

311
2ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

LA NULIDAD DE LAS ESCRITURAS NOTARIALES Y
LA NULIDAD E INEXISTENCIA DE LOS ACTOS
JURIDICOS CONTENIDOS EN ELLAS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARGARITA REYES RAMOS

TESIS CON
FALLA LE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Página

INTRODUCCION	6
CAPITULO I.- LOS HECHOS JURIDICOS Y SUS CLASIFICACIONES.	
1.1. Distinción entre hecho y acto jurídico- (Según la teoría bipartita o francesa).	8
1.2. Distinción entre hecho, acto y negocio- jurídico (según la teoría Alemana).	19
1.3. La teoría legislativa sobre esta mate- ria en el Código Civil para el Distrito Federal.	27
CAPITULO II.- LOS ELEMENTOS ESENCIALES Y LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACTO JURIDICO.	
2.1. Elementos esenciales.	31
2.1.1. Voluntad o consentimiento.	32
2.1.2. Objeto	38
2.1.3. Solemnidad.	41
2.2. Requisitos de validez.	43
2.2.1. Capacidad de ejercicio.	
2.2.2. Ausencia de vicios en la voluntad o au- sencia de lesión.	48
2.2.3. Licitud en el objeto, motivo o fin o — condición del acto.	68
2.2.4. Forma	70
CAPITULO III. LA INEXISTENCIA Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS.	
3.1. La inexistencia.	76
3.1.1. Su origen.	80
3.1.2. Sus características.	82
3.2. La nulidad absoluta.	87
3.2.1. Su origen.	90
3.2.2. Sus características.	92
3.3. La nulidad relativa.	94
3.3.1. Su origen.	100
3.3.2. Sus características.	103
CAPITULO IV.- EL DOCUMENTO.	105
4.1. El documento privado.	110
4.1.1. El documento público.	113
4.1.2. El documento notarial.	118
4.2. Las actas.	124
4.2.1. Las escrituras.	130
4.2.2. Los testamentos.	133

CAPITULO V.- NULIDAD DE LAS ESCRITURAS NOTARIALES. 139

CAPITULO VI. DISTINCION ENTRE LA NULIDAD DE LAS ESCRITURAS NOTARIALES Y LA NULIDAD E INEXISTENCIA DE LOS ACTOS JURIDICOS - CONTENIDOS EN ELLAS. 170

CONCLUSIONES. 175

BIBLIOGRAFIA. 179

I N T R O D U C C I O N

Cuando socialmente es palpable la confianza depositada en el Notario, se tiene que reconocer que no ha sido gratuita, sino fruto del esfuerzo puesto por hombres que, desde la antigüedad, se han dedicado en su integridad profesional y moral al servicio de una sociedad. De ahí la confianza que se le ha reconocido al documento público notarial, fundada no sólo en la honorabilidad de su autor, sino también en el cumplimiento de los requisitos legales o formalidades exigidas en su elaboración.

Pero hay situaciones que pueden dar lugar a la nulidad del documento notarial; la Ley del Notariado para el Distrito Federal, regula las distintas hipótesis cuya realización autoriza a todos aquellos que tengan interés jurídico de solicitar ante el órgano jurisdiccional que proceda a declarar la nulidad del documento público notarial. Respecto de esta nulidad, pero en lo que hace a las escrituras, he tenido el interés para distinguirla de la nulidad de los actos jurídicos en ese tipo de documentos contenidos.

Al efecto, comienzo por analizar la clasificación de los hechos jurídicos y los actos jurídicos; la distinción que existe entre los mismos, según la teoría bipartita o francesa; así como la distinción entre hecho, acto y negocio jurídico, según la teoría tripartita o alemana; y por último, referirme a la teoría legislativa que sobre esta materia ha adoptado el Código Civil para el Distrito Federal.

También se estudian los elementos esenciales (consentimiento, objeto y solemnidad), así como los requisitos de validez (capacidad de ejercicio, ausencia de vicios en la voluntad

(error, dolo, mala fe, violencia) y ausencia de lesión) lícitud en el objeto, motivo o fin o condición del acto y por último, - la forma que deben revestir los actos jurídicos.

Más adelante expongo, las ineficacias que pueden afectar - al acto jurídico, a saber, la nulidad absoluta y la nulidad relativa y la más grave, la inexistencia misma del acto. Asimismo trato el origen y las características de cada una de estas ineficacias.

Después paso al análisis del documento, tanto del público, como del privado. Dentro de los documentos públicos el documento notarial es el punto en cuestión, y dentro de éste la escritura es el foco de nuestra atención.

Finalmente, distingo entre la nulidad de las escrituras notariales y la nulidad de los actos jurídicos en ella contenidos.

Esperando que este trabajo dé las respuestas a algunas interrogantes que inquietan a los estudiosos del derecho, o bien sirva para dejar inquietud sobre el tema, para que personas más agudas y con una visión más allá de nuestros horizontes lo culminen.

CAPITULO PRIMERO

I.- LOS HECHOS JURIDICOS Y SU CLASIFICACION.

1.1.- Distinción entre hecho y acto jurídico (según la teoría -- bipartita o francesa).

