir en los casos de nulidad absoluta, ya que la renuncia o confirmación que hiciera una parte, sería ineficaz, porque no podría renunciar los derechos de todas las demás personas con interés; además de que el orden público, que es el fundamento de las nulidades absolutas, exige que el acto afectado por esa clase de nulidad, se conserve caduco, frágil y que en ninguna forma se pueda borrar su ineficacia. (1)

## III. La Nulidad Absoluta no es Prescriptible.

El derecho civil mexicano, siguiendo el criterio de la Teoría Clásica de las Nulidades, atribuye, como una de las características fundamentales de la nulidad absoluta, la imprescriptibilidad. El Código Civil en vigor establece, en lo que importa, en su repetido artículo 2226, que: "La nulidad absoluta... no desaparece por ...la prescripción".

El derecho civil francés, a diferencia del nuestro, establece un carácter precriptible a todas las nulidades. En Francia, la acción de nulidad se extingue por prescripción, aún cuando se trate de la nulidad absoluta. Se basa en la idea de que el tiempo debe subsanar aquellas situaciones irregulares y suprimir las dificultades probatorias de aquellos litigios, cuyo origen sea demasiado remoto, para protección de la paz so-

1. Colin y Capitant. ob. cit. p. 194 Tomo I

cial y la seguridad jurídica.

La doctrina francesa considera que si la prescripción impide la acción pública en caso de delito y del cumplimiento de la pena, ¿por qué no va a poder subsanar los vicios de los actos jurídicos nulos de pleno derecho? La jurisprudencia, en Francia, ha confirmado que todas las nulidades prescriben a los treinta años, a menos que la propia ley fije un plazo menor, aunque atribuye a la excepción de nulidad, un carácter perpetuo.

Planiol y Ripert, piensan que es justificada la distinción que hace la jurisprudencia francesa, entre la acción y la excepción de nulidad, ya que si ésta, tratándose de actos contrarios al orden público, prescribiera, sería igual que permitir la intervención de la justicia en la participación de un acto contrario al interés general...(1)

Nuestro artículo 1787 del Código de 70 y el 1673 del de 84, siguen también el sistema que acepta, como perpetua, la excepción de nulidad de un contrato.

En el derecho civil español, al igual que en el derecho civil francés, la acción de nulidad prescribe dentro de cierto plazo, guiados ambos por la idea de que no deben permanecer los derechos en incertidumbre, por tiempo indefinido.

Borrel y Soler, comentando el artículo 1932 del Código Civil Español, manifiesta : "Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluidas las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley". Añade que la regla no exceptúa de la prescripción extintiva, a las acciones de nulidad, pues advierte que, conforme al artículo 1965 del Código citado, las únicas acciones imprescriptibles, son las acciones divisorias; máxime que ni este artículo ni otro alguno, hacen igual declaración para la acción de nulidad. Por consiguiente, la acción de nulidad prescribe, en España, aún tratándose de la nulidad absoluta y, por otra parte, los derechos adquiridos en virtud de ese acto nulo, prescriben a favor del adquirente.

La jurisprudencia española comulga con el criterio expresado, puesto que también reconoce la prescriptibilidad de la acción referente

1. Planiol y Ripert. ob. cit. p. 429 y 430 Tomo VI

a los actos absolutamente nulos; porque negar la posibilidad de prescripción, a la nulidad de que se trata, produce los inconvenientes de dejar la puerta abierta a posibles reclamaciones que resten seguridad a las relaciones jurídicas. (1)

Como he dicho antes, el derecho civil mexicano acepta el criterio de la Teoría Clásica, en lo relativo a la imprescriptibilidad de la nulidad absoluta. En consecuencia, el transcurso del tiempo no puede convertir en válidos, los actos que se duelen de dicha nulidad. Al respecto, Rojina Villegas sostiene que la Teoría Clásica de las Nulidades, toma en cuenta la función del tiempo en sentido negativo, ya que su simple transcurso no puede purgar de la nulidad de que se habla a los actos que la sufren; pero que, no obstante, el tiempo desempeña también una función positiva de fundamental importancia, al permitir excepcionalmente dar firmeza y estabilidad a determinadas situaciones jurídicas, originadas por actos viciados de esta clase de nulidad. Porque el derecho, dice, tomando en cuenta los principios de seguridad jurídica, de conservación y de protección de los actos jurídicos, no admite la destrucción de aquellas situaciones que han logrado perdurar, en forma estable, durante largos periodos. Añade, sobre el particular, que por efectos de la usucapión, se llega a resultados contrarios a los que la Teoría Clásica establece para esta nulidad (la absoluta), dado que, a pesar de que un acto esté afectado de la propia nulidad, puede operar la prescripción adquisitiva tratándose de la propiedad o de los derechos de autor y de los reales de usufructo, de uso, de habitación y de servidumbre; casos en los que, aun cuando el título que concede el derecho esté afectado de nulidad absoluta, a pesar de ello, con la convergencia de los elementos requeridos para que la prescripción opere, es decir, si concurren la posesión y el animus domini (o a título de usufructuario, usuario, etc.), en forma pacífica, continua, pública y durante el tiempo que marca la ley, la situación jurídica permanente y estable que de todo ello deriva, debe preponderar sobre la nulidad absoluta. No habrá, en consecuencia, efectos restitutorios, ni con alcance retroactivo.

-----

1. Borrel y Soler, ob. cit. p. 369 a 372 Tomo I

En cuanto a los derechos personales que pudieran derivar de un acto afectado de nulidad absoluta, estima que la función del tiempo necesario para prescribir, no podrá tener los mismos efectos que para los derechos reales; porque como los derechos de crédito no pueden originarse en la prescripción, por ello en todo tiempo podrá invocarse la nulidad.

Afirma, además, que la transmisión por testamento nulo de manera absoluta, de la propiedad, posesión, usufructo, servidumbre y derechos de autor, puede asimismo convalidarse por la prescripción positiva, en tanto que el artículo 2652 del Código Civil establece que "El derecho de reclamar la herencia prescribirá en diez años...". Tomando en cuenta el mencionado precepto y los principios enunciados, en los casos en que un heredero entra en posesión de los bienes hereditarios o de los derechos reales mencionados, por medio de testamento afectado de nulidad absoluta, aún cuando la acción de nulidad sea imprescriptible, si en el plazo de diez años que señala el artículo citado, el heredero o herederos legítimos no ejercitan la acción de nulidad, quedará protegida la posesión y goce de los derechos reales citados; aparte de que si el legítimo heredero no reclama la herencia dentro del citado plazo, según el autor, aquel perderá todo interés legítimo que pudiera reclamar y, por tanto, conforme al artículo 1, fracción IV, del Código de Procedimientos Civiles, al faltar el requisito del interés, ya no podrá ejercitarse la acción de nulidad. (1)

Al respecto, creo que dichas afirmaciones del maestro Rojina Villegas, son aplicables al derecho civil español y posiblemente también al derecho civil francés. Sin embargo, es inaplicable a nuestro derecho, según trataré de explicarlo a continuación:

En efecto, el derecho español acepta, en forma expresa, que todos los derechos y acciones prescriben pasado cierto tiempo, en perjuicio de la persona o personas que pudieron ejercitarlos y no lo hicieron, y como única excepción a esa regla general, establece la imprescriptibilidad de la acción divisoria. Por otra parte, en nuestro derecho ocurre que, al igual que en el derecho civil español, la regla general dispone que la prescripción es un medio de adquirir derechos o librarse de obli-

1. Rojina Villegas. ob. cit. p. 258 a 262 Tomo I

gaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo ciertas condiciones que fija la ley (artículo 1135). Pero a pesar de lo indicado, el Código Civil mexicano, a diferencia del español, establece una excepción, al determinar en forma expresa que la nulidad absoluta no desaparece por la prescripción (artículo 2226). Por tanto, en mi opinión, jurídicamente no se debe aceptar que el simple transcurso del tiempo (como dice el maestro Rojina Villegas), permita dar firmeza y estabilidad a los actos afectados de nulidad absoluta, ya que, como se recordará, ésta se funda en la noción de orden público, en el interés general de la colectividad y, por el contrario de lo que afirma Rojina, el espíritu de la ley civil mexicana, se encuentra en la admisión de que la nulidad absoluta no prescribe en ninguna forma (caduque diríamos con mayor propiedad), sino que dichas situaciones permanezcan inciertas, débiles, inestables, para que puedan ser destruidas en cualquier momento.

En el caso del testamento afectado de nulidad absoluta, que cita el maestro Rojina, éste observa que el artículo 1652 del Código Civil, establece que, "El derecho de reclamar la herencia prescribirá en diez años...", y estima que si se relaciona ese artículo con el 1, fracción IV, del Código de Procedimientos Civiles, debe concluirse que, si el heredero legítimo no ejercita la acción dentro del plazo aludido de diez años, por ello, por falta de interés, no podrá ejercitarla después, y termina con la afirmación de que la imprescriptibilidad de la nulidad absoluta, se transforma en virtual o aparente.

Con todo el respeto que me merece la opinión del señor licenciado Rojina Villegas, considero, sobre el particular:

Es cierto que conforme al artículo 1652 del Código Civil vigente, la regla general es que se pierde o caduca ("prescribe", dice el precepto) el derecho a reclamar la herencia, si transcurren diez años sin que la acción relativa se deduzca. Pero obviamente la norma especial, tratándose de la prescripción (caducidad) de la acción para ejercitar la nulidad absoluta, debe buscarse en el capítulo relativo a los actos nulos (el sexto), y ahí encontramos el artículo 2226, conforme al cual la nulidad absoluta no desaparece por prescripción (yo diría caducidad). Porque

de admitirse que hay conflicto de normas, obviamente debe estarse a la especial, esto es, al citado artículo 2226, de acuerdo con el cual, insisto, si la nulidad absoluta nunca desaparece o caduca, ella puede intentarse en todo tiempo. De suerte que, aunque en principio la herencia sólo puede reclamarse durante los diez años aludidos, no es menos exacto que, conforme a la excepción, si la causa por la que se reclama es la existencia, por ejemplo, de un testamento afectado de nulidad absoluta, al poderse reclamar en todo tiempo esa nulidad, el derecho hereditario que de ella se derive, obviamente no se perderá por haber transcurrido los diez años sin reclamarse.

#### IV. La Nulidad Absoluta Siempre Debe Ser Declarada por el Juez.

En el derecho mexicano, la nulidad absoluta, en caso de conflicto, debe ser declarada siempre por el juez. En cambio, como se vió en su oportunidad, de acuerdo con la Teoría Clásica de las nulidades, el acto afectado de nulidad absoluta, al no poder producir efecto jurídico alguno, por ello no hay necesidad de acción judicial para destruirlo; - porque, en caso contrario, la nulidad no resultaría de la ley sino de la declaración judicial. (1)

Reitero, nuestro derecho no admite, con toda justificación, que la nulidad absoluta opere de pleno derecho, aún cuando se trate de actos que lesionen abiertamente el orden público; solución que resulta de la exigencia superior de que se respeten las garantías individuales públicas de los artículos 14 y 16 constitucionales, que establecen, en lo conducente: "Artículo 14 ...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento...". "Artículo 16.- "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento...". Del texto del

1. Colin y Capitán. ob. cit. p. 193 Tomo I.

citado artículo 2226, que se viene ocupando, se infiere que la nulidad absoluta debe ser declarada, puesto que, al no impedir que el acto nulo produzca provisionalmente sus efectos, ordinariamente éstos sólo podrán ser destruidos de manera retroactiva, cuando el juez declare dicha nulidad; pero naturalmente no puede descartarse la posibilidad de que las mismas partes del acto nulo reconozcan su invalidez y de que se muestren conformes en su destrucción con efectos retroactivos, sin intervención del juez.

Nuestra H. Suprema Corte de Justicia, en su tesis de jurisprudencia número 252, que aparece publicada en el último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, confirmando lo anterior, establece "NULIDAD. NO EXISTE DE PLENO DERECHO.- Si no hay disposiciones expresas en las posiciones expresas en las leyes y para los casos que ellas comprendan, nuestra legislación no autoriza que se reconozca la existencia de pleno derecho, sino que las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, previo el procedimiento formal correspondiente". (Tesis jurisprudencial integrada por las siguientes ejecutorias de la Quinta Epoca: Tomo XXV, Pág. 450.- Arias Briones Rafael.- Tomo XXX, Pág. 451.- Jauregui Lázaro.- Tomo XXXIV, Pág. 2046. Ceballos Vda. de Méndez Concepción, Suc. de.- Tomo XXXVII, Pág. 1153.- Femo Coast Copper Company, S.A. Tomo XLI, Pág. 1864.- Chico Vda. de Martín Francisca y Coags. Suc.).

Encuentro particularmente interesante la ejecutoria relacionada con la tesis que acabo de transcribir, publicada en el tomo CXI del mencionado Semanario Judicial, también de la Quinta Epoca, página 533 (Chamorro Vitos), que dispone: "NULIDAD DE PLENO DERECHO.- La jurisprudencia sobre nulidades de pleno derecho distingue dos situaciones: a), cuando hay ley expresa que establece la nulidad de pleno derecho, y b), cuando no existe ley expresa, caso en que la nulidad debe ser declarada por la autoridad judicial"; ejecutoria con cuyo sentido y alcance no estoy totalmente conforme (ni consecuentemente, con la parte relativa de la jurisprudencia copiada); porque, como ya expresé anteriormente, siempre que se presente discusión acerca de si un acto o contrato es nulo de pleno derecho, entonces, a pesar de que hubiera artículo que estableciera que tal

nulidad opera de pleno derecho no podrá haber forma de salvar la exigencia de que el juez declara dicha nulidad (repito, en todo caso de discusión o conflicto entre las partes) dado que, insisto, de no procederse como lo a cabo de señalar, ello equivaldría a que la parte interesada resolviera su conflicto por sí misma, con infracción del artículo 14 constitucional, que expresa y categóricamente lo prohíbe.

V. La Nulidad Absoluta Produce Provisionalmente Sus Efectos.

Sobre este tema, al que en cierta forma me acabo de referir con antelación, cabe agregar que nuestro derecho también se aparta del criterio sostenido por la Teoría Clásica, porque mientras que en ésta no hay momento en que los efectos del acto nulo de pleno derecho, puedan producirse; (1) en cambio, al artículo 2226, ajustándose a la realidad, establece en forma expresa que, ordinariamente o como regla general, la nulidad absoluta "no impide que el acto produzca provisionalmente sus "efectos".

---

1. Borja Soriano ob. cit. p. 134 Tomo I

D. La Acción de Nulidad Absoluta.

La Acción.

El concepto de acción es uno de los temas más controvertidos en el derecho procesal; controversias que han dado nacimiento a numerosas definiciones. A continuación transcribiré sólo algunas de las más importantes: Celso la definió como "El derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido"; mas los jurisconsultos clásicos la completaron añadiéndole "o lo que nos pertenece"; lo que obedeció a que en la descripción de Celso, se comprendía solamente las acciones personales y no las reales. Manrresa entiende que la acción es el "Medio que concede la ley para ejercitar en el derecho que nos compete". Para Carnelutti, "La acción es un derecho público subjetivo, que tiene el individuo como ciudadano para obtener del estado la composición del litigio". Niceto Alcalá Zamora y Castillo, dice: "La acción es tan sólo la posibilidad jurídicamente encuadrada, de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo, y en su caso, la ejecución de una pretensión litigiosa". (1) Coviello, en su obra Doctrina General del Derecho Civil, explica la acción como "la facultad de invocar la autoridad del estado para la defensa de un derecho", y tomando en cuenta ese concepto, opina que la acción debe considerarse en dos fases diferentes: en la primera, de mera potencialidad, que pasa casi inadvertida y confundida con el derecho mismo, y el estadio de actuación que se muestra en tal forma destacada, hasta el punto de manifestarse como teniendo existencia propia. (2)

Pienso que, en realidad, no hay definición de la acción que permanezca invulnerable a la crítica de los juristas; cosa que se explica en razón de que cada quien la observa desde un ángulo propio. Entonces, sería tenerario que yo pretendiera dar mi propia definición; lo que no excusa que me vea frente a la exigencia de explicar, con la modestia que resulta de mi falta de los recursos suficientes, lo que entiendo por acción. Debo manifestar, pues, al respecto, que, a mi juicio, la acción

-----

1. Eduardo Pallares. Diccionario de Derecho Procesal, Segunda edición Editorial Porrúa. México 1956. p. 13 a 16
2. Coviello ob. cit. p. 537

procesal es el instrumento del que podemos disponer para lograr la intervención del Estado (concretamente de sus juzgados o tribunales), mediante la presentación de una demanda, a fin de que en sentencia que se pronuncie se nos haga justicia en el caso concreto, en que estimamos se afectan nuestros derechos, bien por violación o desconocimiento de los mismos o bien porque, de acuerdo con nuestro interés jurídico, nazca la exigencia de declarar, preservar o constituir un derecho, en todo caso frente a la parte que estimamos opuesta a nuestra pretensión. En efecto, para que la acción pueda ser ejercitada, es indispensable que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 10. del Código de Procedimientos Civiles, que consisten en:

- La existencia de un derecho; la violación de un derecho o el desconocimiento de una obligación, o la necesidad de preservar, declarar o constituir un derecho; la capacidad para ejercitar la acción por si o por legítimo representante, y el interés del autor para deducirla; mas debe entenderse que falta el requisito del interés, siempre que no pueda alcanzarse el objeto de la acción, aún suponiendo favorable la sentencia.

#### I. Naturaleza Jurídica y Objeto de la Acción de Nulidad Absoluta.

Los autores, sobre todo los franceses, no han logrado ponerse de acuerdo respecto a la necesidad de la intervención del juez para declarar la nulidad absoluta. En efecto en cierto número de juristas perdura aún el criterio de la Teoría Clásica de las Nulidades, según el cual, como la nulidad absoluta opera de pleno derecho, por ello no tiene por qué deducirse la acción relativa, ante juez alguno; (1) en tanto que los discrepantes de esta solución, como Planiol y Ripert, afirman que cuando una persona desea que desaparezca el estado de hecho que ha surgido como resultado del cumplimiento de un acto nulo, debe obtener una sentencia judicial, sea cual fuere la nulidad que afecte al acto, es decir, que se requiere de la intervención del juez, aún tratándose de la nulidad absoluta. (2)

Igualmente Eugene Gaudemet, acepta la necesidad del ejercicio de la acción de nulidad, con el objeto de provocar la intervención activa del juez, a fin de lograr la destrucción del acto afectado de nulidad absoluta, en el que, naturalmente, no deja de haber una apariencia de acto

1. Rojina Villegas . ob. cit. . p. 286 Tomo I  
2. Planiol y Ripert ob. cit. p. 416 y 417 Tomo VI

que, como decía, debe aniquilarse. (1)

Japiot, a su vez, según comentario del mencionado Gaudemet, estima que no hay acción de nulidad de cualquiera especie, distinta de las demás acciones. Considera que todo acto nulo carece de efectos y que intentar la nulidad, no es ejercitar una acción especial, sino simplemente hacer valer los derechos que derivan de la situación anterior aniquilada o modificada por el acto nulo.

No hace, pues, el autor, ninguna diferenciación entre los casos de nulidad absoluta, de nulidad relativa e inclusive de las inexistencias; porque para él todas son ineficacias.

Esa tesis ha sido objeto de diversas objeciones por parte de Eugene Gaudemet, quién afirma que:

En primer lugar, ella es contraria a su historia, puesto que la acción de nulidad es una acción independiente, derivada de la "in integrum resitutio" romana.

Es también contraria a los textos legales, porque en estos se establece expresamente la existencia de la acción de nulidad (como también acontece en el derecho mexicano, el cual prevé claramente la acción de nulidad tanto para la absoluta como para la relativa, según se desprende del texto de los artículos 2226, 2229, 2232, 2234, 2236 y 2237 del Código Civil vigente).

Es, por último, contraria a las necesidades prácticas, porque cuando se quiere hacer valer una nulidad, se prefiere que el juez la declare y que luego disponga que se restituyan las cosas al estado que guardaban antes de la celebración del acto nulo. Por ejemplo, en una compraventa cuyo objeto sea un inmueble entregado en cumplimiento de la venta afectada de nulidad (absoluta o relativa), la autoridad judicial primero declara la nulidad y después ordena la restitución del inmueble. De lo expresado, Gaudemet concluye que, por el contrario de lo que opina Japiot, en el caso del ejemplo no puede tratarse del ejercicio de una acción reivindicatoria, sino de la yuxtaposición de dos acciones, de la acción de nulidad y de la acción reivindicatoria. En efecto, dice refiriéndose a otro ejemplo, en una compraventa viciada de nulidad absoluta, en la que

1. Eugene Gaudemet. ob. cit. p. 166 y 167

la cosa ha sido transmitida a un tercero, se ejercitará la acción reivindicatoria de carácter real y, además, la acción de nulidad de carácter personal. (1)

La naturaleza jurídica de la acción de nulidad, se determina por tener el carácter de personal, aunque ella pueda repercutir en sus efectos en daño de terceros; (2) la acción tendrá por objeto impedir o destruir las consecuencias jurídicas del acto nulo, en forma retroactiva, es decir, de manera que las cosas, de ser posible (no lo sería totalmente en la hipótesis del matrimonio nulo, en el que han nacido hijos), vuelvan al estado que tenían antes de la celebración de ese acto ineficaz. Y en lo tocante a la clasificación tradicional de las acciones, en reales y personales, que acoge el Código de Procedimientos Civiles del D.F. (artículos 3º y 25), es manifiesto que particularmente la de nulidad, es una acción personal. Así lo ha entendido el Pleno de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación (esto es, que la acción de nulidad es una acción personal), en sus ejecutorias siguientes: la de 12 de noviembre de 1963, que recayó en la competencia 44/60, promovida por Telesforo Ortega Rodas (aprobada por unanimidad de veinte votos), y en la que aparece publicada en el Seminario Judicial de la Federación, volumen LXXVIII, Primera Parte, página 18, Sexta Epoca, también del Pleno.

## II. Personas que Pueden Ejercitarla

Puesto que la nulidad absoluta se funda en la infracción del orden público o de las leyes prohibitivas, la acción puede ser ejercitada por toda persona con interés jurídico. (3)

Las partes contratantes son las primeras que pueden justificar ese interés. Pero de aceptarse que la nulidad es una pena que se impone a las partes que celebran el acto nulo, entonces obviamente debiera llegarse a la conclusión de que la parte que consciente y maliciosamente da lugar a ella, no puede ni debe aprovecharla. Sin embargo, tomando en consideración que el legislador, al establecer la nulidad absoluta, no

-----  
1. Eugene Gaudemet ob. cit. p. 165 y 166  
2. Raimundo M. Salvat. Tratado de Derecho Civil Argentino. Tomo II. Ed. La Ley. Buenos Aires 1947. p. 553.  
3. F. Laurent. Principios de Derecho Civil. Tomo I. Primera traducción española. Traductor y editor Joaquín Guerra y Valle. México 1889. p. 109 y 110.

ha tenido por objeto castigar a las partes, sino impedir la realización de actos jurídicos contrarios a las leyes prohibitivas y al interés general de la sociedad, por ello, conforme al sistema, procede conceder la acción no sólo a esa parte, sino a todo interesado con interés legal. Así lo ha entendido la ley civil mexicana en vigor, al modificar el criterio que habían sostenido los antiguos códigos civiles de 1870 y 1884, según los cuales el culpable de la nulidad absoluta, no tenía acción para invocarla, dado que, según lo ya explicado con antelación, el legislador de entonces consideró inmorale que la persona o personas que hubieran dado lugar a dicha nulidad, pudieran beneficiarse invocándola. (1)

Podrán, pues, ejercitar esa acción de nulidad, no sólo las contratantes sino sus causahabientes y, repito, todo tercero que acredite su interés jurídico.

Particularmente en cuanto a los terceros, Planiol y Ripert observan que es raro, en materia de actos patrimoniales, que un verdadero tercero pueda justificar un interés legítimo que le permita ejercitar la acción de nulidad, ya que, observan, los terceros facultados para reclamarla, casi siempre son causahabientes de las partes. (2) En resumen, el tercero podrá ejercitar la acción de nulidad, siempre que pruebe la existencia de un interés legítimo y actual, derivado naturalmente de una relación jurídica anterior al acto nulo; interés que puede estar fundado en un perjuicio eventual o bien en un perjuicio ya sufrido; pero protegido siempre por la ley.

La acción de nulidad absoluta, algunas veces (en situaciones verdaderamente excepcionales), puede ejercitarse también a instancia del Ministerio Público. Obedece a que la naturaleza de la función que le es propia, se encuentra en relación estrecha con el interés general o público. Como ejemplo en que la ley legitima al Ministerio Público, para que deduzca la acción de nulidad absoluta, puedo señalar los casos del matrimonio entre parientes consanguíneos en línea recta (fracción tercera del artículo 156 del Código Civil vigente), cuando el matrimonio se efectúa sin observar la formalidad legal (artículo 249, etc.); más no debo pasar

1. Manuel Mateos Alarcón. ob. cit. p. 354 a 357. Tomo III Artículos : 1782 al 1786 del Código de 70 y 1668 al 1672 del Código de 84.  
2. Planiol y Ripert. ob. cit. p. 408, Tomo VI

inadvertido que en casos especialísimos de nulidad relativa, la acción puede igualmente ejercitarla el Ministerio Público, como pasa cuando se trata, verbigracia, de las hipótesis previstas en los artículos 241 al 244, a las que me referiré más detalladamente en el capítulo respectivo.

### III. Personas contra Quienes Pueden Interponerse la Acción.

Es necesario recordar que la finalidad de la nulidad absoluta, no es afectar a las personas, sino a los actos contrarios al orden público y a las leyes prohibitivas. Sin embargo, la destrucción de tales actos sólo pueden lograrse, dirigiendo la acción contra tal o cual persona, no para imponer a ésta una sanción, sino únicamente para destruir el acto nulo y sus efectos.

Así las cosas, la acción de nulidad puede y debe intentarse contra la parte o sus causahabientes que pretendan aprovecharse del acto nulo.

### IV. Excepciones al Ejercicio de la Acción de Nulidad Absoluta.

La excepción "fins de non-recervoir", de origen francés (no hay equivalencia en el derecho mexicano), es un medio de defensa tendiente a rechazar la acción, sin atacar el procedimiento ni tampoco el derecho pretendido, sino que sólo niega a la parte contraria el derecho de actuar, bien por falta de personalidad, bien por falta de interés, bien porque se sostenga que ha operado la prescripción adquisitiva, bien por haber expirado el plazo legal para entablar la acción o porque se funde en la indignidad de la persona que quiera hacer valer judicialmente la nulidad (hipótesis ésta que deriva de la regla "nemo auditur..."). (1)

### V. Efectos de la Declaración de Nulidad Absoluta.

La nulidad reconocida y declarada judicialmente, produce como consecuencia la restitución de las cosas al estado en que se encontraban

1. Lutzesco. ob. cit. p. 283 a 289

antes de la celebración del acto nulo (artículo 2239). Lo que significa que la sentencia que declara la nulidad absoluta (y lo mismo sucede en la relativa), produce efectos retroactivos, o sea, no únicamente a partir de la fecha en que el fallo cause ejecutoria.(1) En lo acabado de expresar, nuestro derecho coincide con el sistema de los códigos alemán y francés, según los cuales, cuando un acto inválido se destruye por la sentencia que declara su nulidad, "debe tenerse por nulo desde su origen"; (2) principio "tadicional que no hace sino aplicar la vieja regla romana que reza: "quod nullius est, nullum producit effectum".

### Efectos de la Nulidad Absoluta entre las Partes

Es necesario distinguir dos casos tratándose de los efectos de la nulidad absoluta entre las partes, según que el acto nulo no hubiese llagado a ejecutarse o, por el contrario, que se hubiese cumplimentado:

1. Cuando el acto jurídico declarado nulo, no se ha ejecutado, entonces el efecto de la declaración de nulidad por el juez, será que no pueda exigirse su cumplimiento. (3)

2. Cuando el acto jurídico declarado nulo, ya se hubiese consumado y realizado sus efectos, entonces la declaración surtirá la consecuencia de obligar a las partes a restituirse mutuamente lo que hubiesen recibido o percibido en virtud del acto anulado (artículo 2239).

La afirmación que antecede, por absolutos que parezcan sus términos, está sujeta a ciertas limitaciones que a continuación expongo:

El artículo 2240, establece restricciones en cuanto a la devolución de frutos o intereses, pues dice que, "Si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consisten ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos, no se hará la restitución respectiva de intereses de frutos sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos recibidos hasta esa época se compensarán entre sí". El artículo, como puede advertirse, distingue dos períodos: uno de ellos desde la demanda de nulidad, y en él debe hacerse la restitución de intereses

1. Raúl Ortiz Urquidí ob. cit. p. 559

2. Eugene Gaudemet. ob. cit. p. 209

3. Raimundo M. Salvat. Tratado de Derecho Civil Argentino. Tomo II, Editorial La Ley. Octava edición argentina. Buenos Aires 1947, p. 549

y de frutos, y el otro período que abarca hasta la fecha en que se interpuso dicha demanda, para el cual la ley establece la compensación. El Código Civil no hace distinción alguna en cuanto a la buena o a la mala fe de las partes, y es principio de derecho que donde la ley no distingue, no debemos distinguir (ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus). Por tanto, la compensación establecida en la segunda parte del artículo 2240, se aplicará tanto si ambas partes actuaron de buena fe, como si hubiesen procedido una u otra o las dos, con mala fe.

El Código Civil mexicano de 1928, no prevé la posibilidad de que la obligación de restituir intereses o frutos, en un acto bilateral, sea solamente de una de las partes. En mi opinión, en este punto puede ser aplicable el principio jurídico contenido en el artículo 1054 del Código Civil argentino, por los motivos que expresaré acto seguido:

Nuestro artículo 2240 arriba transcrito, es semejante al artículo 1053 del Código Civil argentino, en cuanto que éste igualmente dispone: "si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consisten ambas en sumas de dinero, o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o de frutos sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensarán entre sí". (1)

Por otra parte, en tanto que el Código Civil mexicano, nada expresa en relación con el punto de que me ocupo; en cambio, el artículo 1054 del Código Civil argentino, manda que: "Si de los objetos que forman la materia del acto bilateral, uno sólo de ellos consiste en una suma de dinero o en una cosa productiva de frutos, la restitución de los intereses o de los frutos debe hacerse desde el día en que la suma de dinero fue pagada o fue entregada la cosa productiva de frutos".

Tomando en consideración que los Códigos Civiles mexicano y argentino, siguen, al respecto, igual sistema, y por otra parte, como no es posible la compensación a que se refiere el artículo 2240 de nuestro Código, cuando en un acto bilateral, sólo una de las obligaciones consistiese en una suma de dinero o en una cosa productiva de frutos, entretences, por equidad, no habría inconveniente en que se siguiese el criterio del artículo

1. Salvat. ob. cit. p. 549 Tomo II

culo 1054 del Código Civil Argentino, esto es, hacerse la restitución de intereses o de frutos, desde el día en que la suma de dinero fué pagada o desde el día en que fué entregada la cosa productiva de frutos.

Cuando una de las partes que realizó el acto viciado de nulidad absoluta, actuó de buena fé, es decir, ignorando el vicio que afectaba el acto (Pedro, vende a Juan un ejido, el comprador, ignorando que el objeto de la venta es precisamente un ejido, paga el precio; pero como los ejidos están fuera del comercio por disposición de la ley, por ello la parte con interés jurídico ejercita la acción de nulidad y obtiene, del juez, sentencia que declara nula la enajenación celebrada entre Pedro y Juan; más como Juan actuó con buena fé y como con la nulidad se le afecta, es claro que él tendrá derecho a la reparación del daño sufrido), teniendo en consideración que el artículo 1910 del Código Civil de 1928, expresa: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres causa daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima", entonces debe aceptarse que es procedente la reparación del daño, misma que deberá consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad a la celebración de tal acto o en el pago de daños y perjuicios (artículo 1915).

Cuando sea declarada la nulidad absoluta de un acto cuyo objeto haya consistido en cosas fungibles que ya hayan desaparecido, obviamente no podrá efectuarse la restitución; mas habrá en su defecto, la obligación del demandado de pagar daños y perjuicios (artículos 2104 y 2105 del Código Civil vigente ).

#### EFFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA CON RELACION A TERCEROS.

Tomando en consideración el principio de que nadie puede transmitir a otro lo que no tiene sino sólo el derecho que tenga y con las limitaciones que lo tenga (*nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*), el artículo 2242 del Código Civil de 28, establece que.

"Todos los derechos personales o reales transmitidos a tercero sobre un inmueble, por una persona que ha llegado a ser propietario de él en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual mientras que no se cumpla la prescripción, observando lo dispuesto para los terceros adquirientes de buena fé". Se deduce, pues, del contenido del artículo, que el mismo no puede referirse a casos de nulidad absoluta sino solamente de nulidad relativa; porque si el poseedor actual de quien pueden reclamarse tales derechos reales o personales, puede prescribir, se sigue que el acto por el que el adquirió la posesión, si precisamente ésta puede prescribir, lógica y jurídicamente no puede hallarse afectado de nulidad absoluta, en tanto que, como se vió con anterioridad, ésta nunca prescribe. Y en lo tocante al acto anulado de quién transmitió al tercero, por razón asimismo lógica y jurídica, tiene que referirse a un acto afectado de nulidad relativa, por lo mismo que tiene aplicación el principio enunciado antes de que nadie puede transmitir a otro lo que no tiene sino sólo su derecho con las restricciones y vicios que lo tenga. Lo que significa que si el acto declarado nulo al adquiriente que transmite al tercero, fuese un acto nulo de pleno derecho, teniendo en cuenta que sólo puede transmitir lo que tiene y como lo tiene, entonces el acto del tercero adquiriente tendría igualmente que ser nulo de pleno derecho, justamente por ser esa la condición o situación de lo transmitido. Pero, insisto, si la posesión del tercero puede prescribir, se impone aceptar que tanto el acto anulado de su causante, como el acto por que el tercero adquirió, ambos sólo podrían estar viciados de nulidad relativa, puesto que si se produce la prescripción, ya no se dan todos los requisitos de la nulidad absoluta que es imprescriptible (artículos 2226, 2227 y 2242 del Código en vigor).

Refiriéndome ahora a otra hipótesis también muy interesante en relación con bienes inmuebles, hago notar que el Código Civil, en su artículo 3008, establece que la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, sólo tiene efectos declarativos (lo que significa que, en principio, no constituye o crea derechos); pero, no obstante, el Registro

Protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulte claramente del mismo Registro; regla que excepcionalmente no se aplica a los contratos gratuitos, ni a los actos o contratos que se ejecuten o celebren violando la ley (artículo 3009); es decir que, aún cuando el tercero registral de buena fe, inscriba debidamente su título de adquisición, aún así ésta no se ve protegida, en el caso de que el motivo de la nulidad del título de su causante resulte claramente del mismo Registro.

El tratadista español, Enrique Jiménez Arnau, al fijar el alcance de los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria española, de los cuales son trasunto nuestros artículos 3008 y 3009 arriba comentados, con excelente juicio, expresa:

"Como nuestro sistema hipotecario se apoyó, no en la teoría del consentimiento y de la inscripción constitutiva, sino en la teoría del título y el modo, y no hizo la adecuada separación entre el acto causal de la inscripción y los efectos reales de la misma, hubo necesidad de establecer el precepto contenido en el artículo 33 de la Ley, según el cual, la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes... (debo explicar, al respecto, que si conforme al artículo 3008 del Código de México, la inscripción sólo tiene efectos declarativos y de mera publicidad, consecuentemente tal inscripción tampoco puede convalidar los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes), "Pero el principio del artículo 33, que es la negación interpartes del principio de legitimación, llevaría forzosamente a la esterilidad del sistema si no se atemperara debidamente. Y como la Ley Hipotecaria se hizo y se planteó para proteger al tercero, de ahí que la afirmación del artículo 33 sea limitada en su alcance por las excepciones que al mismo sienta el artículo 34 (semejante a nuestro artículo 3009, que arriba cito). Ya en el año 61 se estableció en este artículo 34 que "no obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten y otorguen por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a

"tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho  
"del otorgante en virtud del título anterior no inscrito o de causas que  
"no resulten claramente del mismo Registro ... Ya dijimos que la aplicación  
"íntegra del principio de la no legitimación hubiera entrañado consecuen-  
"cias deplorables para el tercer adquirente. En el caso de existir una ins-  
"cripción fundada en título falso o nulo, hubiera resultado que la false-  
"dad se hubiera perpetuado o la nulidad produciría efectos no para perjudi-  
"car un titular antiguo, sino para perjudicar a un posterior adquirente,  
"que tendría en su descargo la circunstancia de haber confiado en la utili-  
"dad y en la veracidad del Registro de la Propiedad. Por otra parte, ya  
"la ley había declarado la preferencia de la adquisición registral sobre  
"la extraregistral, al fijar en los artículos 23 y concordantes los efec-  
"tos de la inscripción con respecto a tercero. Y todas estas declaraciones  
"quedarían sin ningún valor si un título que no hubiera sido inscrito fuera  
"después apto para provocar la ineficacia de un derecho inscrito. Por tanto,  
"al principio general hubo de establecerse las excepciones que contiene el  
"artículo 34 y que son las siguientes: 1a. De acuerdo con el sistema gene-  
"ral de la Ley, un título inscrito no puede ser invalidado apoyándose en  
"otro título anterior no inscrito.- 2a. Un título inscrito no puede ser a-  
"nulado aunque después de la inscripción se anule o resuelva el derecho del  
"transmitente si esta anulación se produce en virtud de causas que no resul-  
"ten claramente del Registro, siempre que la adquisición del tercero fuere  
"por título oneroso". (1)

Es pertinente advertir que, el tercero de buena fe a quien se  
transmiten derechos reales o personales sobre algún inmueble, puede también  
adquirirlos por prescripción, aunque se anule el título del adquirente o  
propietario anterior en la cadena de transmisiones; pero mientras la pres-  
cripción no se produzca, tales derechos pueden ser reclamados del poseedor  
actual, según lo dispone el artículo 2242; mas obviamente el sistema de es-  
te artículo, no puede referirse a casos de nulidad absoluta sino solamente  
de nulidad relativa; porque si el poseedor actual de quien pueden reclamar  
se tales derechos reales o personales, puede prescribir, se sigue que el  
acto por el que él adquirió la posesión, si precisamente ésta puede prescri-

1. Enrique Jiménez Arnau. Tratado de Legislación Hipotecaria Tomo I.  
Ediciones Españolas S.A. Madrid 1941. p. 170 y 171.

bir, lógica y jurídicamente no puede hallarse afectado de nulidad absoluta, en tanto que, como se vio con anterioridad, ésta nunca prescribe.

Asimismo, no obstante que nuestros artículos 3008 y 3009 arriba glosados, son trasunto, como señalé oportunamente, de los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria Española, éste último difiere de nuestro 3009, en que, coincidiendo ambos en que su contenido no es aplicable a los contratos gratuitos, el nuestro a esa excepción añade, de acuerdo con lo que expresé anteriormente, la de que tampoco es aplicable "a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando la ley".

E. La Excepción de Nulidad Absoluta.

La Excepción.