"Los hechos y actos jurídicos son conceptos jurídicos fundamentales en la Teoría General del Derecho. Según Rodolfo Shom, los juristas romanos no construyen una teoría general del acto jurídico, ni tienen alguna expresión que sirva para designar correctamente este concepto ni el de contrato. La palabra "actus", a semejanza de "actio", es muy amplia, pues no sólo abarca a todo género de actos jurídicos, sino que se refiere también a los actos de Derecho Público."¹

"El Código Napoleón carece de método en la exposición positiva de la teoría del acto jurídico. El Código Civil Alemán posterior al Napoleónico, ya contiene un orden al referirse a la teoría mencionada, dedicándole una sección de ese ordenamiento legal."²

Fue sin embargo, la doctrina francesa representada por Bonnetcase, Planiol y Ripert, Colin y Capitant, la que elaboró propiamente una teoría de los hechos y actos jurídicos, misma que se ha conocido con el nombre de "bipartita, Clásica o Tradicional. Conforme a esta doctrina existen hechos, unos naturales, -- otros del hombre, que no tiene trascendencia en el derecho, es decir, hechos y actos materiales que por lo general realiza el hombre o se dan en la naturaleza; pero también los hay jurídicos que son aquellos a los que la ley les atribuye determinados efectos.

1 Shom, Rodolfo, "Instituciones de Derecho Privado", 2a. Edic. en Español, traduc. de W. Rocas, Editorial Gráfica Panamericana, S. de R.L, Nota No. 3, México, 1951, pág. 115.

2 Garcia, Trinidad, Apuntes de Introduc. al Estudio del Derecho, Sa. Edic. Editorial Porrúa, S.A. México, 1978, pág. 161.

De lo antes expuesto deriva la distinción que la Escuela Francesa hace de los hechos jurídicos, los que en sentido amplio son los acontecimientos naturales o producidos por el hombre que traen un cambio en el mundo jurídico. Por ejemplo, de los producidos por la naturaleza tenemos el hecho de un depósito de minerales en el subsuelo para originar un régimen de propiedad del Estado; entre los realizados por el hombre nos distinguen los que se producen designándolos hechos jurídicos en sentido estricto, y los que constituyen una manifestación de voluntad para producir determinados efectos que la ley reconoce siendo estos últimos los llamados actos jurídicos y cuya finalidad es la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, que se clasifican, en atención a las voluntades que intervienen, en unilaterales (como el testamento) o bilaterales (tales como el matrimonio, la compraventa, etc.)

La circunstancia que caracteriza un acto en unilateral "Es la necesidad de manifestación de una o más voluntades para la formación misma del acto, sin que importe la necesidad de que más tarde se adhiera otra voluntad para que el acto produzca sus efectos. Así, por ejemplo el reconocimiento de un hijo natural es un acto unilateral porque basta que el padre o la madre reconozcan a una persona como hijo natural para que el reconocimiento exista, para que este acto se genere; nada importa el requisito de la aceptación que debe hacer el hijo para que el reconocimiento produzca sus efectos, porque el mencionado requisito no es parte del acto."³

3 Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somorriiva Undurroga, — Curso de Derecho Civil, Editorial Hagtam, Chile, 1939, página 348.

Quiñónez y González señala: "que se han elaborado múltiples doctrinas para decir qué son los hechos jurídicos, sin embargo la que orientó al Código es la Francesa; no obstante las - múltiples críticas que se han elaborado contra esa tesis."⁴

Para facilitar el entendimiento de la doctrina francesa o bipartita se transcribe el siguiente cuadro que explica la clasificación de los hechos jurídicos así como de los actos jurídicos:

		Declaración Unilateral de voluntad.	
	a) Unilateral	Testamento.	
		Revisión de deuda (Art. 2209 C.C.)	
A) Actos jurídicos			
		Se quiere la conducta y la consecuencia.	
HECHOS	b) Bilaterales	- Crean o transfieren.	
JURIDICOS	o plurilaterales	Convenios (contrato. Art. 1793 CC.)	
LATO SENSU		- Modifican o extinguen (Convenio Stricto SENSU)	
		- Se quiere la conducta pero no la consecuencia que se produce sobre la voluntad del autor.	a) Ilícitos. Gestión de negocios.
	a) Del ser humano o voluntarios		
B) Hechos jurídicos Stricto SENSU.			b) Ilícitos Delitos Civiles y Penales.
		- Nacimiento	
	b) De la naturaleza.		
		- Adquisición natural de Inmuebles.	

⁴ Quiñónez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Edición Jurídica, S.A., 5a. Edición, Puebla, 1977, págs. 122 y 123.

También Bonnacase dá el concepto de hecho y acto jurídico y dice que "el primero en sentido amplio, es el acontecimiento-engendrado por la actividad humana, o puramente material que el derecho toma en consideración para hacer derivar de él, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, -- una situación jurídica, general o permanente o, por el contrario un efecto de derecho limitado. Hecho jurídico en sentido especial en oposición a la noción de acto jurídico, en tal caso -- un suceso puramente material como el nacimiento o la filiación-- o más acciones más o menos voluntarias, generadoras de situaciones o efectos jurídicos sobre la base de una regla de derecho,-- cuando el sujeto de tales acciones no ha podido tener o no ha tenido en cuenta la idea de colocarse, al realizarlas, bajo el imperio de la ley. Si el hecho jurídico en sentido estricto no consiste en sucesos puramente materiales, sino en acciones más o menos voluntarias, es llamado según los casos, cuasicontratos delito o cuasidelito, en oposición al contrato, que representa el tipo más caracterizado del acto jurídico.

Mientras que al acto jurídico, lo define Bonnacase, "como la manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral,-- cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una -- regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en -- provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o, por el contrario, un -- efecto de derecho limitado, relativo a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica."⁵

De la definición transcrita con antelación sólo nos permitimos hacer notar que la palabra "exterior" es innecesaria, pues en la palabra "manifestación" va implícita la exterioridad ya -- que no concebimos manifestaciones internas.

⁵ Bonnacase, Julien, Elementos de Derecho Civil, Traduc. J.M. Cajica Jr. Editorial J.M.Cajica, Puebla, 1945, T.II, pág. 216.

Rafael De Pina, define a los hechos jurídicos como: "los acontecimientos de la vida que son susceptibles de producir el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación de derecho."⁶

Clasifica este autor a los hechos jurídicos en positivos o negativos, según sean realizaciones o abstenciones. Conforme a su naturaleza pueden ser independientes de la voluntad humana o dependientes. Sin embargo, reserva la palabra "acto jurídico" para designar la manifestación de voluntad consciente de los efectos jurídicos a producir.

Para el citado autor, los actos jurídicos constan de tres elementos: Esenciales, accidentales y naturales. El primero de los mencionados es el que concurre a formar un acto jurídico - general como necesario para obtener un tipo de acto; los naturales consisten en las consecuencias que se derivan de la naturaleza misma del acto, sin que las partes tengan que hacer manifestación acerca de ella, como no sea con el propósito de -- eliminarla; y los últimos los accidentales, son los que agregan la voluntad de las partes.

Rojina Villegas, define a los hechos jurídicos como "aque-
llos acontecimientos naturales o ejecutados por el hombre que-
producen consecuencias de derecho, sin que intervenga el propó-
sito o intención humana para originar esas consecuencias,"⁷ y -
al acto jurídico "como la declaración o manifestación de volun-
tades hecha con el objeto de producir determinadas consecuen--

6 De Pina, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, 14a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1985, pp. 262-267.

7 Rojina Villegas, Rafael, Teoría Gral. de las Obligaciones o De-
rechos de Crédito, Porrúa, S.A., México 1985, pág. 264.

cias, las cuales son reguladas por el Derecho para la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones o de situaciones jurídicas concretas."⁸

A mayor abundamiento, hay otros autores que sostienen que los actos voluntarios lícitos "son aquellos que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, - crear, modificar, transferir o aniquilar derechos. También hay quien afirma que acto lícito es el objetivamente conforme al de recho positivo."⁹

La doctrina jurídica Europea dominante define al acto jurídico en el sentido de que "es una declaración de voluntad privada, dirigida a producir un efecto de derecho, el cual se produce en cuanto ha sido querido por el declarante."¹⁰

El concepto de acto jurídico, dice Carneluti "es naturalmente en comparación con el de hecho, un concepto de especie; - cuando se dice acto jurídico, lo mismo que hecho jurídico, se alude a una cualidad que el acto o el hecho puede poseer; el -- acto es jurídico sólo en cuanto se resuelve en un cambio, es de cir, que el acto para ser jurídico debe producir un cambio de - derecho. El cambio jurídico en su opinión, consiste en una alte ración de las relaciones jurídicas preexistentes, la donación - por ejemplo, es un acto jurídico en cuanto en virtud de ella -- quien tenía la propiedad de la cosa donada la pierda y quien no la tenía la adquiere."¹¹

Según la doctrina Italiana, cabe distinguir entre actos - (simplemente) voluntarios y actos de voluntad; considerándose --

8 Ibid, pág. 163.

9 Enciclopedia Jurídica Omeba, T.I-A, Buenos Aires Argentina, - 1954, pág. 351.

10 Ibid. pág. 384.

11 Ibid. pág. 382.

simplemente voluntarios aquellos que presuponen como existente una determinación de voluntad, la que constituye, un momento interno, mientras que lo que es tomado en cuenta, es la actividad que se desarrolla después, como ejemplo tenemos: el abandono de una cosa con el ánimo delinquere, es decir, con la intención de desampararla o renunciar a su derecho de propiedad; — mientras que los actos de voluntad, son aquellos que su contenido consiste en la determinación volitiva, es decir, que se manifiesta una conducta en la que el autor del acto está consciente de los efectos que resultán.

Bonnecase, siguiendo su tesis general respecto a la función del hecho y del acto jurídico, dice: "que el acto y el hecho jurídico tienen sólo una función: Poner en movimiento una regla de derecho o una institución jurídica. Con la salvedad — de que mientras que el autor del acto jurídico tiende directamente y en forma reflexiva a la aplicación de una norma de derecho, el autor del hecho jurídico la sufre."¹² Pero la función así considerada del acto y del hecho jurídico es una función — inmediata e invariable que se traducen por el nacimiento de diversas situaciones jurídicas, que vienen a condicionar un estado legal, para producir consecuencias de derecho, entre las que se pueden encontrar en ocasiones las relativas a la creación de obligaciones.

Tiene una gran importancia clasificar los distintos hechos y actos jurídicos y al respecto se presenta el siguiente cuadro:

12 Bonnecase Julien, Elementos de Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, Contratos y del Crédito. Traduc. J.M. Cajica, — Editorial J.M. Cajica, Puebla, Rue. 1944, T.II. pág. 399 y 401.

ACTOS JURIDICOS

- 1.-Contrato. 2.-Testamento 3.-Declaración Unilateral de -
voluntad. 4.-Actos de Autoridad (sentencia, secuestro,
adjudicación, remate y resoluciones administrativas).