Coviello sostiene que es necesario distinguir dos aspectos de la excepción, es decir, uno desde el punto de vista substancial, y el otro desde el aspecto del derecho procesal: Como figura de derecho substancial, la excepción consiste en la posibilidad de hacerla valer con el objeto de hacer ineficaz, en todo o en parte, la acción del adversario. Al igual que la acción, no constituye un derecho que exista por sí mismo, sino en función del derecho que se ejercita. La acción no es más que el derecho que se hace valer por vía de ataque. La excepción, a su vez, es el derecho intentado por vía de contraataque, o sea, como defensa contra la acción. Se sigue que todo derecho puede ejercitarse, en principio, por vía de acción o de excepción y sólo excepcionalmente en forma exclusiva por vía de excepción; pero ésta no es autónoma sino que, para poderse manifestar, resulta indispensable que antes se intente la acción contra la cual aquella va dirigida como defensa. La excepción, bajo el ángulo del derecho procesal, comprende no únicamente la invocación en juicio de un derecho que se contraponen al del actor y las razones meramente procesales dirigidas a lograr la desestimación de la demanda, tales como la incompetencia, la falta de personalidad, etc., sino también la simple defensa que niega la existencia del derecho del actor, bien porque se diga que nunca ha existido o bien porque se niegue su existencia actual, por haberse extinguido; es decir, que, mientras que la simple defensa tiende a excluir la existencia del derecho del demandante; la excepción, en cambio, en sentido estricto, sirve para contraponer al derecho del actor, que no se niega, otro derecho que lo hace ineficaz total o parcialmente. (1)

Nuestra H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el particular, en sus tésis de jurisprudencia número 141, de la Quinta Epoca, que aparece publicada en el último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, establece: "DEFENSAS. SINE ACTIONE AGIS.- No constituye pro-

1. Nicolás Coviello. ob. cit. p. 549 a 562

"plamente hablando una excepción, pues la excepción es una defensa que ha  
"ce valer el demandado, para retardar el curso de la acción o para destruir  
"la, y la alegación de que el actor carece de acción, no entra dentro de  
"esa división; Sine actione agis no es otra cosa que la simple negación  
"del derecho ejercitado, cuyo efecto jurídico en juicio, solamente puede  
"consistir en el que generalmente produce la negación de la demanda, o sea,  
"el de arrojar la carga de la prueba al actor, y el de obligar al juez a  
"examinar todos los elementos constitutivos de la acción". Insistiendo en  
la materia de la tesis que acabo de transcribir, la Suprema Corte dice, en  
otra de sus ejecutorias, no menos interesante: "EXCEPCIONES Y DEFENSAS.-  
"Existen excepciones en sentido propio y excepciones en sentido impropio,  
"o defensas. Las primeras descansan en hechos que por sí mismas no exclu-  
"yen la acción; pero dan al demandado la facultad de destruirla mediante la oportuna alega-  
"ción y demostración de tales hechos. En cambio, las defensas o excepciones impropias,  
"se apoyan en hechos que por sí mismos excluyen la acción, de modo que una  
"vez comprobadas por cualquier medio, el juez está en el deber de estimar-  
"las de oficio, invóquelas o no el demandado. Son ejemplo de excepciones  
"en sentido propio, la compensación, la prescripción, etc. Son ejemplos  
"de excepciones impropias o defensas, el pago, la novación, la condona-  
"ción del adeudo, la confusión, etc. La prescripción puede hacerse valer  
"por vía de acción; pero también puede hacerse valer por vía de excepción,  
"puesto que, como se acaba de indicar, se trata de una excepción en sen-  
"tido propio". (Sexta Epoca, Cuarta Parte, Vol. VII, Pág. 193, A.D. 6726/56,  
"promovido por Eufemio Verela Martínez, publicada también en el último A-  
"péndice al Semanario Judicial de la Federación).

En su criterio expresado, la H. Corte hace propia la opinión  
que, sobre el particular, expone Guisepppe Chioventa, en su obra "Institu-  
ciones de Derecho Procesal Civil", volumen I, que sostiene que la excep-  
ción en sentido propio es un contraderecho frente a la acción y, por tal  
razón, un derecho de impugnación, es decir, esta excepción es un derecho  
potestativo encaminado a la anulación de la acción; en tanto que, cuando  
existe un hecho impeditivo o extintivo, la acción no existe y la demanda

es infundada; por el contrario, en los casos de excepciones en sentido propio, la acción puede existir o no existir, según que el demandado haga uso de su: contraderecho. Mientras que, con la excepción en sentido impropio se obtiene la desestimación de la demanda, porque la acción no ha nacido o ha desaparecido con anterioridad a la excepción; en cambio, con la excepción en sentido propio se obtiene la desestimación de la demanda aunque la acción sea viva y eficaz con anterioridad a la excepción, esto es, se obtiene la desestimación del libelo, mediante la anulación de la acción que se logra en el proceso con la sentencia desestimatoria, y el principio que sirve de base de toda esta cuestión, es que el proceso debe servir para la actuación de derechos existentes y no la creación de derechos nuevos. Si por ejemplo, un derecho se presenta faltándole un requisito esencial para su existencia, el juez debe declararlo inexistente, no sólo si el demandado es rebelde, sino incluso, si cuando estando presente no alega dicho defecto. Por la misma razón, el juez debe, como ya se ha visto, poner de relieve, de oficio, la presencia de aquellos hechos impeditivos o extintivos que, por su naturaleza, excluyen la existencia de la acción (como el pago, el derecho de usufructo del demandado respecto a la acción de reivindicación, y añadiría el caso en que, habiéndose demandado el divorcio, se prueba en el juicio que, con antelación, el matrimonio había sido disuelto, etc.). Dice al respecto el propio autor en su obra citada, que, en esos casos, el juez no puede acoger demandas infundadas. Si por el contrario, se trata de prescripción, de incapacidad, de vicios del consentimiento, de la lesión, etc., el juez, faltando la excepción, debe acoger la demanda, porque la acción, mientras no quiera el demandado valerse de su derecho de impugnarla, existe y la demanda es fundada. (1)

Por todo lo expuesto anteriormente, me parece oportuno concluir que la excepción de nulidad es una excepción en sentido propio y no una simple defensa o excepción impropia.

-----

1. Chiovenda Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Segunda edición española. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1948. p. 384 y siguientes.

I . La Naturaleza Jurídica y Objeto de la Excepción de Nulidad Absoluta.

La excepción de nulidad absoluta, es el medio de protección que puede hacerse valer contra un acto nulo; medio que en ocasiones resulta tan eficaz e inclusive más eficaz que la acción de nulidad. A pesar de ello, presenta el inconveniente que resulta de la incertidumbre en cuanto al momento en que el actor decida tomar la iniciativa.

La excepción de nulidad pretende la realización de un doble fin: por una parte, tiene por objeto rechazar la demanda entablada por el acreedor, y por otra, consolidar la situación de hecho del deudor. (1)

Actualmente, en las legislaciones en que se admite la prescripción de la acción de nulidad (caducidad) y sobre todo en Francia, los autores advierten la utilidad jurídica de la excepción de nulidad; pero no sucede lo mismo cuando se trata de precisar sus límites de aplicación, porque existen distintos criterios, al respecto. En efecto, en Francia algunos autores fieles a la antigua máxima romana "Qua temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad exiendum", entre ellos Colin y Capitant, (2) consideran que la excepción de nulidad es perpetua; en tanto que otros sostienen el criterio opuesto, pues piensan que la prescripción extinta opera también cuando se trata de la excepción de nulidad, al igual que sucede con la acción (recuérdese que en el país indicado, aún la acción de nulidad absoluta prescribe, si bien en el plazo máximo de treinta años); porque como prescribe, dicen, el derecho, no hay razón para hablar de que la excepción de nulidad sea perpetua. Sin embargo, aún los defensores de la no prescriptibilidad de la excepción de nulidad absoluta, advierten que la prescripción extintiva no se refiere al derecho mismo ni a su aspecto estático, sino sólo a su aspecto dinámico, a la acción, y afirman que cuando el Código Civil Francés habla de prescripción de las acciones personales, debe entenderse que se afecta la acción, no el derecho, ya que éste no se pierde por el no ejercicio de la acción, sino por la posesión prolongada de la cosa tenida por el poseedor. (3)

- 
1. Lutzesco. ob. cit. p. 302 y 303
  2. Colin y Capitant ob. cit. p. 195 Tomo I
  3. Lutzesco. ob. cit. p. 305

El derecho mexicano se ocupó expresamente, en los artículos 1787 del Código Civil de 1870 y 1673 del de 1884, de la excepción de nulidad, concediéndole el carácter de perpetua. Pero el Código en vigor, aunque omitió referirse a ella por completo, lo hizo obviamente por no ser necesario, puesto que, al establecer que la nulidad absoluta no prescribe (artículo 2226), en razón de que se afectarían leyes prohibitivas o de interés público (artículo 8o.), se sigue de ello que la acción susodicha en cualquier momento puede ejercitarse, con la consecuencia lógica y jurídica de que lo propio acontece con la excepción de nulidad absoluta, a condición de que se entable la demanda.

La H. Suprema Corte de Justicia, tampoco ha hecho distinción alguna en cuanto al punto de que se trata; mas del hecho de que acepta que la nulidad absoluta es perpetua, en su tesis de jurisprudencia número 246, publicada en el último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, que dice: "... La nulidad absoluta y la relativa se distinguen en que la primera no desaparece por confirmación ni por prescripción; es perpétua y su existencia puede invocarse por todo interesado...", de ello infiero que la excepción de nulidad absoluta igualmente es perpetua, en tanto que, por ser de tipo reconvenional, como explicaré en seguida y como tiene también por objeto la protección de leyes prohibitivas o de interés público, es decir, como una y otra persiguen los mismos fines, es lógico y jurídico llegar a la conclusión de que ambas formas de hacer valer la nulidad, sean perpetuas.

Nuestra tesis de jurisprudencia número 247, publicada en dicho Apéndice, sostiene: "NULIDAD COMO ACCION Y COMO EXCEPCION.- "La nulidad como excepción descansa en hechos que por sí mismas no destruyen la acción, y quién la opone, en realidad solicita que el juzgador reconozca en la sentencia que es nulo el acto jurídico de que se trata, esto es, que la nulidad puede hacerse valer como acción o como excepción". Por tanto, el objeto de la excepción de nulidad, según el criterio de la Corte, es que el juzgador declare simplemente o bien con efectos restitutorios, que es nulo el acto jurídico materia del juicio; en el concepto de que cosa igual sucede cuando se reclama la nulidad por vía de acción, y coincidiendo Chiovenda con la explicación que antecede, dice que la excepción de que me ocupo "tiene por definición los mismos límites de la acción". (1)

1. Chiovenda. ob. cit. p. 358, Vol I.

La misma Corte, en su sentencia que recayó en el Amparo Directo 2965/1956, promovido por Manuel de Jesús Castillejos Corzo, publicada en el Boletín Judicial de 1957, página 648 y en la que pronunció en el Amparo Directo 2500/53/2a., pedido por Ricardo Walls, publicada en el Suplemento de 1956, página 331, aclara que "La excepción de nulidad descansa en hechos que por sí mismos no excluyen la acción; es de tipo reconvenzional, ya que quién la opone en realidad está pidiendo al juzgador reconocimiento, en su sentencia, que es nulo el acto jurídico de que se trata, con efectos declarativos puramente, en el caso de que dicho acto jurídico no haya sido ejecutado y con efectos de condena, cuando se hayan cumplido las prestaciones entre las partes que concertaron el acto nulo". La tesis transcrita, sugiere que se fije la atención en que:

La naturaleza jurídica de la excepción de nulidad, está, en parte, en su carácter reconvenzional, es decir, ella no se limita a destruir la acción sino que implica en realidad una contrademanda, que tiene por objeto que el juez, en su sentencia, declare la nulidad del acto materia del juicio.

Por contenerse en la excepción de nulidad precisamente una reconvencción o contrademanda, procede aceptar que, tanto en aquellos casos en que el acto jurídico nulo no haya sido ejecutado como en aquellos otros en que se hayan cumplido prestaciones entre las partes que lo celebraron, deberá llamarse a juicio a todas aquellas personas que puedan resultar afectadas con la declaración de la nulidad, como se verá con mayor determinimiento en el subtema relativo a la improcedencia de la excepción de nulidad. Finalmente, la excepción de nulidad tiene el carácter de perentoria, puesto que su finalidad es dejar sin efecto o aniquilar, en todo o en parte, la acción.

## II. Personas que pueden Ejercitar la Excepción de Nulidad Absoluta y contra quien puede Ejercitarse.

Sobre el particular, me parece que no hay mucho que decir. La excepción de nulidad absoluta puede ser intentada por toda persona contra

la cual se entable una demanda en la que se pretenda el reconocimiento o cumplimiento de un acto, es decir, la excepción de nulidad absoluta puede ser invocada por el demandado y sus causahabientes también demandados, en la medida en que la obligación que se afirma nula les pueda afectar y siempre naturalmente que se encuentren legitimados para oponerla. Nuestra Corte de Justicia ha sostenido, sobre el particular, que "La excepción de nulidad puede hacerse valer, en determinados casos, por personas ajenas al contrato cuya nulidad se pretende y no solamente por las partes principales y sus fiadores; porque la regla que establece tal situación no es absoluta, una vez que se exceptúan de ella aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa". (Manzanilla Ana, Semanario Judicial, Quinta Epoca, Tomo CXVI, página 193).

Para terminar, la excepción de nulidad absoluta se opone, obviamente, en contra del actor que demanda el cumplimiento del contrato que se afirma nulo.

### III. Cuando es Improcedente la Nulidad como Excepción.

Es improcedente la excepción de nulidad, cuando lo que se reclama en la demanda principal, es precisamente la nulidad del acto que el demandado estima también nulo. Lo anterior no sólo es aplicable, en los términos explicados, a los actos y contratos que las partes celebren sino igualmente cuando en cualquier juicio se presenta demanda incidental de nulidad de actuaciones judiciales o inclusive cuando se demanda la nulidad de algún juicio ya concluido por sentencia ejecutoria, en los términos de la tesis de jurisprudencia número 250, que establece que la nulidad de juicio concluido, sólo procede respecto del proceso fraudulento.

Igualmente no procede la excepción de nulidad sino a condición de que se cumpla la exigencia de llamar al juicio a todas las personas que intervinieron en la celebración del acto o contrato que se afirma nulo. Verbigracia, en un juicio en que se reclame la nulidad (ya sea mediante el ejercicio de una acción o porque se haga valer la excepción reconvenzional de nulidad) de una compraventa celebrada entre A como vendedor y B comprador,

resulta clara la improcedencia si el interesado sólo reclama dicha nulidad de A, olvidándose del comprador B. Porque áquel y éste (el vendedor y el comprador) se encuentran de tal manera vinculados por la relación contractual, que en el juicio no sería posible decretar la nulidad respecto de sólo uno de los contratantes, sin que el fallo afecte positivamente a ambos. Se trata de un caso típico de litis consorcio pasivo necesario, en el que la relación procesal obviamente no puede integrarse sino a condición de que en el juicio sean oídos todos los litis consortes. En el ejemplo expuesto, por el no llamamiento al juicio, del comprador B, se incurre en la omisión que éste sea oído, concediéndole la oportunidad de contestar la demanda o la reconvencción de nulidad, de rendir pruebas y de producir sus alegatos, todo ello vulnerándose, en su daño, la garantía individual del artículo 14 de la Constitución. (1) Porque si bien podría pensarse que la sentencia meramente declarativa de la nulidad no afecta a las partes que celebraron el acto o contrato nulo, por no producir ese fallo efectos restitutorios (en razón de no haberse realizado cumplimiento alguno de parte de quienes lo llevaron a cabo), en cuanto que a ese respecto tales partes continúan conservando su situación anterior a la declaración de nulidad, puede suceder que la parte no oída en ese proceso, éntable juicio distinto para lograr la consumación de los efectos del acto jurídico que, a su entender, sí debe cumplimentarse mediante la realización de todas sus consecuencias, con peligro de que se den fallos contradictorios, ya que, habiéndose declarado primero la nulidad (con efectos simplemente declarativos, no de condena), como las sentencias sólo pueden afectar a las partes del juicio, en el siguiente promovido por quién se omitió escuchar en el primero, puede condenarse al cumplimiento del acto, en razón de que aquí el juez lo considere eficaz, no nulo.

Cabe la posibilidad de que existan otras causas de improcedencia de la excepción de nulidad; mas a pesar de haber intentado descubrirlas, debo reconocer que sólo logré encontrar las expresadas arriba. Lutzesco (autor francés), sin embargo, considera otras causas de improceden

1. Amparos Directos 253/1953 y 139/53, ambos de Manuel Reyna y coagraviados, resueltos el 10. de marzo de 54 y el 25 de junio de 55; 255/59, de Carlos Humberto Castañeda Saldivar, resuelto el 16 de marzo de 1960, y el 2462/53, de Agustín Saldaña, causahabiente de Arnulfo R. García, resuelto el 10 de marzo de 61. También el citado Diccionario de Pallares, p. 444 y ss.

cia, (1) puesto que sostiene que la excepción de nulidad no podrá ser invocada si el acto ilícito ya ha sido ejecutado, y también rechaza la excepción si la parte que la invoca debió tomar la iniciativa en el juicio. Pero en nuestro derecho no son aplicables esas reglas, puesto que, en el primer supuesto, es decir, cuando el acto ilícito ha sido ya ejecutado, existe la posibilidad de que las cosas se restituyan al estado que tenían antes de la comisión del ilícito, como puede suceder en los casos de delitos patrimoniales, y en la segunda hipótesis, tampoco es aplicable a nuestro derecho, en tanto que, por ser la acción un derecho potestativo, en principio, nadie está obligado a ejercitarla, salvo en los casos previstos en el artículo 32 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F. (1. Cuando alguno se jacte públicamente de que otro es su deudor; 2. Cuando por haberse interpuesto tercería ante un juez menor por cuantía mayor de la que fija la ley para los negocios de su competencia, se hayan remitido los autos a otro juzgado y el tercero opositor no ocurra a continuar la tercería, y 3. Cuando alguno tenga acción o excepción que dependa del ejercicio de la acción de otro, a quién pueda exigir que la deduzca, ponga o continúe, desde luego si existió para ello se rehusare, lo podrá hacer aquel).

#### IV. Efectos de la Excepción de Nulidad.

Nuestra H. Suprema Corte de Justicia, en su ejecutoria de 2 de octubre de 1957, que resolvió el Amparo Directo 2965/1956, promovido por Manuel de Jesús Castillejos Corzo, publicada en el Boletín de Información Judicial de 1957, página 684, manifiesta, en forma por demás clara, los efectos que resultan del ejercicio de la excepción de nulidad; efectos que expresaré a continuación:

La excepción de nulidad, normalmente es el medio de que el demandado se vale para justificar su pretensión de desestimación de la demanda del actor, y aunque la excepción tenga el carácter de reconvenional, implica el ejercicio de una pretensión que se opone a la del actor, se encamina, repito, a la desestimación de la acción (generalmente resulta

-----  
1. Lutsesco. ob. cit. p. 304 y ss.

innecesario el estudio de las excepciones opuestas, cuando de los autos aparezca o se desprenda que el demandante no probó su acción). Pero tratándose específicamente, insisto y aclaro, de la excepción reconvenzional de nulidad, si la parte actora no prueba su acción, obviamente no habrá necesidad de estudiar la contrademanda, en el caso de que deba recaer sentencia meramente declarativa de la nulidad, o sea, sin efectos restitutorios; mas cuando por la naturaleza de la reconvección, el fallo que a este respecto tenga que pronunciarse, debe surtir efectos restitutorios (será entonces una sentencia ya no solamente declarativa de la nulidad sino - igualmente de condena), resulta que, aunque la acción del demandante no se pruebe y por ello deba absolverse al demandado, el juez se verá ante la exigencia de examinar la reconvección, para que, en la hipótesis de que prospere con efectos restitutorios, se condene a las partes a las devoluciones que respectivamente les corresponda, previa la declaración de que el reconveccionista probó en el proceso su contrademanda. Obviamente el fallo que concede la nulidad será simplemente declarativo, cuando el acto declarado nulo no se ha cumplido por las partes que en él intervinieron, y será de condena, cuando las partes del contrato o acto jurídico, lo cumplieron en parte o en todos sus efectos, haciéndose con ello posibles y debidas las restituciones a que arriba me refiero; mas cuando por cualquier motivo las restituciones se vuelven imposibles, en tal caso procederá el pago de daños y perjuicios que se hubiesen causado, siempre que se exijan.

En suma, substancialmente tanto al acción como la excepción de nulidad (por su naturaleza ésta será siempre reconvenzional), producen efectos o resultados semejantes: en una y otra hipótesis la sentencia que las estudie y decida será bien absolutoria, bien simplemente declarativa o bien de condena, aunque asimismo puede ser en parte declarativa y en parte de condena.

C A P I T U L O    I I I

LA NULIDAD RELATIVA

A. Concepto.

La nulidad relativa o anulabilidad, no resulta, como la nulidad absoluta, de la violación de una norma general cuyo carácter prohibitivo o de orden público, obedece a que ella tiende a proteger el interés superior de la colectividad, (1) sino que, a diferencia de ésta, la nulidad relativa es, en principio, una medida de protección que la ley establece a favor de personas determinadas, por ejemplo, de los incapaces. (2) Sin embargo, el hecho de que el legislador procure, con la nulidad relativa, la protección directa del interés privado, ello no significa que se desentienda en forma total, del interés general, en tanto que, al establecerla para sancionar directamente un interés privado, también salvaguarda indirectamente el interés social. En consecuencia, no puede negarse que la nulidad de que se trata, tiende al logro de la seguridad jurídica y de la paz, en el campo de las relaciones contractuales, específicamente en cuanto a los conflictos de intereses privados. (3) Pero excepcionalmente existen actos afectados de nulidad relativa, asimismo por violación de leyes prohibitivas o de interés público, que resultan, no obstante, por no satisfacerse todos los requisitos establecidos en el artículo 2226 del Código Civil en vigor, que, según se ha visto, dice: "La nulidad por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción". Como ejemplo de esto está la compra-venta de cosa ajena, que se estudiará con más detenimiento en su oportunidad.

De acuerdo con lo anterior, podemos establecer que en lo tocante a la nulidad relativa, ésta, además de comprender todos aquellos casos

-----

1. Colin y Capitant. ob. cit. p. 196. Tomo I
2. Borja Soriano ob. cit. p. 133. Tomo I
3. Lutzesco ob. cit. p. 309 y 310

que se originan por un vicio interno del acto (incapacidad, vicios de la voluntad, falta de forma), abarca aquellos otros que tengan como causa un vicio por ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto, siempre que en ellos no se cumplan todos los requisitos necesarios para la constitución de la nulidad absoluta, consistentes en que de ésta puede valerse todo interesado y en que la misma no desaparece por confirmación ni por prescripción. La falta, pues, de cualquiera de los requisitos que acabo de señalar, basta para clasificar al acto, como afectado de nulidad relativa. (1)

En efecto, el Código Civil en vigor, en su artículo 2227, establece, por un sencillo método de exclusión, que es relativa toda nulidad que no corresponda estrictamente a la noción de nulidad absoluta. De esta manera resulta ser nulidad relativa, toda aquella que no cumpla exactamente las características de la absoluta, y sólo tienen como semejanza ambas nulidades, que, en principio, una vez declaradas por la autoridad judicial, el acto nulo es integral y retroactivamente destruido.

---

1. Rojina Villegas. ob. cit. p. 279 y siguiente Tomo I

## B. Causas que Originan la Nulidad Relativa.

En la actualidad, en la nulidad relativa se encuentran, en principio, más o menos las mismas causas que en el Derecho Romano; porque ellas han perdurado casi sin modificación. La doctrina, clasificándola por sus características, la dividió en dos grupos: la nulidad que se produce por vicios del consentimiento y la que resulta por incapacidad.(1) Pero naturalmente estudiaremos también los casos interesantísimos de nulidad que ahora se examina, relativos a la falta de formalidades exigidas por la ley para los actos jurídicos, a los actos jurídicos con objeto ilícito y finalmente a la venta de cosa ajena.

### I. Los Vicios del Consentimiento.

Para que un acto jurídico pueda producir sus efectos plenamente, es necesario que las voluntades que integran el consentimiento, no sufran vicio alguno, es decir, que ninguna de las voluntades que intervienen en la realización del acto, estén viciadas, pues basta que una sola de ellas lo esté, para que el consentimiento resulte deficiente.

#### 1. El Error.

El error es una creencia sobre algo, que está en discrepancia con la realidad, o bien es una falsa apreciación de la realidad (2)

El error sufrido por el autor del acto jurídico, no tiene siempre la misma gravedad ni produce siempre los mismos efectos. La mayoría de los autores franceses han distinguido, al respecto, tres situaciones diferentes:

**ERROR OBSTACULO.** El error cometido destruye la manifestación de voluntad e impide que se integre el acto jurídico; esto sucede en los siguientes supuestos: a). **ERROR SOBRE LA NATURALEZA DEL ACTO QUE SE VA A REALIZAR.**- Dos personas, verbigracia, celebran un contrato mediante el

-----

1. Lutzesco. ob. cit. p. 311

2. Gutiérrez y González ob. cit. p. 273

uno va a transferir la propiedad de cierto objeto, al otro; pero mientras que el adquirente cree que se trata de una donación, la otra parte, en cambio, cree que está vendiendo el objeto. La doctrina francesa opina que, en tal caso, el error impide que se produzca el acuerdo de voluntades y, por tanto, que no existe entre las partes contrato de compraventa ni de donación. (1) b). ERROR SOBRE LA IDENTIDAD DEL OBJETO.- Juan cree vender a Pedro el radio "X" y Pedro cree que compra a Juan el Radio "Z". El ERROR AFECTA LA CAUSA DEL CONTRATO.- Este tipo de error se da cuando, por ejemplo, supuesto padre se obliga a costear la educación de un niño a quién cree su hijo; que en realidad no lo es. (2)

Al respecto, Planiol y Ripert explican en su obra citada, que la mayoría de los tratadistas estiman estos casos como de error que destruye el consentimiento y que produce, por tanto, la inexistencia; es decir, no es solamente un vicio del consentimiento que produzcan la nulidad relativa del acto, en un error denominado "error obstáculo", que, según el criterio de los autores, impide realmente la existencia del consentimiento, con la consecuencia de que no podrá ser subsanado por prescripción ni por confirmación. Afirman, sin embargo, que hay que rechazar esa doctrina, puesto que sin lugar a dudas, en los casos de equivocación acerca del objeto, respecto de la naturaleza del contrato o sobre los motivos que llevaron a celebrarlo, la parte que sufrió el error o ambas, si ambas lo sufrieron, pueden reclamar la nulidad del acto. Pero en realidad, cuando el error afecta a una sola de las partes o a ambas, el acto que se celebra se verá afectado de nulidad relativa; porque si esa parte, percatándose del error, acepta lo querido por la otra y confirma el acto y cumple, entonces la contraria quedará imposibilitada para exigir su nulidad, pues existirá el acuerdo de voluntades, gracias a la confirmación. (3)

En mi opinión, son acertadas las consideraciones de Planiol y Ripert, y, además, las estimo aplicables a nuestro derecho, puesto que nuestro Código Civil de 1928, en su artículo 2227, trata o tiene como afectados de nulidad relativa, aquellos actos que no reúnen todos los requisitos que, para la nulidad absoluta, impone el artículo 2226 del mismo ordenamiento.

- 
1. Colín y Capitant. ob. cit. p. 180 Tomo I / Eugene Gaudemet. ob. cit. p. 73/ Jossierand. ob. cit. p. 49. Tomo II. Vol I.
  2. Jossierand. ob. cit. p. 50 Tomo II, Vol. I.
  3. Planiol y Ripert. ob. cit. p. 237 a 239, Tomo VI.

De manera que, al existir la posibilidad de convalidarse el acto, por faltar este requisito de la no confirmación del acto que rige para la nulidad absoluta, se estará en presencia de una nulidad relativa.

EL ERROR NULIDAD.- En la segunda situación prevista por los autores franceses, el error no impide que nazca el acto jurídico, el cual estará afectado de nulidad y es precisamente por ello que le denominaron "error nulidad", al que estudian desde los siguientes puntos de vista: ERROR SOBRE LA SUBSTANCIA MISMA DE LA COSA MATERIA DEL ACTO.- Se presenta cuando los contratantes no se ponen de acuerdo en cuanto a las características del objeto, (1) llamadas substanciales, en oposición a las cualidades accidentales o secundarias, respecto de las cuales el error es indiferente en sí mismo. De aquí ha surgido el problema, para los estudiosos del derecho francés, de determinar cuáles serán las cualidades substanciales de la cosa y qué criterio debe utilizarse para distinguirlas. Sobre el particular, surgieron primeramente dos teorías opuestas que pretenden resolver el problema:

La primera, con criterio objetivo, no tiene en cuenta para nada la intención de las partes, pues todo depende de la naturaleza material del objeto; criterio que tiene la ventaja de proporcionar, al problema, una solución bastante sencilla; pero con el grave inconveniente de que, en ciertos casos, sus consecuencias resultan injustas. Verbigracia, si he comprado vino para tomarlo y está agrio, la venta será válida, porque aun que esté agrio, sigue siendo vino. Por el contrario, si el líquido fuese vinagre, no habría identidad con la materia de la compraventa y ésta sería nula.

Teniendo en consideración la dificultad expresada, surge entonces la necesidad de tomar en cuenta un criterio subjetivo. Hubo, así, un primer criterio subjetivo, o sea, aquel en que el error recae sobre la substancia de la cosa, en la calidad que los contratantes tomaron principalmente en cuenta, es decir, en la cualidad substancial que las partes o al menos una de ellas, tomó como razón determinante para contratar, de tal manera que, de no haber existido, el contrato no se habría realizado;

-----

1. Rojina Villegas ob. cit. p. 549. Tomo I

pero ese criterio presenta el inconveniente de que, el sujeto que contrata puede tener, respecto a la importancia de las cualidades de la cosa y al valor de las mismas, ideas extravagantes, por completo extrañas a la opinión general, puesto que, en efecto, puede conceptualizar como esenciales, cualidades que cualquier otro estimaría como accidentales; además de que la nulidad del acto naturalmente afectaría a la otra parte, quien jamás habría podido imaginar la importancia que su contratante atribuye a la cualidad que faltó al objeto.

El obstáculo señalado ocasionó que surgiera una tercera teoría, también subjetiva, pero que no busca ya las cualidades substanciales de la cosa, consideradas conforme al criterio de los que contratan, sino que ella entiende, como substancia de la cosa, no sólo los elementos materiales que la componen sino las propiedades cuya reunión determina su naturaleza específica de acuerdo con la opinión común. Tengo la creencia, por ejemplo, de haber comprado una pintura original de Dalí, cuando en realidad lo que se me vendió fue una copia; caso en que el error es obviamente substancial, ya que los originales y las copias forman, según la opinión común en el comercio, dos categorías diferentes. (1)

**ERROR SOBRE LA PERSONA.**- Este es sólo excepcionalmente causa de nulidad, puesto que, como regla general, puede decirse que la consideración acerca de la persona resulta indiferente. Sin embargo, en ciertas ocasiones, insisto, dicha consideración es determinante en algunos actos jurídicos, como pasa en las donaciones, en las que se regala, por ejemplo, a "B", creyendo que es "C", así como aquellos actos que se celebran tomando también en cuenta ciertas cualidades de la persona, como son talento, aptitudes personales, confianza que merece (sucede en el mandato para administrar un patrimonio). En esas hipótesis, el error acerca de la persona, es determinante y hará anulable el acto jurídico. Pero como no puede formularse una lista incluyendo todos los casos en los que el error en la persona acarrea la nulidad del acto, deberá analizarse en cada uno las circunstancias del hecho, que permitan llegar a la solución adecuada.

-----  
1. Eugene Gaudemet ob. cit. p. 73 a 77

Para terminar, el error sobre la persona puede existir en ambas partes o sólo en una de ellas; mas es conveniente hacer las siguientes aclaraciones: Naturalmente es en la parte que invoca el error, en quién recae la exigencia de probarlo y demostrar que, por su naturaleza, debe producir la nulidad del contrato; pero cuando el que ha caído en el error es por culpa propia (como acontece cuando no se pide la información necesaria a la otra parte), entonces la nulidad perjudica a éste. El responsable deberá pagar, en todo caso, los daños y perjuicios correspondientes, (1) siempre que el afectado lo solicite al juez.

En nuestro derecho, los conceptos "error sobre la substancia de la cosa" y "error sobre la persona", del derecho francés, quedaron comprendidos en lo que el derecho civil mexicano denominó "error sobre el motivo determinante de la voluntad".

Desde el Código de 1870, se ha establecido que cuando el error recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad, de tal manera que de haberse conocido, no se hubiese contratado, tal error afecta de nulidad al contrato. El maestro Rojina Villegas, (2) considera más amplio el concepto expresado por el derecho mexicano, pues incluye tanto al error sobre la substancia de la cosa, como el error sobre la persona; pero, además, incluye otros casos que no son de error sobre la substancia de la cosa ni sobre la persona, que, no obstante, implican un error sobre el motivo determinante de la voluntad, que viciará al acto de nulidad relativa.

El Código de 1884, en su artículo 1296, distingue, además del error al que acabo de referirme, el "error que es común a ambos contratantes, sea cual fuere la causa de que proceda". De la lectura del mencionado precepto se desprende que el Código admite que, por el sólo hecho de que el error sea común a ambos contratantes, debe nulificarse el acto, aunque dicho error no sea sobre el motivo determinante de la voluntad.

El Código vigente ha modificado en ese aspecto al de 84 y ha considerado que, el error común de los contratantes, no es causa de nulidad cuando no es determinante de la voluntad, es decir, el hecho de que sea un error común a ambas partes, no vicia por sí mismo al consentimiento,

1. Eugene Gaudemet ob. cit. p. 77 y 78,

2. Rojina y Villegas ob. cit. p. 550 a 552. Tomo I,

ya que pueden ambas partes sufrir error sobre cualidades no esenciales de la cosa o respecto de circunstancias accidentales del acto, que, de haberse conocido, no les hubiese impedido contratar.

Para concluir, debo manifestar que el Código de 28, en su artículo 1813, establece dos requisitos para que el error sobre el motivo determinante de la voluntad, pueda nulificar el acto:

Primero. Que en el momento de la celebración del contrato, se declare ese motivo, y

Segundo. Que se pruebe, por las circunstancias del mismo negocio, que éste se celebró a causa del falso supuesto y no por otros motivos; en la inteligencia de que, en el caso de que faltare cualquiera de estos dos requisitos, no se tratará de un error capaz de producir la nulidad y, por tanto, no podrá invalidar el acto o contrato. (1)

CLASIFICACION DEL ERROR NULIDAD.- Conforme al citado artículo 1813 del Código en vigor, cuando el error recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los contratantes, si se declara ese motivo en el acto de la celebración o si se prueba por las circunstancias del propio contrato, que éste se celebró debido a un falso supuesto y no por otra causa, el mismo se invalida por encontrarse afectado de nulidad relativa (regla aplicable igualmente a todos los convenios, de acuerdo con el artículo 1859 del Código, que dice: "Las disposiciones legales sobre contratos, serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos"), sin que importe que el error sea de hecho o de derecho.

ERROR DE HECHO. - Tanto el Código vigente como los Códigos de 70 y 84, han considerado que el error de hecho afecta de nulidad al acto. Una persona, verbigracia, expresa en su testamento que deja como único y universal heredero de todos sus bienes, a su sobrino, porque su único hijo fue muerto en la guerra; mas una vez que la sucesión se abre, el hijo a quien se creía muerto, regresa y entabla juicio de nulidad del testamento;

1. Ortíz Urquidí ob. cit. p. 320

mulidad que prospera, porque el error de hecho sufrido por el testador re cae, en esta hipótesis, en el motivo determinante de su voluntad, en cuanto que instituye heredero a su sobrino, únicamente por su creencia equivocada de que su hijo ha muerto, sumado a que tales circunstancias aparecen expresamente del propio testamento. En cambio, según criterio de don Raúl Ortíz Urquidi, sería distinto si no se expresare en el testamento la causa, ya que no habría forma de probar el error, dado que, como en nuestro derecho se sigue el sistema de la libre testamentifacción, se impondría la presunción de que el autor de la sucesión desheredó a su hijo, dejando todos sus bienes a su sobrino. En este caso, el hijo no podría ejercitar la acción de nulidad, sino sólo podría hacer valer la inoficiosidad del testamento, con el fin de obtener pensión alimenticia, siempre y cuando el hijo se encuentre en los supuestos contemplados en las fracciones 1a. y 2a. del artículo 1368. (1) Este criterio del doctor Ortíz Urquidi, esto es, en el sentido de que el error sólo podría demostrarse si él aparece del texto del propio testamento, me parece sumamente discutible, porque del sentido y texto del repetido artículo 1813, no es eso lo que se desprende, puesto que en realidad el precepto prevé dos formas de comprobar el error, la primera de ellas, cuando en el acto de la celebración se declara el motivo, y la segunda, cuando se demuestra por las circunstancias del contrato, que este se celebró en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa. Porque puede suceder que en el acto de celebración del testamento, el testador haya realmente expresado el motivo al Notario (que heredaba sus bienes al sobrino, únicamente porque su hijo había muerto en la guerra); pero omitiendo el Notario la anotación correspondiente en el libro, y como el dispositivo no establece como única prueba del error, la circunstancia de que el mismo necesariamente deba aparecer del libro, sino sólo la exigencia de que el motivo se exprese en el acto de la celebración del testamento, es manifiesto que ese extremo puede comprobarse con elementos demostrativos que produzcan en el juez, convicción suficiente, como puede acontecer, verbigracia, con carta dirigida a "X" persona; carta en la que el testador señalara, sin lugar a dudas, el hecho de haber declarado ante el Notario, al momento de la celebración del testamento, que precisamente nom

braba como su único heredero a su sobrino, en razón de que su hijo había muerto; máxime si tal prueba se ve reforzada con las declaraciones de los testigos presenciales, especialmente de aquellos que en el propio testamento hubieran intervenido, y porque, en lo que se refiere a la demostración de las circunstancias del acto o contrato (en el caso entiéndase del testamento), tampoco exige la norma motivo de estos comentarios, que ellas deban demostrarse única y exclusivamente mediante su anotación en el libro del Notario, resultando asimismo aplicables las explicaciones que anteceden, a las que me remito en obvio de repeticiones inútiles.

**ERROR DE DERECHO.-** En nuestra legislación anterior, no se admitía como causa de nulidad el error de derecho. Se debió a que el sistema se encontraba acorde con el principio que el Código de 70 consignaba en su artículo 21 y el de 84 en el 22: "La ignorancia de las leyes (el de 84 agrega "debidamente promulgadas") no sirve de excusa y a nadie aprovecha". Por eso el artículo 1296 del Código de 84, establecía: "El error de derecho no anula el contrato..."; pero partiendo de que el artículo 22 contenía la regla general que determinaba que la ignorancia de la ley no sirve de excusa ni a nadie aprovecha, de ahí se dedujo que si el contratante ignoraba la ley, ese error no podía servirle de excusa ni aprovecharle para pedir la nulidad.

Por el contrario, el Código en vigor sí establece al error de derecho como causa de nulidad del contrato. Hay error de derecho cuando la causa determinante de la voluntad de la persona que realiza el acto jurídico, se funda en una convicción o creencia falsa respecto a la existencia o a la interpretación de una norma jurídica, de tal forma que es por esa falsa opinión respecto a los términos de la ley o de su interpretación, que se decide contratar; con la particularidad de que tal creencia puede constar expresamente en una cláusula del acto o puede probarse, naturalmente conforme con lo explicado con antelación, por las circunstancias especiales del mismo.

Podría pensarse que la legislación anterior consideró que este caso quedaba comprendido en el artículo 22 del Código de 84 y que no podía alegarse la ignorancia de la ley para anular el acto. Pero en realidad,

el artículo 22 lo que prohibía era la violación de las leyes bajo el pretexto de su ignorancia, en la realización de los actos ilícitos, es decir, cuando se realizaba un acto contrario a la ley, no podía invocarse la ignorancia de ésta, con el objeto de eludir la sanción, mientras que, cuando se contrataba con error de derecho (cosa distinta), no se intentaba violar la ley, en tanto que el contratante no se proponía una finalidad dolosa, sino que, por el contrario, deseaba o tenía la voluntad de crear una situación de derecho, con apoyo en su convicción de que existía una norma jurídica o de que la interpretación de cierta norma debía realizarse conforme a su juicio equivocado, por alejado de la verdad, esto es, en esta hipótesis no hay la intención de violar la ley ni se afecta el interés público (era esto, no otra cosa, lo que el citado artículo 22 del Código anterior, trataba de evitar). El Código en vigor, no obstante que en su artículo 21 reproduce el multicitado artículo 22, considera con más claridad al error de derecho, pues en su artículo 1813, estatuye expresamente que el error de derecho anula el contrato.(1)

EL ERROR INDIFERENTE.- Por último, existen casos en los cuales el error no vicia los actos jurídicos, porque la manifestación de voluntad no se ve afectada. Esta clase de error se presenta, en primer término, cuando el interesado habría realizado el acto no obstante el error. Ello ocurre frecuentemente en los contratos a título oneroso, como pasa cuando por error en la persona, el vendedor de periódicos vende un ejemplar a Pedro; mas con la creencia de que su comprador fue Juan; en el entendido de que la solución es semejante en la hipótesis en que el error recae sobre alguna cualidad no substancial de la cosa.

Sobre el particular Colin y Capitant, afirman que los motivos que han decidido a una persona a realizar un acto, no impiden que ese acto sea válido. Por ejemplo, compro unas gafas porque creo haber perdido las mías; pero posteriormente las encuentro y me doy cuenta de mi error. En la hipótesis la compraventa es válida, puesto que los motivos que me impulsaron a comprar las gafas nuevas, por ser ajenos al acto, sólo yo los conozco. No existiría seguridad jurídica si se pudieran anular los actos libremente celebrados bajo el pretexto de haber obrado determinado por falsos motivos.(2)

1. Rojina Villegas ob. cit. p. 544 y 555. Tomo I
2. Colin y Capitant. ob. cit. p.181 y 182. Tomo I

Corresponde a esta clase de error, el de cálculo o numérico, el cual sólo da lugar a que se rectifique.