HECHOS JURIDICOS

- a).- HECHOS NATURALES: 1.-Hechos simplemente naturales. -
2.-Hechos naturales relacionados con el hombre.
- b).- HECHOS DEL HOMBRE: 1.-Hechos voluntarios lícitos: --
Gestión de negocios, enriquecimiento sin causa y res-
ponsabilidad objetiva. 2.-Hechos voluntarios ilícitos: Delitos dolosos, delitos culposos, incumplimien-
to de las obligaciones, culpa contractual en sentido
estricto, recepción dolosa de lo indebido, abuso del
derecho, posesión de mala fe y accesión artificial -
de mala fe. 3.-Hechos involuntarios. 4.-Hechos con-
tra la voluntad.

En sentido general, la doctrina francesa habla de hechos-
jurídicos, comprendiendo todos aquellos acontecimientos natura-
les o del hombre que originan consecuencias de derecho. De esta
manera distingue los hechos jurídicos en estricto sentido de --
los actos jurídicos.

Rojina Villegas, considera que "hay hecho jurídico cuando
por un acontecimiento natural o del hombre en el que no inter-
viene la intención de originar consecuencias de derecho, se ori-
ginan, no obstante éstas. Por otra parte, estima que hay acto -
jurídico en aquél hecho voluntario ejecutado con la intención -
de realizar consecuencias de derecho, y por esto lo define como
una manifestación de voluntad que se hace con la intención de -
originarlas."¹³

¹³ Rojina Villegas, Rafael, T.I. Ob. cit. pág. 116.

Enneccerus Ludwig, Kipp y Wolf, sostienen: "La diferencia según la doctrina francesa, entre los hechos y los actos, no está en la intención del hombre, toda vez que los hechos jurídicos pueden ser naturales y del hombre, y en estos últimos existen los voluntarios, los involuntarios y los ejecutados contra la voluntad. Por lo tanto, hay hechos jurídicos voluntarios, es decir, ejecutados por el hombre, pero en ellos la voluntad no está animada de la intención de producir consecuencias de derecho; esos hechos jurídicos voluntarios pueden ser lícitos o bien ilícitos. Los hechos ilícitos son los delitos y los cuasidelitos. En los delitos existe la intención de dañar, pero no la de originar consecuencias jurídicas, por esta razón no se consideran actos jurídicos."¹⁴

Los hechos voluntarios lícitos, fueron llamados en el antiguo derecho francés, siguiendo a los glosadores, cuasicontratos; y expresamente el Código Napoleón acepta esta denominación, los cuasicontratos son hechos voluntarios lícitos; se consideran como tales: la gestión de negocios, el pago de lo indebido y ciertos casos de copropiedad, en virtud de que estas situaciones implican actos del hombre, sin que haya la intención de originar consecuencias de derecho. Nuestro Código Civil vigente no ha empleado la denominación de cuasicontratos, sino que se ha referido específicamente a la gestión de negocios y al pago de lo indebido.

Partiendo de la base, cabe mencionar que no debe perderse de vista, que si todo acto jurídico es un hecho jurídico, sin embargo no todo hecho jurídico es un acto jurídico. En otras palabras, estos conceptos se encuentran relacionados de género a especie, siendo el género el hecho y el acto la especie.

¹⁴ Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martín Wolff, Tratado de Derecho Civil, Traduc. Blas Pérez Glez. y José Alguer, Revisada por Hans Carl, Editorial Casa Boch, T.I, Barcelona 1935, Vol. 2o. págs. 5 y 7.

El hecho jurídico puede ser natural o del hombre. No hay problema alguno para diferenciar los hechos naturales y los actos jurídicos, toda vez que en los primeros siempre se parte de un fenómeno de la naturaleza relacionándolo o no con el hombre, cítemos por ejemplo el nacimiento o el aluvión. En el acto jurídico necesariamente debe existir una manifestación de voluntad.

En los hechos del hombre tenemos los voluntarios, los -- ejecutados contra la voluntad y los involuntarios. Estos tienen aspectos diferentes a los actos jurídicos, basta decir que el -- hecho es involuntario o contra la voluntad para que no se le -- pueda confundir con el acto jurídico que por regla general debe ser un fenómeno voluntario. En cambio, entre los hechos voluntarios y los actos jurídicos se encuentra un punto esencial de -- contacto, ya que en ambos casos se da el fenómeno volitivo; y -- la distinción está en que el hecho voluntario, si bien es cierto que interviene la voluntad, no existe la intención de que se produzcan efectos de derecho, puede ejecutarse de manera espontánea y el derecho es el que determinará las consecuencias.

Por tanto, la distinción fundamental entre los hechos y los actos jurídicos estriba "en considerar a los primeros como voluntarios o involuntarios, pero sin la intención de producir consecuencias de derecho y considerar a los segundos como manifestaciones de voluntad con la intención de producir consecuencias de derecho."¹⁵

Para terminar este breve análisis, podemos decir que la distinción entre los conceptos de hecho y acto jurídico no se -- presta a confusión alguna, toda vez que el acto jurídico siem-

15 Quintanilla García, Miguel Angel, Derecho de las Obligaciones 2a. Edición, Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1981, pág. 14.

pre tendrá una manifestación de voluntad encaminada a un fin — específico, en tanto que en el hecho jurídico los efectos se — producen independientemente de que se hayan pretendido o no realizar dichos efectos.