## 2. El Dolo.

El error arriba referido, es puramente casual. Jossierand lo denomina espontáneo, (1) puesto que deriva de la equivocación que sufre por hechos propios a la misma víctima. No obstante, el consentimiento puede ser viciado por los actos o actitudes engañosas de una de las partes o de un tercero con conocimiento de aquella y en detrimento de la otra parte. Se habla entonces de dolo en el contrato.

Se entiende por dolo, toda especie de maquinaciones o artificios de que una parte se sirve para engañar a la otra. Por tanto, el dolo supone maniobras fraudulentas, manipulaciones, falsas afirmaciones empleadas para provocar el error en una persona y determinarla a ejecutar o a celebrar un acto jurídico. (2)

Propiamente hablando, el dolo no es un vicio autónomo del consentimiento, puesto que vicia la voluntad sólo en tanto que induzca al error y siempre que éste sea el motivo determinante de la voluntad. Cuando el dolo no origina el error, es decir, cuando las maquinaciones o artificios fracasan y, por tanto, el sujeto a quien van dirigidos, no es víctima de éstos, es claro que no se vicia la voluntad. De suerte que, a pesar de la conducta ilícita de la otra parte o de un tercero con conocimiento de ésta, el acto jurídico será válido, puesto que la voluntad se expresó sin caer en el error que se quiso provocar. (3) El maestro Borja Soriano, coincide con la opinión acabada de expresar, al establecer en su obra citada que: "... el dolo y la mala fe, no son vicios del consentimiento, "sino que la ley los considera como causa de error que sí es uno de esos "vicios".(4)

El Código Civil de 1884, consideró al dolo como vicio del consentimiento, siempre que provocara error.

- 
1. Jossierand ob. cit. p. 68, Tomo II, Vol. I
  2. Colin y Capitant. ob. cit. p. 132, Tomo I
  3. Rojina Villegas ob. cit. p. 255 y 256. Tomo I
  4. Borja Soriano ob. cit. p. 313, Tomo I

En efecto, el artículo 1296 de ese Código, expresa: "El error de hecho anula el contrato:...III.- Si procede de dolo o mala fe de uno de los contrayentes". Por tanto, aparentemente y conforme al texto del dispositivo, bastaba que se cayera en el error, aun cuando no influyera en la realización del acto o contrato, para que éste se nulificara. Pero el maestro Borja Soriano observa, a mi juicio con acierto, que esa fracción concuerda con la primera parte del artículo 663 del Código Portugués y que ésta se inspiró en la doctrina admitida en el sentido de que, para que el dolo fuera causa de la nulidad del acto, sería preciso que operara de modo determinante en su celebración, es decir, en tales términos que, de no haber mediado dicho dolo, el contrato no se habría verificado.

El Código vigente suprimió toda duda, al respecto, estableciendo en su artículo 1816, que sólo el dolo que provoca error determinante de la voluntad, ocasiona la nulidad del contrato.

En cuanto al dolo ejecutado por un tercero, el Código de 84 estableció, en la fracción IV del ya citado artículo 1296, que el error de hecho anula el contrato, si procede del dolo de un tercero interesado; hipótesis en que el acto jurídico será nulo, aunque el contratante que aproveche el dolo, no esté enterado de éste.

El Código en vigor, en su artículo 1816, cambió ese criterio al establecer que el dolo proveniente de un tercero, sabiéndolo la parte que se beneficia con él, anula el contrato si ha sido la causa determinante de ese acto jurídico, y en su artículo 1817 establece que, cuando ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas podrá alegar al nulidad del acto.

#### Diversas Especies de Dolo.

El actual Código Civil establece una clasificación del dolo, en la que se distingue lo que la doctrina ha denominado dolo principal y dolo incidental:

DOLO PRINCIPAL o determinante es el que origina la nulidad del acto, porque engendra un error suficiente que constituye la causa

por la cual se ha contratado.

AL DOLO INCIDENTAL, lo forman las maquinaciones que se emplean para inducir a una persona, que ya estaba determinada a contratar; pero que, por causa del dolo, otorga su voluntad con desventaja de lo que realmente habría estado en disposición de aceptar de no haber existido el dolo. La generalidad de los autores concuerdan en que esta clase de dolo, debe dejar subsistente el contrato; pero siempre que se conceda a la víctima la oportunidad que le permita efectuar los ajustes necesarios que le conduzcan al conocimiento del precio real, de tal manera que le permita obtener el resarcimiento de lo pagado de más o de lo recibido de menos, según el caso. El tenedor de una acción, por ejemplo, quiere venderla; mas sucede que el comprador lo engaña sobre el valor que la acción tiene en el mercado, diciéndole que vale 100, en lugar de su precio verdadero de 120. Con ese vicio incidental, no determinante de la voluntad del vendedor, se verifica la compraventa, ya que éste se encontraba decidido a vender su acción. Sin embargo, como debido al engaño contrató en situación de desventaja, por recaer el dolo sobre un elemento incidental del contrato, es decir, sobre el precio, el vendedor sólo tendrá acción según la doctrina aludida, por la diferencia entre lo que recibió en pago y el precio verdadero, o sea, por esa diferencia que fue materia del engaño. (1)

Aunque nuestro Código no determina nada sobre el particular, interpretando a contrariu sensu el artículo 1816, me parece que ese dolo es insuficiente para pedir la nulidad del acto, ya que no es determinante de la voluntad; pero con apoyo en el artículo 1910 del mismo ordenamiento, que establece: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo...", debe concluirse que la víctima del dolo incidental sí tiene acción para reclamar la diferencia del precio que resultó del engaño.

EL DOLO BUENO.- Este consiste, según la doctrina dominante, en las consideraciones generales más o menos hábiles de que se vale una persona, para llevar a otra a la celebración de un acto jurídico. Sin embargo, esos artificios no implican una determinación definitiva de la

1. Gutiérrez y González ob. cit. p. 301 y 302

voluntad de quién celebra el acto, ni puede estimarse que la vicien. El artículo 1821, establece "Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos o perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia". (1) (Sobre esto insistiré posteriormente, cuando en el número 4 me ocupe de la "Mala Fe").

### 3. La Reticencia.

La reticencia, que consiste en el silencio que voluntariamente guarda uno de los contratantes respecto de algún o algunos hechos que tienen relación con el acto jurídico que se celebra y que son ignorados por la otra parte, quien tendría interés en conocerlos, constituye, en opinión de casi todos los estudiosos del derecho civil, entre ellos Planiol y Ripert, un caso de dolo, (2) que solamente será motivo de nulidad, cuando ésta resulte de las circunstancias de cada caso, cumpliéndose las condiciones establecidas por la ley para el dolo y siempre que la parte a quien se ha ocultado el hecho, no lo haya conocido por otra fuente.

Gutiérrez y González. sostiene la opinión contraria, pues afirma que, no obstante que todos los autores conocidos por él, asimilan la reticencia al error por dolo, en su opinión ambos son casos muy diferentes; porque mientras que el error es una falsa creencia de la realidad, o sea, que necesariamente implica un conocimiento, aunque equivocado; en cambio, la víctima por reticencia, ignora por completo lo que no le dice su contraria; por lo que, según el citado autor, no hay error sino ignorancia. (3)

Personalmente me permito coincidir con la doctrina general, pues creo que la reticencia es, en realidad, un caso de error por dolo y, consecuentemente, discrepo de la opinión del maestro Gutiérrez y González, dado que la ignorancia producida por el silencio de la parte que voluntariamente calla el hecho o los hechos que la otra parte estaría interesada en conocer, provoca en éste error en cuanto a las condiciones y verdadera situación del acto que celebra, de la misma magnitud que aquel que le

1. Gutiérrez y González ob. cit. p. 299 y 300 /Ortiz Urquidí ob. cit. p. 324 y 325.
2. Planiol y Ripert ob. cit. p. 273 a 275. Tomo VI
3. Gutiérrez y González ob. cit. p. 319 a 321

produciría si, en lugar de guardar silencio, su contraparte inventara una serie de situaciones falsas con el objeto de inducirlo a contratar. Pedro, verbigracia, necesita un automóvil para ir diariamente a su trabajo; como sabe que Román desea vender el suyo, el cual Pedro conoce porque en ocasiones lo ha usado, se entrevista con el mencionado propietario para proponerle la operación; pero éste se lo vende callando que, en el momento de la venta, su coche se encuentra altamente depreciado por descompostura grave y reciente. En el ejemplo, si Román hubiera hecho saber a su comprador las condiciones en que se hallaba el carro objeto de la enajenación, al cerrarse el contrato, es manifiesto que éste no se habría verificado, en tanto que el medio de transporte se necesitaba para su uso inmediato y sin la exigencia de nuevas erogaciones que el adquiriente no está en posibilidades de efectuar.

Tomando como base el mismo ejemplo, supongamos que Román dice a Pedro que el auto se encuentra en la situación que ambos conocen, es decir, en buenas condiciones, y por ello Pedro, cayendo en ese error, decide adquirirlo y lo adquiere. En ambas hipótesis, es claro que el comprador cae en error, víctima del dolo de su alienante, con la única diferencia de que, en la primera hipótesis, el dolo consistió en ocultar lo que debió decirse y en la segunda, en inventar situaciones falsas.

#### 4. Mala Fe.

La mala fe, al igual que el dolo, no es un vicio autónomo del consentimiento, ya que en ambos éste se logra en tanto que la víctima cae en error o se mantiene en él por causa de la otra parte. De ahí que se considere causa de nulidad, el consentimiento resultado del error que una de las partes aprovecha conscientemente en daño de la otra; mas siempre que dicho error sea la causa determinante del contrato.

La mala fe, es la disimulación que hace una de las parte del error en que la otra ha caído, con el objeto de que la víctima se obligue precisamente bajo esa falsa creencia. (1)

-----  
1. Rojina Villegas ob. cit. p. 557. Tomo I

En la mala fe, a diferencia del dolo, no se provoca el error, sino, insisto, una parte se aprovecha del que advierte en su contraria, para obtener ventajas indebidas. Algunos autores la equiparan al dolo, puesto que da lugar a los mismos efectos jurídicos (la nulidad del contrato); pero siempre y cuando el error disimulado por la mala fe de uno de los contratantes, determine la voluntad del otro. A pesar de que el dolo y la mala fe tienen los mismos efectos jurídicos, uno y otro se diferencian en que se considera al dolo como activo, en razón de que implica maquinaciones para conducir al error; mientras que la mala fe, como se explicó, es la observancia de una conducta pasiva mediante la cual uno de los contratantes se aprovecha del error que el otro ha cometido por sí mismo, pues aquel omite señalárselo con la intención de sacar provecho. (1)

El Código Civil en vigor, en su artículo 1815, explica el dolo y la mala fe, como sigue: "Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en el a alguno de los contratantes, y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido". A su vez, el artículo 1816 aclara que la mala fe anula el contrato, cuando recae sobre la causa determinante del acto jurídico.

Cutiérrez y González, en su obra citada, realiza un análisis crítico del artículo 1815 que arriba transcribo, pues expresa, en síntesis:

De su texto se desprende que, para el legislador, el dolo se produce: 1. Por medio de maquinaciones o artificios que se emplean para inducir a error a uno de los contratantes, y 2. Por medio de sugestiones o artificios que se emplean para mantener en su error a alguno de los contratantes; en el entendido de que, de acuerdo con lo explicado con anterioridad, la norma de que se trata explica la mala fe como la "disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido". El autor considera que esa norma incurre en desacierto en su segunda hipótesis; porque si se emplean maquinaciones o artificios para mover o llevar

1. Borja Soriano ob. cit. p. 557. Tomo I

a un sujeto a error, ciertamente se está en presencia del dolo; pero si esas maquinaciones o artificios se emplean para mantener al sujeto en su propio error, en realidad se está en presencia de mala fe, no de dolo, toda vez que el concepto gramatical de la palabra artificios, significa disimulo, cautela, doblez. Será lo mismo, estima, usar artificios o maquinaciones para mantener a una persona en el error, que servirse de disimulo con el mismo fin; y tampoco hay diferencia, añade, entre el hecho de que se utilicen maquinaciones o artificios para mantener en el error, y el hecho de que se utilicen artificios o disimulo con el mismo propósito, ya que en ambos casos el contratante cae en error por sí mismo y la otra parte sólo lo mantiene en él.

De aquí que Gutiérrez y González, considere equivocado el artículo 1815, cuando éste entiende también por dolo, a las maquinaciones o artificios empleados para mantener en el error a una de las partes; porque la verdad es que, según expresa, el error por dolo se constríne exclusivamente a que una de las partes induzca al error a su contraria, esto es, no debe incluirse en el dolo, el caso en que sólo se mantenga a la otra parte en su propio error.

Por tanto, si se empuja al error, será activa la conducta para llevar al sujeto a ese estado; pero si las maquinaciones o artificios no son para llevarlo al error sino sólo para mantenerlo en él, hay sin duda una actividad; pero no es, según Gutiérrez y González, del mismo tipo que la del dolo, porque la persona ya está en el error. En consecuencia, concluye el autor, el artículo 1815 debería entender por dolo cualquier maquinación o artificio para inducir al error a una persona, y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido o los artificios que se emplean para mantenerlo en él. (1)

Sobre el particular, el sentido de nuestro artículo 1815, no hace sino recoger la explicación que, respecto al dolo, proporciona don Joaquín Escriche, quién, refiriéndose al vocablo, especialmente a lo que llama "dolo malo" (lo distingue del dolo bueno, al que confunde con la conducta simplemente sagaz y astuta de la que se vale cada quién para

1. Gutiérrez y González. ob. cit. p. 296 a 299.

defender su derecho; pero, al respecto, cabría preguntar, ¿podría haber dolo bueno?), dice: "Dolo malo.- La intención astuta y maliciosa que se dirige contra el justo derecho de un tercero, ya hablando con mentira y "artificio, ya callando maliciosamente lo que se debía manifestar". Escribo, no hace sino seguir, al respecto, nuestra tradición jurídica, pues su explicación del dolo la toma substancialmente de la que se contiene en la Ley I, Título 16, Partida Séptima (Código de las Siete Partidas), que dice: "LEY I.- Que cosa es engaño, e quantas maneras son dél.- Dolus en latín, tanto quiere decir en romance, como engaño: e engaño es, enartamiento que fazen algunos omes los vnos a los otros, por palabras mentirosas o encubiertas, e coloradas, que dizen con intención de los engañar, e de los decebir. E a este engaño dizen en latín, "dolus malus"; que quiere tanto dezir, como mal engaño. E como quier que los engaños se fagan en muchas maneras, las principales dellas son dos: La primera es, quando lo facen por palabras mentirosas, o arteras. La segunda es, quando preguntan algun ome sobre alguna cosa, e él callase engañosamente, non queriendo responder; o si responde, dize palabras encubiertas, de manera que por ellas non se puede ome guardar del engaño".

Pienso, pues, que no es censurable el concepto de dolo que recoge nuestro artículo 1815, dado que no hace sino ceñirse al sentido histórico y jurídico que siempre se ha dado a la expresión, es decir, habrá dolo, como decía, cuando la conducta es activa, bien para inducir al error o bien para mantener en él; en cambio, habrá mala fe, cuando se esté en presencia de una conducta simplemente pasiva (no hay maquinaciones ni artificios), que permite a la parte aprovecharse del error del otro.

La mala fe, de acuerdo con la opinión acertada del maestro Rojina Villegas, no produce consecuencias que afecten al contrato celebrado, en el caso de que ella provenga de un tercero; porque la mala fe supone una actitud pasiva, en la que el contratante se aprovecha del error en que ha incurrido la otra parte por si misma. Por tanto, sólo cuando el contratante conoce el error de su contrario y se aprovecha de él, puede considerarse que hay mala fe; pero tratándose de tercero, no debe aceptarse que el conocimiento que éste tenga del error en que ha incurrido una de las partes del acto jurídico (aunque el tercero esté interesado en el con-

trato), nulifique a dicho acto, puesto que el interés que pueda tener, no ha provocado el deseo o la intención de una parte, de aprovecharse del error espontáneo de la otra.

##### 5. La Violencia.

En los ~~casos~~ estudiados con antelación (error, dolo, reticencia y mala fe), el consentimiento resulta viciado, porque se otorga sin conocimiento de causa. Cuando media la violencia, el consentimiento - resulta viciado, porque no es espontáneo. Se presenta cuando una persona ejerce presión sobre la voluntad de otra, de tal manera que ésta se ve forzada a celebrar el acto jurídico, y la víctima otorga su consentimiento mo vida por el temor, que se traduce en falta de libertad en la celebración del contrato; temor y falta de libertad que vienen a constituir, en realidad, el verdadero vicio del consentimiento, no la violencia. (1)

Al respecto, Josserand explica, en su obra citada y de acuerdo con las ideas expuestas, (2) que no es la violencia misma la que vicia el consentimiento, sino mas bien el temor que constriñe la voluntad y que resulta de la propia violencia. Por tanto, el acto así realizado no es obra de una voluntad espontánea, puesto que no ha sido libremente querido por la víctima. Luego ese acto debe poder anularse.

Para que la violencia constituya un vicio del consentimiento, es necesario que presente cierta intensidad. El Derecho Romano exigía que la violencia fuese de tal magnitud, que fuese suficiente para quebrantar a un hombre valeroso. En la actualidad, ese criterio se ha modificado, pues basta que la violencia sea suficiente para producir temor a una persona razonable, teniendo en cuenta su edad, sexo y condición personal, ya que una misma violencia podrá producir distintos efectos según se trate de un hombre, de un niño o de un adolescente. (3)

Por otra parte, es preciso que la violencia sea contraria a derecho. Significa lo expresado que la violencia no anulará el acto jurídico, si éste se deriva del ejercicio de un derecho, aunque tal ejercicio

1. Eugene Caudemet ob. cit. p. 80.
2. Josserand ob. cit. p. 61. Tomo II Vol. I.
3. Josserand ob. cit. p. 63. Tomo II Vol I.

pueda causar un mal considerable. (1) Sucederá lo acabado de señalar, si el acreedor de un comerciante a punto de quebrar, va en busca del padre de dicho comerciante y le exige que otorgue caución para garantizar el pago de las deudas de su hijo, advirtiéndole que, de no hacerlo, promoverá en contra de su hijo la declaración judicial de que se encuentra en estado de quiebra. Sometido a esa presión, esto es, poseído el padre por el temor del mal grave que su hijo sufrirá, para evitarlo otorga la fianza requerida, que seguramente no se hallará afectada de nulidad, considerando que, si llegado el caso el acreedor ejecutará su amenaza, positivamente no haría más que ejercitar su derecho.

El ejercicio de un derecho o la amenaza de hacerlo efectivo, no constituye violencia moral; porque el contratante no se aprovecha de una situación injusta, sino solamente ejercita su derecho y, al hacerlo, es claro que obtendrá la prestación que se le debe; lo que en sí mismo no pone en peligro el patrimonio ni la persona de su contratante. Por tanto, no hay violencia que pueda afectar de ineficacia el acto a celebrar, cuando, sin faltar a la verdad, se avisa que se entablará una demanda, se realizará un embargo o se denunciará un delito pero cuando alterando la verdad se invoca indebidamente un derecho que no existe o se le da el carácter de delictuoso a un hecho regido simplemente por las leyes civiles, con amenaza de que se procederá al ejercicio de una acción penal, es manifiesto que entonces, si el acto o contrato se celebra determinado únicamente por tal forma de proceder, estará afectado de nulidad. (2)

La violencia puede ser de dos tipos: física y moral:

Hay VIOLENCIA FISICA, cuando materialmente, por el empleo de la fuerza, se obliga a una persona a celebrar un acto jurídico, o sea, estamos ahora en presencia de actos agresivos que coaccionan y obligan materialmente a un individuo a firmar un contrato, a constituir una hipoteca, a realizar un servicio, etc.

Para algunos autores franceses, entre ellos Josserand y Colin y Capitant, como la violencia física reduce a la víctima a un estado puramente pasivo, esto es, en el que para nada interviene la voluntad de la

1. Eugene Gaudemet. ob. cit. p. 82.

2. Rojina Villegas. ob. cit. p. 562 y 563 Tomo I.

persona que es objeto de dicha violencia, por ello, en realidad, ésta (la violencia), no constituye un vicio del consentimiento, puesto que éste no llega a existir verdaderamente. Sostienen que, cuando se considera a la violencia como vicio de la voluntad, "no se trata más que de "la violencia moral", es decir, de las amenazas dirigidas contra una persona para hacer que sienta temor insuperable que, si bien no destruye la voluntad, porque el sujeto puede elegir entre realizar o no el acto que el autor de la violencia desea que celebre, si elige realizarlo, su declaración de voluntad no será aparente sino real, con la salvedad de que dicha voluntad se manifiesta por el temor y la ley debe proteger a la víctima de los efectos de ese acto resultado del temor, anulándolo, cuando la propia víctima lo solicite. (1)

Planiol y Ripert (franceses también), sostienen el criterio contrario, pues consideran que, cuando se ejerce coacción física sobre una persona para que celebre un contrato, no puede suponerse que los actos que esa persona realice, los lleve a cabo sin intervención de su voluntad (por ejemplo, el hecho material de firmar el contrato), y que la sugestión hipnótica que sería, en realidad, el único caso en que se presentaría la posibilidad de que se efectuara un acto con absoluta ausencia de voluntad, "no ha proporcionado un sólo caso a los tribunales". (2)

Raúl Ortiz Urquidí, estima, a mi juicio con razón, que cuando se está en presencia de la violencia física, ésta es la causante del miedo o temor, el cual, a su vez, constituye positivamente el motivo directo o inmediato que vicia el consentimiento, como sucede cuando el sujeto activo atemoriza a su víctima mediante actos de crueldad o atentados materiales contra su vida o salud, a fin de lograr doblegar su voluntad para alcanzar su consentimiento y, con éste, la realización del acto jurídico o contrato que se propone; pero de todas suertes la violencia física deja abierta la posibilidad, por pequeña que sea, de que la víctima resista y no acceda a realizar el acto que, mediante el empleo de tales procedimientos, el victimario desea alcanzar. Sin embargo, no siempre la violencia física constituye un vicio de la voluntad, pues hay ocasiones en que la anula en forma tal, que no deja a la víctima ni la más pequeña posibilidad

1. Colin y Capitant ob. cit. p. 184 y 185. Tomo I.  
2. Planiol y Ripert ob. cit. P. 260 y 261 Tomo VI.

dad de elegir entre la celebración del acto jurídico o su no celebración, (2) como sería el caso de la persona que encontrándose en trance hipnótico, donara todos sus bienes al autor de su estado mental, en acatamiento de las indicaciones que, al respecto, hubiera recibido; en la inteligencia de que, respecto de la violencia física, el artículo 1819 del Código Civil de 1928, considera al empleo de la fuerza física, como productor de un vicio de la voluntad, que tiene como consecuencia la nulidad relativa del acto.

LA VIOLENCIA MORAL, consiste en las amenazas dirigidas contra una persona para hacer que surja en ella un temor insuperable, que la obligue a realizar un determinado acto jurídico que, de no existir la violencia de que se habla, no hubiera celebrado.

El Código Civil mexicano de 1928, en su indicado artículo 1819, considera a la violencia moral como la amenaza o las "amenazas que importen "peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte con siderable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segun do grado".

De lo anterior se deduce que la violencia física sólo puede ejercerse contra el contratante, obligándolo a realizar un determinado acto jurídico, mediante el empleo de la fuerza en forma directa sobre su persona. De suerte que la violencia física que se utilice contra el cónyuge, los ascendientes, los descendientes o los colaterales hasta el segundo grado, se traduce sólo en violencia moral para el contratante, en tanto que toda amenaza es en sí una violencia moral. (2) Los familiares son, pues, en realidad, instrumentos que el victimario emplea para atemorizar al contratante y viciar su voluntad, a fin de llevarlo a celebrar el acto jurídico.

En todo caso la violencia física que sobre tales parientes se emplee, podrá constituir alguna figura delictiva, sancionada por la ley penal.

Se discute si esa enumeración que hace la ley en su artículo 1819, es limitativa simplemente enunciativa. La doctrina francesa justificadamente ha sostenido que si se interpretara de manera limitativa el artículo 1113 del Código Civil francés, que dice: "la violencia es causa

1. Ortiz Urquidí ob. cit. p. 326 y 327.

2. Rojina Villegas ob. cit. p. 560. Tomo I.

"de nulidad del contrato, no sólo cuando hubiere sido ejercida en la persona del contratante, sino también cuando se hubiese ejercido en su cónyuge, sus descendientes o sus ascendientes" (ese artículo equivale a nuestros artículos 1813 del Código de 28 y 1299 del Código de 84), en lugar de investigar si el temor destruye efectivamente el consentimiento, ello llevaría a admitir que el temor de un mal que pudiera sufrir una tercera persona, sería causa de nulidad exclusivamente cuando se tratara de alguno de los sujetos enumerados por el artículo 1113 arriba transcrito. Pero Planiol y Ripert, afirman, sin embargo, que en el sentir general de los tratadistas, el artículo sólo expresa una presunción de temor que vicia el consentimiento en función del mal que pudiera sufrir una de esas personas; mas sin que la norma descarte la posibilidad de que se presente la nulidad cuando la amenaza del mal o el mal mismo, se ejerza sobre una persona cuyos sufrimientos afectan gravemente al contratante, aunque no estuviese incluida en el texto del artículo 1113. Sostienen los autores mencionados, que si la influencia que ejerce el temor sobre el consentimiento, es lo que justifica la nulidad, lo que debe tomarse en cuenta es el temor que sufre el contratante, no el del tercero; porque el de éste sólo se tendrá en cuenta por la influencia que pueda tener en el ánimo del contratante. (1)

En consecuencia, la doctrina francesa considera el multicitado artículo 1113 del Código Civil francés, como norma enunciativa, cuyo objetivo consiste en ilustrar o dar una base al juez para que pueda determinar si en ciertos casos en que no hay parentesco, como en los casos de amistad estrecha, verbigracia, se engendran sentimientos de la misma importancia; lo que puede acontecer cuando el contratante se ve obligado a realizar el acto jurídico por la violencia que se ejerce en daño de su amigo; porque en la hipótesis, esa violencia puede dar origen a un tipo de temor semejante al que se habría sentido si la víctima fuera algún descendiente.

Lo que importa a la ley, según la interpretación que me ocupa, no es el daño que el autor de la violencia puede causar al pariente de la persona que se sintió obligada a contratar, sino la presión moral sufrida

por éste, que coarta su libertad al contratar. Lo que se quiere evitar es que la voluntad del contratante sea producto o resultado de un peligro o amenaza que se ejerza directamente en su persona o en otras personas por las cuales sienta aquel gran afecto, siempre que la amenaza sea de tal magnitud o importancia que, sólo por su causa, no por otro motivo, se contrate. (1)

Nuestro artículo 1819, ha sido entendido por los autores mexicanos, de manera análoga a la interpretación que la doctrina de Francia ha dado al artículo 1113 del Código Civil de ese país; porque, en efecto, conforme al sentido y espíritu de nuestra ley civil, lo que se busca es que el consentimiento se otorgue libremente. Será, entonces, nulo el contrato, si la voluntad de alguna de las partes que lo celebran, se encuentra substancialmente alterada, independientemente de que las personas utilizadas como instrumento para viciar esa voluntad, estén o no mencionadas en la ley. (2)

#### El Temor Reverencial.

El artículo 1820 del Código en vigor, determina: "El temor reverencial, esto es, el sólo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento". Considera esta norma, pues, que el temor reverencial que se tenga a quienes se debe sumisión y respeto (como pueden ser quienes ejercen la patria potestad, los tutores o todas aquellas personas a quienes por causa determinadas se deba consideración grande), aun cuando constituya la causa determinante en la celebración del contrato, es decir, aunque sea el motivo que decida la prestación del consentimiento, el cual, por tanto, no será ciertamente libre; tal circunstancia, repito, podrá admitirse como no bastante para viciar dicho consentimiento, y particularmente no constituye violencia, porque las razones que lo originan son de cariño, de respeto, de estimación, contrarias todas ellas a la violencia. (3)

1. Rojina Villegas. ob. cit. p. 561. Tomo I.

2. Gutiérrez y González. ob. cit. p. 306 y 307.

3. Rojina Villegas. ob. cit. p. 562. Tomo I.

## 6. La Lesión.

Existen cuatro soluciones que pretenden explicar la figura jurídica de la lesión: 1.- La lesión considerada como un vicio subjetivo; 2.- La lesión como vicio objetivo; 3.- La lesión como vicio subjetivo y objetivo, y 4.- La lesión no es un vicio en los contratos:

1. LA LESION COMO VICIO SUBJETIVO EN LOS CONTRATOS.- Conforme a esta teoría, se estima que la lesión constituye un vicio del consentimiento, semejante al error o a la violencia; porque uno de los contratantes sufre un perjuicio que tiene como causa su ignorancia, inexperiencia o el estado de necesidad en que se encuentra; circunstancias que le obligan a consentir sufriendo un vicio en su voluntad, dado que ésta no se manifiesta libremente. (1)

Como puede apreciarse, aquí no se toma en cuenta la desproporción material entre las prestaciones, sino que sólo hay interés en saber si la voluntad fue libre al exteriorizarse o si hubo algún elemento que influyó en ella. Sobre el particular, repitiendo el maestro Borja Soriano, en su obra citada, a Desmontes, dice: "...no hace llamamiento a ningún elemento de desproporción material entre las prestaciones y que no se considera la lesión sino como un vicio de consentimiento al mismo título que el error, el dolo o la violencia. No es una cuestión de justicia en los contratos la que se pone, es la pura y simple cuestión de saber si el consentimiento se ha dado válidamente..." (2)

Las legislaciones de los países anglosajones, se encuentran enmarcadas en la teoría que me ocupa. Ortiz Urquidi afirma, al respecto, que sólo así se explica el adagio inglés, que reza: "Un grano de pólvora es consideración suficiente para obligarse por cien libras esterlinas", ya que no obstante la enorme desproporción que existe entre un grano de pólvora y las cien libras esterlinas a que se refiere el adagio, no habría lesión si el consentimiento se hubiese otorgado válidamente, es decir, sin vicio alguno. (3)

- 
1. Rojina Villegas. ob. cit. p. 566. Tomo I.
  2. Borja Soriano. ob. cit. p. 325. Tomo I.
  3. Ortiz Urquidi. ob. cit. p. 388 y 389.

2. LA LESION COMO VICIO OBJETIVO DEL CONTRATO.- Esta teoría no hace descansar la lesión en el elemento subjetivo a que me acabo de referir con anterioridad, es decir, no interesa ahora que la voluntad haya o no estado viciada al darse el consentimiento para la realización del acto jurídico. Esta tesis finca la lesión en la mera desproporción entre las prestaciones, cuya tasa está fijada de antemano por la ley; tasa que las partes no pueden rebasar so pena de que pueda invalidarse el acto. Se atiende, en consecuencia, exclusivamente a una situación objetiva, independientemente de que haya o no un vicio en la voluntad. Por otra parte las legislaciones que admiten esta teoría, admiten la lesión solamente para ciertos casos.

Este es el criterio que siguió el Derecho Romano, para el cual la lesión no originaba la nulidad del acto sino su rescisión; porque atendiendo a la teoría objetiva, se consideró que no existía vicio alguno en la voluntad que había intervenido en la formación del acto, que ésta, había sido expresada en forma cierta y libre, y que, por ende, el acto era válido en sí mismo. Pero atendiendo a una circunstancia independiente de la voluntad de las partes, de carácter estrictamente objetivo, cuando uno de los contratantes sufría un perjuicio por dar una prestación notoriamente mayor a la que recibía, el Derecho Romano determinó que esos actos eran rescindibles y estableció la acción rescisoria, que se presenta sólo en los contratos válidos, para privarlos de efectos por una causa posterior a su formación, que no supone vicio en el consentimiento ni en alguno de los elementos del acto. (1)

El Código de Napoleón, siguiendo al Derecho Romano, estableció la figura jurídica de la lesión como un vicio objetivo del contrato. Planiol y Ripert, al ocuparse del tema, manifiestan, en su obra citada: "... hay que tener en cuenta que no se trata, en principio, mas que de asegurar la igualdad de valor de las prestaciones en el momento en que estas quedan convenidas por las partes". (2) Siguiendo el criterio romano, (3) el Código Civil francés admitió la rescisión por causa de lesión entre mayores, sólo en contados supuestos y de manera excepcional (respecto de los

1. Rojina Villegas, ob. cit. p. 567 y 568. Tomo I.
2. Planiol y Ripert, ob. cit. p. 232. Tomo VI.
3. Borja Soriano, ob. cit. p. 326. Tomo I.

menores, se admitió la rescisión por lesión como regla general). El Código francés, en su artículo 1674, sólo admite expresamente la rescisión por lesión entre mayores, en la venta de inmuebles y exclusivamente a favor del vendedor; (1) pero en ello hay una diferencia con el Derecho Romano, porque en éste la acción de rescisión por lesión entre mayores, se concedía tanto al comprador como al vendedor. Pero es interesante advertir que, en Francia, autores como Planiol, Ripert y Bonnecase, emplean indistintamente las expresiones acción de rescisión y acción de nulidad, (2) para las nulidades que se fundan en la lesión.

3. LA LESION CONSTITUYE UN VICIO A LA VEZ SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL CONTRATO.- Para que se produzca la lesión, en efecto, es necesario que exista una desproporción manifiesta entre la prestación y la contraprestación; pero, además de esa desproporción objetiva, debe darse un elemento subjetivo consistente en la explotación de la miseria, la inexperiencia, la ignorancia o la suma necesidad de la otra parte. (3) Se requiere, pues, la presencia de dos elementos, uno objetivo, que consiste en la desproporción de las prestaciones y el otro subjetivo, representado por el aspecto interno de la voluntad.

A esta categoría pertenecen el Código Civil Alemán, el Suizo de las Obligaciones y el Mexicano de 1923 (entre otros).

El Código Civil alemán, en su artículo 138, expresa que "Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres, es nulo.- Es especialmente nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación".

En el artículo transcrito se advierten los dos elementos, el objetivo y el subjetivo, además de que incluye un cambio que da mayor extensión a la norma, consistente en que por primera vez, la lesión no sólo se refiere a los contratos, sino a los actos jurídicos en general; cambio

1. Rojina Villegas, ob. cit. p. 576. Tomo I.
2. Borja Soriano, ob. cit. p. 328 Tomo I
3. Gutiérrez y González, ob. cit. p. 312.

que aparece adoptado asimismo por el Código Civil mexicano de 1928, como puede verse del contenido de su artículo 17 que examinaré con posterioridad. La innovación tiene interés porque, del estrecho concepto de lesión existente en el Derecho Romano, referido sólo al contrato de compraventa; del que mencioné relativo sólo a la compraventa de inmuebles, concedido únicamente al vendedor en el Derecho Francés, y del que se contempla para la venta de bienes muebles e inmuebles, en nuestros Códigos de 70 y 84, se extiende la lesión a los actos jurídicos en general, esto es, más allá de sólo los contratos (desde luego que la lesión sólo puede presentarse en los actos bilaterales en que se transitan recíprocamente prestaciones). (1)

Saleilles, afirma que el Código Civil alemán prohibió, en general, los contratos leoninos (según comentario de Borja Soriano), porque constituyen, "...por el hecho mismo de la desproporción de los equivalentes, una explotación de una de las partes por la otra". Considera que la nulidad por causa de lesión, se presenta bajo dos aspectos: uno puramente objetivo, que consiste en la desproporción de las prestaciones recíprocas, la cual debe ser de tal magnitud que ofenda las costumbres, y subjetivo el otro, que consiste en la explotación del individuo que ha sufrido la lesión. Por esa explotación es preciso entender, según Saleilles, no el hecho de que la víctima de la lesión haya sufrido una presión que su voluntad no resistió, sino el hecho completamente diferente de que la otra parte haya sacado provecho de su falta de inteligencia o de su miseria. De suerte que no se trata de un vicio del consentimiento, sino de un acto inmoral de quien aprovecha la desproporción de los equivalentes. (2)

Mientras que el Código Civil alemán, considera ilícito al acto afectado de lesión, puesto que ello se deduce de que su artículo 138, comienza diciendo que: "Un negocio jurídico que atenta contra las buenas costumbres, es nulo" en cambio, el Código Suizo de las Obligaciones y nuestro Código de 1928, estiman que la nulidad por lesión es sólo relativa, dado que si la acción por lesión no se deduce dentro del plazo de un año que a tal efecto conceden, aquella caduca, de manera que ya no puede enta-

1. Rojina Villegas. ob. cit. p. 576. Tomo I.  
2. Borja Soriano ob. cit. p. 332 y 333. Tomo I.

biarse después (artículos 21 del Código Suizo de las Obligaciones y 17 de nuestro Código vigente).

4. LA LESION NO ES UN VICIO EN LOS CONTRATOS.- Esta solución se encuentra en las legislaciones Brasileña y Argentina, las cuales no consagran a la lesión, como causa de nulidad de los contratos.

Afirma Salvat, en su obra citada, que desde el punto de vista económico se justifica plenamente la solución expuesta, puesto que para considerar a la lesión como causa de nulidad de las convenciones, equiparable a los vicios del consentimiento, hubiera sido necesario que el precio de las cosas pudiera establecerse exactamente; pero como ese valor depende de un sin fin de factores económicos, morales y sociales, resulta imposible realizar esa condición, puesto que lo que para unos sería justo, para otros no lo sería y, en consecuencia, la seguridad de las transacciones desaparecería. Añade que, desde un punto de vista racional, conviene tener presentes dos observaciones: una la hace consistir en que, en la celebración de las transacciones más frecuentes, cada una de las partes procura obtener ventajas en su beneficio y cada uno, por consiguiente, debe saber lo que hace y defender sus intereses, y en la otra observación, sostiene que debe considerarse plenamente eficaz una voluntad en la cual no exista error, dolo, mala fe o violencia. (1)

Nuestro Código de Comercio, en su artículo 385 (cuyo origen es el artículo 344 del Código de Comercio Español), dice: "Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión...". Luego admite la solución (que he señalado con el número 4), según la cual la lesión no constituye un vicio que afecta las ventas mercantiles (nótese que se refiere únicamente a las ventas).

---

1. Salvat ob. cit. p. 378. Tomo II.

La Lesión en los Códigos Civiles Mexicanos de 1870, 1884 y

1928. Observaciones Específicas.

Nuestro Código Civil de 1870, establecía la lesión como un vicio objetivo del contrato; pero era aplicable exclusivamente a la compraventa tanto de muebles como de inmuebles y se concedía lo mismo al comprador que al vendedor, a diferencia del Código Civil Francés que, como se vio, admite la lesión únicamente para los contratos de compraventa de bienes inmuebles y otorga la acción solamente al vendedor. Nuestro Código de 70 de terminaba que sólo había lesión cuando el adquirente pagaba dos tantos más del valor de la cosa o el que enajenaba recibía dos tercios menos de su valor. Se trataba, por tanto, de una desproporción enorme entre las prestaciones y si no existía esa desproporción, el contrato no podía rescindirse por lesión. Por consiguiente, como ya he dicho, el Código de 70 tomaba la lesión considerándola como un vicio objetivo (solución marcada con anterioridad con el número 2).

Este Código, siguiendo el criterio del Derecho Romano, estimaba que la lesión no constituía vicio alguno de la voluntad. De suerte que el contrato que estuviera afectado de lesión, era perfectamente válido, pues determinaba que sólo podían rescindirse las obligaciones que eran válidas (artículo 1770), y como establecía la rescisión para los casos de lesión, se sigue que, aunque el contrato era válido por no haber habido vicio del consentimiento, de todas formas, por una circunstancia ajena a la voluntad, de naturaleza objetiva (la desproporción en las prestaciones), existía la lesión.

En consecuencia, cuando el Código Civil de 1870 estaba en vigor, aunque una de las partes no se aprovechara de la miseria, ignorancia o inexperiencia de la otra, y aun cuando ésta, sin ser víctima de la necesidad o de la inexperiencia, hubiera pagado dos tantos más o hubiese recibido dos tercios menos del justo precio de la cosa, podía, no obstante, invocar la lesión, exceptuándose únicamente el caso en que la cosa hubiese sido valuada por peritos al tiempo de la celebración del contrato; porque si con co-

nocimiento del avalúo, el contratante la enajenaba en dos tercios menos o el adquirente pagaba dos tantos más, en tal hipótesis se estimaba que había una donación parcial libremente consentida, en tanto que, con conciencia del valor indicado, se renunciaba a exigir el precio justo (artículos 1770, 1772, 3022 y 3023).

Se presenta, finalmente, el problema de saber si el Código de que me ocupo otorgaba, a la lesión, una acción renunciable o irrenunciable, pues no estableció nada al respecto. Rojina Villegas, estimaba acertadamente que, si dicho Código establecía la renuncia tácita como resultado de la prescripción (caducidad) de la acción, que operaba mediante el transcurso de cuatro años, conforme al artículo 1774, lógicamente y jurídicamente procedía concluir que, por mayoría de razón, igualmente debía admitirse la renuncia expresa. (1)

El Código Civil de 1884, en sus artículos 1656, 1657, 1658, 2889 y 2890, reproduce textualmente los artículos 1770, 1771, 1772, 3022 y 3023 del de 1870, aunque, como puede observarse, operando un cambio solamente en lo que respecta al número de los preceptos.

El Código Civil de 1928, se refiere a la lesión en tres de sus artículos:

En el 17, que dice, a la letra: "Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año". Como puede observarse, el Código de 28 sigue la tesis que cataloga la lesión como un vicio a la vez objetivo y subjetivo del acto, puesto que no basta la desproporción de las prestaciones para originar la rescisión del contrato, sino que además esa desproporción debe fundarse en la explotación indebida de uno de los contratantes por causa de su ignorancia, inexperiencia o miseria.

En el artículo 2228, que establece: "La falta de forma establece

1. Rojina Villegas ob. cit. p. 569 a 573. Tomo I.

'tida 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".

Por último, en su artículo 2230, el Código expresa: "La nulidad por causa de...lesión..., sólo puede invocarse por el que... se ha "perjudicado por la lesión...".

De la simple lectura de los artículos transcritos, salta a la vista la contradicción en que incurre el Código en vigor, pues mientras que el artículo 17 establece que la lesión es causa de rescisión; en cambio, el 2228 y el 2230, la consideran como causa de nulidad; lo que resulta lógica y jurídicamente imposible, porque cuando dos juicios son contradictorios, no pueden ambos ser verdaderos al mismo tiempo, en el mismo lugar y desde un mismo punto de vista. Por tanto, podrá tratarse de rescisión o de nulidad; pero no de ambas cosas al mismo tiempo, ya que sólo se rescinden las obligaciones válidas y se anulan las inválidas; es decir, si cuando se presenta la lesión se está en presencia de obligaciones válidas, entonces sí podrían ser rescindibles; pero si las obligaciones son inválidas, en tal caso ellas serían nulas; pero nunca podrá estarse en presencia de obligaciones que sean válidas e inválidas al mismo tiempo. Sin embargo, es necesario aclarar que esas afirmaciones valen para el Derecho Civil Mexicano, no para el chileno, por ejemplo, en tanto que éste toma, como sinónimas, ambas expresiones (rescisión y nulidad). Pero en México ambos conceptos son distintos, según se desprende de sus diferencias siguientes: a). La rescisión no es una figura jurídica que nazca con el acto; la nulidad, en cambio, acompaña al acto desde su nacimiento; b). La rescisión procede sólo por incumplimiento de las obligaciones; la nulidad no surge del incumplimiento, y c). Generalmente la rescisión deja subsistentes los efectos pasados del acto, mientras que la nulidad, por lo general, destruye retroactivamente los efectos del acto. Podrían anotarse otras diferencias, pero son suficientes las expresadas para que pueda advertirse lo impropio del empleo de la palabra rescisión en el texto del artículo 17;

(1) porque notoriamente la causa de la nulidad acompaña al acto desde su

-----

nacimiento, no nace después.

Ortiz Urquidi, razona que la contradicción señalada se debió, como otros tantos errores del Código, al apremio o urgencia a la que los legisladores comisionados para la redacción del Código, se vieron sometidos, pues tal circunstancia no les permitió realizar una minuciosa y concienzuda revisión del proyecto que sirvió de base a su labor.

Urquidi, explica que, el señor licenciado Francisco H. Ruiz (quién fuera jefe del Seminario de Derecho Civil y maestro suyo), intervino en su carácter de legislador, con sus colegas encargados de la realización del proyecto del Código de 28, y de cinecia propia informó a sus alumnos, al respecto, que un buen día, a primera hora y cuando menos esperaban los legisladores, se presentó el señor presidente Calles, a informarse personalmente del curso de los trabajos y a instarles a fin de que, a la brevedad posible, concluyeran el proyecto, pues deseaba que fuera obra legislativa de su gobierno. El resultado fue que el Código se promulgó con las deficiencias aludidas, entre otras, el 30 de agosto de 1929, o sea, exactamente un mes antes del 30 de noviembre del mismo año, en que concluyó su período presidencial.

Dé ahí que, si como lo manifestó la propia comisión redactora, en el anexo al informe que rindió el 20 de mayo de 1928, al señor García Téllez, entonces Oficial Mayor Encargado del Despacho de la Secretaría de Gobernación, la "reforma no se inspiró como algunos lo han pretendido, en "el Código Ruso, sino en el Código Suizo de las Obligaciones, artículo 21...", ello explica que los comisionados, siguiendo la ruta del mencionado Código Suizo y de los nuestros de 1870 y 1884, que, a su vez, siguieron la tradición romano-francesa de la lesión como causa de rescisión (incurriendo, según se explicó, en contradicción notable con la solución de nulidad, no de rescisión, que aceptan los artículos 2223 y 2230 del Código en vigor), hayan adoptado en el artículo 17 del Código en cuestión, el camino de la rescisión, no obstante que su otro Código inspirador, el alemán, con mejor técnica que la nuestra, sustenta, en su artículo 138, que la lesión es causa de nulidad, no de rescisión. (1)

1. Ortiz Urquidi, ob. cit. p. 406 a 409.

Sin embargo, atendiendo a las diferencias que distinguen la rescisión de la nulidad, que antes expresé, ha de aceptarse por vía de interpretación, que el legislador sólo cometió un error al redactar el artículo 17 (que habla de que, cuando hay lesión, el acto es rescindible, en vez de anulable); tanto más cuanto que, de acuerdo con el sentido y alcance de los invocados artículos 2228 y 2230, la lesión precisamente produce la nulidad relativa del acto jurídico. Pero por lo mismo que se está en presencia de una nulidad relativa, la acción caduca por el sólo transcurso de un año, según lo estatuye el propio artículo 17, en su último párrafo, sumando a que únicamente puede hacerla valer quien con ella resulta afectado (artículo 2230). (1)

El Código actual, a diferencia de los anteriores (veíamos que los de 1870 y de 84 limitaban la lesión a la venta), extendió la lesión a todos los contratos y actos jurídicos y la consideró como un vicio de al voluntad; además de que, según juicio de la comisión redactora, en esa forma "... se dio a la clase desvalida e ignorante una protección efectiva, modificándose las disposiciones inspiradas en los clásicos perjuicios de igualdad ante la ley y de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos. Se comprendió que los hombres tan desigualmente dotados por la sociedad, en atención a su riqueza, cultura, etc., no pueden ser regidos invariablemente por la misma ley, y que la sociedad debe ir en auxilio del ignorante y del miserable cuando es vilmente explotado...". (2)

A todo lo expuesto en líneas anteriores, naturalmente pueden añadirse las observaciones siguientes:

En primer lugar, el artículo 17 está mal ubicado; porque aunque la comisión redactora del Código introdujo la norma entre las disposiciones preliminares, como principio general de derecho, no hay duda, sin embargo, de que pudo alcanzar los propios fines o propósitos, si el precepto lo hubiera incluido en el capítulo relativo a los vicios de la voluntad, para lograr de esa manera una mayor unidad en el sistema de los vicios de la voluntad.

1. Borja Soriano, ob. cit. p. 339, Tomo I.
2. Gutiérrez y González, ob. cit. p. 312.

Por otra parte, los redactores del Código, empeñados en la noble finalidad de proteger a los desvalidos o ignorantes, en sus relaciones con los fuertes e ilustrados, no repararon en que dejaban fuera de toda protección a toda nuestra clase media más numerosa, a la que actualmente se ha dado en llamar el sector popular. Significa, pues, que nuestros legisladores sólo consideraron que hay lesión cuando se explota "la suma ignorancia, la notoria inexperiencia o la extrema miseria"; más olvidaron a quienes, sin ser sumamente ignorantes, notoriamente inexpertos o extremadamente miserables, también pueden sufrir no sólo una grave sino gravísima lesión. Verbigracia, un profesor universitario, digamos un médico cirujano, quién obviamente no es ignorante, ni menos sumo ignorante (como lo exige el artículo 17), ni tampoco un inexperto (aunque el precepto no dice a que clase de inexperiencia se refiere, puede pensarse que alude a la inexperiencia en la materia del acto que se quiere celebrar), ni, por supuesto, extremadamente miserable, encontrándose de vacaciones con su familia en una población lejana a los grandes centros hospitalarios, uno de sus hijos sufre un repentino ataque de apendicitis, que origina la necesidad de ser internado en el único hospital del pueblo. Con tal motivo el dueño del centro de salud cobra, al catedrático, por el sólo alquiler de la sala de operaciones, un precio abusivo en extremo, cuyo pago el profesionista no podrá rehuir, como no sea a costa de la vida de su hijo; hipótesis en "que, no obstante la enorme lesión, el profesor no podrá invocarla, por no llenarse los requisitos de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, que exige el artículo 17 para que la lesión opere; razón por la que justificadamente Ortiz Urquidi, concluye que el artículo debería cambiar las expresiones "extrema miseria", por la de "estado de necesidad", a la que yo añadiría la palabra "inaplazable", que, por encerrar una idea más amplia, comprendería igualmente los casos en que no se es ignorante, ni inexperto ni miserable, así como todos los similares que puedan presentarse. (1)

Especialmente en cuanto a la "suma ignorancia", Gutiérrez y

-----  
1. Ortiz Urquidi. ob. cit. p. 411 a 413 y Gutiérrez y González ob. cit. p. 315 y 316.

González, piensa que es criticable que el artículo 17 califique a la ignorancia de suma, pues, en su opinión, la ignorancia en un contrato o acto jurídico, no admite escalas, en tanto que se es ignorante o no se es.

Cuando una persona no conoce el alcance del acto jurídico que desea realizar, no hace falta decir que sea ignorante en grado sumo. Porque aun suponiendo que dicho sujeto sufra la mayor falta de conocimientos en los distintos aspectos de la vida, ello no puede servir para calificar el grado de su ignorancia en la materia específica del contrato que quiere celebrar. Un campesino yucateco, por ejemplo, que no habla español sino maya, ni sabe leer, ni escribir, ni tiene el menor conocimiento sobre historia y geografía, etc., es, sin embargo, un experto en la siembra del arroz; sabe exactamente cuánta semilla se necesita para sembrar su parcela, y conoce el precio del arroz en el mercado, esto es, se haya en tales circunstancias que, no obstante su gran ignorancia en los aspectos arriba referidos, no dejaría duda de que, el contrato que celebrara para vender su cosecha del año siguiente (venta de cosa futura), a un precio bajo, no podrá estar afectada de lesión; porque tiene conciencia de que, aunque el precio fue bajo, por ser agricultor experto, tampoco ignora las posibles eventualidades, tales como la relativa a que puede perder su cosecha por inundación, plagas, sequía, etc., de tal suerte que el comprador puede ser el afectado.

## II. La Incapacidad.

Para que un acto jurídico sea válido, no basta que haya sido querido por las partes que intervienen en él y que, a tal efecto, hayan expresado su consentimiento totalmente exento de vicios, sino es necesario que, además, tengan la capacidad requerida para realizar ese acto. (1)

LA CAPACIDAD.- Es la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y deberes. Corresponde, en principio, a toda persona; pero excepcionalmente puede verse limitada por el ordenamiento legal, en

-----  
(1) Colin y Capitant. ob. cit. p. 187 Tomo I.

cuanto que éste suele privar a ciertos individuos de algunos derechos. (1)

El artículo 1798 del Código de 28, establece al respecto que:

"Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la "ley". La capacidad necesaria para realizar válidamente los actos jurídicos, es de dos tipos: 1. CAPACIDAD DE GOCE.- Es la aptitud jurídica que todo individuo tiene para ser sujeto de derechos y obligaciones, y 2.- CAPACIDAD DE EJERCICIO.- Es la competencia jurídica para ejercitar o hacer valer los derechos que se tengan, por sí mismo. (2)

De lo anterior puede concluirse que, como la capacidad de goce es un atributo de todas las personas, como tal es imprescindible y necesario. La aptitud de ser titular de derechos y deberes, basta que sea potencial, puesto que un sujeto puede contar o no con muchos derechos subjetivos; mas lo decisivo es precisamente esa aptitud. (3)

Bonnecase, afirma, al respecto, que la noción de capacidad de goce se identifica, en el fondo, con la noción de personalidad. (4) Nuestro artículo 22 del Código Civil en vigor, manifiesta: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde con la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley...". Pero volviendo a la capacidad de ejercicio, si ella, como arriba expreso, es la aptitud jurídica necesaria para ejercitar o hacer valer por sí mismo, los derechos que se tengan, ello significa que la capacidad de ejercicio constituye un requisito de validez del contrato, cuya ausencia producirá la nulidad relativa del acto. (5)

Sin embargo, ambos tipos de capacidad admiten restricciones que sólo pueden ser impuestas por la ley, puesto que en ocasiones ésta establece, a manera de excepción, que determinadas personas no puedan tener ciertos derechos, creando así una incapacidad de goce, y toda vez que, a pesar de que un individuo sea titular de ciertos derechos, la ley puede impedirle ejercitarlos por sí mismo, creándole, así, una incapacidad de ejercicio.

- 
1. Roberto de Ruggiero. ob. cit. p. 342. Vol. I.
  2. Gutiérrez y González. ob. cit. p. 323 y 329.
  3. Alberto G. Spota. ob. cit. p. 143.
  4. Bonnecase. ob. cit. p. 277. Tomo I.
  5. Ortiz Urquidí. op. cit. p. 297 y 298.

Incapacidad de Goce.

Las limitaciones a la capacidad de goce, por muchas que sean, no podrán jamás aniquilar por completo la capacidad jurídica o de goce, destruyendo la personalidad. (1) Por tanto, las incapacidades de goce son, pues, excepcionales y, además, especiales siempre, es decir, no conciernen más que a uno o varios derechos determinados; porque, en efecto, no puede concebirse a persona alguna que se encuentre totalmente privada de sus derechos civiles. (2)

Para poner de manifiesto la afirmación arriba expresada, adviértase que inclusive en Roma, a pesar de que el esclavo era considerado cosa por el derecho y de que en Francia, para poner otro ejemplo, existió, en los primeros tiempos del Código de Napoleón, la declaración de la muerte civil, o sea, no obstante que ambas instituciones lograron extinguir los derechos de los afectados, de todas suertes ellas no lograron en forma alguna hacer desaparecer sus deberes, ya que siempre podían ser juzgados y sancionados penalmente. (3)

En el derecho civil mexicano, existen las siguientes restricciones a la capacidad de goce:

El artículo 27 constitucional, prevé las siguientes incapacidades de goce:

Fracción I.- Los extranjeros carecen de capacidad de goce para tener el dominio directo sobre tierras y aguas en una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras, y de cincuenta en las playas; en cambio, tienen capacidad de goce para adquirir el dominio de tierras, aguas, sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas, siempre y cuando obtengan permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores y que sometan dicha adquisición a la Cláusula Calvo, mediante la cual el extranjero somete dicha adquisición a la imposibilidad de invocar la protección de su gobierno respecto de los asuntos relacionados con los propios bienes, bajo pena, en caso de faltar al convenio, de perderlos en bene-

- 
1. Roberto de Ruggiero. ob. cit. p. 342 Vol. I.
  2. Colin y Capitant. ob. cit. p.188. Tomo I.
  3. Alberto G. Spota. Tratado de Derecho Civil, Roque de Palma Editor. Buenos Aires 1961. Tomo I, Vol. 3. p. 147,

ficio de la nación.

Fracción II.- Las asociaciones religiosas llamadas iglesias, cualquiera que sea su credo, no podrán, en ningún caso, tener capacidad de goce para adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos; y el artículo 130, párrafo 15, del mismo ordenamiento, instituye la incapacidad de goce a los ministros de cultos para ser herederos por testamento de toda persona, con excepción de sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado.

Fracción III.- Las insituciones de beneficencia, carecen de capacidad de goce para adquirir bienes raíces, excepto aquellos que sean indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él.

Fracción IV.- Las sociedades comerciales por acciones, tienen incapacidad de goce para poseer o administrar fincas rústicas.

El Código Civil, a su vez, establece otras incapacidades de goce, de las cuales solamente referiré algunas, a manera de ejemplo: El artículo 2276, establece una incapacidad de goce para los magistrados, los jueces, el Ministerio Público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos, para comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan; además de que tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre los citados bienes. También el artículo 2280, dispone: "No pueden comprar los bienes de cuya administración o venta se hayan encargado: 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".

Como puede observarse, en los casos mencionados la incapacidad de goce impide que el sujeto realice el acto, puesto que en caso de celebrarlo será contrario a una ley prohibitiva de interés público y, consecuentemente, estará sancionado con la nulidad absoluta, puesto que, como se ha visto, en la Exposición de Motivos del Código vigente, se establece que las nulidades absolutas resultan de los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público. Por ejemplo, si un

extranjero compra un inmueble dentro de la zona prohibida de cien kilómetros a lo largo de las fronteras, realiza el acto sin tener capacidad de goce o jurídica para hacerlo e infrinje el precepto prohibitivo establecido en el artículo 27 de nuestra Constitución Política Federal, que, obviamente, es de interés público. Se sigue que el contrato realizado en tales condiciones, estará afectado de nulidad absoluta; porque las incapacidades de goce que originan la violación de una ley prohibitiva o de interés público, traen consigo la nulidad absoluta del acto.

Existen, además, otras incapacidades de goce que entrañan la nulidad relativa del acto, puesto que para ellas existe la posibilidad de confirmación y de prescripción de la acción (caducidad), sumado a que sólo puede hacerlas valer el incapaz o su representante legal, es decir, se trata de incapacidades de goce que, por no reunir todos los requisitos que exige el Código, en su artículo 2226, para la nulidad absoluta, afectan al acto de nulidad relativa. Tal es el caso de la incapacidad de goce que el artículo 148 establece para la mujer menor de catorce años y el hombre menor de diez y seis, para contraer matrimonio; también tiene incapacidad de goce, los menores para reconocer a los hijos extramatrimoniales, cuyo derecho sólo lo tienen aquellos que han cumplido la edad para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido (artículo 361 y 362), y los cónyuges tienen incapacidad de goce para celebrar, entre ellos contrato de compra-venta, cuando están sujetos al régimen de sociedad conyugal (artículo 176 contrariu sensu), etc.

Se trata, pues, de auténticas incapacidades de goce, ya que dichos sujetos no pueden celebrar los actos que la ley les prohíbe, ni por sí mismos ni por medio de su representante legal; mas dicha incapacidad afecta al acto solamente de nulidad relativa, en tanto que, por ejemplo, si una menor de catorce años contrae matrimonio, desaparecerá la causa de nulidad cuando haya habido hijos o cuando, aunque no los haya habido, la menor haya llegado a los diez y ocho años y no hubiese intentado la nulidad (artículo 237); situación en que se considera existe una confirmación tácita.

La Incapacidad de Ejercicio.

La incapacidad de ejercicio se presenta cuando, reconociendo la ley al sujeto de capacidad de goce, por ser titular de derechos y obligaciones, le niega, sin embargo, la facultad de ejercitarlos por sí mismo o de manera directa, en tanto que, para hacerlos valer requiere de representante. Rojina Villegas, afirma que es a la incapacidad de ejercicio, a la que el artículo 2223 del Código Civil vigente, se refiere como requisito de validez de los contratos; incapacidad que, de presentarse, origina la nulidad relativa de los mismos. (1)

La incapacidad de ejercicio puede ser general o parcial, a diferencia de la incapacidad de goce que es siempre parcial. Bonnacase explica que las incapacidades especiales se reducen a la incapacidad jurídica de las personas afectadas por ellas, de realizar en forma válida, por sí mismas, ciertos actos jurídicos, considerados por la ley como peligrosos o como muy importantes para que dichos sujetos los realicen por sí solos; en tanto que la incapacidad general, se traduce en la prohibición integral de participar por sí mismo o libremente en la vida jurídica. (2)

El artículo 450 del Código vigente, establece la incapacidad general de ejercicio, cuando determina: "Tienen incapacidad natural y legal para contratar: I.- Los menores de edad; II.- Los mayores de edad "privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad aun cuando "tengan intervalos lúcidos; III.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir; IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso "inmoderado de drogas enervantes".

A pesar de lo estricta que pudiese parecer la norma, ella sufre excepciones como, por ejemplo, la del artículo 1306, que permite al menor de edad realizar su testamento desde los diez y seis años y la del 1307, que dispone la validez del testamento realizado por un demente en un intervalo de lucidez, siempre que se observen los requisitos que el propio dispositivo establece.

Los menores de edad emancipados, tienen una incapacidad de

1. Rojina Villegas. ob. cit. p. 594 y 595. Tomo I.  
2. Bonnacase. ob. cit. p. 331. Tomo I.

ejercicio parcial, pues el Código les permite la libre administración de sus bienes, con la salvedad de que, durante su minoría de edad, requerirán de autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces; además de que necesitan de un tutor para sus negocios judiciales.

Por otra parte, la ley crea ciertas incapacidades de ejercicio para las personas mayores de edad y en pleno uso de sus facultades mentales, que por ello gozan, en principio, de plena capacidad de goce y de ejercicio. Ello sucede en los casos de los artículos 174 al 176 del Código Civil en vigor, que respectivamente establecen: "Art. 174.- Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar ente ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración". "Artículo 175.- También requieren autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad.- La autorización, en los casos a que se refieren éste y los dos artículos anteriores, no se concederá cuando resulten perjudicados los intereses de la familia o de uno de los cónyuges". "Artículo 176.- El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes".

El artículo 2228 del mismo ordenamiento, establece que los actos jurídicos celebrados por personas incapaces, estarán afectados de nulidad relativa. En efecto, el Código califica a esa nulidad como relativa, porque tiene todas sus características, es decir, ella sólo podrá ser invocada por el incapaz (artículo 2230); porque deseando la ley protegerlo, le otorga la posibilidad de anular el acto o contrato, naturalmente cuando se ve perjudicado con su celebración. Sin embargo, el artículo 1799 permite excepcionalmente que la parte capaz invoque, en provecho propio la incapacidad de la otra, cuando sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común. En las hipótesis estudiadas

de nulidad relativa, es claro que el acto jurídico podrá ratificarse o confirmarse, cuando haya cesado la incapacidad; más siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación; además, cuando la acción no se intenta en los plazos que establece la ley, prescribe (caduca).

III. Que el Consentimiento no se haya manifestado en la forma que establece la Ley.

#### Historia del Formalismo.

En el antiguo Derecho Romano, la voluntad fue impotente para engendrar obligaciones por sí misma. El simple acuerdo de voluntades, denominado pacto, no era suficiente para crear obligaciones. Si querfa alcanzarse ese resultado, el pacto debía convertirse en contrato y éste cambio dependía del cumplimiento de la forma prevista, que tenía carácter de sacramental e inmutable. Generalmente el modo normal de obligarse en el Derecho Romano, era la *stipulatio*, consistente en una pregunta y una respuesta hechas en forma solemne.

Tiempo después, el formalismo del viejo Derecho Romano, vio limitado su dominio, por una parte, cuando los contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato) y los reales, ocuparon un lugar al lado de los contratos formales, y por otra parte, cuando apareció la noción de causa aun en los contratos formales; (1) pero siempre fue general la regla: "Ex nudo pacto, actio non nascitur" (del sólo pacto, la acción no nace).

Las invasiones bárbaras en Europa, impusieron un retorno al formalismo más arcaico, es decir, al de los *fides facta* o promesa unilateral, que iba acompañada de imprecaciones, de gestos, de garantías materiales o aun de la entrega de la cosa o del dinero objeto del contrato.

En el antiguo Derecho Civil Francés, la gran variedad de for-

1. Bonnecase. ob. cit. p. 240. Tomo II.

mas para contratar, originó que los escribanos y los ignorantes que celebraban algún contrato, provocaran el decaimiento de las formas en la celebración de los contratos, tales como en los simbólicos, en los celebrados por escrito y en los realizados por juramento; contratos éstos últimos que fueron desarrollados por el Derecho Canónico, porque caían bajo la competencia de los tribunales eclesiásticos (el juramento promisorio unilateral, se parecía a la stipulatio del Derecho Romano). Los canonistas, convencidos de que la parte que no mantenía su promesa, incurría en mentira y, por consecuencia, en pecado, reconocieron, de paso, el carácter obligatorio de los pactos simples, aun de los nudos, es decir, de aquellos que iban acompañados del juramento. Se observa que desde mediados del siglo XIII, ciertos juristas franceses del Derecho Consuetudinario, advirtieron que "la fe humana es favorable a la observancia de los simples convenios"; pero desde principios del siglo XVI y durante el XVII, quedó definitivamente consagrado por Domat y Loysel, el principio: "Solus consensus obligat" (el sólo consentimiento obliga). Más tarde Pothier (en vísperas del Código de Napoleón), invocando el derecho natural, rechazó la distinción entre los contratos y los simples pactos; a parte de que, a los contratos que se forman con el sólo consentimiento de los que lo celebran, contrapuso los contratos reales, tales como el préstamo, el comodato, el depósito y la prenda, en los que es necesario que se entregue la cosa, además del consentimiento y también contrapuso unos cuantos contratos solemnes, a los que tampoco basta el simple consentimiento.

Pero el sistema consensual, a pesar de sus méritos, presentó serios inconvenientes, puesto que cuando los actos jurídicos se hallan exentos de toda formalidad, tomando en cuenta las complicadas relaciones jurídicas que se producen en las sociedades modernas, crecen considerablemente los riesgos de error o fraude en daño de las partes, en ocasiones inexpertas y para los terceros; además de que la forma ofrece, por supuesto, grandes facilidades en lo que a la prueba se refiere. Por ello, según lo hacen notar Planiol y Ripert, en el Derecho Civil Francés el triunfo de la regla "solus consensus obligat", fue casi inmediatamente atenuada por

edictos que exigían prueba escrita de todo contrato por más de ciento cincuenta libras. (1)

También Bonnecase recoge la observación de que, en la actualidad, los autores han señalado la importancia que presentan las formalidades a que están sometidos determinados actos, independientemente de los solemnes. (2)

En el derecho civil contemporáneo, no se exigen, en principio, formalidades especiales para los contratos, aunque no deja de establecerlas para ciertos actos; (3) se considera, en efecto, que la voluntad es suficiente por sí sola para su formación, pues ahora se afirma que los contratos son consensuales y, por excepción, solemnes; pero tendiendo hacia un cambio de los conceptos, Bonnecase se pregunta si no debe cambiarse esa regla de tal modo que los actos simplemente consensuales, constituyan la excepción; lo que equivale a decir que los actos jurídicos deben depender más de la forma que de la voluntad. (4)

Los autores modernos, entre ellos Josserand, Planiol y Ripert, (5) señalan al fenómeno de referencia, como un renacimiento del formalismo; mas Bonnecase estima que, en realidad, no se trata de un renacimiento del formalismo, sino sólo de su supervivencia, en tanto que, afirma, el derecho civil moderno, en realidad, nunca ha repudiado de una manera general el formalismo, ya que sólo lo ha restringido con fines múltiples. (6)

De lo arriba expresado se desprende que los actos jurídicos se clasifican, atendiendo a la forma en que se llevan a cabo, en consensuales, formales, reales y solemnes.

Al respecto, Roberto de Ruggiero manifiesta que pudiendo, conforme a la ley, ser la manifestación de voluntad de tipo formal o bien de modo solemne, en el primer caso el acto o contrato que se realice, será formal; en tanto que en el segundo, será solemne; pero en todas aquellas situaciones en que la ley no exige forma ni solemnidad alguna, entonces la declaración de la voluntad será libre en su forma, pudiendo el contratante

1. Planiol y Ripert. ob. cit. p. 123 a 125. Tomo VI.
2. Bonnecase. ob. cit. p. 242 y 243. Tomo II.
3. Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolf. Tratado de Derecho de Civil. Traducido de la Trigesima quinta edición alemana con estudio de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española, por Blas Pérez González y José Alguer. Editorial Bosch. Barcelona. Vol. I. Tomo II. p. 143.
4. Bonnecase. ob. cit. p. 238 Tomo II.
5. Josserand ob. cit. p. 113. Vol. I. Tomo II. y Planiol y Ripert ob. cit. p. 125 Vol. VI.
6. Bonnecase ob. cit. p. 238 y 239. Tomo II.

manifestarla como desee. (1)

**ACTOS CONSENSUALES.**- Son aquellos que para perfeccionarse, requieren exclusivamente del acuerdo de voluntades de las partes y para cuya validez, la ley no exige ninguna formalidad.

**ACTOS JURIDICOS FORMALES.**- Son aquellos en que la manifestación de la voluntad de las partes, debe realizarse en la forma que establece la ley (por regla general, esa manifestación de voluntad debe ser expresa y escrita). En caso de no cumplirse con la forma que exige la ley, el acto o contrato estará afectado de nulidad relativa.

**ACTOS JURIDICOS REALES.**- Son aquellos que, para perfeccionarse, requieren, además del consentimiento y de la forma escrita, en su caso, la entrega de la cosa materia del contrato, sin la cual éste no se perfecciona. En la prenda, por ejemplo, nuestro artículo 2858 vigente, exige que para que se tenga por constituida, sea ella entregada al acreedor real o jurídicamente. (2)

**ACTOS JURIDICOS SOLEMNES.**- Son los que no se perfeccionan a menos que la voluntad de las partes sea expresada con las formalidades externas determinadas por la ley. (3) Laurent, las denomina formas substanciales, porque considera que, si la forma no se observa, el acto no se constituye o no llega a existir. El matrimonio, por ejemplo, es un acto solemne, en cuanto que no puede constituirse si no se llenan esas formalidades esenciales que exige el derecho. Pero aclara que, según las disposiciones del Código Civil Francés, debe distinguirse el caso del matrimonio en que se omiten formalidades no esenciales o de no tanta importancia, cuya falta no puede traer consigo la nulidad del matrimonio, de aquellas formalidades que, por ser substanciales, su ausencia no permite, en realidad, el nacimiento del matrimonio, y señala que la única solemnidad prescrita para llevar a cabo un matrimonio, es que se realice ante la presencia de un oficial del estado civil. Zacariae exige, además, que la voluntad de los contrayentes sea recogida en el acta de celebración que debe levantar el oficial del estado civil; más Laurent replica que, esa omisión en el acta, es un vicio que puede ser reparado, puesto que los contrayentes son admitidos a

1. Roberto de Ruggiero ob. cit. p. 251 Tomo I
2. Jasserand ob. cit. p. 115. Tomo II. Vol. I
3. Plandol y Ripert ob. cit. p. 148 Tomo VI

probar que han expresado su consentimiento.(1)

La Forma como Requisito de Validez de los Actos Jurídicos en los Códigos Civiles Mexicanos.

El Código de 1870, en su artículo 1392, dice: "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, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley". En congruencia con el precepto copiado, al enunciar las condiciones requeridas para la validez del contrato, excluye la forma en su artículo 1395, cuyo texto expresa: "Para que el contrato sea válido debe reunirse las siguientes condiciones: 1a. Capacidad de los contratantes; 2a. Mutuo consentimiento; 3a. Objeto lícito", y en su Exposición de Motivos, interpreta que el artículo 1392, "consigna el principio absoluto de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento"; lo que parece significar que éste Código adopta sólo el sistema consensualista. Sin embargo, el maestro Borja Soriano hace notar, con la mayor justificación, que el principio del artículo 1392 aparece desmentido en el propio Código, porque casi para cada contrato se advierte que impone una forma.(2)

El Código de 1884 establece, en su artículo 1323, que "Ningún contrato necesita, para su validez, más formalidades externas que las expresamente prevenidas por la ley". Se ve, pues, que el Código suprime aquello de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. Luego su artículo 1276, manda: "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 fe, al uso o a la ley"; precepto que, como puede observarse, mantiene de manera íntegra el final del citado artículo 1392 del Código de 70, dado que sólo cambia las palabras iniciales de éste dispositivo, o sea, aquellas en que indica que "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento",

1. Laurent. ob. cit. p. 105 Tomo I p. 403 y 404 Tomo II
2. Borja Soriano. ob. cit. p. 270 Tomo I.

por las de "Los contratos legalmente celebrados obligan...".

Además, el Código de 84, en su artículo 1279, que se refiere a las condiciones que debe reunir el contrato para ser válido, expresa: "Para que el contrato sea válido, debe reunir las siguientes condiciones: "I.- Capacidad de los contrayentes; 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".

En efecto, en el Código que me ocupa se ve interés por mantener cierta estabilidad y seguridad jurídicas. Con ese motivo instituye, para determinadas obligaciones, el cumplimiento o realización de determinadas formas y, consecuentemente, dichas obligaciones no serán válidas si se otorgan en forma diferente a la exigida por la ley, sancionándolas con la nulidad relativa, excepto si aun cuando falte la forma, las partes cumplen voluntariamente la obligación; porque entonces tal cumplimiento extingue la acción de nulidad, como se desprende claramente del contenido del artículo 1679 del Código de 84, que dice:"El cumplimiento voluntario de una "obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo en "que se haga, extingue la acción de nulidad, exceptuándose los casos en que "la ley dispone expresamente lo contrario".

El Código Civil de 1928, establece que en los contratos civiles, cada uno se obliga en la manera y términos en que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos que marca la ley; pero cuando la ley exija determinada forma para la celebración de un contrato, mientras que ésta no se cumpla, el contrato no será válido, salvo disposición en contrario (artículos 1832 y 1833); pero si la voluntad de las partes consta en forma fehaciente, entonces cualquiera de ellas puede exigir que se de al contrato la forma legal; es decir, aunque el Código de 28 establece el principio de que los contratos son consensuales, no por eso deja de establecer formas para determinados actos jurídicos.

Cuando no se observe la forma establecida por el Código para la celebración del contrato, la omisión producirá la nulidad relativa del

mismo, como se desprende con toda claridad de la lectura de los artículos 1795, que establece que el contrato puede ser invalidado porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece, así como del texto de 2228, que sanciona la falta de forma establecida por la ley, siempre que no se trate de actos solemnes, con la nulidad relativa del acto, entendidos de que la acción y la excepción de nulidad por falta de forma, compete a todos los interesados (artículo 2229).

En tanto que el incumplimiento de las formas no solemnes, origina la nulidad realtiva del acto, ese vicio puede subsanarse por la confirmación del contrato hecha en la forma omitida; pero, además (y esto es muy importante tenerlo en cuenta), el cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o de cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita que subsana el vicio de forma y extingue la acción de nulidad. Naturalmente los efectos de la confirmación son retroactivos al día en que se celebró el acto nulo; más ese efecto retroactivo no perjudicará derechos de tercero (artículos 2231, 2234 y 2235).

Quizá el Código comete un error al afirmar, en su artículo 2234, que "El cumplimiento voluntario por medio de...la novación, se tiene por ratificación tácita...". Porque presentándose la novación de un contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva por una antigua (artículo 2213), ello significa, más que la ratificación del anterior nulo por falta de forma, que en realidad éste desaparece para dejar su lugar al contrato nuevo, en el que la obligación es substancialmente diversa de la anterior a la cual substituye. De suerte que si el nuevo contrato materia de la novación, llena los requisitos de forma y de contenido para ser válido, obviamente no se justificaría que se le tachara de nulo. No se ratifica, pues, un contrato anterior nulo por falta de forma, sino que en realidad se celebra, con la novación, un nuevo contrato sin vicios y válido, por ende. Ratificar o confirmar un contrato nulo por falta de forma, significa convalidarlo o darle eficacia para que pueda cumplirse. En la novación, el contrato original no es ratificado ni confirmado para volverlo válido y

complimentable, sino simplemente se le desaparece para substituirlo por el nuevo, con una obligación substancialmente diversa.

Con otras palabras, tratándose de la novación, se altera substancialmente el acto jurídico, substituyendo la obligación nueva a la antigua. Luego existen dos obligaciones diversas, una que substituye a la otra; en cambio, tratándose de la ratificación o confirmación, existe exclusivamente una obligación, a la que se desea purgar el vicio que la afecta, de suerte que por ello la persona con derecho a ejercitar la acción de nulidad, renuncia a deducirla.

Por otra parte, la novación, por mandato del artículo 2215, siempre debe constar expresamente, es decir, nunca se presume. De ahí que, en caso de que se le tuviera por confirmación de la obligación nula por no haberse cumplido la formalidad, es claro que en tal hipótesis tendría que ser la confirmación invariablemente expresa, nunca tácita.

Cuando en un acto jurídico no se ha dado cumplimiento a la forma exigida por la ley, los artículos 1833 y 2232, otorgan sanción para exigir el cumplimiento de la forma omitida. El primero expone que, cuando la ley exija determinada forma para la celebración de un contrato, en tanto ésta no se cumpla, el acto no será válido (salvo que la propia ley disponga lo contrario); pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas podrá exigir que se le de la forma legal. El principio se ve confirmado por el artículo 2232, que manifiesta que, cuando la falta de forma produzca la nulidad del acto, si la voluntad de las partes consta 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.

Finalmente, si bien es cierto que el Código otorga acción para reclamar el cumplimiento de la forma omitida, también lo es que la falta de forma puede ejercitarse como excepción contra la parte que exija el cumplimiento del contrato. (1) Un par de ejemplos bastarán para dar claridad a tal afirmación: Juan celebra un contrato con Pedro, en el cual se

1. Gutiérrez y González ob. cit. p. 257.

omite la forma exigida por la ley. Juan demanda de Pedro el cumplimiento del contrato, exigiéndole concretamente la entrega de la cosa; pero Pedro opone la excepción de nulidad, por no haberse celebrado el acto susodicho, en la forma exigida por la ley, y el juez declara la nulidad solicitada. El resultado sería distinto si Juan, en lugar de exigir de su contraparte el cumplimiento del contrato, le demanda, con apoyo en los artículos 1833 y 2232, el otorgamiento de la forma omitida; en el concepto de que, una vez lograda esa forma, Pedro ya no podrá negarse a cumplir.

#### IV. La Ilícitud en el Objeto Motivo o Fin del Acto.

Conforme a la fracción III, del artículo 1795 del Código Civil de 1928, el contrato puede ser invalidado porque su objeto, su motivo o su fin, sean ilícitos. Por objeto de los contratos se entiende la cosa que el obligado debe dar, o el hecho que debe hacer o no hacer, y por ilícito, aquello que es contrario al orden público o a las buenas costumbres (artículos 1824 y 1830). Sin embargo, como ya lo expliqué en el capítulo relativo a la nulidad absoluta, la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del contrato, ocasiona bien la nulidad absoluta o bien la nulidad relativa, según lo disponga la ley (artículo 2225), es decir, no todos los actos ilícitos por ir en contra de una ley de orden público o contra las buenas costumbres, reciben una sanción de igual intensidad; porque si bien es cierto que se trata en todos los casos de conductas ilícitas, no es menos exacto que no todas las normas de interés público (que pueden tener el carácter de prohibitivas o de preceptivas), protegen los mismos intereses, pues, como expresé en el capítulo anterior, hay normas de interés público que impiden la realización de ciertos actos, con el objeto de proteger los intereses de la colectividad o de la nación, como sucede con la prohibición contenida en el artículo 27 constitucional, fracción I, que, al vedar a los extranjeros adquirir el dominio sobre tierras o aguas dentro de la zona prohibida de 100 kilómetros a lo largo de

las fronteras, lo hace con apoyo en la necesidad insoslayable de proteger el interés general, particularmente el de la nación; motivo por el que, si la norma se infringiera con determinado acto, éste estaría afectado de nulidad absoluta.

Existen, como también ya expuse, otras normas que tienen por objeto proteger los intereses de determinadas personas, que, de no ser respetadas, traen como consecuencia una sanción más leve, consistente en la nulidad relativa del acto; mas siempre que medie petición del afectado, a quién la ley quiere proteger. Supongamos que Pedro es tutor de María; pero ésta es capaz ya de discernimiento y mayor de dieciseis años. Pedro, en su calidad de tutor, realiza un acto importante de administración del patrimonio de su pupila; mas sin consultarla, según prescribe el artículo 537 en vigor, en su fracción IV, que dispone: "El tutor está obligado:...

"IV.- A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración, cuando es capaz de discernimiento y ha cumplido dieciseis años de edad". La conducta del tutor pone de manifiesto que éste ha violado la norma jurídica de referencia, por no haber consultado a María; pero como el precepto busca la protección exclusiva de los intereses del pupilo, la sanción del acto realizado por el tutor, será la nulidad relativa que concede el Código sólo a la parte afectada, quién podrá ejercitar la acción por medio de su curador; mas en caso de convenir a sus intereses, es claro que podrá confirmar la operación.