Concluimos que hecho jurídico en sentido amplio es el acontecer localizado temporal y espacialmente, ya producido por la — naturaleza o por la actuación del hombre que produce efectos jurídicos, esto es, un cambio en el mundo del derecho.

Mientras que el hecho jurídico en sentido estricto y acto-jurídico, vienen a ser especie del género que constituye el hecho jurídico. En sentido estricto, entendemos el hecho jurídico como el acontecimiento natural que produce efectos de derecho, o producido por el hombre sin la intención de traer consecuencias de derecho. Acto jurídico es la manifestación de voluntad con el objeto de producir efectos de derecho.

1.2.-DISTINCION ENTRE HECHO, ACTO Y NEGOCIO JURIDICO (SEGUN LA TEORIA TRIPARTITA O ALEMANA).

El término "negocio jurídico" (traducción del alemán "RECHTSCHAFT"), se debe a la doctrina alemana del siglo XIX. El vocablo "negotium" se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo derecho español, pero usóse con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico. -- Pero ello no se introduce directamente en la ciencia jurídica, sino después de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico; entonces se empleó la frase negocio para nombrar un tipo especial de actos jurídicos.

La división del Derecho de Gayo, "OMNE IUS QUO UTIMUR VEL AD RES, VEL AD ACTIONES", se entendió referida a las personas, - las cosas y las acciones.

A mediados del siglo XVI, algunos autores preocupados por la sistematización jurídica, pensaron que el término "acciones" debería considerarse en el sentido de actos o hechos humanos (CONRADO 1557. PEDRO GREGORIO DE TOLESA, 1587), sus sistema del "negotium symbioticum" (de cooperación humana) como "factum civile" o negocio de este mundo al que caracteriza como actividad humana - que precede al establecimiento de los derechos. La doctrina posterior, al menos la que se ocupa del derecho natural y del derecho público, iba utilizando cada vez con más frecuencia los términos del acto humano, declaración y negocio, al tratar de las - promesas y contratos, los que no tardan en pasar al lenguaje jurídico.

La fuerza expansiva de la ciencia alemana supera incluso a la influencia que en política cubren el Estado alemán desde Bismarck - en la ciencia jurídica, ella todavía aparece con la publicación del Código Civil. Y en su libro Primero Parte General se

modifica la división de Jayo y se lo sustituye por la de personas, cosas y negocios jurídicos. La doctrina de casi todos los países del Continente Europeo han acogido el concepto y hasta buena parte de la dogmática alemana sobre el negocio jurídico; pasando además el término de negocio jurídico al texto de algunas leyes (por ejemplo el artículo 659 del Código Civil Austriaco reformado; artículo 33, 35 del Código Civil Suizo).

En consecuencia, con esta acogida, ha podido señalarse a la doctrina francesa como la de franca resistencia a recibir el concepto de negocio jurídico. Ella se ha mantenido fiel al uso tradicional del término acto jurídico; más sobre todo le ha detenido una dificultad léxica, la imposibilidad de utilizar " -- affaire juridique" para traducir la alemana negocio jurídico, -- que se emplea para designar la operación jurídica "negotium".

Don Trinidad García dice: "que la razón que se ha dado para este cambio de denominación es la conveniencia de hacer desaparecer el equívoco a que la palabra acto puede dar lugar, ya que además de designar el hecho a que antes nos hemos referido es -- también el nombre de las pruebas escritas destinadas a demostrar la existencia de alguna cosa. Aun cuando el propio profesor no admite esta justificación del nuevo término, porque acto en su acepción castiza quiere decir hecho o acción y la prueba escrita recibe más usualmente en español la denominación del -- instrumento o documento, todo ello sin contar, agrega, que el -- empleo de la palabra negocio, no haría cesar el equívoco que el término criticado puede producir, ya que también se prestaría a alguno, con lo que sería inútil el cambio de la expresión -- aceptada ya tradicionalmente en nuestro Derecho."¹⁵

¹⁵ GARCÍA, TRINIDAD, Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, Edit. Porrúa, S.A., México, 1978, 6a. Edición, página 130.

El caso es que la expresión "negocio jurídico", ha tomado carta de naturalización en nuestro país, pero, la mayoría de Códigos Civiles siguiendo a los franceses y españoles, sólo hacen mención del hecho y del acto jurídico, sin que se refieran en algún momento al negocio. El término negocio jurídico es muy usual en la literatura alemana ya que fue esta quien por primera vez lo empleó, no sólo en sus obras sino inclusive en su propio Código, en substitución de la palabra acto.

Ya que es frecuentemente utilizado dicho término, debería fomentarse dicho uso, no solo por lo que esto significa en base al enriquecimiento del lenguaje de nuestra ciencia, sino por lo esencialmente connotativo que el término resulta, sobre todo si armonizando su empleo con el de los otros dos, es decir, el hecho y el acto jurídico que se fija a cada uno de ellos, un preciso significado que haga que nitidamente se distingan entre sí y que fue lo que se pretendió hacer desde 1944-1945 en el anteproyecto del Código Civil para el Estado de Morelos, sin más finalidad que la de pretender lograr un mejor y más completo, metodizado y sistematizado desarrollo de la importante cuestión teórica que nos ocupa; el anteproyecto citado nos dá los conceptos del acto y negocio jurídico en sus artículos 28 y 29 respectivamente, mismos que a la letra dicen:

ARTICULO 28.-"cuando el hecho es realizado voluntariamente por su autor, pero sin la intención de producir ninguno de los efectos que menciona el artículo 26, no obstante lo cual se producen se le llama acto jurídico."