Existen, además, actos ilícitos que no entrañan la nulidad absoluta ni la relativa como sanción, debido a que en esos casos la nulidad sería más dañina para los intereses que la norma desea proteger; razón por la que opta por tolerar sus efectos, aunque podrá aplicarse, en su caso (cuando la ley lo dispone), a los infractores, una sanción de tipo administrativo o penal, y es así, verbigracia, por lo que el artículo 264 de nuestro Código de 28, establece que es ilícito el matrimonio, pero no nulo: cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento susceptible de dispensa; cuando la mujer contrae matrimonio antes de trescien

tos días de la disolución de su matrimonio anterior; cuando el cónyuge que haya dado lugar al divorcio, contraiga nuevo matrimonio antes de dos años a contar de la fecha en que el vínculo se disolvió, y cuando las personas que rompen su vínculo matrimonial voluntariamente, contraen nuevo matrimonio antes de un año que se cuenta desde que obtuvieron el divorcio.

V. Caso Interesante de Nulidad Relativa: La Venta de Cosa Ajena.

En el Derecho Romano, la compraventa sólo constituía un contrato creador de obligaciones, y nada se oponía a que dicho acto jurídico recayera sobre bienes ajenos, puesto que el vendedor sólo se comprometía a entregar la cosa al comprador, a garantizarle la evicción y a transferirle más adelante la propiedad del bien. (1)

El criterio mencionado se modificó más tarde. Especialmente en la actualidad, ese contrato tiene por objeto la transmisión de la propiedad. El Código Civil Francés, fue, en gran parte, como sabemos, fuente de inspiración de nuestro Código en vigor; pero lo fue particularmente de sus artículos 2269 a 2271. Aquel y este ordenamiento consideran que la venta de cosa ajena es nula, pues explican Planiol y Ripert, que, para que pueda efectuarse la compraventa, es necesario que se transfiera la propiedad del objeto materia del contrato al comprador y si esa transmisión está imposibilitada por carecer de derechos el vendedor, la venta será nula.(2)

Sin embargo existen, en la actualidad, diversos criterios respecto de la naturaleza jurídica de la venta de cosa ajena. Hay quienes sostienen que dicho acto es inexistente; otros opinan que se trata de nulidad absoluta, y algunos más estiman que se trata de un caso de nulidad relativa.

Los que afirman que la venta de cosa ajena es inexistente, razonan que, como en los actos de tal naturaleza no hay el consentimiento,

1. Jossierand, ob. cit. Tomo II. Volumen II. p. 22 y 23.
2. Planiol y Ripert, ob. cit. Tomo X p. 23.

el cual es precisamente elemento de existencia de todo contrato, por ello tal operación carecerá de existencia, es decir, no habrá compraventa por faltar el consentimiento de la persona con derecho a realizarlo. La ind cada opinión fue sostenida en la ejecutoria del amparo directo 1924/60/2a, promovido por Pilar Mancilla Pérez, en la que puede leerse: "...se advierte. "la ausencia de voluntad de quién se hizo aparecer como vendedora, o en "otras palabras, el acto que se consigna en el documento carece de existen "cia; es una apariencia sin realidad, es la nada... En efecto, el artículo 2224 del Código civil, establece que el acto jurídico inexistente por falta "de consentimiento, no producirá efecto legal alguno y no es susceptible de "valer por confirmación, ni por prescripción, y su inexistencia puede invo "carse por cualquier interesado...el acto jurídico es ineficaz por carecer "de uno de los elementos esenciales o de definición del contrato de compra "venta, como es el consentimiento del vendedor para transferir la propiedad "de la cosa o derecho que se enajena, según lo disponen los artículos 1794- "1 y 2248 del Código Civil". Y en la que recayó en el amparo directo 8669/ 62, se siguió Pedro Flores López, se dice: "...Los artículos 2080 y 2082 del "Código Civil del Estado de Michoacán, estipulan que un acto jurídico es "inexistente por falta de consentimiento, que la inexistencia como la nuli- "dad absoluta pueden ser invocadas por cualquier interesado, sin que puedan "adquirir valor por confirmación, por prescripción o por cualquier otro gé- "nero de convalidación. Si Ernestina Ramos Santoyo, no pudo vender el lote "cuestionado, por no estar en su patrimonio, puesto que hizo aparecer como "vendedora a una neurta, y según el artículo 2126 del Código Civil ni la "inscripción del título del apelante, ni ningún otro acto convalida una com "praventa inexistente en su origen...".

Como puede observarse, nuestra Suprema Corte de Justicia, enton ces consideró que la venta de cosa ajena, por carecer del consentimiento y por ser éste un elemento esencial del acto, es inexistente.

Algunos autores franceses, como Marcadé y De Folleville, se pronuncian en favor de que la venta de cosa ajena se halla afectada de nu lidad absoluta; pero F. Laurent, afirma que la opinión más generalizada

señala que se trata de una simple nulidad relativa. (1)

Josserand, explica que el Código Civil Francés, ha entendido la venta y la ha ordenado como un medio de transferir la propiedad; lo que significa que el comprador debe convertirse de inmediato en propietario; mas como esa finalidad no puede alcanzarse cuando el vendedor no es dueño de la cosa, por ello la operación se ve afectada de un vicio original y debe morir; porque no es posible que cumpla su misión esencial, o sea, el desplazamiento inmediato de la propiedad. Pero explica, sin embargo, que cuando se razona en esa forma, se olvida que el efecto traslativo de los contratos y en particular de la compraventa, no interesa al orden público, y que, por tanto, en realidad se trata de un caso de nulidad relativa, en el que el comprador comete un error sobre las calidades de la persona del vendedor, en cuanto a su calidad de propietario de la cosa vendida. Considera que "no se concibe que un comprador, sabiendo que el vendedor no tiene la propiedad actual de la cosa, espere, sin embargo, que al venta lo convierta instantáneamente en propietario; sin un error de su parte, la nulidad de la operación no es concebible: la nulidad de la venta de cosa ajena no es más que una nulidad por error sobre la calidad de propietario del vendedor". (2)

Planiol y Ripert, afirman que conforme al artículo 1599 del Código Civil Francés, para que la venta de la cosa de otro sea nula, se requiere que se cumplan los siguientes requisitos:

I.- La compra debe referirse a una cosa ajena; mas explican que aquella en la que el vendedor sólo tiene un derecho condicional, en realidad no es venta de cosa ajena; pero quedará sujeta a las mismas condiciones que el derecho del vendedor. De suerte que será perfectamente válida la venta que haga el representante con facultades de disposición, respecto de un bien de su representado; será válida también la que realice el síndico y la venta que efectue el albacea; pero será venta de cosa ajena cuando el tutor venda los bienes de su pupilo, sin observar las formalidades y requisitos que la ley dispone.

- 
1. Laurent ob. cit. Tomo XXIV, p. 114 y 115.
  2. Josserand ob. cit. Tomo II, Volumen II p. 22 a 27.

II.- La compraventa no necesariamente debe tener por objeto la transmisión inmediata de la propiedad; porque si bien es cierto que la transmisión "inmediata" de la propiedad constituye un elemento de gran importancia, no es menos cierto que no siempre se realiza de inmediato dicha transmisión, como sucede, verbigracia: 1.- Cuando la venta es a término, puesto que en ella las partes que la celebren, pueden tener la voluntad de diferir a cierta época la transmisión de la propiedad; aquí, dicen, sólo se tratará de venta de cosa ajena, si el vendedor no es propietario al día del vencimiento del plazo. Explican que, sin embargo, no toda venta a término implica posponer la transmisión de la propiedad, ya que puede suceder que en una venta a término sólo en cuanto al pago del precio, las partes tengan la intención de efectuar inmediatamente la transmisión de la propiedad; hipótesis en la que de inmediato podrá aplicarse el artículo 1599 del Código Civil Francés; 2.- Cuando la compraventa tiene por objeto una cosa determinada sólo por su género, en que la transmisión de la propiedad sólo se efectúa cuando la cosa haya sido determinada; pero el contrato será válido incluso cuando el vendedor vende cosas que no le pertenecen el día de la venta; caso en el que no se tratará de venta de cosa ajena, sino hasta el momento en que, debiendo efectuarse la transmisión de la propiedad, esa transmisión no se realiza, y 3.- Cuando el vendedor solamente se ha obligado a comprar la cosa para transmitir su propiedad al comprador; acto que no constituye compraventa sino un contrato innominado que implica una obligación de hacer a cargo del vendedor; no puede presentarse la hipótesis, por tanto, de venta de cosa ajena.

III.- Como la compraventa ha de hacer caer al comprador en un riesgo contra el cual sea conveniente el amparo de la ley, entonces obviamente el comprador no podrá pedir la nulidad de la venta de cosa ajena si no corre riesgo alguno. Lo que significa que el comprador no podrá reclamar dicha nulidad, cuando la prescripción adquisitiva se ha cumplido en favor suyo o de su vendedor o cuando el verdadero dueño de la cosa ratifica la venta, es decir, cuando un acontecimiento posterior hace desaparecer todo riesgo.

Afirman Planiol y Ripert, con acierto, que las mencionadas condiciones son las que rigen la aplicación del artículo 1599, equivalente a nuestro artículo 2270, pues la buena o mala fe del vendedor, no se toman en consideración para determinar si la venta de cosa ajena es o no nula, sino sólo sirven como base para determinar el pago de daños y perjuicios. Tomando en cuenta lo explicado, sostienen que en la nulidad de la venta de cosa ajena, no se trata de una nulidad por error (como afirma Josserand (1)); que la buena o mala fe del comprador, carece de influencia sobre la acción de nulidad, y que debe admitirse que el Código Civil establece una nulidad peculiar del contrato de venta. Concluyen que la nulidad de referencia tiene el carácter de relativa, porque viéndose determinada por un sentido de protección al comprador, será éste el único que podrá invocarla bien por vía de acción o bien por vía de excepción. (2)

En lo personal, creo que los comentarios de Planiol y Ripert, pueden aplicarse a nuestro derecho; tanto más que el artículo 2270 de nuestro Código, como se ha visto, reproduce substancialmente al 1599 del Código Francés. Nuestra Suprema Corte de Justicia, con justificación plena ha modificado su criterio anterior que consideraba la venta de cosa ajena como inexistente. (equiparando la inexistencia a la nulidad absoluta). Ahora opina, siguiendo el criterio generalizado de la doctrina y de la jurisprudencia francesas, que "La venta de cosa ajena es nula, no inexistente; porque si bien es verdad que la ley establece como requisito esencial "para la existencia de todo contrato, el consentimiento de las partes contratantes, en el caso no puede decirse que falte dicho requisito, puesto "que existe el consentimiento del vendedor de realizar la compraventa, si "bien se trata de un consentimiento otorgado por el no propietario; además de que se trata de un contrato que produce una serie de importantes efectos que, si fuera inexistente, no sería posible imaginar". (Quinta Epoca. Suplemento de 1956, Pag. 111. A.D. 8925/49. Catalina P. de Parkman- 4 votos).

Para finalizar , debo agregar que existe una relevante diferen

1. Josserand. ob. cit. Tomo II. Volumen II, p. 22 a 27.
2. Planiol y Ripert. ob. cit. Tomo X. p. 38 a 50.

cia del artículo 1599 del Código Francés y de los artículos 2959 de nuestro Código de 70 y 2831 del Código de 84, con el artículo 2270 de nuestro Código vigente, pues éste establece una importante innovación al tener en cuenta lo que dispone el Código en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe. En efecto, el artículo 3008 establece que "La inscripción de los actos o contratos tiene efectos declarativos", es decir, que la inscripción en el Registro cumple la tarea de dar a conocer los derechos inscritos; pero la sola inscripción no crea o constituye derechos. Aunque la sola inscripción en el Registro no convalida al acto nulo, ni crea derechos en favor del que inscribe, sin embargo, el artículo 3009 establece: "El Registro protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulte claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando la ley".

En consecuencia, cuando una persona vende cosa ajena a otro y éste, a su vez, la vende a un tercero de buena fe, quién inscribe la operación, no obstante que el Registro no tiene efectos constitutivos sino simplemente declarativos, el acto registrado por el tercero de buena fe, será válido por efecto del registro, aunque el derecho del otorgante sea anulado, a menos que la causa de la nulidad resulte del propio Registro.

### C. Características de la Nulidad Relativa.

Como se ha expresado con anterioridad, la Teoría Clásica atribuye a la nulidad relativa, las características opuestas a las de la nulidad absoluta.

Por tanto, en cuanto a la nulidad relativa y de conformidad con la teoría indicada, cabe señalar: 1.- Sólo puede hacerla valer la persona a cuyo favor la ley la establece; 2.- Es convalidable, y 3.- Es prescriptible.

Nuestro Código, sin embargo, apartándose de esa teoría, no dispone que concurren necesariamente los tres elementos para que se produzca la nulidad de que ahora me ocupo, pues sólo exige, a ese efecto, que se presente cualquiera de ellos. Por ejemplo: puede la acción ser imprescriptible, al mismo tiempo que cualquier interesado puede intentarla, para que, no obstante, si el acto es confirmable, se le considere afectado de nulidad relativa (artículo 2227 del Código Civil). Pero ésta, al igual que la absoluta, naturalmente debe ser declarada siempre por el juez, sumado a que el acto anulable produce sus efectos hasta el momento de la declaración de nulidad, en que se destruyen retroactivamente.

I. LA NULIDAD RELATIVA SOLO PUEDE HACERLA VALER, EN PRINCIPIO, LA PERSONA EN CUYO FAVOR LA ESTABLECE LA LEY.- El fenómeno se debe a que con ella se trata de proteger a determinadas personas (1), es decir, según la acertada opinión de Francesco Messineo, (2) la nulidad relativa sólo puede ser ejercitada por aquellos en cuyo beneficio ha sido dispuesta. Lo que significa que ningún otro puede intentarla, sea cual fuere su interés; proque su propósito o finalidad se constriñe al amparo, insisto, del incapaz o de la víctima, con exclusión de todos los demás. (3)

Planiol y Ripert, afirman, al respecto, que la nulidad relativa tiene como finalidad o propósito la protección de un interés particular y que puede alegarse por el interesado y sus causahabientes a título universal; pero nunca por la otra parte cuya obligación es regular. (4)

Nuestro Código Civil en vigor, siguiendo el criterio arriba anotado, en su exposición de motivos, establece: "... las nulidades relativas sólo pueden alegarlas las personas a cuyo favor se han establecido..." (se refiere a la regla general).

Antes de la vigencia del Código de 1928, el artículo 317 de la Ley de Relaciones Familiares, establecía que la nulidad sólo podía ser alegada por el incapaz o, en su nombre, por sus legítimos representantes; pero no por la persona o personas con quienes hubiere contratado; mas el artículo 1675 del Código Civil de 84, anterior a dicha ley, establecía, por

1. Salvat. ob. cit. p. 542.
2. Francesco Messineo. Doctrina General del Contrato. Traducción de R.O. Fontanarrosa, S. SENTIS MELENDO, M. VOLTERRA, con notas de Derecho Argentino por Vittorio Nappi. Ediciones Jurídicas EUROPA AMERICA. Buenos Aires 1952. Tomo II. p. 278.
3. Jossierand. ob. cit. Tomo II Volumen II. p. 238 y 239.
4. Planiol y Ripert. ob. cit. Tomo VI. p. 409.

el contrario, que la nulidad del contrato podía asimismo hacerse valer por la persona capaz, siempre que éste probara que, al tiempo de contratar, ignoraba la incapacidad del otro contratante. La contradicción existente entre los mencionados artículos debía resolverse en favor del citado artículo 317 de la Ley de Relaciones Familiares, por ser posterior al Código de 84.

El Código de 1928, en sus artículos 2230 y 1799 (éste en su primera parte), establece, como principio general, que la nulidad por causa de incapacidad sólo puede invocarse por el incapaz; mas acepta excepción, asimismo en el artículo 1799, ahora en su segunda parte, que la nulidad sea invocada por la parte capaz, siempre que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común.

II. EL ACTO AFECTADO DE NULIDAD RELATIVA PUEDE CONVALIDARSE.-  
Convalidar es purgar el vicio que presenta un acto jurídico desde su nacimiento, dándole validez.

La convalidación puede ser de dos tipos: VOLUNTARIA, cuando se realiza mediante la confirmación deseada por la misma parte a quien se que-  
ría proteger con la nulidad, y LEGAL, la cual opera cuando el acto afectado de nulidad, cobra pleno valor por ministerio de ley. (1)

La confirmación, a su vez, también puede ser de dos especies: EXPRESA, cuando aquel a quien corresponde el derecho de impugnar el acto anulable, declara no querer usar ese derecho, es decir, consiste en la renuncia de la facultad de pedir la anulación, y es un acto unilateral que debe contener la mención del acto jurídico que se quiera confirmar, el motivo que lo vicia y la declaración de que se quiere confirmarlo; pero, por supuesto, el motivo de la confirmación implica que la persona que confirma tiene de él efectivo conocimiento, (2) y TACITA, que consiste en la ejecución voluntaria del negocio por parte de quien tiene derecho a pedir la anulación. Colin y Capitant, afirman que no es preciso que sea íntegra o completa la ejecución, sino que basta que se haya realizado en su mayor parte, aunque sí consideran indispensable que la tácita manifestación de voluntad

1. Gutiérrez y González, ob. cit. p. 136 a 139.

2. Mancuso, ob. cit. p. 280 y 281. Tomo II.

no sea ambigua ni dudosa; que además sea hecha libremente, como sucede con la confirmación expresa, y que se tenga conocimiento del vicio que afecta al acto. (1) En efecto, la confirmación (de todo tipo) supone que el vicio que se trata de purgar, es conocido por la persona investida del derecho, y sólo así se da la consecuencia de que el vicio desaparezca en el momento de la confirmación. Obviamente no es posible aceptar la consolidación del acto, cuando el acto confirmatorio se encuentra afectado del mismo vicio que el acto a confirmar. Cuando la voluntad proviene del menor de edad (por ello incapacitado), es inconcebible que el propio menor confirme el contrato por él celebrado, sino que requiere, a tal efecto, que alcance su mayoría de edad. (2)

Tomando en consideración lo anteriormente expresado, a continuación analizaré los efectos de la confirmación:

Con la confirmación el negocio jurídico expuesto al peligro de ser anulado, adquiere validez definitiva; validez que se produce con efectos retroactivos, aunque sin perjuicio de terceros. Lo que significa que el confirmante no podrá ya reclamar al nulidad.

Precisamente respecto de los efectos retroactivos de la confirmación, Coviello explica que esa retroactividad no traerá consigo ningún daño a quienes hayan adquirido anteriormente derechos provenientes de la propia persona que puede legalmente realizar el acto confirmatorio, facultada asimismo para exigir la nulidad; lo que es justo, porque, de otro modo, mediante la confirmación de ese diverso acto realizado con terceros, se arrebatarían derechos anteriores válidamente transmitidos.

La concesión por el incapaz de derechos a terceros, según opinión acertada del autor de que me ocupo, equivale a la renuncia de aquel (del incapaz), respecto a éstos, del derecho a la confirmación, porque cuando se confirma un acto nulo, con conocimiento de que con anterioridad se concedieron derechos a otras personas, es claro que la voluntad manifestada en un sentido, contradice la expresada en el otro. Es necesario aclarar que, si bien la confirmación no puede afectar derechos de terceros, ello signi-

1. Colin y Capitant. ob. cit. Tomo I. p. 317

2. Josserand. ob. cit. Tomo II. Volumen II. p. 243.

fica que sí favorece a aquellos que han adquirido derechos de la persona contra la cual hubiera podido ejercitarse el derecho de pedir la nulidad.(1)

Pero el tercero carece de derecho propio para pedir la nulidad, cuando su causante no lo tenía. Un incapaz, verbigracia, compra un inmueble; mas el vendedor, consciente de la procedencia de la nulidad, revende tal inmueble a un tercero; pero como sucede que el incapaz, en vez de demandar la nulidad del acto, lo confirma, dicha confirmación sí producirá efectos contra el tercero (segundo comprador), pues dicho comprador (el segundo) ha adquirido sus derechos del vendedor, cuando éste ya no tenía ninguno (debido a su primera venta), y es claro que ningún acto suyo podrá afectar el derecho de confirmar, que sólo pertenece al incapaz. (2)

El Código Civil Mexicano de 1928, en la parte final de su artículo 2235, prescribe: "...ese efecto retroactivo no perjudicará los derechos de tercero"; artículo que tiene como origen el 1065 del Código Civil Argentino, que dice: "Artículo 1065.- La confirmación tiene efecto retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos, o al día del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad. Este efecto retroactivo no perjudicará los derechos de terceros"; pero como el artículo transcrito tuvo, a su vez, como fuente de inspiración, el 1338 del Código Civil Francés, considero que resulta orientador acudir, para determinar su sentido y alcance, a la interpretación que de él propone la doctrina francesa.

III.- LA ACCION DE NULIDAD RELATIVA ES PRESCRIPTIBLE.- La doctrina en Francia, al igual que la española, conceden tanto a la nulidad relativa como a la absoluta, el carácter de prescriptibles; pero como esto ha sido ya explicado en la parte concerniente a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, a esa explicación me remito con el objeto de evitar repeticiones innecesarias (páginas 38 a 43 de esta tesis).

Por otra parte, recuérdese la crítica realizada en éste mismo trabajo, al concepto de prescripción de la acción de nulidad que emplea nuestro Código en vigor, siguiendo el susodicho ordenamiento el criterio

-----

1. Coviella. ob. cit. p. 368 y 369.
2. Eugene Gaudelet. ob. cit. p. 191 a 194.

heredado por Bonnecase de la Teoría Clásica de las Nulidades; criterio que consideré equivocado adoptando, al respecto, la opinión del maestro Ernesto Gutiérrez y González. En efecto, como se puso de relieve con antelación, en realidad se trata de un caso de caducidad de la acción de nulidad (ver páginas 18 a 20 de esta tesis), porque, repitiendo, al no realizar la persona con derecho a hacerlo, el hecho positivo necesario consistente en intentar la acción de nulidad relativa dentro de los plazos que establece al ley, no podrá ejercitarla después. Verbigracia, cuando un menor de edad, contrae matrimonio sin el consentimiento de sus padres, éstos podrán deducir la acción de nulidad del enlace así efectuado, dentro de los treinta días contados a partir de que tengan conocimiento de la celebración; pero si no la entablan en el término indicado, resulta jurídicamente erróneo expresar que por ello la acción prescribe, ya que la verdad es que los padres del menor no adquieren bienes ni se liberan de obligaciones por el mero transcurso del tiempo, sino pierden la facultad de hacer valer la nulidad del matrimonio, una vez fenecido el plazo susodicho (artículo 238 del Código de 28).

D. La Acción de Nulidad Relativa.

I. Naturaleza Jurídica y Objeto de la Acción de Nulidad Relativa.

En la acción de nulidad relativa se destaca, al igual que en la de nulidad absoluta, su naturaleza personal; criterio que ha sido sostenido por nuestra H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria que recayó en el amparo directo promovido por I. de Olave Ana, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXI (que abarca el período comprendido del 1o. de julio de 1954, al treinta de septiembre del mismo año), página 2325, que dice: "La acción de nulidad es de carácter personal, porque se deduce directamente contra una persona o contra varias, con abstracción de la cosa mueble o inmueble con la que pueda estar relacionada, y si en los códigos procesales de los estados cuyos jueces contienen, se determina que el del domicilio del demandado es el competente para conocer del juicio si se ejercitan acciones de esa naturaleza, de acuerdo con el artículo 32 del Código Federal de Procedimientos Civiles, debe resolverse la controversia en ese sentido, es decir, en favor de la autoridad judicial del domicilio de la parte demandada... Acción personal es la que corresponde a alguno para exigir de otro el cumplimiento de cualquiera obligación, ya sea que ésta emane de contrato o cuasicontrato o nulo pacto, ya de delito o cuasidelito, y acción de nulidad es aquella por la que se pide que se declaren nulos los convenios que adolecen de algún vicio esencial, como aquellos en que el consentimiento ha sido arrancado por coacción, o que tienen una causa ilícita y pueden ejercerla aquellas personas en cuya contra se ha hecho el contrato. Acción real es la que nace de alguno de los derechos llamados reales, como son el dominio pleno o semipleno sobre una cosa, la sucesión hereditaria, la servidumbre, la prenda o la hipoteca, y se llaman reales estos derechos porque no afectan a la persona sino a la misma cosa. Así, pues, se ve que la acción de nulidad es una acción de carácter personal, porque se deduce directamente contra una persona o contra varias, con abstracción absoluta

"de la cosa mueble o inmueble con la que pueda estar relacionada".

En cuanto a su objeto, éste es el mismo que en la acción de nulidad absoluta; porque en ambas se persigue destruir los efectos o las relaciones jurídicas engendradas por el acto nulo y restituir a las partes el "statu quo ante", en caso de que el acto anulable haya sido ejecutado. Por tanto, la acción de nulidad relativa podrá tener un carácter preventivo, cuando se demande antes de cualquier ejecución o bien un carácter "post factum", cuando tiene por finalidad el regreso a la situación anterior a la celebración del acto nulo, con las restituciones inherentes. (1)

## II. Personas con Derecho a Ejercitarla.

La esfera de personas con derecho a ejercitar la acción de nulidad relativa, es más estrecha que las que pueden intentar la nulidad absoluta. En efecto, la acción de nulidad relativa, en principio, no puede ser deducida más que por aquel o aquellos en cuyo favor la ley decretó la nulidad. Ningún otro, como regla general, podrá alegarla sea cual fuere su interés de hacerlo. Por tanto, un tercero no podrá intentar dicha acción y menos aún el otro contratante. (2) Es decir, sólo podrá ejercitarla aquella persona a quien la ley desea proteger con dicha nulidad, o en su nombre su representante legal o sus sucesores a título universal, o sucesor a título particular, siempre y cuando el acto por anular, tenga por objeto el derecho o la cosa que el sucesor adquiere directamente del de cujus a quién la ley protegía con la nulidad relativa. En efecto, nuestro Código en vigor, en su artículo 2230, establece: "La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicio o es el incapaz".

Sin embargo, es necesario tomar en cuenta que el Código indicado ha sostenido, respecto de la nulidad relativa, un criterio que podría llamarse de exclusión, pues su artículo 2227, dice: "La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior..."

Lo que significa que pueden darse casos de nulidad relativa, en los que ésta

1. Lutzesco. ob. cit. p. 329 y 330.

2. Jossierand. ob. cit. Tomo II. Volumen I. p. 238 y 239.

puede ser invocada por cualquier interesado, y otros en los que el acto puede ser imprescriptible e inconvaleable; porque, repito, será relativa cuando ella no reúne todos los requisitos enumerados en el artículo 2226, según el cual, de la nulidad absoluta "puede prevalecerse todo interesado" y no desaparece por la confirmación o la prescripción".

Tratándose de la nulidad provocada por la falta de forma no solemne exigida por la ley para ciertos actos, a pesar de que el artículo 2229 concede la acción y la excepción de nulidad a todos los interesados, de todas formas la nulidad será relativa conforme al artículo 2228, en tanto que, además de que puede el acto confirmarse llenándose la forma omitida (artículo 2231), también se tiene por ratificado tácitamente mediante su cumplimiento voluntario, ya sea por pago, por novación o por cualquier otro modo (artículo 2234).

En consecuencia, debemos distinguir, tratándose de las personas con derecho a ejercitar la acción de nulidad relativa, dos situaciones: La primera de ellas, comprende aquellos casos de error, violencia, lesión, incapacidad y venta de cosa ajena, que tienen una finalidad de protección y que, consecuentemente, sólo puede ser ejercitada por la víctima, por el incapaz y por el comprador o también por el propietario, en la venta de cosa ajena (aunque el dueño de la misma puede intentar asimismo la acción reivindicatoria), y la segunda es aquella en que, a pesar de tratarse de nulidad relativa, la propia ley concede la acción a cualquier interesado, como sucede en la hipótesis del artículo 2229 arriba transcrito.

### III.- Personas contra Quienes puede Interponerse la Acción de Nulidad Relativa.

Debe ejercitarse contra el autor del vicio que afecta el acto o contra aquel que se ha aprovechado de la ignorancia, inexperiencia o incapacidad de la víctima y contra sus causahabientes. En el caso de la violencia, la víctima puede volverse también contra el tercero que ha

ejercido la presión, en la medida en que éste se haya beneficiado.

Nuestra H. suprema Corte de Justicia, ha dicho que, para que un acto anulable produzca efectos contra terceros, es indispensable que éstos sean llamados al juicio de nulidad. En efecto, en el Amparo Directo promovido por Gutu Vda. de Ruiz, resuelto en sentencia que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXIII (que abarca el periodo del 1o. de julio de 1954, al 30 de septiembre del mismo año), página 1036, expresa, al respecto: "La consecuencia de la nulidad de un contrato de compraventa, es la de que cada uno de los contratantes, recobre lo que hubiere prestado más frutos; pero cuando la finca objeto del contrato anulado ha pasado a terceros, debe demandarse la nulidad de los contratos de adquisición, de los subsecuentes adquirentes, y si no se ejerce una acción completa en ese sentido, sino que sólo se demanda la nulidad de la compraventa en que el actor intervino, aunque la sentencia respectiva surta efectos en relación con los terceros llamados al juicio, su eficacia se limita estrictamente a la declaración de la nulidad del contrato celebrado entre el actor y el demandado, y las consecuencias que de dicha nulidad pretendan derivarse en contra de los terceros, habrán de ser materia de un nuevo juicio en el que se intenten las acciones que jurídicamente procedan". En el diverso amparo directo seguido por Talamás Elías J., cuya sentencia también se encuentra publicada en dicho Semanario, Tomo CXVIII, página 651, Quinta Epoca, igualmente sostiene: "Es verdad que conforme al artículo 2120 del Código Civil de Coahuila, la declaración de nulidad pronunciada por el juez destruye retroactivamente los efectos del acto anulado, pero sólo con relación a las partes que intervinieron en el mismo y no en cuanto a terceros."; y en el entablado por Partida Crespo y coag., con fallo publicado en el propio Semanario, en el Tomo CXIX, página 163 Quinta Epoca, vuelve a expresar: "La nulidad de una escritura no puede ser declarada en un juicio en donde no son partes todos los contratantes". Por tanto, cuando al demandarse la nulidad de un acto, se vean afectados terceros, éstos deben ser asimismo llamados al juicio, a fin de que la declaración de nulidad pueda hacerse efectiva también contra ellos.

#### IV. Excepciones Oponibles al Ejercicio de la Acción de Nulidad Relativa.

En ocasiones, la acción de nulidad relativa se ve en la imposibilidad de prosperar, como sucede en las siguientes hipótesis:

a) Cuando ella no se ejercita en los plazos que, a ese efecto, establece la ley, pues ya se vio con anterioridad que entonces caduca, o bien cuando la acción de nulidad se interpone una vez que el bien o la obligación que el actor reclama, ha prescrito en favor del demandado (caso de verdadera prescripción).

b). Cuando se produce la imposibilidad material del actor, de restituir lo que ha recibido del demandado, si se tiene en cuenta que según el artículo 2239, "La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado "; porque obviamente si el actor no puede restituir lo que recibió, malamente podría él reclamar la devolución de lo que entregó (artículo 2241). Pero no sucede lo mismo cuando el demandante sí está en posibilidad material de entregar lo recibido, aun cuando el contrario se encuentre ante la imposibilidad de devolver lo percibido, ya que entonces, si el actor está dispuesto a reintegrar lo recibido, el triunfo de su acción se traducirá en la obligación del demandado de pagar, con dinero, el valor de la prestación que le corresponde.

c). Cuando opera la confirmación expresa o tácita de la persona con derecho a ejercitar la acción, ya que entonces se origina, para ésta, la imposibilidad de demandar la nulidad posteriormente; porque como he explicado, la confirmación no es, en realidad, más que una renuncia al ejercicio del derecho que el confirmante tenía de ejercitar la acción de nulidad.

d). Cuando dolosamente el incapacitado oculta su incapacidad. Acontece cuando el menor de edad, por ejemplo, engaña a la persona con quien contrata, mostrándole su acta de nacimiento alterada de la que aparece haber cumplido la edad suficiente; porque entonces opera el principio que ya conocemos de que nadie puede alegar en su beneficio su propio dolo.

V. Efectos de la Declaración de Nulidad Relativa.

Cuando por el ejercicio de la acción, se obtiene la declaración judicial de nulidad relativa del acto celebrado, se producen, en principio, los mismos efectos que cuando el juez declara la nulidad absoluta; razón por la que, para evitar repeticiones ociosas, me remito a las páginas 51 a 58, 127, 129 a 131 de esta tesis. Sólo mencionaré, para terminar, que nuestro artículo 2270 del Código Civil en vigor, establece, para los casos de venta de cosa ajena (que, como se ha explicado con anterioridad, es un caso especial de nulidad relativa), la responsabilidad especial del vendedor que hubiere procedido con dolo o mala fe, de pagar los daños y perjuicios que hubiese originado.

**E. Excepción de Nulidad Relativa.**

**I. Naturaleza Jurídica y Objeto de la Excepción de Nulidad Relativa.**

Nuestra Suprema Corte de Justicia, en ejecutoria de 2 de octubre de 1959, que pronunció en el Amparo Directo 630/57, seguido por Florencio Cruz, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Volumen XXVIII, página 223, Sexta Epoca, manifiesta: "NULIDAD, NATURALEZA DE LA.(EXCEPCIONES). La nulidad lo mismo se puede hacer valer como acción que se puede intentar como excepción; en el concepto de que, vista como "excepción, lo es en sentido propio, porque descansa en hechos que por sí mismos no excluyen la acción, y en esto precisamente se diferencia de las "excepciones impropias, toda vez que éstas, como es sabido, se apoyan en "hechos que por sí solos excluyen la acción, puesto que excluyen la relación jurídica en que dicha acción se apoya, de manera que, una vez comprobadas por cualquier medio, el juez está en el deber de estimarlas de oficio, invóquelas o no el demandado, como sucede, por ejemplo, con el pago, la novación, etc. Cualquiera que sea el fundamento de la nulidad vista como "excepción, se está frente a una excepción de tipo reconventional, puesto "que no a otra cosa equivale, que a la demanda de que el juzgador reconozca, "en su sentencia, que es nulo el acto jurídico de que se trata, con efectos "declarativos puramente, en el caso de que dicho acto jurídico no haya sido "ejecutado y con efectos de condena, cuando se hayan cumplido las prestaciones entre las partes que concertaron el acto nulo", y en la sentencia que recayó en el Amparo Directo promovido por Salvador Hernández Rita, publicada en el citado Semanario, correspondiente a la Quinta Epoca, t.CXXII, p. 263, que dispone: "La nulidad de un acto puede hacerse valer como acción o como excepción, y las disposiciones legales y la jurisprudencia de la Corte que se "refieren a que el dolo, el error y la lesión entre los contratantes, sólo "producen una nulidad relativa que debe ser declarada, no impiden que se "ejercite dicha nulidad como acción o como excepción, ya que salvo casos "extraordinarios, lo que se da como acción, se da siempre como excepción; "principio jurídico que siempre se ha observado y que se caracteriza en ma-

teria de nulidades".

En efecto, como sucede en la nulidad absoluta, la nulidad relativa puede también obtenerse por vía de acción o por vía de excepción; pero como tanto ésta como aquella funcionan de manera semejante, especialmente en cuanto a los resultados (volver las cosas, en principio con efectos retroactivos, al estado que tenían antes de la realización del acto nulo, pues de esta regla se exceptúa la sentencia de nulidad meramente declarativa, la cual, como su nombre lo indica, produce efectos sólo declarativos), por ello lo ya explicado respecto de la acción o de la excepción de nulidad absoluta, resulta también aplicable en todos los casos en que se hagan valer la acción o la excepción de nulidad relativa; razón que me guía a remitir a lo ya dicho con antelación sobre el tema, a fin de eludir reiteraciones sin provecho (véanse las páginas 59 a 64 de este trabajo).

## II. Personas que Pueden Ejercitar la Excepción de Nulidad Relativa y contra Quien Puede Ejercitarse.

Tomando en consideración que la excepción de nulidad tiene carácter reconvenional, es decir, que equivale a contrademandar la declaración de nulidad del acto afectado de nulidad relativa, debe entenderse que pueden interponer dicha excepción, las mismas personas que tienen o que tuvieron el derecho de ejercitar la acción de nulidad; criterio que justificadamente sostiene nuestra Suprema Corte de Justicia, en su ejecutoria citada del Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXII, página 263, que decidió dicho Amparo Directo reclamado por Salvador Hernández Rita, en la que puede leerse: "...salvo casos extraordinarios, lo que se da como acción se da siempre como excepción; principio jurídico que siempre se ha observado y que se caracteriza en materia de nulidades". Luego, si se concede la acción de nulidad relativa sólo a quienes con ella se quiere proteger, debe entonces entenderse que sólo a esas personas se da también

como excepción reconvenzional.

Teniendo presente lo anterior, al igual que tratándose de la acción de nulidad absoluta, hay que distinguir, en cuanto a las personas con derecho a ejercitar la excepción de nulidad relativa, dos situaciones: la primera, que comprende aquellos casos de error, dolo, violencia, lesión, incapacidad o venta de cosa ajena, que por tener una finalidad de protección, la excepción sólo podrá ser ejercitada por el incapaz o por la víctima, y la segunda, es aquella que, no obstante tratarse de una nulidad relativa, la ley concede la acción y, por ende, también la excepción, a todo interesado; en el concepto de que la excepción de nulidad relativa funciona únicamente cuando el actor demanda el cumplimiento del acto o contrato viciado de dicha nulidad.

### III. Causas que Extinguen la Excepción de Nulidad Relativa.

Las causas que extinguen la excepción reconvenzional de la nulidad susodicha, en principio, son las mismas que las que extinguen la acción de nulidad relativa (ver páginas 136 y 137 de esta tesis); pero con la salvedad de que, mientras que la acción de nulidad relativa caduca (prescribe dice nuestro Código), si no se deduce dentro del término que a ese respecto establece la ley; en cambio, vista como excepción, tiene ella el carácter de perpetua. Manuel Mateos Alarcón, en su obra "Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal", explica que la ley otorga a la parte perjudicada por la nulidad del acto jurídico que celebró, dos medios para liberarse del cumplimiento: tomar la iniciativa por medio de la acción o alegar la excepción. Explica que el origen de este criterio adoptado por el Código Civil, se encuentra en la Ley 5, par. 6, tit. 4, lib.44, del Digesto, que declara que la acción de dolo es temporal, a diferencia de la excepción del mismo nombre que es perpetua; porque depende del arbitrio del acreedor demandar el cumplimiento del contrato en que ha habido dolo; pero no lo está en el del deudor hacerse demandar para oponer la excepción. (1)

1. Manuel Mateos Alarcón. ob. cit. Tomo III. p. 385.

IV. Efectos de la Excepción cuando, por Prosperar, es Declarada la Nul-  
dad Relativa.

Los efectos son semejantes a los que resultan como consecuencia de declararse dicha nulidad por vía de acción, Además, salvo el caso específico de venta de cosa ajena, para la cual existe un efecto exclusivo consistente en el pago que debe hacer el vendedor cuando actúa con dolo o mala fe, de los daños y perjuicios causados al comprador, los resultados son en realidad los mismos que los que se obtienen cuando se trata de la nulidad absoluta; razón por la que de nuevo me remito a lo ya examinado, al respecto, en las páginas 51 a 58, 127, 129 a 131 de este trabajo.

C A P I T U L O    I V

LA INEXISTENCIA

A. Concepto.

La inexistencia se sitúa, ya con vigor, por la segunda mitad del siglo XIX, estrechamente vinculada a la obra de Zacariae, Demolombe, Aubri y Rau y Laurent. (1)

Los autores del siglo XIX, dicen Planiol y Ripert, afirmaron enérgicamente la existencia de ciertos actos tan profundamente viciados, que nada son; concepción que recibió un fuerte impulso cuando, ante la posibilidad de dejar subsistentes determinados matrimonios que la ley civil francesa no anula de manera expresa; frente a la idea, insisto, de que sólo hay nulidad del matrimonio cuando resulta de un precepto jurídico concreto, ciertos tratadistas sostuvieron, explican ambos juristas, que esos matrimonios no sólo eran nulos sino inexistentes; idea que triunfo en la doctrina, añaden, gracias a su lógica aparente, según la cual no sólo la ley se opone a su eficacia, sino la naturaleza mismas de las cosas, pues to que, ¿ cómo atribuir valor alguno a un acto que carezca de un elemento esencial? Pero del campo del matrimonio, la idea de inexistencia se extendió a todos los actos jurídicos.

Eugene Gaudemet, explica con razón en su obra citada, que el concepto de inexistencia no se presenta del mismo modo por todos los autores. Hace referencia al criterio de Aubri y Rau, para quienes, verbigracia, hay inexistencia cuando falta el objeto; pero cuando el acto es contrario a un mandamiento, a una prohibición de la ley, hay nulidad, como sería el caso de la venta con un objeto ilícito (2); mas otros autores que defienden el concepto de inexistencia, Laurent entre ellos, han abarcado mucho más al considerar que también son inexistentes todos los actos contrarios a la ley o al orden público.

1. Lutzesco. ob. cit. p. 186.
2. Eugene Gaudemet. ob. cit. p. 159.

Planiol y Ripert, al exponer el criterio de Aubri y Rau, explican que por inexistente hay que entender el acto que no reúne los elementos de hecho que suponen su naturaleza o su objeto, en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia. Así, no es concebible un contrato sin el consentimiento de las dos partes, ni una venta sin cosa vendida o sin precio. Añaden que Aubri y Rau, también consideran inexistentes los actos en que no se hayan observado las condiciones y las solemnidades indispensables para su existencia, según el espíritu o la letra del derecho, y que se presenta el problema de averiguar si al lado de la inexistencia, habría que mantener las categorías de nulidad absoluta y nulidad relativa; mas advierten que los tratadistas se encuentran, al respecto, en completo desacuerdo, pues mientras que unos absorben en la inexistencia todas aquellas nulidades que no son susceptibles de convalidación, denominadas absolutas o radicales; otros, en cambio, con postura más aceptable, se niegan a calificar como inexistentes los actos contrarios al orden público o a las buenas costumbres, a los que, por no faltar ningún elemento esencial, colocan dentro de la nulidad absoluta; pero cuando tratan de justificar con un interés práctico la distinción entre la inexistencia y la nulidad absoluta, se ven obligados a reconocer que solamente la segunda requiere de declaración judicial y que el acto afectado de tal nulidad es susceptible de producir determinados efectos. (1)

---

1. Planiol y Ripert. ob. cit. Tomo VI. p. 396 y 397.

**B. Causas que Originan la Inexistencia.**

Como causas de la inexistencia, señalan ordinariamente sus partidarios: I.- La falta de consentimiento; II.- La falta de objeto; III.- La falta de causa, y IV.- La falta de solemnidad.

**I. La Falta de Consentimiento.**

Puesto que el convenio no es otra cosa que el concurso de voluntades del acreedor y del deudor, resulta que si no existe ese acuerdo de voluntades, no podrá haber deudor ni acreedor y, por lo mismo, no habrá obligación, esto es, faltará la persona obligada a cumplir la prestación y tampoco habrá quién tenga el derecho de exigir su cumplimiento; porque la falta de consentimiento es la nada y ésta no puede engendrar derechos ni obligaciones; pero se aclara que no hay que confundir la falta de consentimiento, con los vicios del mismo (violencia, dolo, error), ni con la incapacidad de consentir, que sólo dará lugar a la nulidad. Sin embargo, consideran que las incapacidades naturales para contratar (recuérdese que existen incapacidades naturales como la locura, el idiotismo, etc., y las incapacidades civiles como, por ejemplo, la que es propia de los menores de edad), impiden todo consentimiento; porque cuando el hombre, verbigracia, está privado de la razón por alguna enfermedad mental, no puede consentir, no puede querer y entonces el consentimiento que diera, no sería consentimiento y por faltar éste, no podrá haber acto jurídico. (1)

Al respecto, Lutzesco advierte que algunos autores como Demolombe, Aubri y Rau y otros, extienden el campo de la inexistencia, a aquellos actos en que: 1. Hay un error obstáculo; 2. Hay error sobre la naturaleza del contrato; 3. Cuando el error recae en la identidad del objeto, y 4. Cuando el error se refiere a la causa de la obligación, pues consideran, dice, que en todos esos casos, falta el consentimiento. (2)

1. Laurent. ob. cit. Tomo XV, p. 569 a 575.  
2. Lutzesco, ob. cit. p. 188 a 200,

## II. La Falta de Objeto.

Los adictos a la inexistencia, sostienen que el acto de voluntad sólo es completo cuando se halla en contacto con un objeto más o menos material, que se transmite de uno de los contratantes al otro, es decir, no es suficiente que se de el consentimiento de las partes, sino que es necesario que ese consentimiento esté vinculado a un hecho real, a una cosa jurídicamente reconocida, con forma material, que puede consistir, por ejemplo, en la entrega de una cosa o en la ejecución de un hecho; si el objeto falta, no es posible la conclusión de un vínculo obligacional.

Particularmente Laurent, en su obra citada, expone que el objeto es condición necesaria para la existencia de todo contrato, por constituir uno de sus elementos esenciales, y cita a Domat, quien sostiene que los contratos son el único medio por el cual los hombres pueden procurarse las cosas que necesitan para su vida material, intelectual y moral, y que, por lo mismo, no se concibe un contrato sin objeto cierto, que el acreedor estipula y el deudor promete.

Tomando en cuenta lo anterior, no podrá haber venta, verbigracia, sin que tenga por objeto alguna cosa, ya que obviamente el comprador no se obligará a pagar el precio de una cosa inexistente, que no podrá serle entregada, ni el vendedor podrá transmitir la propiedad de algo no estipulado por el comprador; porque para que haya acreedor, es necesario que exista el sujeto con derecho de pedir una cosa, y para que haya deudor, es indispensable que alguien se obligue a entregar una cosa. Si el convenio carece de objeto, no hay acreedor ni deudor y, por lo mismo, tampoco hay contrato. Explican los autores que, habiendo objeto en el contrato, éste puede existir, aunque pueda ser nulo, como sucede cuando el objeto estipulado se halla fuera del comercio o cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres; situaciones en que el acto afectado tendrá existencia legal, pero será nulo. (1)

-----  
1. Laurent. ob. cit. Tomo XV. p. 576 y 577.

### III. La Falta de Causa.

Sobre el particular, es conveniente recordar que el derecho mexicano, no adoptó la teoría de la causa.

Los autores franceses, explica Lutzesco, consideran que la causa sirve de enlace entre la manifestación de voluntad y el objeto del contrato, pues entra en estrecho contacto con la voluntad desde su fase preparatoria, es decir, desde las primeras deliberaciones, hasta la exteriorización de la voluntad interna al celebrarse el acto jurídico, y determina también, en gran medida, la trayectoria en que se realiza el objeto, principalmente en los casos de actos bilaterales.

Lutzesco observa que, los autores partidarios de la inexistencia, incluyen en la falta de causa no solamente la falta de causa propiamente dicha, sino también lo que denominan falta de causa voluntaria, es decir, la falsa causa o, en otras palabras, la causa simulada, y añade que es necesario distinguir esta última, del error sobre la causa; porque mientras que la falsa causa o causa simulada, resulta de la intención manifiesta de alterar la realidad y de engañar la apreciación de otros (en tanto que se da al acto el aspecto que conviene a los intereses de quien falsea la causa); en cambio, en la causa errónea, está fuera de previsión que el error intervenga para viciar el acto. En otros términos, mientras que en el error, que impide que nuestras voluntades se manifiesten acordes, la cuestión se traduce en falta de consentimiento; en la causa simulada se obstruye la realización del fin que en apariencia ha determinado el acto de voluntad.

Volviendo a la falta de causa propiamente dicha (la involuntaria), hay que hacer notar que la causa pueda faltar total o parcialmente: La falta total de causa.- Según la opinión más generalizada, la desaparición de la cosa y la falta de pago del precio son, entre otras, las fuentes más importantes de la falta de causa, vistas a través de la imposibilidad del cumplimiento de la obligación. La falta parcial de causa.- El vínculo jurídico carece parcialmente de causa en los tres casos siguientes: 1.- En el de la venta en que el objeto ha sido parcialmente destruido en el modo

mento en que se realiza el acuerdo de voluntades entre las partes; 2.- En el caso en que el contrato ha tenido por objeto la cosa de otro, y 3.- La hipótesis en que el riesgo haya desaparecido en los contratos aleatorios.

Observa Lutzesco, que no hay acuerdo entre los mismos defensores de la inexistencia: así, mientras que Josserand sostiene que "la falta de causa entraña lógicamente la inexistencia del acto, porque está por hipótesis desprovisto de uno de sus elementos constitutivos"; añade que Bonnacasse, en cambio, afirma que el artículo 1131 del Código Civil Francés (según el cual, la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, es decir, cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres), sólo es, quizás, una aplicación de la noción de nulidad y al mismo tiempo proclama, enérgicamente, en su Précis de droit civil, que hay acto jurídico cuando se encuentran reunidos un objeto, una voluntad y, según los casos, la expresión de los mismos en una forma rigurosamente determinada; pero que faltando uno de esos elementos integrales, el acto será inexistente; (1) es decir que, como para Bonnacasse la falta de causa no es un elemento integral del acto, por ello éste no podrá ser inexistente. Y Laurent, a su vez, en su obra citada, expresa que el artículo 1108 coloca a la causa lícita entre las condiciones que se requieren para la validez de los convenios; pero conforme a su manera de entender la inexistencia, estima que la causa lícita es una condición indispensable para la existencia de todo contrato y que cuando la causa es ilícita, es decir, cuando ella es contraria a las buenas costumbres o al orden público, entonces la obligación que en ella descansa, según el derecho natural, no puede tener ningún efecto. Congruente con lo anterior, el propio autor afirma que "... el acto que es contrario al orden público, no debe tener ninguna existencia ni efecto alguno ante los ojos de la ley". (2) Ello quiere decir, a mi entender, que en realidad el autor extiende la inexistencia, al ámbito de las nulidades absolutas, porque, como sabemos, los actos contrarios a las leyes prohibitivas o de interés público, se encuentran afectados de nulidad absoluta. Pero en lo que no cabe duda es en que, las discrepan-

1. Lutzesco. ob. cit. p. 204 a 212.

2. Laurent. ob. cit. Tomo XV, p. 576 a 579.

cias señaladas en los autores de referencia, como diría Lutzesco, quitan uniformidad a la concepción de la inexistencia.

#### IV. La Falta de Solemnidad

El propio Laurent, expone que la solemnidad es la última condición exigida para la existencia de los contratos llamados solemnes. La donación es inexistente, verbigracia, cuando no se realiza con las formalidades que la ley establece, porque la solemnidad se confunde con el consentimiento, el cual no llega a existir, entiende, cuando no se expresa en la forma solemne que la ley determina. Llega, así, a la conclusión de que, en realidad, la cuarta causa es idéntica a la primera. Cuando falta a la donación su forma solemne, el contrato es "radicalmente nulo o inexistente".

(1) Como puede observarse, Laurent utiliza las expresiones "nulo o inexistente" como sinónimas, y denomina anulables tanto a los actos afectados de nulidad absoluta, como a los viciados de nulidad relativa.

Respecto al matrimonio, con razón observa el autor que es un acto solemne, puesto que sólo puede celebrarse llenándose las formalidades esenciales prescritas por la ley. Lo que significa que no todas las formalidades son indispensables para la existencia del matrimonio, puesto que hay algunas de ellas de tan poca importancia que, en el caso de no observarse, ni siquiera vician de nulidad al matrimonio. Advierte, en cuanto a la formalidad substancial, que no basta que los futuros esposos consientan en recibirse como marido y mujer, sino que es necesario que su consentimiento se declare ante un oficial público, representante de la sociudad. Porque es sólo él quien declara, en nombre de la ley, que los contratantes quedan unidos en matrimonio; pero, es claro, no se trata de un oficial público cualquiera, sino indeclinablemente de un oficial de estado civil; porque si otra autoridad celebra el matrimonio, por carecer de la calidad que precisa, no habrá enlace. Pero estima que si el matri-

1. Laurent. ob. cit. Tomo XV. p. 579 y 580.

monio se celebra ante un oficial de estado civil, sin competencia, entonces, como no podrá decirse que no hay oficial, el matrimonio existirá, aunque por la incompetencia aludida, será un matrimonio nulo.

Sobre el particular, indica Laurent que, la única solemnidad necesaria para la existencia del matrimonio, es cabalmente la presencia del oficial del estado civil, y señala que Zachariae, exige, además, que la expresión del consentimiento de los contrayentes, sea consignada en el acta de celebración que debe levantar dicho oficial. Sin embargo, aquel considera que el matrimonio no será inexistente, si el oficial omite llenar esa formalidad; porque no pueden aplicarse al matrimonio los principios generales de los contratos pecuniarios, en razón de la importancia del acto y por las consecuencias graves que resultan de su nulidad o de su inexistencia. Piensa que lo explicado justifica que la ley no declare inexistente el matrimonio, cuando no se ha expresado el consentimiento de los contrayentes en el acta; si positivamente el matrimonio se ha realizado, el mismo es válido, a menos que el acta se haga rectificar, y hace notar cómo Zachariae, a pesar de sostener su referido punto de vista, concede, no obstante, que las partes son admitidas a probar que han expresado su consentimiento; mas tal concesión justifica obviamente que dicha falta de mención, no es más que un vicio que puede ser reparado y, en consecuencia, que no puede concluirse que el matrimonio sea inexistente. (1)

---

1. Laurent. ob. cit. Tomo XV. p. 403 a 405.

C. Características de la Inexistencia.

Siguiendo el criterio de la Teoría Clásica Tripartida de las Nullidades, la inexistencia tiene las siguientes características: 1.- No es necesario que la autoridad judicial declare o pronuncie la inexistencia del acto; 2.- El acto inexistente no puede producir ningún efecto; 3.- La inexistencia del acto puede ser alegada por cualquier persona interesada, y 4.- Los actos inexistentes no pueden ser convalidados por medio de la confirmación ni de la prescripción. (1)

I. No es Necesario que la Autoridad Judicial Pronuncie la Inexistencia.

El maestro Borja Soriano, refiriéndose a la opinión de Baudry Lacantinerie, en su obra citada manifiesta que no hay que hacer intervenir a la justicia para invalidar un acto inexistente, pues no se anula la nada, como no puede matarse a un muerto, y que en caso de que haya controversia entre dos particulares, para saber si hay o existe el acto, la justicia sólo intervendrá para reconocer, en su caso, su inexistencia, en tanto que sería inconcebible que se pretendiera anular un acto que no existe. (2) Gutiérrez y González, coincidiendo con el criterio expresado, afirma que el juez, ante un acto inexistente, no tiene nada que hacer, pues si interviniese para pronunciar o declarar la inexistencia, estaría declarando la nada. (3)

Josserand, considera a su vez que, si el tribunal interviene tratándose de un acto inexistente, será sólo para reconocer la inexistencia, no para pronunciarla, y explica que no es una simple cuestión de palabras, ya que si el acto inexistente no fuese ineficaz de pleno derecho, habría acción encaminada a pronunciarla; acción que prescribiría a los treinta años, conforme a lo dispuesto en el artículo 2262 del Código Civil francés (de acuerdo con el cual, todas las acciones tanto reales como personales, prescriben a los treinta años); pero como tal acción no existe,

1. Salvat. ob. cit. Tomo II. p. 527.
2. Borja Soriano. ob. cit. p. 134. Tomo I.
3. Gutiérrez y González. ob. cit. p. 135.

y como pasados esos treinta años, la inexistencia continua siendo inexistencia, obviamente tampoco podrá tener acción la prescripción, en tanto que la nada, por serlo, carecerá siempre de materia sobre la cual dicha acción pueda operar o manifestarse. (1)

Siguiendo el propio criterio, Laurent, refiriéndose a Dunod, manifiesta que tratándose de actos inexistentes, cabe preguntar si ellos pueden dar lugar al ejercicio de la acción de nulidad, y concluye que la ley jamás puede conceder efecto alguno al acto que ella misma prohíbe atendiendo al interés social, pues la propia ley se opone al acto que prohíbe, reduciéndolo a un simple hecho, que no produce ningún derecho ni acción. Concluye que los actos o contratos contrarios a las buenas costumbres o a la prohibición de la ley, no son obligatorios y, por tanto, no es necesario atacarlos por vía de acción, sino bastará oponer su inexistencia a quién exija su ejecución, bajo la forma de excepción, que es perpetua. (2)

Como puede observarse, los autores invocados coinciden en que no es necesario que la inexistencia sea pronunciada por la autoridad judicial; porque como equiparan el acto inexistente con la nada, consideran ocioso solicitar de la autoridad la declaración de la nada; por ello mismo estiman que no puede existir una acción que fuera inherente a la susodicha inexistencia; tampoco podrá utilizarse la acción de nulidad, por encontrarse ésta reservada a los casos en que, existiendo el acto, éste se encuentra, sin embargo, afectado de nulidad ya absoluta o ya relativa, y concluyen que, si bien no existe la acción para el ataque, en cambio si existe la excepción de inexistencia como defensa; excepción que, siendo impercedera, siempre se podrá oponer por la parte de quien la otra exija la ejecución del acto (¿pero, puede la nada tener ejecución?).

## II. El Acto Inexistente no Puede Producir ningún Efecto.

Teniendo en cuenta que al faltar uno de los elementos esencia

1. Jossierand, ob. cit. Tomo I, p. 142.
2. Laurent, ob. cit. Tomo XV, p. 582 y 583.

les o de definición del acto, éste será inexistente o no tendrá vida, de ello se sigue, explica Lutzesco, que ésto, desde el punto de vista de la eficacia, se traduce en una ausencia total de efectos jurídicos, pues al no penetrar el acto en el campo del derecho contractual para obtener su reconocimiento jurídico, es evidente que queda fuera del marco legal, y por tato, sus efectos tendrán la misma suerte. (1)

El maestro Borja Soriano, expone, haciendo referencia a Aubry y Rau y a Baudry Lacantinerie: "El acto inexistente no puede producir ningún efecto. ¿Cómo de la nada podría salir alguna cosa? Así es aun antes de toda intervención de la justicia para comprobar la inexistencia del "acto". (2)

En efecto, la Teoría Clásica Tripartita considera que el acto inexistente se confunde con la nada y que, por tanto, el derecho no tiene por qué ocuparse de él; tanto más que tales actos, por lo mismo que equi valen a la nada, no producen efecto jurídico alguno.(3)

A su vez Laurent, refiriéndose al criterio sostenido por D' Argentré, expresa que lo que hagan o digan las partes infringiendo una prohibición de orden público, será considerado como no tratado y, por tanto, esos convenios no tendrán ningún efecto de derecho. (4)

### III. La Inexistencia del Acto Puede Ser Alegada por Cualquier Persona con Interés.

Tomando en consideración que el acto inexistente es aquel que no ha podido formarse en razón de la ausencia de un elemento esencial para su existencia, es decir, que no ha nacido a la vida jurídica, la inexistencia del mismo se presentará en todas direcciones, erga omnes, con la consecuencia de que todo interesado (con interés protegido por el derecho), podrá invocarla. (5)

Rojina Villegas, advierte que algunos autores, conduciéndose con error, consideran que cualquiera puede invocar la inexistencia; él piensa, al respecto, que para ejercitar cualquier acción, se requiere de

1. Lutzesco. ob. cit. p. 175.
2. Borja Soriano. ob. cit. p. 134. Tomo I.
3. Gutiérrez y González. ob. cit. p. 134.
4. Laurent. ob. cit. Tomo XV. p. 581.
5. Jossierand. ob. cit. Tomo I. p. 138.

un interés jurídico; pero sin que ello quiera decir, puntualiza, que la inexistencia deba hacerse valer mediante acción en juicio, puesto que en realidad aquella no debe plantearse por vía de acción ni mediante excepción, sino simplemente por denuncia para que el juez la compruebe; porque siguiendo a la Teoría Clásica Tripartida de las Nulidades, afirma que, ciertamente, no existe acción para pedir la inexistencia de un acto; pero todavía va más allá cuando adiciona que la inexistencia tampoco se hace valer por vía de excepción, pues señala que basta que la parte o el tercero con interés, hagan notar al juez la presencia del acto inexistente, durante cualquier período del juicio, para que aquel la reconozca.(1) Con el respeto que merece el maestro Rojina, creo que su opinión referente a que la inexistencia tampoco se debe hacer valer como excepción, viene a crecer las discrepancias entre sus partidarios, según habrá de verse con más detalle en el momento oportuno.

#### IV. Los Actos Inexistente no Pueden Ser Convalidados por medio de la Confirmación ni de la prescripción.

Explica Josserand, que salvar al acto inexistente es inconcebible, pues nada puede hacerse con la nada y que lo que es cero continuará siendo cero. (2)

Lutzesco, al exponer los rasgos característicos del acto inexistente, señala que, por considerarse carente de vida, se desconocen los fundamentos de la obligación que aquel falsamente pretenda crear. Luego, con cluye, ninguna confirmación podrá darle existencia, pues como el ser humano es impotente ante la obra destructora de la muerte, por ello le es imposible resucitar muertos, ni hacer de la nada un ser viviente. (3)

Laurent, a su vez, señala que los autores de los trabajos preparatorios del Código Civil Francés, no ignoraban la distinción que hace la doctrina entre los actos nulos y los inexistentes, y en cuanto a la confirmación, explica que en el proyecto de Código detenido por el Consejo de Es-

1. Rojina Villegas. ob. cit. p. 272. Tomo I.

2. Josserand. ob. cit. Tomo I. p. 141.

3. Lutzesco. ob. cit. p. 175.

tado, se decía que la confirmación de un acto "radicalmente nulo", no era válida sino cuando se encontraba en la substancia del acta la mención de nulidad y la intención de repararla; pero aclara que esa mención, "acto radicalmente nulo", era empleada por los autores antiguos para distinguir los contratos que él denomina inexistentes. Aunque el proyecto parecía decir que la confirmación se aplicaría aun en los casos en que no hubiera convenio alguno, piensa que, en realidad, no se concibe la confirmación precisamente en esos casos, puesto que no puede confirmarse la nada. La Sección de Legislación del Tribunalado, pidió que se cambiara la redacción; porque era necesaria una disposición concebida de manera que la línea de separación, estuviera claramente trazada entre las nulidades irreparables y las que pueden repararse. Entonces el Tribunalado entendió como nulidades irreparables, dice Laurent, los casos en que el convenio no existe, y en los que, por consiguiente, no puede haber confirmación. Las obligaciones contraídas por impúberes, por ejemplo, como no eran en ningún caso obligatorias, se les consideró como si jamás hubieran existido. Estima que, como con el término "acto inexistente", se designan los contratos que no tienen ninguna existencia a los ojos de la ley, por ello se puede decir, en cuanto a tales contratos, que la nada no puede confirmarse. Por tanto, la confirmación no recibe aplicación más que en los casos en que, por existir el contrato, la ley concede acción de nulidad; porque donde no lo hay, no puede haber acción de nulidad, ni confirmación consiguientemente. Siguiendo a Jaubert, Laurent expresa que no se puede confirmar sino lo que ha existido realmente, aunque carezca de fuerza por algún vicio. De donde resulta que de ningún modo se pueden confirmar pretendidos convenios a los que la ley no reconoce existencia. Si aquella manda que no puede haber convenio sin objeto o sin causa lícita, es obvio que entonces tampoco puede haber confirmación. Repitiendo igualmente a Mouricault, insiste Laurent en que la confirmación jamás puede revalidar los convenios o contratos a los que la ley no reconoce existencia, como sucede, verbigracia, con aquellos que tienen por objeto una cosa que está fuera del comercio y con los que

-----

no tienen causa o que, si la tienen, es falsa o ilícita. (1)

Sobre el particular, el maestro Rojina Villegas considera que el acto jurídico inexistente, es inconfirmable en cuanto que, en efecto, no puede ser confirmado por ratificación expresa ni tácita. La ratificación en sentido jurídico, explica, se da cuando el acto viciado, por ser reconocido o ratificado por quién goza de la acción, éste renuncia a ella a fin de que se produzcan todos sus efectos desde el momento en que aquel se celebró, no desde la ratificación; porque, indica, si la finalidad fuera que el acto produjera sus efectos a partir de la ratificación, es claro que entonces bastaría con otorgar un nuevo acto; más sin alcanzar éste la utilidad de la convalidación con efectos retroactivos. Cuando celebrado un contrato por un menor, llega éste a su mayoría de edad y consciente de que puede nulificarlo mediante el ejercicio de su acción, sin embargo, renuncia a ésta y lo confirma o ratifica, entonces ese contrato producirá todos sus efectos retroactivamente, o sea, desde la fecha en que fue celebrado, no a partir de la ratificación. Pero no puede haber confirmación tratándose de la inexistencia, dice Rojina, primero, porque no se trata de un vicio, y después, porque no puede ratificarse la nada; mas al no haber confirmación del acto, éste tampoco podrá convalidarse con efectos retroactivos, puesto que si el acto es la nada, sería contrario a la realidad declarar que la nada produjo efectos. De modo, pues, que, en caso de inexistencia, cuando las partes adviertan la ausencia de un elemento esencial, lo único que pueden hacer es celebrar de nuevo el acto; pero incorporándole igualmente el elemento substancial que faltaba.

En relación con la imprescriptibilidad, característica asimismo de la inexistencia, sostiene Rojina que ésta no es susceptible de prescripción, toda vez que el tiempo no puede convalidar lo inexistente, la nada. Porque si el acto no puede producir efectos, si él no existe, si jurídicamente es la nada, entonces el tiempo no puede convertir la nada en acto jurídico. El tiempo podrá hacer que un vicio desaparezca; pero para ello es necesario o indispensable que el acto exista; si éste care-

1. Laurent. ob. cit. Tomo XV. p. 591 a 594.

ce de vida, obviamente el tiempo es totalmente inoperante. Concluye que es consecuencia inevitable de lo explicado, que siempre, en todo tiempo, puede hacerse valer la inexistencia por quién tenga interés. (1)

Igualmente Laurent, comulgando con las ideas expuestas, dice que, tratándose de actos inexistentes, como no hay acción de inexistencia y como no es cuestión de nulidad (recuérdese que en Francia, la prescripción es de diez años para la nulidad relativa y de treinta para la nulidad absoluta), tampoco puede haber o fijarse un plazo para intentarla, ni hay materia para que la prescripción opere, puesto que no es concebible que pueda prescribir una acción que no existe, ni que alguien puede liberarse de obligaciones, ni adquirir derechos que jamás han existido. (2)

-----  
1. Rojina Villegas. Ob. cit. p. 215 y 216. Tomo I.  
2. Laurent. Ob. cit. Tomo XV p. 589.

D. Teoría de Japiot.

La teoría de Japiot, contiene una crítica a la Teoría Clásica Tripartita de las Nulidades, y con ella pretende destruir la clasificación cerrada de nulidad absoluta, nulidad relativa e inexistencia.

Empieza por sostener, en el prefacio de su mencionada obra, que el sistema clásico, al establecer la indicada clasificación, desconoce la complejidad enorme tanto de la vida social, como de las imposibles de predecir consecuencias jurídicas que se originan en las infinitas situaciones que pueden presentarse en relación con el tema, al grado de que, frente a sus inagotables manifestaciones, verdaderamente resultan simplistas las formas que presenta el susodicho sistema, el cual sólo entresaca, de las soluciones del derecho positivo, aquellas que presentando cierta uniformidad, le permite crear los tipos de inexistencia, de nulidad absoluta y de nulidad relativa; pero sin advertir que, además de esos tipos, existe una gran variedad de matices que no es posible agrupar sólo en aquellos.

No comprende el autor por qué han de ser solidarias las características de la nulidad absoluta, es decir, por qué ha de considerarse que, si un acto está afectado de nulidad imprescriptible, por esa sola razón necesariamente debe establecerse que es inconfirmable, así como que puede ejercitarse por toda persona con interés jurídico y que carece de la posibilidad de producir efectos, cuando la jurisprudencia pone de manifiesto que tales características pueden divorciarse, en cuanto que siendo la nulidad absoluta, realmente imprescriptible, puede, no obstante, ser susceptible de confirmación. Lo que revela que las soluciones de la escuela clásica son positivamente creaciones apartadas de la realidad, que conducen al mismo autor al examen de cada caso que puede o no requerir solución especial; examen en el que, dice, deberá tomarse en cuenta: 1. El fin de la nulidad; 2. El medio en que la nulidad se realiza, y 3. Las causas de la nulidad para determinar la naturaleza jurídica de los actos nulos.

### El Fin de la Nulidad.

Sobre el particular, Japiot sostiene que toda nulidad es una sanción; porque el fin que el legislador persigue es sancionar el acto, suprimiéndole efectos en aquellos casos en que presente determinados vicios o en que se otorgue en forma irregular. Por ser acto irregular, el legislador lo sanciona limitando sus efectos, teniendo presente la naturaleza de las normas que han sido violadas. En todo caso de nulidad, se violan ciertas normas jurídicas; pero la violación no puede ser sancionada de manera uniforme, sino atendiendo a la diversidad e importancia de dichas normas y al grado del interés que con ellas se pretende tutelar, ya que una conducta contraria conduce al desconocimiento del fin de referencia.

Se trata, pues, dice Japiot, de ir graduando en cada caso la sanción, justo para lograr el fin que el legislador se propuso. Cuando con el acto se violen normas de interés público, la sanción será radical, puesto que privará al mismo de todo efecto. Es necesario, insiste, estudiar en cada situación la naturaleza de la norma violada, cuáles son los intereses sociales afectados y la importancia de la lesión, porque sólo así podrá determinarse el punto de la escala al que la nulidad debe someterse. Porque siendo tal nulidad, el remedio al que el legislador quiso someter los actos con los que se lesionan los intereses protegidos por la norma, piensa nuestro autor que ese remedio deberá ser acorde con la importancia de los aludidos intereses, es decir, deberá atenderse a la mayor o menor gravedad del mal y de sus causas, para que en cada caso se aplique la adecuada mayor o menor sanción. Según Japiot, la escuela clásica ha formado grupos de normas que, en realidad, se reducen a sólo dos categorías: normas en que hay un interés público o social, que son aquellas que se enuncian en forma imperativa o prohibitiva, cuya violación debe sancionarse con la nulidad absoluta, o normas (segunda categoría) que sólo protegen un interés particular, o sea, el de alguno de los intervinientes en el acto jurídico, cuya violación debe sancionarse con la nulidad relativa.

Eso, según Japiot, es desconocer la complejidad enorme de la vida jurídica en la que hay un conjunto de intereses en tal forma ligados, que no es posible, en ocasiones, separar el interés público del particular; porque resolver el problema tan complejo hablando sólo de dos clases de nulidades y de dos clases de normas jurídicas, es dejar fuera una rica y variada multitud de actos nulos que no encajan en dicho planteamiento.

#### El Medio.

Además, considera que no basta con estudiar sólo el fin, que proporciona un criterio exclusivamente teórico, para resolver el problema. Sostiene que asimismo es necesario atender al "medio" en que la nulidad se presenta, como cuestión de no menos importancia; porque los actos nulos no siempre se realizan en el mismo medio. Señala, en efecto, que una misma categoría de actos nulos, lo mismo puede afectar a ciertas o determinadas personas, como a un conjunto de sujetos, y para aplicar la sanción adecuada, hay que examinar cuidadosamente en cada caso de nulidad, los intereses en conflicto y el daño que se causa a las partes o a los terceros, esto es, verificar las complejas circunstancias que permitan decidir, según la realidad del medio o escenario que gobierna cada caso de nulidad, si la acción aprovecha sólo a las partes o a terceros, si ella es prescriptible o imprescriptible, si el acto debe producir todos sus efectos o sólo parte, o si debe quedar privado de ellos.

No es posible, piensa Japiot, desconocer, desde el punto de vista práctico, las repercusiones de los actos nulos. Aparentemente un acto es válido, cuando se ha expresado una voluntad y se ha recurrido a la forma legal; pero ese acto, puede padecer un vicio interno, y afectar a terceros que lo toman en cuenta como si fuera válido; movidos éstos por esa creencia errónea, celebran determinado contrato; mas tales terceros, que han ligado sus intereses engañados por aquella eficacia aparente del acto, no pueden ni deben quedar sin protección. Si se soluciona el caso, dice, estableciendo que la nulidad es relativa, los terceros interesados jurídicamente en ella, quedarán desarmados por cuanto que la acción sólo compete a alguna de las partes contratantes, y ante

tales escollos, piensa que lo mejor es armonizar el conjunto de intereses en conflicto, o sea, entenderse que el legislador no va a establecer una sanción atendiendo simplemente a que la causa de la nulidad sea un vicio de la voluntad, un defecto en la forma o una violación de normas prohibitivas, sino que debe tomarse en cuenta, independientemente de la causa, todo el conjunto de complicaciones que ha originado el acto, esto es, debe buscarse un equilibrio de los intereses en presencia y concederse la acción a las personas realmente afectadas; además de que debe graduarse la sanción según la naturaleza de la norma violada y la gravedad de la lesión que se produce.

#### Causas de la Nulidad.

En seguida, estudia Japiot las causas de la nulidad. Refiere que la escuela clásica nos habla de inexistencia, de nulidad absoluta y de nulidad relativa, a cada una de las cuales señala causas diversas: así, en la inexistencia, se dice que es la falta de un elemento esencial; en la nulidad absoluta, que su causa es la violación de una norma de interés público, y en la relativa, que lo es la incapacidad, los vicios de la voluntad o la falta de forma. Pero piensa el autor que, en rigor, no existe una razón para separar las causas de la nulidad absoluta, de las de la relativa; porque determinar si en un momento dado se trata de una violación de normas de interés público o si se afectan sólo intereses particulares determinados, es uno de los problemas más difíciles del derecho, en tanto que, como la protección de un interés particular, también puede enunciarse bajo la forma prohibitiva o imperativa, resulta entonces que la violación será de normas de interés público, por ser ellas prohibitivas o imperativas, aunque por su contenido se trate sólo de intereses particulares, mientras que en otras ocasiones, podrá estarse en presencia de intereses de indudable carácter público, a pesar de lo cual no se verá que se encuentren protegidos por normas prohibitivas o imperativas. En efecto, se advierte que en el Código Civil hay reglas enunciadas en forma prohibitiva, como la que prohíbe que el tutor adquiera bienes de su pupilo; norma prohibitiva que no tiene más propósito de proteger al pupilo; como la norma que prohíbe toda transacción sobre una herencia antes de abrirse el testamento

que siendo igualmente prohibitiva, su objeto es proteger los intereses particulares de los herederos, o como, entre muchas otras, la que prohíbe al copropietario vender su derecho sin notificar a los otros copropietarios, a fin de que ejerciten su derecho del tanto; pero nuevamente la norma, aunque prohibitiva, lo cierto es que no protege ningún interés general, sino sólo el del copropietario que debe ser preferido en la adquisición del derecho que se vende. En todos estos ejemplos, según Japiot, por estarse en presencia de normas prohibitivas, su violación debería ser sancionada con la nulidad absoluta; la acción debería poderse invocar por todo interesado, y a pesar de que las partes interesadas ratificaran el acto, la nulidad, por ser absoluta, subsistiría, ya que el acto no sería susceptible de convalidarse por ratificación; pero no se explica por qué, dice nuestro autor, si el copropietario ratifica la venta que hizo el otro copropietario, con violación del derecho del tanto, a pesar de ello deba la nulidad subsistir, no obstante que el único interés violado es el particular del copropietario. Y por todo lo explicado concluye que no es posible establecer, en cuanto a las causas de nulidad, criterio tan simplista. Si de la nulidad absoluta se trata, ella no debe determinarse exclusivamente porque la violación sea de una norma prohibitiva o imperativa, ni tampoco deberá atenderse exclusivamente al contenido de la norma, ya que, insiste, hay ocasiones en que la violación de intereses privados, presenta las características de la nulidad absoluta, y otras en que la violación de intereses públicos, no presentan todas las características de la nulidad absoluta. En la venta de cosa ajena, por ejemplo, es manifiesto que se violan normas de interés público y, sin embargo, no se sanciona con la nulidad absoluta, porque puede ratificarse esa venta si es que el que vendió la cosa ajena, adquiere después la cosa vendida. Aquí, por no depender la nulidad simplemente del contenido de la norma jurídica, que indiscutiblemente es de orden público, por razones poderosas de orden práctico y por no presentarse todas las características de la nulidad absoluta, se está en presencia de una nulidad relativa.

Precisamente por todo lo explicado, propone Japiot que se aban

done el criterio de clasificar las nulidades atendiendo a sus causas.

Mientras que la escuela clásica empezaba por estudiar las causas de la nulidad, con el objeto de poder clasificarla en absoluta o relativa, Japiot propone prescindir de las causas, y atendiendo a sus variadas y complejas características, determinar en cada caso si la acción es prescriptible, esto es, olvidándose de la causa y de si la nulidad es absoluta o relativa, debe sólo determinarse el mayor o menor grado de ineficacia del acto, atendiendo al propósito del legislador que aparezca del contenido de la ley.

#### Naturaleza de la Nulidad.

En relación con la naturaleza de la nulidad, Japiot hace notar que la doctrina clásica ha hablado de la nulidad como un estado del acto, es decir, ha entendido que hay actos nulos como hay actos solemnes, simplemente formales o de última voluntad, o sea, que piensa en la nulidad como si fuera un estado perfectamente determinado y constante de ciertos actos, cuando en realidad lo que hay, dice, son actos nulos que producen ciertos efectos o que no producen ninguno, o que producen casi todos los efectos de los actos válidos; razón por la que no se puede hablar de un estado de nulidad perfectamente determinado, como sí podemos hablar de actos solemnes o de última voluntad, los cuales ciertamente presentan características permanentes y uniformes; características que permiten, verbigracia, distinguir el testamento como acto de última voluntad, del contrato ejecutado durante la vida de la persona, para producir efectos durante la misma.

La escuela Clásica piensa, en cuanto al acto nulo, que es un estado perfectamente definido del acto jurídico, que se puede diferenciar del acto válido, el cual, a su vez, forma otra categoría jurídica permanente, con características propias; pero eso, en rigor (según Japiot), no se presenta en la vida real, ya que, lo que se da, es el acto con un mayor o menor número de efectos, es decir, con una mayor o menor eficacia o ineficacia. Debe, entonces, substituirse la "nulidad" por la "ineficacia", porque la ineficacia sí puede ser total, parcial o de poca importancia.

Propone, por consiguiente, que la nulidad se conciba como un derecho de crítica sobre los efectos del acto; que se piense en ella simplemente como una situación jurídica en la que se van a valorar, criticar y establecer un mayor o menor número de efectos en un acto jurídico, y que de antemano se rechace la idea de que el acto nulo es un acto "privado de efectos", porque eso no es cierto, toda vez que el acto nulo puede tener, en ocasiones, gran número de consecuencias jurídicas. La ejecución del acto nulo, en efecto, generalmente produce una serie de importantes consecuencias que el derecho tiene que reconocer. Luego de nulidad no debe resolverse atendiendo sólo al momento en que el acto se celebra, sino teniendo presentes las consecuencias que derivan de su ejecución. La compraventa es nula por haberse celebrado por un incapaz o por falta de forma, o bien porque se violó una disposición de orden público; pero en esa compraventa, se entrega la cosa por el vendedor al comprador y éste la consume o la transforma o la vende a tercero, o bien la demerita. Es obvio que el derecho no puede desconocer las consecuencias de esa venta ejecutada. Decir simplemente que las cosas se restituyan a su estado anterior, devolviéndose el objeto del contrato y el precio, es desconocer los resultados de hecho cuando la cosa se ha demeritado, se ha transformado, se ha consumido o se ha vendido a tercero.

La escuela clásica, piensa el autor, da una solución muy simple cuando dice que debe restituirse las cosas a su estado primitivo; porque manifiestamente no siempre es posible que las cosas regresen a su situación anterior. Hay en esa compraventa nula ejecutada, una serie de efectos que deben reglamentarse. Propone Japiot, que se hable de ineficacia del acto nulo; ineficacia que será mayor o menor, según haya sido el grado o tipo de la ejecución. La ineficacia debe, pues, graduarse, atendiendo a los intereses en conflicto y a las circunstancias y complicaciones que hayan rodeado al acto.

En consecuencia, deberá quedar al arbitrio del juez, de acuerdo con el derecho, determinar el grado mayor o menor de la ineficiencia, atendiendo a si los actos nulos se han o no ejecutado. ¿Qué hacer, pregunta, cuándo una sociedad es nula, si gran número de personas han contratado

con la sociedad? ¿Qué hacer si esos terceros contratantes han adquirido bienes, derechos y obligaciones? Resolver ese caso de nulidad, diciendo que todos los actos ejecutados por la sociedad son nulos y que, por no producir efectos, deben restituirse las cosas a su estado primitivo, es violar gran número de intereses en presencia. Lo cierto es que debe admitirse, según Japiot, que la ineficacia tendrá que ser muy reducida, a fin de respetar los derechos adquiridos por los terceros de buena fe, aunque la sociedad sea nula para los socios, es decir, que sólo a éstos afectará la ineficacia; mas no a los terceros de referencia.