ARTICULO 29.-"Cuando el acto es lícito y se realiza con el propósito primordial de producir cualesquiera de las consecuencias a que se refiere el artículo 28 toma el nombre de negocio jurídico."

Al respecto, el artículo 26 dice: "Supuesto jurídico es - la hipótesis prevista por la ley, de cuya realización depende - el nacimiento, la transmisión, modificación o extinción de dere- chos y obligaciones o situaciones jurídicas concretas."

En cambio, en el Código Civil para el Distrito Federal, - no existe una parte general ni una disciplina de los hechos ju- rídicos que comprenda y contemple a todos sus tipos, convenios, contratos, testamentos y negocios jurídicos, como lo hacen los- Códigos de Morelos y Sonora.

Según la teoría Alemana, en el hecho no interviene la vo- luntad en la realización del acontecimiento. En el acto y así - se distingue del hecho, la voluntad interviene sólo en la reali- zación del acontecimiento, más no en la producción de efectos, - no obstante lo cual éstos se producen, por ejemplo el caso del- homicidio intencional, pues en él evidentemente el hombre homici- da con toda la intención y tal vez con todas las agravantes de- ley (premeditación, alevosía, ventaja y traición) como feroci- dad privan de la vida a otro, sin desear que se produzcan las - consecuencias que el derecho punitivo prevee para ese caso en - concreto, que en su caso sería la apertura de un proceso y por- consiguiente la condena con reparación del daño, ya que el homi- cida de este ejemplo, para evitar que esos efectos se produzcan trata de sustraerse de la justicia huyendo. Caso contrario en - el negocio jurídico puesto que, la voluntad interviene en dos - momentos a saber:

a) En la realización del acontecimiento y;

b) En la producción de las consecuencias jurídicas. Un --- ejemplo de esta situación sería el contrato, ya que voluntaria- mente lo realizan quienes lo celebran, esto es, en el primero de los momentos los contratantes están deseando celebrarlo; segundo momento con la intención de producir las correspondientes conse- cuencias jurídicas.

El comprador y el vendedor voluntariamente celebran el contrato de compraventa e indiscutiblemente lo hacen con la intención de que se produzcan entre otras cosas y como principales las consecuencias jurídicas de adquirir, el uno la propiedad de la cosa y el otro el precio. También es necesario dejar asentado que la ilicitud es el elemento sine qua non del negocio jurídico, o sea el acto para los franceses, ya que si el autor o las partes realizan un hecho ilícito, por más que lo hagan voluntariamente (primer momento) y estén deseando (segundo momento) tal producción de efectos, ese hecho nunca tendrá el carácter de negocio dentro de nuestra tesis, ni tampoco para los alemanes, o de acto para los franceses y españoles. De ahí que "cuando el acto es lícito y se realiza con el propósito primordial de cualquiera de las consecuencias del artículo 26 del anteproyecto citado, toma el nombre de negocio jurídico."¹⁷ Y una vez perfeccionado obliga a su autor o autores no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso y a las buenas costumbres.

Los tratadistas alemanes e Italianos (Enneccerus, Stlfi) designan al acto jurídico como "los sucesos en los que interviniendo la voluntad humana, ésta no es tomada en cuenta al atribuirles efectos jurídicos y reserva el término "negocio jurídico" para los acontecimientos en los que aparece una voluntad dirigida precisamente a crear las consecuencias previstas en la norma de derecho."¹⁸

17 Ortiz Urquidi, Raul, Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977, 6a. Edición, pág. 239.

18 Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. pág. 86, Tomo I.

Los pandectistas alemanes e italianos hicieron una distinción a saber, "el acto jurídico es un acto humano que produce -- efectos de derecho con la intención de producirlos sin ella. Por esta razón clasifican los actos jurídicos en lícitos e ilícitos. Si partimos de la concepción de que el acto jurídico es un acto humano, necesariamente tendremos que colocarle una denominación específica al acto humano lícito que persigue consecuencias de derecho: este es el negocio jurídico que puede entenderse como manifestación de voluntad de una o varias partes encaminada a producir efectos de derecho, crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones."¹⁹

Como la creación y transmisión de los derechos se funda en el principio de que los particulares a través de su esfuerzo alcanzan ventajas económicas, se ha sostenido que el negocio jurídico es el resultado del ejercicio del derecho subjetivo, pues este es un poder destinado a defender el propio interés, o un interés jurídicamente protegido; el negocio jurídico en un sentido más profundo es un actuar unilateral o conjuntamente para la defensa de uno o varios intereses del titular o titulares.

Sin embargo, es importante dar un concepto más o menos -- aceptable del negocio jurídico, puesto que como ya se ha indicado, algunas legislaciones como la alemana y la italiana hablan -- de negocios jurídicos como la principal fuente de las obligaciones. Mientras que nosotros hemos seguido por regla general la tesis francesa o bipartita, que toma como fuente de las obligaciones a los hechos y actos jurídicos.

Algunos autores piensan que en realidad la distinción entre hecho, acto y negocio jurídico, carece de interés práctico, -- ya que para los que siguen la tesis francesa la fuente de las -- obligaciones eran los hechos y actos jurídicos y para los que siguen la tradición alemana e italiana serán los hechos jurídicos--

¹⁹ Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, Ediciones-- Mayo, 1a. Edición, México, 1981, pág. 2183.

y los negocios jurídicos; pero los que así piensan parten de un falso supuesto, ya que no toman en cuenta, que los italianos han considerado el negocio jurídico como un acto jurídico y también estudian y reconocen a los actos jurídicos, inclusive denominan a su teoría la "tripartita".