Por el camino arriba explicado, llega Japiot a la siguiente CONCLUSION: "Todo concurre, por lo tanto, a descartar el procedimiento de "soluciones en block practicado por la doctrina clásica; todo concurre a "recomendar una teoría más especializada; esta especialidad, aunque a pri "mera vista parezca paradójal, es en cierta manera el rescate de la gene "ralidad de nuestra teoría, porque ella se impone por la extensión misma "de los intereses que queremos tener en cuenta; para establecer esta teoría "más especializada, un sólo procedimiento es posible: el de dar soluciones "distintas para cada cuestión". (1)

---

1. Rojina Villegas, ob. cit. Tomo I, p. 226 a 236 y Raúl Ortiz Urquidí, ob. cit. p. 548 a 550.

E. Tesis de Pidelievre.

En relación con el tema de la tesis de Japiot, otro autor francés, M. Pidelievre, estudia también la nulidad, con crítica no menos importante y aguda a las soluciones que sobre la materia propone la escuela clásica, para llegar, a su vez, a conclusiones de gran interés jurídico, según habrá de verse a continuación:

El autor empieza por hacer un análisis del principio romano "quod nullum est, nullum proderit effectum" (lo que es nulo no produce efectos), y estima que ese principio, que se ha hecho clásico, deja de ser exacto en las siguientes hipótesis:

1. En el acto afectado de nulidad que, aunque no produce efectos principales, produce, sin embargo, ciertos efectos secundarios, como sucede con el documento auténtico que, siendo nulo como tal, vale como escrito privado.

2. En los actos nulos que, produciendo todos sus efectos durante cierto tiempo, algunos de ellos subsisten aunque los demás se vean destruidos por una sentencia judicial; fenómeno que puede observarse, verbigracia, en los matrimonios nulos, máxime si hubo hijos y en las sociedades de hecho.

3. En actos nulos que de inmediato producen todos sus efectos, como en ocasiones sucede en los celebrados por los herederos aparentes.

4. En todos aquellos actos que, siendo nulos, presentan la imposibilidad material de destruir todos sus efectos, como es el caso del arrendamiento declarado nulo en el que, pudiendo devolverse las rentas, resulta imposible, en cambio, la restitución del uso disfrutado del inmueble materia del alquiler.

En vista de lo expuesto, el autor propone un criterio general, consistente en el examen del conjunto de circunstancias favorables para que los actos nulos produzcan la mayor parte de sus efectos, y realiza un ensayo de sistematización de las nulidades, como esfuerzo principal de su obra. (1)

1. Gutiérrez y González. ob. cit. p. 146 a 148.

En efecto, Piedeleve pone de relieve que, el hecho de que un acto sea inexistente o nulo, no le impide producir ciertos efectos. Sin embargo, buscando cual sea la base mínima necesaria para que de un acto nulo subsista alguna cosa, el mismo admite que no puede lograrse un criterio muy preciso, y entonces habla de una simple tendencia de espíritu, explicando que ahí donde, a pesar de la nulidad, queda algo más que la nada, el fenómeno obedece a la imposibilidad, en múltiples situaciones, de que desaparezcan todas las consecuencias dadas del acto nulo. Piensa Piedeleve, que el medio más propicio para que se conserven algunos de los efectos realizados del acto nulo, se encuentra ahí donde hay decadencia del formalismo, en donde el principio de la autonomía de la voluntad tiene gran aceptación, en donde se admite que el acto puede ser complejo por naturaleza y en donde se considera que la nulidad se dirige no contra el acto mismo, sino contra sus consecuencias. Después de examinar si los resultados del acto, que sobreviven a la nulidad, deben ser considerados como consecuencias jurídicas o de hecho, concluye que realmente el fundamento general de los efectos producidos por los actos nulos, no es único, ya que en ello puede influir, para ejemplificar, la buena fe, la idea de responsabilidad, la de apariencia, etcétera, etcétera. (1)

-----  
1. Borja Soriano. ob. cit. p. 144 a 146. Tomo I.

F. Teoría de Bonnecase.

De acuerdo con el pensamiento de Bonnecase, sobre el punto que me ocupa, únicamente debe hablarse de inexistencia y de nulidad, como dos nociones que dominan la materia. Su examen lo enfoca desde el punto de vista orgánico, esto es, atendiendo a la naturaleza de las cosas. Rechaza el error de ciertos partidarios de la doctrina clásica, que identifican la inexistencia con la nulidad absoluta. Sostiene que el acto jurídico es inexistente, cuando le falta uno o varios de sus elementos orgánicos o específicos; elementos que son, unos de orden psicológico y otros de orden material, puesto que en la base del acto jurídico se encuentra: primero, una manifestación de voluntad; segundo, un objeto, y tercero, según los casos, un elemento formalista; pero mientras que el primero de esos elementos es psicológico; los otros dos, en cambio, son materiales. Cuando falta cualquiera de ellos, el acto es inexistente, porque está desprovisto de un elemento orgánico o específico. En cuanto a la forma solemne, señala que no es, por naturaleza, un elemento esencial del acto jurídico, aunque puede ser elevada a esa dignidad por el juego "de la técnica jurídica, cuida de adaptar el acto jurídico a su fin". Sostiene como regla que excluye toda excepción, que el acto jurídico inexistente no engendra, como tal, ningún efecto cualquiera que sea, no es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción, pues siendo el acto inexistente, símbolo de la nada, se comprende que no puede ser objeto de una confirmación, ni puede haber beneficiario de una prescripción extintiva que haga desaparecer, con el tiempo, el vicio que afecta al acto. Por consiguiente, todo interesado tiene derecho de prevalerse de la inexistencia de un acto jurídico; además de que no hay por qué preocuparse de llevar ese acto ante los tribunales, para obtener de cualquier manera su condenación, puesto que no se condena la nada; mas si de manera eventual el acto inexistente es invocado en juicio, el juez no puede sino registrar su inexistencia, y naturalmente no es lógico que ella se demande por vía de acción, aunque no hay obstáculo para que se oponga únicamente por vía de excepción.

Explica Bonnecase que, al enunciar el alcance práctico de la

noción de inexistencia y al llevarla a la ausencia rigurosa de todo efecto jurídico, ha tenido cuidado de precisar que el acto jurídico inexistente está en la imposibilidad absoluta de engendrar, como acto jurídico, una consecuencia cualquiera; pero se cuida de sostener que hechos materiales a los que se rehusa la clasificación de actos jurídicos, no puedan producir efectos de derecho. Quien vende, por ejemplo, una casa después de que ésta ha sido destruida por un incendio, no celebra un contrato de venta, es decir, ese contrato es realmente un acto jurídico inexistente por falta de objeto; mas si por la venta de la casa destruida, el vendedor causa perjuicio al comprador, consistentes en los que se originan por haberse impedido a éste adquirir otra casa que se le ofrecía, aquel es responsable, como consecuencia de sus manejos materiales, ante su pretendido comprador, y nadie pretenderá, dice, que esos daños sean la secuela de un acto jurídico, no obstante que algunos autores sostengan lo contrario. Hace hincapié en que, mientras que el acto jurídico inexistente nunca es susceptible de engendrar, como acto jurídico, efecto de derecho de tipo alguno, sucede de otra manera con el acto nulo, aun con el atacado de nulidad absoluta, por la buena y sola razón de que ese acto es una realidad mientras no ha sido destruido por una decisión judicial.

Bonnecase, coincidiendo con M. Cohendy, al referirse a la doctrina clásica, cuyo pensamiento hace suyo, advierte que la noción de inexistencia de los actos jurídicos no está en manera alguna ligada a la consagración expresa de ésta en los textos del Código Civil, pues es una noción que domina tales textos más bien que estarles subordinada; y refiriéndose a la nulidad, señala que desde el momento en que ésta ha nacido a la vida jurídica, se ve que el acto afectado, por imperfecto que sea, realiza, en tanto no es destruido, la función de un acto regular; porque aunque en seguida se anule por una decisión judicial, no es menos cierto que constituyó, en la vida social, un centro jurídico alrededor del cual pudieron ligarse múltiples intereses. Nada exige que sea de su esencia que, al desaparecer el acto nulo, todo muera en él, ni que la retroactividad esté ligada de modo absoluto a la noción clásica de nulidad; porque la estabilidad social, unida a la existencia temporal del acto, dispone que el equilibrio de los intereses sea salvaguardado; lo que muchas veces no se obtendrá sino median

el mantenimiento de los efectos del acto anulado (véase nuestro artículo 2226 del Código Civil en vigor); fenómeno que se explica con la idea de que la nulidad de un acto, no impide su existencia.

La nulidad del acto se reconoce en que, uno de sus elementos orgánicos (voluntad, objeto o forma), se ha realizado imperfectamente, o también en que el fin que perseguían sus autores, sea directa o expresamente condenado por la ley o bien implícitamente prohibido por ella, por contraria al buen orden social. Los dos aspectos que el acto nulo es susceptible de presentar, desde el punto de vista orgánico, consisten, bien en un vicio interno de conformación de sus elementos constitutivos, o bien encuentra su origen fuera del acto, en el medio social que reacciona sobre él y entonces es externa; pero en ambas hipótesis, la nulidad se separa de la manera más radical y absoluta, de la inexistencia. Los adversarios de la doctrina clásica han desconocido la realidad de las cosas, negando la inexistencia directamente o tratando de absorberla, dice, en la noción de nulidad.

El autor pondera a Solón, cuando este sostiene la idea, tan frecuentemente olvidada por los civilistas, de que toda nulidad se inspira en el interés general y tiene por fin protegerlo. Observa que la doctrina clásica concede una importancia capital a la distinción entre las nulidades absolutas y nulidades relativas. Por oposición a la nulidad relativa, la nulidad absoluta descansa en la violación de una regla de orden público; priva al acto de todo efecto; puede invocarse por cualquier interesado, y no es susceptible de desaparecer ni por confirmación ni por prescripción; pero ambas nulidades coinciden en que, una vez pronunciadas por el juez, el acto es integral y retroactivamente destruido. Participa de la opinión de que, la distinción entre la nulidad absoluta y la relativa, de ninguna manera debe ser abandonada, porque reposa en el estado actual de la técnica jurídica que, además, traduce la realidad de las cosas. Hay que precisar, sin embargo, el alcance de esta distinción, porque sin razón se ha ligado demasiado la nulidad relativa a la limitación de las personas que pueden prevalerse de ella, así como a la violación de las reglas sobre la incapacidad de las personas y los vicios del consentimiento. La noción de nulidad relativa, dice, es mucho más extensa, porque en tanto que la nuli-

dad absoluta puede ser invocada por todos los interesados; no desaparece ni por la confirmación ni por la prescripción, y una vez pronunciada por sentencia, no deja ningún efecto detrás de ella, es consecuencia forzosa de lo dicho, que sea nulidad relativa toda aquella que no corresponda rigurosamente a la noción de la nulidad absoluta así enunciada; punto de partida que, en ocasiones, conducirá a colocar en la categoría de las nulidades relativas, nulidades que habían sido clasificadas tradicionalmente entre las nulidades absolutas; pero con la consecuencia positiva de que de esta manera podrá evitarse especialmente una contradicción cierta o una explicación arbitraria.

Explica que la distinción de la nulidad absoluta, de la relativa, conduce a poner fin a discusiones sobre todo doctrinales, que se han suscitado en relación con los efectos que sobreviven a la anulación de un acto y respecto de la conciliación de sus efectos, con la regla "Quod nullum est, nullum producit effectum".

Bonnecase considera que, en oposición a la noción de inexistencia, la nulidad resulta de la voluntad del legislador, inspirado en las necesidades y las aspiraciones del medio social, que le conducen a fijarle sus límites. La fórmula "Quod nullum est, nullum producit effectum", la interpreta estableciendo que el acto nulo está destinado a ser condenado un día u otro por una decisión judicial que, de acuerdo con la ley, precisará el grado de su ineficacia, especialmente si la nulidad es absoluta o relativa (en el sentido en que el autor las ha definido) y, en esta última hipótesis, qué personas pueden prevalerse de ella; condiciones de la confirmación posible; duración de la prescripción, y finalmente, consecuencias destinadas a subsistir a pesar de la anulación. (1)

-----

1. Borja Soriano. ob. cit. p. 146 a 152. Tomo I.

G. Crítica a la Teoría de la Inexistencia.

Existen, además de las críticas antes mencionadas a la teoría de la inexistencia, otras de autores no menos reconocidos como Planiol y Ripert, quienes expresan que los rasgos característicos de la inexistencia, según los tratadistas que la admiten, son, como hemos visto: 1. La innecesariedad de toda declaración judicial; 2. Cualquiera persona puede hacerla valer; 3. El acto inexistente no produce ninguna clase de efectos; 4. Es imposible su confirmación, y 5. Ninguna prescripción puede extinguir el vicio original. Los mencionados autores sostienen, sin embargo, que aun cuando varias sentencias han empleado la expresión "acto inexistente" y aun cuando alguna ha sostenido la distinción entre la inexistencia y la nulidad, es indiscutible que la jurisprudencia francesa no acepta la figura con las consecuencias arriba expuestas. Afirman que la jurisprudencia la rechaza, sobre todo en materia de matrimonio, o sea, precisamente en el área que, en el siglo XIX, la hizo surgir.

Advierten que diversas sentencias han hablado expresamente de "actos inexistentes" o han empleado expresiones análogas, refiriéndose tales fallos a ofertas rechazadas por la persona que podía aceptarlas o a obligaciones de sociedades que no llegaron a emitirse ni a ponerse en circulación normalmente; mas, sin embargo, la jurisprudencia admite, para esos casos, la prescripción de la acción de nulidad. No obstante la lógica aparente de la teoría de los actos jurídicos inexistentes, en realidad, dicen, poca cosa puede aprovecharse de ella; especialmente critican la tendencia a considerar a numerosos casos de nulidad, como casos de inexistencia, y también censuran que se trate de absorber en la inexistencia, todos los casos de nulidad absoluta.

La hipótesis más favorable para considerar que nada existe, in dican, es el de ausencia del consentimiento, pues hacen notar que una oferta no aceptada o una falsedad, no producen para el destinatario o para la persona cuya escritura hubiera sido imitada, ninguna obligación, porque ni siquiera puede hablarse de acto jurídico inexistente, pues no hay acto de

ningún género. Explican, sin embargo, que aun en esos casos puede originarse una responsabilidad, que será equivalente en sus efectos a la obligación contractual. Tal sucede, verbigracia, cuando el destinatario de la oferta está obligado a dar una respuesta negativa, y cuando la falsedad ha sido posible por negligencia de la persona cuya escritura ha sido imitada o cuando se trata de un título de crédito que ha ido a parar a manos de un tercero de buena fe.

Los autores de referencia sostienen que no cabe hablar de inexistencia, cuando la obligación es contraída por una persona en estado de demencia; porque prácticamente la apreciación de la demencia exige, al igual que la de los vicios del consentimiento, de un análisis de las circunstancias de hecho, en tanto que, por lo general, el demente está sólo en parte privado de su lucidez, sumado a que racionalmente el consentimiento real falta también en los casos de error, violencia y dolo, que se sancionan con la nulidad relativa.

En lo tocante a la falta de objeto, advierten que de las cuestiones que origina, resulta que existe ya el consentimiento y que lo mismo sucede en la ausencia de la causa. Emergen en uno y otro caso, cuestiones de responsabilidad y de riesgo de carácter contractual.

En cuanto a la ausencia de un elemento esencial, aceptando que exista el consentimiento, tampoco se trata de inexistencia, puesto que, verbigracia, una venta sin precio o sin cosa vendida, puede valer como donación; y si en un contrato calificado como compraventa, de sus condiciones resulta que el vendedor conserva la propiedad de la cosa, obviamente el acto no rechaza que pueda valer como arrendamiento; aparte de que, aun cuando el acto no reúna las condiciones de ningún contrato válido, aun entonces, si se da el consentimiento, tampoco puede pretenderse que nada existe.

En lo que mira a la ausencia de la forma solemne, hacen notar que su falta absoluta, evidencia un vicio en la constitución de aquellos actos que la requieren, y que se concibe que todo interesado pueda desconocerlos y que nadie pueda alegarlos en ningún sentido. De ahí que señalan que el pretendido matrimonio en que no se hubiesen observado las solemnidades exigidas por la ley, no sea más que una unión libre; pero que de todos modos no puede decirse que nada exista, toda vez que puede constituir

una promesa de matrimonio susceptible de producir efectos o surtir aquellos que corresponden al matrimonio putativo. (1)

Al respecto, los defensores en México de la inexistencia, sostienen que cuando faltan las formalidades esenciales al matrimonio, el acto no existe. Se apoyan en que el artículo 2249 de nuestro Código vigente, establece que "La nulidad que se funda en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio"; porque si la ley expresa que en ese caso "no hay matrimonio", ello quiere decir que éste es inexistente.

Considero oportuno hacer notar que el artículo se refiere a formalidades necesarias para la validez del matrimonio, no a formalidades necesarias para la existencia del mismo. Por tanto, si alude a validez y al principio habla, además, de "la nulidad que se funda en la falta de formalidades esenciales", ello conduce a entender que el matrimonio existe; pero que si no se observan las mencionadas formalidades, no será válido, es decir, será nulo, afectado de nulidad absoluta, ya que el Ministerio Público, como representante de la sociedad o cualquier interesado, podrán pedir que se declare dicha nulidad. Creo que ni siquiera en el caso del "matrimonio" que se celebra ante persona que no es Juez del Registro Civil, ante un Notario, por ejemplo, ni aún así se está frente a una verdadera inexistencia, ya que la nada, nada puede producir, y ese acto puede producir, mientras dure, los efectos del matrimonio putativo respecto del cónyuge inocente (o de ambos, si ambos actuaron de buena fe). Colin y Capitant, exponen que, para que exista el matrimonio putativo, se requiere únicamente que los dos esposos o que uno de ellos, ignore la causa de la invalidez del matrimonio, es decir, que se crean válidamente casados. En consecuencia: 1. Es indiferente la naturaleza del error cometido (puede ser de hecho o de derecho); 2. Tampoco importa la gravedad del vicio que afecte al matrimonio, y ~~añaden~~ que desde el momento en que existe buena fe entre los esposos, su unión, aunque en derecho sea sólo aparente, produce en el pa-

1. Planiol y Ripert. ob. cit. Tomo VI. p. 397 a 402.

sado todos los efectos de un verdadero matrimonio, y 3. Para que exista el matrimonio putativo, debe existir buena fe en el momento en que otorgan los esposos su consentimiento, es decir, en el momento de la celebración del matrimonio, no importa que se descubra más tarde la causa de nulidad que le afecta; en el concepto de que, como la buena fe se presume siempre, es claro que la persona que alega la mala fe, debe probarla.

En cuanto a los efectos del matrimonio putativo, éste produce, según los autores susodichos, todos los efectos de un matrimonio válido, cuando los esposos han obrado con buena fe. Pero si sólo uno de ellos ha obrado con buena fe, entonces a él beneficiarán los efectos del tal matrimonio, en tanto que el otro carece del favor de la ley. En lo concerniente a los hijos, se les considera legítimos aunque sólo uno de los cónyuges haya obrado con buena fe; pero respecto a los nacidos antes del matrimonio, expresan que en la actualidad se admite corrientemente que, entre otras consecuencias, el matrimonio putativo contempla la que consiste en la legitimación de los hijos. (1)

El matrimonio putativo producirá sus efectos en todo tiempo respecto de los hijos, aun después de la declaración de nulidad (artículos 255 y 256 del Código en vigor).

Otra consecuencia que traería consigo un matrimonio celebrado ante Notario, verbigracia, sería que los hijos nacidos de esa unión, podrían tener la posesión de estado de hijo de matrimonio, si se llenaran los requisitos de nomen, tractatus y fama, en los términos de los artículos 341, 342, 343, 352, 353 y 384 del Código en vigor, naturalmente con las consecuencias que esa figura jurídica conlleva. La posesión de estado (estima nuestra H. Suprema Corte de Justicia, en su ejecutoria que recayó en el amparo promovido por Dosal de Bada Dominga Matilde, cuyo resumen aparece publicado en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo CXXV, página 1891), requiere de la prueba de tres elementos: Nomen, que es llevar de hecho el nombre de la persona a quién se reclama el reconocimiento de la filiación, Tractatus, que significa haber sido tratado de hecho, en el círculo familiar, como titular jurídico del estado que se reivindica. Y

1. Colin y Capitant. ob. cit. Tomo I. p. 407 a 410.

fama, que consiste en ser considerado por el público, en su medio social, con derecho a ese estado. La propia Corte, en su diversa ejecutoria que recayó en el amparo directo 3539/52/1<sup>a</sup>, seguido por Elizalde Arrieta Eulalia Priscilia y coag., publicada en el propio Semanario, Quinta Epoca, Tomo.CXIX, página 1353, estableció que la posesión de estado de hijo de matrimonio es, un derecho que no puede desconocerse ni perderse, sino mediante sentencia que cause ejecutoria. Lo que significa que, para privar a alguien de su posesión de estado, es menester acudir a las formas tutelares de un juicio, darle la oportunidad de defensa en dicho juicio y obtener, al fin, la sentencia de fondo que decida sobre el tema planteado, puesto que nadie puede ser privado de sus derechos sino mediante juicio seguido ante el tribunal competente y observando las formalidades esenciales del procedimiento.

Puede acontecer, pues, que se tenga la posesión de estado de hijo nacido de matrimonio: porque es llenaran los requisitos de nomen, tractatus y fama, en los términos que arriba se explica e inclusive porque ambos padres acudieran al Registro Civil con el menor, a registrarlo como hijo de matrimonio, lográndolo porque bien o mal el Oficial haya procedido al asentamiento de tal circunstancia en el acta de nacimiento. De suerte que, aunque los padres hubieran acudido ante Notario a celebrar su matrimonio y dicho Notario hubiera levantado la ceremonia en acta notarial, a pesar de los defectos notorios de semejante acta (artículo 341), si los padres o el hijo cumplen los requisitos para justificar que éste tiene la posesión de estado de hijo de matrimonio, es claro que el derecho que deriva de tal posesión, no puede ser privado sin previo juicio. Lo que revela que el matrimonio así celebrado, es mucho más que la nada; porque él dio origen a que los padres se dieran siempre, en su medio social, el trato de marido y esposa; porque éstos inscribieron a su hijo en el Registro Civil como hijo de matrimonio; porque el hijo ha llevado sin interrupción el apellido de sus padres; porque él siempre ha recibido en el hogar y ante la sociedad, el trato de hijo de matrimonio; porque como tal ha sido reconocido constantemente en su ambiente social, inclusive en la escuela, y

porque , en fin, todo ello es bastante para probar su filiación de hijo de matrimonio, según se desprende del conjunto (y del sentido) de los artículos arriba invocados,

Aún más, la Suprema Corte ha sostenido que, si se acredita en juicio la posesión de estado de hijo de matrimonio, en la alzada no puede privarse, a quién la tiene, de esa posesión, sirviéndose el tribunal revisor de la insostenible base de que no se acreditó en autos la existencia del acta de nacimiento del afectado, ni la del matrimonio de sus padres. Por tanto, inclusive aunque no exista el acta de matrimonio de sus padres, los hijos que hayan tenido la posesión de estado de hijo de matrimonio, no la perderán por el sólo hecho de que se declare inexistente el matrimonio de sus padres. Luego ese llamado matrimonio "inexistente", no sólo puede dar origen, llenando los requisitos señalados, a la posesión de estado de hijo nacido de matrimonio, sino que, además, la simple declaración judicial de inexistencia, mediante un fallo, del matrimonio, no destruye ese efecto una vez producido.

Como se ha visto, el matrimonio es un acto solemne, que debe celebrarse ante un Oficial del Registro Civil, quién dará fe, asentando su firma en el acta, de que realmente ese matrimonio se celebró en su presencia. Siguiendo la estructura lógica de la inexistencia, resultaría que aquellos matrimonios en que el Oficial del Registro Civil, olvida firmar el acta, son inexistentes por faltar un requisito esencial. Sin embargo, nuestra l. Suprema Corte de Justicia, en su diversa ejecutoria que resolvió el Amparo Directo 4231/53/1.<sup>a</sup>, intentado por José Guadalupe Razo, refiriéndose al tema, con acierto grande estimó: "No es nula el acta de matrimonio en la que falte la firma del Encargado del Registro Civil, si tienen los interesados la posesión de estado de conyuges". (Síntesis de la ejecutoria publicada en el Suplemento del Semanario Judicial de 1956, página 322).

Considero oportuno hacer notar la grave contradicción que existe entre los artículos 249 y 250 del Código en vigor: porque el primero, sostiene "La nulidad que se funde en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio puede alegarse por los conyuges y por cualquiera

"que tenga interés en probar que no hay matrimonio"; en tanto que el 250, dice: "No se admitirá la demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el Juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial". Como puede verse, el 250 contradice abiertamente al 249 y a la teoría de la inexistencia, puesto que la falta de solemnidad debiera producir precisamente la inexistencia y ésta, como se ha visto, no debiera convalidarse en forma alguna; mas el artículo 250 considera válidos ("no se admitirá demanda de nulidad") a los matrimonios a los que falta una solemnidad tan importante como la firma del Oficial del Registro Civil, siempre que a la existencia del acta, se una la posesión de estado matrimonial.

Por consiguiente, ni aun en los casos como los expuestos, en que existe grave violación de la solemnidad, se está en presencia de la nada, puesto que los actos así celebrados puede producir efectos sumamente importantes, que inclusive pueden considerarse válidos, cumplidas ciertas condiciones.

Planiol y Ripert, manifiestan, al respecto que, si la falta de alguna de las formalidades esenciales (solemnidades) viciara al acto con la inexistencia, entonces, lógicamente cualquiera de los integrantes de la pareja podría, sin necesidad de declaración del juez, contraer matrimonio con un tercero, puesto que un matrimonio que no existe equivale a ser soltero; solución en la que resulta manifiesto el peligro social que ella implica. (1)

Colin y Capitant, advierten, a su vez, que al menos teóricamente, la inexistencia de un acto jurídico es distinta de la nulidad absoluta; pero, no obstante, ellos no creen en que la distinción aludida tenga gran utilidad, porque:

Prácticamente la inexistencia de un acto jurídico, lo mismo que la nulidad absoluta, no dispensa de la intervención judicial, por poco que se haya ejecutado el acto inexistente, si se quiere volver a colocar las cosas en el estado anterior en que se encontraban. Explican que si se considera más de cerca la línea divisoria que separa la inexistencia de la nu-

1. Planiol y Ripert. ob. cit. Tomo VI, p. 400 y 401.

lidad, se observa que ella racionalmente se reduce a un simple matiz. Si la teoría de la inexistencia fuera exacta, las hipótesis en las cuales debiera recibir las más lógicas y prácticas aplicaciones, serían aquellas en las cuales un acto se ha realizado materialmente; pero sin manifestación alguna de voluntad consciente, como sucede con los actos de los locos, que se realizan, verbigracia, durante algún acceso de delirio mórbido o con los actos de menores de corta edad. La propia legislación francesa, añaden, descarta esa consecuencia cuando se trata precisamente de actos de loco, pues tales actos sólo están afectados de nulidad relativa. (1)

Lutzesco, concuerda, al respecto, con Colín y Capitant, pues refiriéndose a la falta absoluta del consentimiento (como pasa, por ejemplo, en la firma de un contrato por persona en estado de absoluta embriaguez o por niño menor de diez años), aquel se pregunta, ¿puede verdaderamente impedirseles ejecutar ese contrato? ¿O podrá impedirseles confirmarlo expresamente el día en que desaparezca el vicio que afectó su consentimiento? (2) Pero Colín y Capitant, dan respuesta a la interrogación, ad virtiendo que la mayoría de los autores consideran que en los casos de embriaguez, en aquellos del sujeto alienado, en los de la persona sujeta a interdicción o del menor de diez años, en realidad no existe el consentimiento y, por tanto, en rigor lógico, se trataría de casos de inexistencia; pero, no obstante, la jurisprudencia francesa no encuentra en ello, dicen, más que la revelación de un vicio de la voluntad, que sólo da origen a una simple acción de nulidad relativa. (3)

En México, el maestro Raúl Ortíz Urquidí, hace notar, en cuanto al acto inexistente, que le parece inconcebible que se diga que no existe lo que existe, pues si decimos que hay acto, cómo podemos sostener que es inexistente. Un juicio es falso o verdadero, pero no puede ser falso y verdadero al mismo tiempo (principio lógico), y nada puede ser y no ser al mismo tiempo (principio ontológico). Entonces, cómo puede ser inexistente un acto, si ese acto existe. Los defensores de la inexistencia justifican su posición replicando que los puntos de vista son diversos; argumentan que el

- 
1. Colín y Capitant. ob. cit. Tomo I, p. 199 a 202.
  2. Lutzesco. ob. cit. p. 231.
  3. Colín y Capitant. ob. cit. Tomo I. p. 199 a 202.

negocio existe objetivamente, pero no jurídicamente; pero, entonces, inter-  
pela Ortiz Urquidi, con razón, ¿cómo si el acto no existe para el derecho,  
puede ser que éste se ocupe de él? Como sólo tienen interés para el dere-  
cho, los actos o hechos que producen consecuencias jurídicas, explica Ur-  
quidi, que los defensores de la inexistencia, responderán, al respecto, que  
el derecho se ocupa del acto inexistente, porque él puede producir efectos;  
mas aquel insiste con muy buen sentido, en que, si producen efectos, sean  
jurídicos o no, es porque el acto existe y, si existe, no puede ser inexis-  
tente.

Piensa que el acto, tal como lo contempla la doctrina que de-  
fiende la inexistencia, en realidad como acto inexistente, no tiene más  
que el nombre, y tanto es así que esa corriente, con el sólo hecho de sus-  
tantar que el acto es inexistente, lo que logra es precisamete lo con-  
trario, esto es, negar fácticamente la inexistencia; porque si se facul-  
ta a todo interesado a invocarla y se obliga al juez a pronunciar resolu-  
ción sobre ella, cuando se le hace valer, ello se debe obviamente a que no  
se trata de la nada, sino de algo que existe. concluye, así, que no hay  
que hablar de actos inexistentes sino de actos nulos.

Sin embargo, hace notar que sólo puede hablarse de una verda-  
dera inexistencia, cuando la volutnad no se exterioriza en forma alguna,  
cuando no se llega a celebrar el acto deseado o cuando hay ausencia total  
de voluntad de realizar el acto. Una pareja, ejemplifica, se une libremen-  
te; pero no manifiesta en ninguna forma su aquiescencia para casarse o in-  
cluso carece de la más mínima voluntad de hacerlo. En esos casos, cier-  
tamente no hay matrimonio. No lo hay materialmente (de hecho) ni mucho  
menos de derecho. Por consiguiente, no hay razón ni justificación para que  
el juez declare la inexistencia de lo que real y positivamente no existe,  
es decir, de la nada. Lo contrario es una auténtica sin razón, como lo  
es que cualquier interesado haga valer la "inexistencia", que equivale a  
decir la nada.

En el ejemplo arriba citado, el acto es positiva, material y  
jurídicamente, inexistente. Luego no hay que intentarla o hacerla valer

ante nadie y por nadie. Tampoco tiene sentido que el juez la declare formalmente y mucho menos lo tiene que la ley la estatuya. Como la nada absoluta de hecho y de derecho, es la única y verdadera inexistencia, por ello ni la ley ni los jueces pueden ni deben ocuparse de ella. Pero lo que la doctrina llama inexistencia, manifiesta, no es más que un enmarcamiento, bajo el impropio nombre de inexistencia, de casos de nulidad.

En cuanto a la falta de consentimiento, observa que sólo puede haber inexistencia, cuando no hay voluntad de celebrar un acto y simplemente no se celebra; mas hace ver que la doctrina no se refiere a esa hipótesis ni a ninguna otra similar, sino a aquellos actos que se han celebrado o en los que por lo menos hay un principio de ejecución. Pasa esto, señala, en el caso a que Napoleón alude, esto es, al de la mujer que, en el momento de la celebración del matrimonio, manifestó que no y, no obstante, en el acta se asentó que dijo sí; ejemplo que indiscutiblemente es diverso al arriba señalado, dado que mientras que en aquél habría ausencia total de voluntad y de acta de matrimonio; en cambio, en éste, aunque también faltaría la voluntad, de todas formas ésta se asentó en el acta como otorgada y existente; acta de matrimonio que, al contener un principio de ejecución, tendría que anularse.

Con relación a la falta de objeto, afirma Urquidí que jamás puede presentarse la nada absoluta (como puede acontecer cuando hay verdadera ausencia de voluntad), dado que no es posible concebir la falta de objeto en un negocio jurídico, si éste no se celebra, es decir, si éste no existe. El negocio carente de objeto, debe necesariamente ser celebrado para poder establecer tal carencia. Ello quiere decir que no es la nada absoluta. Indica que el segundo matrimonio realizado, verbigracia, por los mismos cónyuges, sin que estos disolvieran su matrimonio anterior, es un nuevo enlace que carece de objeto, ya que todas las consecuencias jurídicas, o sea, todos los derechos y obligaciones se producen no por el segundo matrimonio sino única y exclusivamente por el primero; pero manifiestamente, señala, para poder establecer que el segundo matrimonio carece de objeto, es preciso o indispensable que el mismo se celebre; mas,

entonces, es este algo mas que la nada absoluta, y con buena lógica, arri-  
ba a la conclusión de que el negocio carente de objeto, debe necesariamen-  
te verificarse para que exista la posibilidad de apreciar, constatar y  
determinar dicha carencia. Luego, insiste, la inexistencia sólo tiene de  
inexistencia el nombre, y en el caso del ejemplo, el segundo matrimonio es  
real y positivamente, un acto nulo, muy lejos de ser la nada. (1)

-----  
1. Raúl Ortiz Urquidí. ob. cit. p. 564 a 575.

H. La Inexistencia en el Código Civil Mexicano de 1928.

El Código Civil en vigor, siguiendo la Teoría Clásica Tripartita de las Nulidades y a Bonnecase, se ocupa de la inexistencia y de la nulidad de los actos jurídicos, a diferencia de los Códigos de 70 y 84, que, al respecto, adoptaron el criterio de la Teoría Clásica Bipartita, es decir, sólo se ocuparon (como se ha visto en el capítulo primero de esta tesis), de la nulidad absoluta y de la relativa. Por tanto, en ninguno de estos dos últimos ordenamientos se tomó en cuenta la inexistencia que, como manifiesto anteriormente, apesar de ser un concepto indudablemente francés, no proviene de su legislación sino de su doctrina.

Como he dicho arriba, el Código Civil de 1928, siguiendo a Bonnecase, presenta como elementos orgánicos constitutivos de la existencia del acto jurídico: la voluntad y el objeto; pero, además, toma asimismo en consideración la forma solemne o solemnidad, a la cual eleva igualmente a la categoría de elemento esencial.

Dice nuestro artículo 2224: "El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por cualquier interesado". Según el precepto copiado, se presenta la privación de efectos, por dos causas: por la falta de consentimiento, y por la falta de objeto que pueda ser materia del acto; pero, además, el acto inexistente no puede convalidarse mediante confirmación del mismo, ni por prescripción; aparte de que su inexistencia puede invocarse por todo interesado. Luego el artículo 2228, alude a los actos solemnes, y según Rojina Villegas, cuando la ley establece la solemnidad de un acto y ésta no se cumple, no se provoca la nulidad absoluta ni la relativa, sino se origina la inexistencia. (1)

En cuanto a la adopción por el Código Civil Mexicano de 1928, de la inexistencia, me parecen pertinentes los siguientes comentarios:

Nuestro Código aludido, en su artículo 1839, dice: "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que

1. Rojina Villegas. ob. cit. p. 223 y 224. Tomo I.

Se refieren a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley".

Como puede apreciarse, el precepto distingue los elementos esenciales del contrato, de los elementos naturales o consecuencias ordinarias del mismo. Pero mientras que sus elementos esenciales no son renunciable; en cambio, sus elementos naturales u ordinarios, sí lo son. A estos últimos se refiere el dispositivo cuando señala que las consecuencias derivadas de la naturaleza ordinaria de los contratos, pueden ser renunciadas "en los casos y términos permitidos por la ley".

Los requisitos esenciales son siempre los elementos de definición del contrato. En la compraventa, verbigracia, lo son la cosa vendida, el precio y el consentimiento. Los elementos naturales son los que producen las consecuencias ordinarias del negocio y pueden renunciarse. El arrendatario, por ejemplo, no está obligado a pagar la renta sino desde el día en que reciba la cosa arrendada, salvo pacto en contrario (artículo 2426).

Como decía, los elementos esenciales no pueden ser renunciados. De acuerdo con nuestro Código, es característica de los derechos públicos, no poderse renunciar, según lo manda el artículo 6°, al expresar: "...Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público...". La observancia de los elementos esenciales de los contratos, no puede ser renunciada so pena de nulidad, por ser contraria al orden público. El artículo 8° del mismo ordenamiento, establece que "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

Se desprende de lo expuesto, que las definiciones de los contratos, que naturalmente se apoyan o descansan en sus elementos esenciales, pertenecen al derecho público de la nación. La falta de integración de un acto jurídico, como se ha visto, consiste en que no se dan o no se presen-

tan todos sus elementos esenciales o substanciales, y la sanción, de acuerdo con el artículo 8° de nuestro Código, es la nulidad, como tradicionalmente se consideró tanto en el Derecho Romano, como en el derecho intermedio, excepto en Francia. Pero ni en el Código de Napoleón, ni en ninguna otra ley francesa, encontramos un precepto tan claro y terminante como nuestro arriba citado artículo 8°, que sanciona con la nulidad la ejecución de los actos celebrados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público.

La separación tan profunda entre el derecho español, que vino a ser el nuestro y el derecho francés, deriva de la carencia, en ésta legislación, del principio fundamental de que los actos ejecutados contra el tenor de leyes prohibitivas o de interés público, se tengan como nulos radicalmente (recuérdese que, en Francia, rigió la regla de que no hay nulidad sin texto); ese principio del derecho español, procede de una constitución dictada por el emperador Teodosio II, que pasó a Castilla y de ahí a nosotros. De ahí que el Código de Justiniano, en su libro I, Título XIV, Ley 5, diga: "~~ea que lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed~~ pro infectis etiam habeantur: licet legislator prohibuerit tantum, nec especialiter dixerit inutile esse debere quod factum est sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus" (son nulos los convenios y los contratos celebrados contra la ley prohibitiva, y aunque el legislador solamente prohíba y no declare nulo lo que se ejecutare contra la prohibición, se tendrá como tal. De esta manera se debe tener también como nulo y sin valor ninguno, como lo mandamos, todo aquello que fuere consecuencia del acto prohibido por la ley). El principio pasó, insisto, a la legislación de Castilla y de ella a nosotros. La Partida 5<sup>a</sup>, Título 11, Ley 28, establece "Todo peito (convenio, contrato) que es fecho contra nuestra ley e contra las buenas costumbres, non debe ser guardado, maglier pena o juramento fuere puesto en él". El dispositivo transcrito fue recogido por nuestro Código, en el que se dispuso que "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, serán nulos" (artículo 8°).

Lo que significa (en presencia de esa norma general que rige absolutamente, en todas las ocasiones en que se presenta violación de una ley prohibitiva o de interés público), que no hace falta la reiteración de la regla en cada caso, sino que, por ser de interés público, o sea, cuando no está a disposición de los particulares el integrar o desintegrar a su arbitrio los negocios jurídicos, entonces, justamente, por la falta o ausencia de los elementos substanciales o esenciales, la pena o sanción será la nulidad.

En Francia, la indicada Constitución Teodosiana no fue recibida y, por otra parte, los jueces estaban impedidos para pronunciar las nulidades de pleno derecho que se fundaban en los principios del Derecho Romano, pues éstas no podían ser invocadas en los tribunales sin una autorización expresa, otorgada por el rey, que viniera a conferirles la fuerza obligatoria que les faltaba. (1)

La ausencia, en Francia, del principio de acuerdo con el cual lo ejecutado contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, es nulo, aun faltando la norma específica que establezca la sanción de nulidad, se tradujo en la multitudada máxima, "no hay nulidad sin texto". (2)

Así, pues, no encontrando en su tradición jurídica elementos para calificar y tratar los contratos en que falta el consentimiento o el objeto, que no pueden producir efectos, los franceses han creído que, tratándolos como inexistentes, ni siquiera se necesita de la sentencia del juez que lo declare.

Como hay situaciones antijurídicas que no pueden ni deben producir efectos inmediatos, es decir, aun sin la espera de la sentencia que los nulifique, se les trató de inexistentes, para que la ineficacia se surtiera ipso facto.

- 
1. Planiol y Ripert. ob. cit. Tomo VI. p. 393 a 395. y Savigny ob. cit. p. 357. Tomo III.
  2. Lutzesco. ob. cit. p. 165 a 174.

La Definición de Inexistencia Formulada por el Código de 28, es Oscura.

Como se ha visto, el artículo 2224 de nuestro Código, establece que el acto jurídico es inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él. Para que se surta, pues, la inexistencia, es preciso que falten estos dos elementos o sólo alguno de ellos: el consentimiento y el objeto. Pero lo cierto es que ni el consentimiento ni el objeto del acto jurídico, tienen un sólo significado, según se verá:

En lo que toca al vocablo consentimiento, no cabe duda de que tiene más de un significado, en tanto que, en efecto, lo mismo puede haber el consentimiento de cada uno de los contratantes, como puede haber el consentimiento de ambos, que entonces se llama acuerdo.