Podemos decir que el negocio jurídico es un acto jurídico - especial, es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios, en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económica que caracteriza su tipo.

El concepto anterior quizá resulte un tanto obscuro, motivo por el cual haremos un breve análisis del mismo. Los negocios jurídicos tienen su origen en la vida de la relación lo que supone que los particulares al unirse unos con otros desean satisfacer variadas exigencias y cuando el derecho reconoce esas necesidades, surge entonces el negocio jurídico; pero ese nacimiento se da tomando en cuenta la voluntad de las personas, así como también las relaciones que se establezcan entre ellas mismas a propósito de una determinada exigencia que en un momento dado se desee realizar y que el derecho debe reconocer, de tal manera -- que la manifestación suprema de esa autonomía privada, de esa interrelación a la cual el derecho le atribuye, bien el nacimiento la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares, viene a ser el negocio jurídico.

Así pues, la facultad de querer no es la base para la consideración del negocio jurídico, sino que, precisamente esa vida de relación se dirija a un interés digno de tutela, apareciendo así el negocio jurídico.

Ortiz Urquidí, inspirado en el famoso dogma de la voluntad ha escrito lo siguiente: "Hemos pensado que para distinguir pulcramente entre hechos, actos y negocios jurídicos, no hay sino tomar en cuenta la intervención de las voluntades, así como la pre

sencia o ausencia de ella en estos dos momentos: a) En la realización del acontecimiento y b) en la producción de las consecuencias jurídicas."²⁰

En el negocio jurídico, la voluntad interviene tanto en la realización del acontecimiento como en la producción de las consecuencias. Es importante señalar que algunos autores consideran que al carecer de una teoría general de los actos jurídicos y -- del negocio jurídico como parte general de nuestro Código Civil-- para el Distrito Federal, se debe hablar del reconocimiento tácito que se hace del negocio jurídico; y nos referimos específicamente a los artículos 1858 y 1859 que textualmente dicen:

Art. 1858.-Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.

Art. 1859.-Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se oponga a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

De los preceptos antes transcritos y no obstante lo que dice nuestro Código Civil, es evidente que no se puede dar el mismo tratamiento al acto jurídico propiamente dicho y al negocio jurídico. En el primero, las normas deben limitarse a reconocer la responsabilidad que tiene el sujeto de las consecuencias jurídicas de su acto; en tanto que, en el negocio jurídico, las normas tienden además a verificar si se dieron todos los elementos necesarios para su nacimiento y a proteger sus efectos. Y al no existir una parte general ni una disciplina de los hechos jurídicos que se comprenda y contemple a todos sus tipos, convenios, contratos, testamentos y negocios jurídicos, como lo hacen los Códigos de Morelos y Sonora, es necesaria la creación para efec-

²⁰ Ortiz Urquidí, Raul, Ob. cit. pág. 136.

tos científicos, didácticos y prácticos de una teoría general - del negocio jurídico, que sin desconocer las diferencias de naturaleza entre las varias categorías de negocios de la vida privada, trate de proporcionar criterios y puntos de vista u orientación dignos de ser tomados en cuenta para resolver las controversias que sobre los negocios jurídicos se presenten.

Tomando en cuenta las opiniones de autores que hemos citado podemos concluir haciendo la distinción entre hecho, acto y negocio jurídico de la siguiente manera:

- a) En el hecho jurídico, no interviene la voluntad, ni en la realización del acontecimiento en que tal hecho consiste, ni en la producción de las consecuencias jurídicas.
- b) Mientras que en el acto jurídico, la voluntad sólo interviene en el primero de los momentos, es decir, en la realización del acontecimiento, más no en la producción de las consecuencias.
- c) Y por último, con toda certeza podemos decir, que en el negocio jurídico, la voluntad interviene tanto en la realización del acontecimiento como en la producción de las consecuencias.

1.3.- LA TÉCNICA LEGISLATIVA SOBRE ESTA MATERIA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Resulta útil conocer, cuál es el sistema y técnica legislativa que se observa para reglamentar esta primordial fuente - de las obligaciones en los diversos Códigos extranjeros y los antecedentes nacionales que influyeron en la redacción del Código Civil de 1928. Y es de gran importancia porque en el momento en que se tengan que consultar tanto las legislaciones extranjeras como los antecedentes nacionales, se estará en posibilidad de entender sin complicaciones su mecanismo y así facilitar el-

estudio e investigación que se quiera emprender. El Código Civil de 1870, no contiene una reglamentación específica de los hechos y actos jurídicos, pero igual que el Código Napoleón, a través - de todo su texto se aprecia como el legislador tuvo una concepción precisa de la diferencia entre hechos y actos jurídicos. En tanto que, el Código Civil de 1854, se concretó a repetir lo expuesto por el Código Civil que derogó.

El Código Civil para el Estado de Morelos de 27 de septiembre de 1945, en su Libro Primero, Título Segundo y Tercero reglamenta los hechos y actos jurídicos. En el contenido de los artículos que comprenden la reglamentación mencionada no hay una gran diferencia con los preceptos que existen o podrían existir en materia de contratos, porque sólo sustituyen la palabra contrato por acto jurídico; a fin de cuentas reglamentan la especie contrato por el género acto, sin que haya adelanto alguno, pues, se llega al mismo resultado que con el artículo 1859 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. Este artículo preceptúa:

Art.1859.-Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se oponga a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."