En efecto, en el Código mencionado, en su artículo 1794, fracción primera (dice: "para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento") y en el 1803 (expresa: "El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo supongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente"), la palabra alude al consentimiento común que constituye el acuerdo, o sea, al núcleo de los convenios y contratos, pues éstos se forman por la correspondencia y unión en un punto de las dos expresiones de voluntad de los contratantes. En el artículo 1812 ("El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo"), en el 1813 ("El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa") y en los relativos al dolo y la violencia, sólo se está tomando en consideración el consentimiento individual de uno de los contratantes.

Se deduce, pues, de lo expuesto, la regla de que la falta de consentimiento que produce la "inexistencia", es la falta de acuerdo; pero puede suceder que la falta de consentimiento se dé de manera absoluta en una de las partes y que esa ausencia absoluta de consentimiento, produzca también la falta de acuerdo y la llamada "inexistencia"; pero entonces la dificultad estriba en determinar cuándo el vicio de la voluntad de uno de los contratantes, produce o no la falta de acuerdo. El error de una de las partes sobre la identidad del objeto, puede hacernos ver que falta el acuerdo completo, existiendo sólo en apariencia. Pero si el motivo determinante que impulsó a una de las partes a contratar, fue la calidad determinada del objeto, ¿no habría en este caso, o sea, al faltar dicha calidad, una falta de acuerdo también, esto es, en la misma forma que sucede en los casos de engaño o error en lo tacante al autor de una pintura que deseamos adquirir? (creemos que es de Cabrera y en realidad es una copia). Pienso que tampoco en las hipótesis aludidas puede decirse que haya acuerdo de voluntades y, sin embargo, el Código les da el tratamiento de nulidades relativa (ver páginas 71 a 79 de esta tesis).

En cuanto al objeto, no se a cuál objeto se oriente el dispositivo que define la inexistencia, ya que en el Código Civil la palabra objeto tiene varios sentidos:

En efecto, el artículo 1824 entiende por objeto, la cosa material que el obligado debe dar o el hecho que debe prestar; el objeto parece ser material, porque debe de "existir en la naturaleza", "estar en el comercio" y "ser determinado o determinable en cuanto a su especie" (artículo 1825).

En el artículo 1855, referente a la interpretación de los contratos, se establece la regla de que cuando las palabras puedan tener distintas acepciones, se elegirá aquella conforme a la naturaleza y objeto del contrato. Este artículo es copia literal del 1286 español y Manresa y Navarro, comenta, al respecto: "El objeto del contrato supone aquí más bien el propósito de los contratantes; representa lo particular de cada convenio, así como su naturaleza jurídica, lo general de cada

"grupo. Por esto, y en consideración al objeto, es difícil dar reglas determinadas previamente; el caso particular es guía siempre". (1)

Nuestro artículo 1857 (expresa: "Cuando absolutamente fuere im posible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor trans misión de derechos e intereses; si fuere oneroso, se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses.- Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no puede venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo."), nos presenta otra significación según la cual, los contratos tienen un objeto principal y otro secundario; porque después de hablar el dispositivo de las dudas referentes a las circunstancias accidentales del contrato, se refiere luego a las dudas que recaen sobre su objeto principal, y en cuanto a éstas dispone que, cuando no pueda saberse "cuál fue la intención o la voluntad de las partes, el contrato será nulo". Llama la atención que en este artículo (el 1857), se hayan previsto las dudas insolubles sobre los elementos accidentales y nada diga sobre los elementos naturales del contrato; pero, en cambio, nos habla del objeto principal que, por oponerse a lo accidental, nos conduce a entender que alude a la esencia; mas de todas maneras se refiera a otra significación del vocablo "objeto del contrato". Así, pues, se debe interrogar ¿cuál es el objeto faltante en el negocio jurídico, que lleva a la inexistencia? Pregunta que resulta pertinente, sobre todo en presencia de los artículos 2251 al 2253, que respectivamente establecen: "Artículo 2251.- Los contratantes pueden convenir en en que el precio sea el que corre en día o lugar determinados o el que fije un tercero". "Artículo 2252.- Fijado el precio por el tercero, no podrá ser rechazado por los contratantes, sino de común acuerdo". "Artículo 2253.- El señalamiento del precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Porque si los contratantes en una compraventa convienen en que el precio sea fijado por un tercero, si éste no pudiera

1. Manresa y Navarro. Comentarios al Código Civil Español. Quinta Edición. Instituto Editorial REUS. Madrid 1950. Tomo VIII. Volumen II. p. 530.

o no quisiera señalarlo, entonces el contrato quedará sin efecto, esto es, ineficaz; pero no inexistente porque, si lo fuera, no se emplearía el "salvo convenio en contrario", pues obviamente no es posible que la voluntad de las partes modifique, altere o toque la inexistencia, precisamente por ser ésta la nada, y adviértase que el precio es uno de los objetos principales de la compraventa.

Resulta, pues, de lo dicho, que es sólo aparente la precisión de las causas de la inexistencia.

El Código Civil de 1928, Acogió con Ligereza la Inexistencia.

En él, en efecto, se cometieron dos gravísimas inadvertencias, al canjear por la inexistencia (en los casos en que ésta quiere aplicarse), la tradicional nulidad absoluta, la cual se aplica con mucha propiedad a la hipótesis de la integridad del negocio jurídico. En efecto, irreflexivamente se hizo el trasplante, sin tener en consideración que el inspirador francés, Julian Bonnecase, por conducto de su mediador, don Manuel Borja Soriano, declaró expresamente que la multicitada inexistencia no serviría nunca para hacerla valer como acción sino sólo como excepción; las palabras textuales traducidas y transcritas por Borja Soriano, quién fue el apostol de la inexistencia en México, son las siguientes: "siendo el acto inexistente símbolo de la nada, se comprende que no puede ser objeto de una confirmación, ni merecer el beneficio de una prescripción extinta que haga desaparecer con el tiempo el vicio de que está manchado. En consecuencia, todo interesado cualquiera que sea, tiene derecho de prevalerse de la inexistencia de un acto jurídico...(Código de 28, artículo 1928). Por otra parte, no tiene por qué preocuparse (algún interesado) por obtener de cualquier manera su condenación: no se condena la nada... si eventualmente el acto inexistente se invoca en juicio, el tribunal no puede sino registrar su inexistencia; además, ESTA NUNCA SERA LOGICAMENTE DEMANDADA POR VIA DE ACCION SINO OPUESTA POR VIA DE EXCEPCION..."(1) De manera que la inexistencia no podrá nunca hacerse valer por vía de acción, sino sólo podrá intentarse por vía de excepción; lo que constituye una deficiencia o vacío de la in-

1. Borja Soriano. ob. cit. p. 148, Tomo I.

existencia, confesada por el propio Bonnecase, que fue enfáticamente repetida por Borja Soriano; la doctrina mexicana no ha hecho mayor aclaración sobre el particular. Es así cómo se explica que no haya código en nuestra República en que se haga mención de ninguna acción de inexistencia y, sin embargo, en la práctica, para que la inexistencia fuera efectiva, debería existir. Tratándose, verbigracia, de una compraventa de un objeto determinado, cuyo precio se deja al buen juicio de un tercero, el vendedor entrega la cosa anticipadamente al comprador y el tercero no determina el precio. En esa hipótesis, es manifiesto que falta un elemento esencial de la compraventa, el precio; pero el vendedor que entrega la cosa antes de que el tercero fije el precio, no podrá hacer valer la excepción de inexistencia, porque nadie lo ha demandado, y es claro que el comprador que tiene la cosa en su poder, carecerá de todo interés en demandar al vendedor; situación que a todas luces resulta injusta y desventajosa para el vendedor, quién, no pudiendo ejercitar la inexistencia por vía de acción, por fuerza tendrá que demandar al comprador, si bien utilizando otra figura jurídica, como podría ser por enriquecimiento ilegítimo. Pero obsérvese que el anterior no es más que un ejemplo de los múltiples casos que pueden presentarse en la práctica; ejemplo que pone de relieve que la inexistencia es totalmente deficiente e ineficaz.

En el juicio o proceso sobre la inexistencia, la declaración que se pretende del juez, es negativa y tiene un doble aspecto: en cuanto al hecho, se relaciona con la falta de integración del acto, y en cuanto al derecho, es la consecuencia jurídica que se habrá de derivar de la ausencia de uno o más elementos constitutivos del negocio. En efecto, la sentencia que arroje la declaración negativa, es decir la sentencia que constate o declare que no hay acto, no tiene per se ejecución de ninguna clase, por no ser sentencia de condena y porque si no hay nada, ¿qué iría entonces a ejecutarse? Además, esa sentencia que concluya con la expresión de que al acto es inexistente, o sea, que es la nada, no puede engendrar efectos derivados, porque la nada no engendra nada.

Con la nulidad sucede lo contrario, pues una vez pronunciada,

produce el efecto de restablecer las cosas al estado que ellas tenían antes de la celebración del acto nulo. Porque aunque la sentencia de nulidad sea declarativa, lleva ella siempre consigo ese efecto restitutorio, dado que realmente éste constituye algo inseparable de toda sentencia de nulidad (artículo 2239).

Lo contrario acontece con el fallo que declara la inexistencia, pues éste será única y exclusivamente declarativo, esto es, carente de efectos restitutorios. Nos sorprende y admira que pueda haber autores que, admitiendo la inexistencia, puedan atribuir, no obstante, a la declaración de la misma, efectos restitutorios. En efecto, el maestro Rojina, sostiene que una vez declarada la inexistencia del acto simulado absoluto, los bienes deben ser restituidos al patrimonio del deudor para que, con ellos, puedan los acreedores asegurar y después conseguir el pago de sus créditos. También Gutiérrez y González, siguiendo a Rojina y considerando como un caso de inexistencia a la simulación absoluta, admite para ésta efectos restitutorios, cuando dice, al respecto: "Al desaparecer el espejismo del acto (simulado), los bienes aparentemente enajenados, regresan públicamente en verdad nunca habían salido al patrimonio del deudor, y sus acreedores pueden proceder a pedir su embargo, remate, y con su producto cobrar el monto de sus créditos". (1)

El Código Civil del Estado de Sonora (que en su mayor parte reproduce al de Morelos, en el cual se inspira y en el que, además, participó Rojina en su creación), contiene los siguientes preceptos: "Artículo 2363.- La simulación absoluta origina la inexistencia del acto, y, en consecuencia, lo priva totalmente de efectos jurídicos. De ella puede prevalecerse todo interesado, no desaparece por la prescripción, ni por la confirmación del acto." "Artículo 2365.- Descubierta la simulación absoluta se restituirá la cosa o derecho a quién pertenezca, con sus frutos e intereses si los hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución. También subsistirán los gravámenes impuestos a un tercero de buena fe". Pero ad

1. Gutiérrez y González, ob. cit. p. 605 y 606.

viértase que al acoger el Código la inexistencia, al respecto, se olvida de la lógica y falta y atropella gravemente a la premisa que constituye la piedra angular de la teoría de la inexistencia; premisa según la cual el acto inexistente, como se ha visto, nunca producirá efecto alguno.

Los profesores mencionados están de acuerdo en sostener: no sólo que descubierta la simulación absoluta, se restituirán las cosas y derechos a quién pertenezcan, sino también que, si éstos hubieren pasado a un tercero de buena fe, a título oneroso, no habrá lugar a la restitución y que igualmente subsistirán los gravámenes impuestos a favor de un tercero de buena fe. (1) Pero en esta salvedad, se advierte otro incongruencia: porque si la enajenación hecho por el simulador a favor de tercera persona, es inexistente por carecer de objeto, habría dos inexistencias: la de la simulación absoluta y también la de la venta realizada por el falso adquirente simulador a favor del tercero, cuyo título, consecuentemente, también sería inexistente por falta de objeto, puesto que la compraventa tiene como objeto la transferencia de la propiedad de una cosa que tiene el vendedor en favor del comprador, quién estará obligado a pagar el precio estipulado. Pero si ese vendedor, falso adquirente en la primera operación, no es dueño de la cosa, como nadie puede dar lo que no tiene, tampoco puede transmitir tal derecho al nuevo comprador y, consecuentemente, la venta de cosa ajena, conforme a la lógica seguida por los maestros Rojina y Gutiérrez y González, tendrá que ser inexistente, sin importar que el segundo comprador sea de buena o mala fe. Es, pues, extraño que, si la simulación absoluta tiene el efecto restitutorio que se le atribuye, sin embargo, se detenga este efecto ante otra inexistencia jurídica como es el acto de adquisición del tercero. La única circunstancia que podría justificar el respeto al tercero, sería que a éste no se le opere en el juicio declarativo de simulación absoluta; pero nada impide que se entable simultánea o sucesivamente el juicio restitutorio contra el tercero, fundado en la también inexistencia de su título.

En todos los casos en que los autores defensores de la inexistencia

1. Gutiérrez y González. ob. cit. p. 606.

tencia, establecieron de una manera estricta, que la inexistencia no puede engendrar efecto jurídico alguno, inclusive en el caso de que dicho acto inexistente se hubiera ejecutado en alguna forma, entonces, para que se produjeran las restituciones, tendría que intentarse una acción restitutoria como podría ser la reivindicatoria (recuérdese que la inexistencia no se puede ejercitar por vía de acción). Debido a que por reemplazar la nulidad (con su efecto inseparable, esto es, la restitución de las cosas a su estado anterior), con la inexistencia, que carece del efecto restitutorio indicado (¿qué efecto restitutorio podría tener la nada?), no sería posible lógicamente que se entablara acción alguna de reconocimiento o declaración de la nada (o sea de la inexistencia), por ello, como decía, sería preciso entablar otra acción restitutoria, como sería la ya mencionada reivindicatoria o bien una acción por enriquecimiento ilegítimo, o cualquier otra con resultados semejantes.

Igualmente es necesario advertir que los defensores del inexistencialismo, olvidaron prever que tales negocios (los inexistentes), pudieron producir efectos anticipados. Antes de determinarse el precio, por ejemplo, se entregó la cosa vendida al comprador, y antes de casarse los prometidos, celebraron en escritura pública debidamente inscrita en el Registro, capitulaciones sobre la sociedad conyugal, a la que ambos aportaron bienes inmuebles; mas al día siguiente de celebrado el matrimonio, el marido descubre que su mujer no mujer sino hombre. Este último ejemplo, paradigma o prototipo de inexistencia del matrimonio para todos los inexistencialistas, ello desde hace más de un siglo, me conduce a la observación de que, si la inexistencia no puede producir efecto alguno, es obvio que en el caso de matrimonio entre dos hombre, para volver al estado anterior los inmuebles aportados a la sociedad conyugal, sería menester entablar acciones de enriquecimiento sin causa o reivindicatorias, no de inexistencia del matrimonio que, por ser éste la nada, la acción ni siquiera existiría, ni por tanto, la posibilidad de las restituciones; pero resulta magnífico ejemplo para hacer ver la esterilidad o infecundidad de la declaración de inexistencia que, por ser una figura negativa, manifiestamente no puede

engendrar efectos para volver las cosas al punto de partida.

De existir la acción, en el mejor de los casos, la declaración de inexistencia, por sí sola, terminaría con una simple declaración sin efectos positivos de ninguna especie; razón por la que, para obtener esos efectos, sería indispensable acumularle la acción que fuera acumulable, la cual no sería fácil de determinar. Ejemplo de lo afirmado, sería el de la ya citada simulación absoluta, que entraña muchos problemas de orden técnico, precisamente como consecuencia de considerarla inexistente. En efecto, declarada la inexistencia por ser simulación absoluta, para lograr los efectos restitutorios, que es lo que en realidad interesa, ya se vio que habría la necesidad de acumular a la acción de inexistencia, la pertinente capaz de obtener tales restituciones; porque de nada serviría la declaración de inexistencia, si la situación creada por la simulación perdurara, es decir, si a pesar de esa declaración, el poseedor continuara poseyendo, dada la carencia de ejecución de lo inexistente. Insisto, por no producir la inexistencia ningún tipo de efectos, es claro que al ser declarada, deja las cosas en el mismo estado que quedaron a consecuencia del acto simulado, a menos que se asocie con alguna otra acción utilizable.

El derecho, como sabemos, tiene, entre sus objetivos, establecer normas para fomentar e incrementar el bienestar de los hombres y de la sociedad, así como resolver en forma justa y razonable los problemas que se presenten entre ellos; mas la institución jurídica de la inexistencia, la verdad es que está muy lejos de cumplir con los fines aludidos, que el derecho se propone. Para ponerlo de relieve, continuaré sirviéndome de algunos ejemplos:

1.- Si aplicáramos el sistema de la inexistencia, a la gestión de negocios, en la cual el gestor obra sin contar con el consentimiento ni la voluntad del dueño del asunto, tendríamos que concluir que toda gestión oficiosa es inexistente. Verbigracia, el dueño de un negocio tiene que salir al extranjero por motivos importantes; pero sus vecinos, que son personas honorables y con espíritu de servicio, al cerciorarse de que van a ser rematados los bienes del ausente (en el procedimiento económico coac

tivo que corresponde), por falta de pago de contribuciones (todo sin audiencia del afectado), tienen el impulso de pagar para defenderlo en alguna forma; mas ven que no pueden hacerlo porque los actos que ejecutaran serian inexistentes a los ojos de la ley, y porque si lo hicieran no podrian resarcirse de los gastos efectuados en la gestión; con la circunstancia de que el dueño tampoco se sentiria obligado, porque se obró sin tomar en cuenta su voluntad. Sin embargo y por fortuna, la institución de la inexistencia se ve expresamente infringida por el texto y sentido de los artículos 1996, 1997, 2006 y 2008 del Código de Morelos ( y los relativos del Código Civil del Distrito Federal), en materia de inexistencia y en materia de gestión de negocios, que respectivamente establecen:

"Artículo 1996.- nadie debe inmiscuirse en los asuntos de otro, pero en los casos en que a éste, por estar impedido o ausente, se le pueda causar algún perjuicio o privar de un beneficio notorio, se autoriza a un tercero que intervenga en sus asuntos, para obrar en los términos del artículo anterior, sólo que estará obligado a dar aviso al dueño, para los efectos del artículo 2004".

"Artículo 1997.- El gestor debe desempeñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios, e indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione".

"Artículo 2006.- Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes, pero no tiene derecho de cobrar retribución por el desempeño de la gestión".

"Artículo 2008.-La ratificación pura y simple del dueño del negocio, produce todos los efectos de un mandato. La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principio" (artículos que corresponden al 1896, al 1897, al 1904 y al 1906 del Código Civil para el Distrito Federal).

2.- Cuando al mandatario, extralimitándose en el ejercicio del mandato, traspasa sus límites, la verdad es que lo así actuado no contiene

la voluntad ni el consentimiento del mandante y, por tanto, el acto materia de la extralimitación, ante la susodicha ausencia de la voluntad de contratar, debiera considerarse inexistente, justo por la ausencia de ese elemento esencial del contrato. Nuestra ley, sin embargo, obrando en contra de la estructura lógica de la inexistencia, que recoge en el artículo 2224, considera que tal acto será simplemente nulo y, además, confirmable por el dueño o mandante, ya se expresa o tácitamente (artículo 2583 de nuestro Código Civil vigente). Pero si obedeciendo a la lógica interna de la inexistencia, los actos que exceden el poder conferido, fueran declarados inexistentes, es indiscutible que los terceros se verían afectados sin remedio; porque no podrían ellos actuar en contra del mandante, ni podrían exigir del mandatario el cumplimiento del negocio. Se presentaría, en consecuencia, ante la imposibilidad de obtener las restituciones relativas mediante el ejercicio de la acción de inexistencia, nuevamente la necesidad de lograrlos por otros vías, como podría ser el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa o de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.

3.- En el caso de la venta de cosa ajena, en la cual indiscutiblemente falta el objeto de la compraventa (la traslación de la propiedad del vendedor en favor del comprador), como nadie puede dar o transferir a otro lo que no tiene, es obvio que dicho traspaso no puede realizarse, porque no existen en el patrimonio del vendedor la cosa u objeto de la operación. Pensando de acuerdo con el mecanismo de la inexistencia, esa venta sería inexistente y, por serlo, es claro que no podría convalidarse jamás ni, por supuesto, prescribir. Lo que quiere decir que en cualquier momento podría exigirse la declaración de inexistencia (al otro día o dentro de cincuenta años), con la circunstancia negativa de que se coloca al adquirente en gran incertidumbre. Pero en nuestra realidad jurídica no sucede lo acabado de expresar, porque nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal, en su artículo 2270, afortunadamente contradice la técnica que acoge la inexistencia, para en esa forma establecer, como en efecto lo

hace, que "La venta de cosa ajena es nula", aunque sin perjuicio de lo dis puesto en el título relativo al Registro Público, para los adquirentes de buena fe.

Me parece que lo que he expresado es más que suficiente para poner de relieve que la inexistencia, contra el propósito generoso que se tuvo, no es verdad que beneficie a los hombres, ni que les aporte paz, tranquilidad y bienestar. Por el contrario y seguramente a pesar del de- seo de sus defensores, ella acarrea la inseguridad o desconcierto, intran- quilidad y desasosiego.

Para terminar, sólo agregaré que nuestra Tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia, en su ejecutoria de ocho de mayo de mil no- vecientos cincuenta y ocho, que decidió el Amparo Directo 2596/957/2<sup>a</sup>, promovido por Federico Baños Islas (una de las que integran la tesis de jurisprudencia número 251 de dicha Sala, que aparece publicada en el últi- mo Apéndice al Semanario Judicial de la Federación), con cuanta razón y justificación sostiene, sobre el tema de la inexistencia: "Ante todo debe decirse que relativamete a esta cuestión de la nulidad e inexistencia, esta Suprema Corte, en los amparos directos números 3068/954, J. Jesús Nuño, y 1205/952, Manuel Ahuod, resueltos respectivamente el 9 de junio de 1955 y el 8 de julio de 1953, estableció que el artículo 2224 del C6- digo Civil del Distrito Federal (igual al 2206 del civil de la misma materia del Estado de Hidalgo), no tiene, en cuanto a la base que pretende dar para establecer la distinción entre la inexistencia y la nulidad, sino meros efectos técnicos, ya que el tratamiento que en él reciben las in- existencias, es el de las nulidades, como lo demuestra el siguiente aná- lisis de casos de inexistencia tratados como si fueran de nulidad: la falta de objeto hace inexistente al acto, según dicho artículo 2224; mas, sin embargo, en los artículos 1427, 1434 y 1433, se prevén factiespecies de inexistencias y se las trata como nulidades. Los contratos sobre cosas que están fuera del comercio, técnicamente carecen de objeto; pero los artículos 1826 y 2950, fracción III, que se refieren a la transacción sobre una sucesión futura, prevén uno de estos casos de falta de objeto

Y lo tratan por medio de la nulidad. El objeto de la compraventa es, indig<sup>u</sup>  
cutiblemente, la transferencia del derecho de propiedad, según el artículo  
2248; pero ello no obstante, a la venta de cosa ajena se le llama nula en  
el artículo 2270; y si de la cesión de un crédito inexistente se trata, mis<sup>u</sup>  
mo que en el momento de la cesión engendra, según el artículo 2042, el efec<sup>u</sup>  
to de obligar al cedente a prestar la garantía de su existencia, no hay  
sino decir que esta situación no se compagina con la institución de la in-  
existencia, que es la nada jurídica... Y si a falta de consentimiento se  
refieren, los artículos 1802, 2182 y 2183, que prevén algunos de estos ca-  
sos, les dan el tratamiento de la nulidad, mismo que deberá darse, por fal<sup>u</sup>  
ta de texto adecuado, al caso del acto celebrado por un incapaz en quién  
la ausencia de consentimiento es absoluta, pues habrá que tratarlo por el  
sistema de las incapacidades, originadora de la nulidad relativa, según  
el artículo 2230.- El profesor Borja Soriano, que, según las "Notas" de  
García Tóñez, inspiró la adopción de la inexistencias en el Código Civil  
vigente, pasa de la inexistencia a la nulidad sin puente alguno, al refe-  
rirse precisamente al artículo 1802: "Cuando una persona -dice-, Teoría  
General de las Obligaciones, tomo I, páginas 361 y 362, primera edición,  
celebra un contrato a nombre de otra sin ser su representante, a ese con<sup>u</sup>  
trato le falta uno de los elementos esenciales: el consentimiento del re<sup>u</sup>  
presentado. No hay hasta entonces la oferta del otro contratante; no  
existe aún contrato por falta de consentimiento. Esta es, pues, la natu<sup>u</sup>  
raleza de la nulidad a que se refieren los artículos citados en el núme-  
ro anterior"... no hay que olvidar, sin embargo, lo que se afirma al princi-  
pio de éste considerando en cuanto a que la distinción que hace al res-  
pecto el Código del Distrito, seguido por el de Hidalgo, no es sino mera-  
mente teórica".

Resultan claros, pues, los complejos problemas técnicos que  
pueden surgir de aplicarse la inexistencia en todos sus alcances y conse-  
cuencias lógicas y jurídicas naturales; pero felizmente ella, en realidad,  
no funciona debido a la interpretación que le ha dado nuestro máximo Tri-

bunal de Justicia, cuidadosa, sabia e inteligente; interpretación según la cual, como se indicó con anterioridad, la inexistencia en nuestro derecho recibe, al fin y al cabo, el tratamiento de las nulidades, para al mismo tiempo ponernos de manifiesto que su introducción a nuestros Códigos Civiles, nada tuvo de afortunada, sino más bien constituyó un error, que es consecuencia de un trasplante injustificado, que en lo futuro debe enmendarse.

CONCLUSION

Desde el Derecho Romano, fue necesario establecer ciertas reglas que tuvieron por objeto invalidar determinados actos jurídicos que no debían producir consecuencias. Entonces a tales actos se les sancionó bien con la nulidad absoluta o bien con la nulidad relativa, según fuera la gravedad del vicio que los afectara. Surgió, así, la Teoría Clásica Bipartita de las Nulidades, la cual subsistió hasta que en Francia, durante el siglo XIX, al discutirse el proyecto del Código de Napoleón en el año 1804, surgió la idea del "acto jurídico inexistente", que vino a precisar el comentarista alemán, Carlos Zachariae.

La inexistencia ocasionó el surgimiento de la Teoría Clásica Tripartita de las Nulidades, que en realidad sólo añadió, al contenido de la Teoría Bipartita, el nuevo concepto que, siendo netamente francés, no está, a pesar de ello, contenido en el Código de Napoleón, ni es aceptado, por la jurisprudencia. Aunque el principio se mantuvo sólo en la doctrina no tardó ésta, sin embargo, por conducto también de autores franceses (Japlot, Piedeleuvre, Planiol y Ripert, Lutzesco, Colín y Capitant, etc.), en hacer notar los problemas prácticos y teóricos que la figura originaba.

Julián Bonnacase, no obstante, intentó con cierto brillo, reivindicar la Teoría Clásica Tripartita de las Nulidades; de él la tomó nuestro maestro, don Manuel Borja Soriano, y por influencia de éste la inexistencia vino a incorporarse a nuestro Código Civil de 1928, en vigor.

A mi juicio, el trasplante de la inexistencia, a nuestro Código de 28, ha resultado absolutamente erróneo e inútil, en tanto que ha podido observarse que sus características no se cumplen. Los partidarios de la inexistencia sostienen que los actos en que ella se produce, por ser la nada jurídica, ningún efecto pueden provocar u ocasionar; pero la verdad es que tales efectos sí se producen, y que inclusive algunos de ellos subsisten incluso después de declarada la inexistencia. Acontece en la forma acabada de expresar, en el caso de la posesión de estado de hijo del matrimonio celebrado, verbigracia, ante un Notario, no ante el Oficial del Registro Civil o del matrimonio en que dicho Oficial omitiera,

por descuido imperdonable, su firma en el acta; porque adquirida la señalada posesión de estado, ella es suficiente, a pesar de las dificultades señaladas, para acreditar la filiación de hijo nacido de matrimonio (artículo 341). Luego es inexacto que la llamada inexistencia, por ser la nada, nada pueda producir; porque lo cierto es que se producen una serie de importantes efectos que la inexistencia es incapaz de explicar.. Por ser la inexistencia la nada y porque la nada ningún efecto puede producir, se sigue que no podrá haber acción para hacerla valer, aunque se dice que puede intentarse por vía de excepción, lo cual también carece de sentido, si se tiene en cuenta que la excepción no es, resumiendo cuentas, más que la acción en sentido contrario, que el demandado hace valer para destruir la pretensión que su adversario (el actor) le reclama.

La definición de la inexistencia que proporciona nuestro artículo 2224, es oscura porque, al decir que el acto jurídico es inexistente "por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él", emplea esas palabras, "consentimiento" y "objeto", que no son unívocas sino con varios significados que conducen a confusión, según vimos en su oportunidad. Pero, además, en nuestro Código Civil sólo dos artículos hablan de la inexistencia (el 2224 y el 249), pues la verdad es que, en todos los otros, ella ni siquiera se menciona ni se aplica, sino que se limitan, en todas aquellas hipótesis en que la inexistencia puede presentarse de acuerdo con su definición, a darle el tratamiento de la nulidad, ya absoluta o ya relativa, según el caso.

Como conclusión última, con todo respeto para los responsables de la confección de nuestro Código de 1928, me permito proponer la supresión de la figura de la inexistencia, para que se vuelva a nuestra tradición jurídica que siguieron, con magníficos resultados, nuestros Códigos abrogados de 1870 y de 1884, o sea, a la Teoría Bipartita de las nulidades.

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

- Batista Rodolfo.- Las Fuentes del Código Civil de 1928. Editorial Porrúa, S.A., México 1979.
- Blánquez Fraile Agustín.- Diccionario manual latino-español, español-latino. Editorial Sopena, S.A., Barcelona 1979.
- Bonnacase Julián.- Elementos del Derecho Civil. Traducido por el Lic. José M. Cajica Jr., tomos I y II. Editorial Cajica, Puebla 1945.
- Borja Soriano.- Teoría General de las Obligaciones, tomo I. Editorial Porrúa, S.A., México 1939.
- Borrel y Soler.- Derecho Civil Español, tomo I. Editorial BOSCH, Barcelona 1953.
- Cabanellas Guillermo.- Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1959.
- Caso Angel.- Principios de Derecho, segunda edición. Editorial Cultura, México 1937.
- Colín y Capitant.- Curso Elemental de Derecho Civil, Traducción de la segunda edición francesa por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tercera edición, tomos I y IV. Editorial REUS, Madrid 1952.
- Coviello Nicolás.- Doctrina General del Derecho Civil, Traducido de la cuarta edición italiana, por Felipe de J. Tena, con concordancias de derecho mexicano por el Lic. Raúl Berrón Mucel. Unión Tipográfica Editorial Hispana-Americana, México 1938.
- Chiovenda Guisepe.- Instituciones de Derecho Procesal Civil, volumen I, segunda edición española. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1948.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA.- Tomo XXI. Editorial DRISKILL, S.A., Buenos Aires 1978.
- Ennecerus-Kipp-Wolff.- Derecho de Obligaciones, Traducción de la trigésima quinta edición alemana, con estudios comparativos y adaptación a la legislación y jurisprudencia española, por Blás Pérez

- González y José Alguer, volumen I, tomo II. Editorial BOSCH, Barcelona.
- Gaudemet Eugena.- Teoría General de las Obligaciones, Traducción de Pablo Macedo, primera edición española. Editorial Porrúa, S.A., México 1974.
  - Gutiérrez y González Ernesto.- Derecho de las Obligaciones, quinta edición. Editorial Cajica, S.A., México 1979.
  - Iglesias Juan.- Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado. Edición española Ariel, 1972.
  - Jimenez Arnau Enrique.- Tratado de Legislación Hipotecaria, tomo I. Ediciones españolas S.A., Madrid 1941.
  - Josseland.- Derecho Civil, Traducción de Santiago Cuchillos y Mantecola, revisado y completado por André Brun, tomo II, volúmenes I y II; tomo I, volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, BOSCH y compañía editores, Buenos Aires 1950.
  - Laurent.- Principios de Derecho Civil, tomos I, II, XV, XXIV y XXXIII, Primera traducción española. Traductor y editor Joaquín Guerra y Valle, México 1889.
  - Lutzenco Georges.- Teoría y Práctica de las Nulidades, Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda. Editorial Stylo, México 1945.
  - Manresa y Navarro.- Comentarios al Código Civil Español, tomo VIII, volumen II, quinta edición. Instituto Editorial REUS.
  - Margadant Floris.- El Derecho Privado Romano, octava edición. Editorial Esfinje S.A., México 1978.
  - Mateos Alarcón Manuel.- Estudios sobre el Código Civil del D.F., tomos I y III. Imprenta de Ireneo Paz, México 1892.
  - Messineo Francesco.- Doctrina General del Contrato, Traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra, con notas de derecho argentino por Vittorio Nappi. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1952, tomo II.
  - Ortíz Urquidí Raúl.- Derecho Civil, primera edición. Editorial Porrúa,

México 1977.

- Pallares Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal, segunda edición. Editorial Porrúa, México 1956.
- Planiol y Ripert.- Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Traducción del Dr. Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, tomos VI y X. Editorial Cultural, La Habana 1946.
- Rojina Villegas.- Teoría General de las Obligaciones o Derechos de Crédito, tomos I y II. Editorial El Nacional, México 1943.
- Ruggiero Roberto.- Instituciones de Derecho Civil.- Traducción de la cuarta edición italiana anotada y concordada con la legislación española, por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Tejeiro, volumen I. Editorial REUS, Madrid.
- Salvat Raimundo M.- Tratado de Derecho Civil Argentino, tomo II. Editorial La Ley, Buenos Aires 1947.
- Savigny.- Derecho Romano Actual, tomo III. Segunda edición española Góngora.
- Scribe Joaquín.- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Imprenta Ganier Hermanos, París 1891.
- Spota Alberto.- Tratado de Derecho Civil, tomo I, volumen III. Editor Roque de Palma, Buenos Aires 1961.
- Von Thur Andreas.- Derecho Civil, Traducción directa del alemán de Tito Ravá, tomo I, volumen II. Editorial DEPALMA, Buenos Aires 1947.

#### JURISPRUDENCIA LEYES Y CODIGOS CONSULTADOS

- Apéndice de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente a los fallos pronunciados en los años de 1917 a 1965, Cuarta parte, Tercera sala, Imprenta Murguía, S.A., México 1965.
- Código Civil de 1870.
- Código Civil de 1884.
- Código Civil de 1928 para el D.F.
- Código Civil del Estado de Morelos.
- Código Civil del Estado de Sonora.

- Código Civil Alemán.
- Código Civil Español.
- Código de Comercio comentado de Andrade.
- Código de Justiniano. Imprenta de Ramón Vicente, Madrid 1872.
- Constitución Federal de la República.
- Chavez Hayhoe Salvador.- Prontuario de Ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Quinta Epoca, tercera parte, tomos correspondientes a las letras N-O, P, y Sexta Epoca, segunda serie, letras M-P.
- Ley de las Siete Partidas.- Segunda Edición española de 1872, Madrid.
- Mayo Ediciones 1965.- Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la H. Suprema Corte de Justicia, Sala Civil.

# INDICE

	Página
<b>INTRODUCCION .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPITULO PRIMERO</b>	
<b>ANTECEDENTES:</b>	
<b>A. Las nulidades en el Derecho Romano .....</b>	<b>3</b>
<b>B. Las nulidades en el antiguo Derecho Civil Francés .....</b>	<b>9</b>
<b>I. Las nulidades en el siglo XVI .....</b>	<b>9</b>
<b>II. Las nulidades en el siglo XVII .....</b>	<b>11</b>
<b>III. Las nulidades en el siglo XVIII .....</b>	<b>12</b>
<b>C. Teorías Clásicas de las Nulidades .....</b>	<b>15</b>
<b>I. Teoría Clásica Bipartita de las Nulidades .....</b>	<b>15</b>
<b>II. Teoría Clásica Tripartita de las Nulidades .....</b>	<b>16</b>
<b>D. La Nulidad en los Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y     de 1884 .....</b>	<b>18</b>
<b>CAPITULO SEGUNDO</b>	
<b>LA NULIDAD ABSOLUTA:</b>	
<b>A. Concepto .....</b>	<b>24</b>
<b>B. Causas que originan la nulidad absoluta .....</b>	<b>27</b>
<b>-El orden público .....</b>	<b>27</b>
<b>-Las buenas costumbres .....</b>	<b>28</b>
<b>I. La nulidad por ilicitud del objeto .....</b>	<b>29</b>
<b>II. Las cosas que están fuera del comercio .....</b>	<b>30</b>
<b>III. Nulidad por ilicitud de la causa .....</b>	<b>32</b>
<b>IV. Condición imposible, inmoral o ilícita .....</b>	<b>34</b>
<b>V. Nulidad por falta de forma .....</b>	<b>35</b>

C.	Características de la nulidad absoluta .....	36
I.	Puede hacerla valer todo interesado .....	36
II.	La nulidad absoluta es inconvaleable .....	38
III.	La nulidad absoluta no es prescriptible .....	38
IV.	La nulidad absoluta siempre debe ser declarada por el juez....	43
V.	La nulidad absoluta produce provisionalmente sus efectos .....	45
D.	La acción de nulidad absoluta .....	46
-	La acción .....	46
I.	Naturaleza jurídica y objeto de la acción de la nulidad absoluta .....	47
II.	Personas que pueden ejercitarla .....	49
III.	Personas contra quienes puede interponerse la acción .....	51
IV.	Excepciones al ejercicio de la acción de nulidad absoluta .....	51
V.	Efectos de la declaración de nulidad absoluta .....	51
-	Efectos de la nulidad absoluta entre las partes .....	52
-	Efectos de la nulidad absoluta con relación a terceros .....	54
E.	La excepción de nulidad absoluta .....	59
-	La excepción .....	59
I.	Naturaleza jurídica y objeto de la excepción de nulidad absoluta .....	62
II.	Personas que pueden ejercitar la excepción de nulidad absoluta y contra quién puede ejercitarse.....	64
III.	Cuándo es improcedente la nulidad como excepción .....	65
IV.	Efectos de la excepción de nulidad .....	67

### CAPITULO TERCERO

#### LA NULIDAD RELATIVA:

A.	Concepto .....	69
B.	Causas que originan la nulidad relativa .....	71
I.	Los vicios del consentimiento .....	71

1. El error .....	71
2. El dolo .....	80
3. La reticencia .....	83
4. La mala fe .....	84
5. La violencia .....	88
6. La lesión .....	94
II. La incapacidad.....	105
III. Que el consentimiento no se haya manifestado en la forma que establece la ley .....	112
IV. La ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto .....	120
V. Caso interesante de nulidad relativa: La venta de cosa ajena .....	122
C. Características de la nulidad relativa .....	127
I. La nulidad relativa sólo puede hacerla valer, en princi- pio, la persona en cuyo favor la establece la ley .....	128
II. El acto afectado de nulidad relativa puede convali- darse .....	129
III. La acción de nulidad relativa es prescriptible .....	131
D. La acción de nulidad relativa .....	133
I. Naturaleza jurídica y objeto de la acción de nulidad relativa .....	133
II. Personas con derecho a ejercitarla .....	134
III. Personas contra quienes puede interponerse la acción de nulidad relativa .....	135
IV. Excepciones oponibles al ejercicio de la acción de nulidad relativa .....	137
V. Efectos de la declaración de nulidad relativa .....	138
E. Excepción de nulidad relativa .....	139
I. Naturaleza jurídica y objeto de la excepción de nulidad relativa .....	139
II. Personas que pueden ejercitar la excepción de nulidad relativa y contra quién puede ejercitarse .....	140
III. Causas que extinguen la excepción de nulidad rela- tiva .....	141

IV. Efectos de la excepción cuando, por prosperar, es declarada la nulidad relativa .....	142
---	-----

CAPITULO CUARTO

LA INEXISTENCIA

A. Concepto .....	143
B. Causas que originan la inexistencia .....	145
I. La falta de consentimiento .....	145
II. La falta de objeto .....	146
III. La falta de causa .....	147
IV. La falta de solemnidad .....	149
C. Características de la inexistencia .....	151
I. No es necesario que la autoridad judicial pronuncie la inexistencia .....	151
II. El acto inexistente no puede producir ningún efecto .....	152
III. La inexistencia del acto puede ser alegada por cualquier persona con interés .....	153
IV. Los actos inexistentes no pueden ser convalidados por medio de la confirmación ni de la prescripción .....	154
D. Teoría de Japiot .....	158
E. Tesis de Piedelievre .....	166
F. Teoría de Bonnacase .....	168
G. Crítica a la teoría de la inexistencia .....	172
H. La inexistencia en el Código Civil mexicano de 1928 .....	183

CONCLUSION .....	201
------------------	-----

BIBLIOGRAFIA .....	203
--------------------	-----