Puede decirse con vista de lo anterior, "que este Código no reglamenta los hechos jurídicos lato sensu, ni tampoco los actos jurídicos en general, sino en forma específica el acto jurídico llamado contrato. Y en forma incidental también reglamentó algún hecho jurídico en estricto sentido, como lo es la gestión de negocios."²¹

El Código Civil Suizo, reglamenta una especie de acto jurídico, el más importante el contrato, y determina en su artículo 70. que "las disposiciones generales del derecho de las obliga--

21 Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, -- Editorial Cajica, S.A., 5a. Edición, Puebla, 1976, 5a. Edición, pág. 130.

ciones relativas a la elaboración, a los efectos y a la extinción de los contratos, son aplicables también a las otras materias del Derecho Civil." Este artículo tuvo clara influencia en la redacción del artículo 1859 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Sin embargo, el citado artículo 1859 tiene más similitud, sino en su contenido, cuando menos en su redacción con el artículo 1324 del Código Civil Italiano de 1941, precepto que a la letra dice: "Salvo disposiciones contrarias de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán en cuanto fueren compatibles, respecto de los actos unilaterales entre vivos que tendran contenido patrimonial.

Por otra parte, el Código Francés no reglamenta el acto jurídico de una manera general, pero encierra textos que como dice Bonnacase, reunidos por el interprete constituyen una reglamentación del acto jurídico que corresponde a una concepción de las más precisas.

Como complemento de lo anterior, el Código Civil vigente en sus artículos del 1792 a 1858, comprendidos dentro del capítulo Primero del Título Primero de la Primera Parte del Libro - Cuarto, después de consignar las disposiciones generales relativas al contrato como fuente de las obligaciones, dice en su artículo 1859 que todo lo que sobre el contrato estatuye, se aplicará a los demás actos jurídicos, siempre que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

En otras palabras, nuestro Código Civil en vez de reglamentar el género acto o negocio jurídico, reglamentó una especie de dicho género, el contrato. A diferencia del Código Civil Alemán, que no reglamenta los hechos jurídicos lato sensu sino solamente los llama "negocios jurídicos", dedicándole en su legislación los artículos del 104 al 185, mismos que no analizan-

en especial las distintas especies de actos y hechos jurídicos, sino que en forma genérica se refieren a la declaración unilateral y al contrato.

Entre las leyes que reglamentan el género acto o negocio jurídico encontramos el Código Civil Brasileño (art. 51 y 158); 127 y 139 del Código Civil Griego; el vigente Código Civil Argentino, que entró en vigor el 1o. de Enero de 1916; y el artículo 858 del Código Civil Austriaco;²² entre nosotros el Código de los Estados de Morelos, Sonora, Zacatecas y Quintana Roo, han adoptado el término "negocio jurídico".

El Código Civil de Quintana Roo, hace referencia al concepto "negocio jurídico en los siguientes artículos:

Art. 34.-Supuesto jurídico. Es la hipótesis prevista por la ley, de cuya realización depende el nacimiento, la modificación, la transmisión o la extinción de derechos y obligaciones o de situaciones jurídicas.

Art. 35.-Cuando el supuesto se realiza sin intervenir la voluntad, ni en tal realización ni en la producción de sus consecuencias de derecho, el acontecimiento se llama hecho jurídico.

Art. 36.-Cuando el hecho es realizado voluntariamente por su autor, sin intención de producir ninguno de los efectos jurídicos que menciona el artículo 34, no obstante se producen, se llama acto jurídico.

Art. 37.-Cuando el acto es lícito y se realiza con el propósito de producir cualquiera de las consecuencias a que se refiere el artículo 34, se llama negocio jurídico.

Art. 38.-Los actos que no constituyen negocios jurídicos pueden ser...

Los Códigos antes citados, son excepciones a la regla, ya que como nos vamos dar cuenta, durante el análisis de este tema, la mayoría de los Estados de la República se rigen por lo establecido en el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal que regula "tanto el género "contrato."

CAPITULO SEGUNDO

II.- LOS ELEMENTOS ESENCIALES Y LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS ACTOS JURIDICOS.

2.1.-ELEMENTOS ESENCIALES.

En el capítulo anterior se ha definido el acto jurídico, como la "manifestación de voluntad con el objeto de producir efectos de derecho". Las consecuencias que produce se hacen consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones.

Los actos jurídicos para que lleguen a ser considerados como tales, deben cubrir ciertos requisitos sin los cuales no nacerían a la vida del derecho o nacerían, pero defectuosos. Unos elementos son de tal manera esenciales que sin ellos no puede entenderse que los actos cobren realidad, mientras que otros elementos, son necesarios para la cabal integración y valor de los propios actos.

Los elementos del acto jurídico son de dos ordenes: a) de existencia o esenciales y b) de validez. Estos se encuentran establecidos en los artículos 1794 y 1795 del Código Civil para el Distrito Federal, preceptos que aunque se refieren a los contratos, son aplicables a los actos jurídicos por disposición del artículo 1859, que literalmente dice:

ART. 1859.- Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en los que no se opongan a la naturaleza de ésta o a disposición de la ley sobre los mismos".

Los elementos de existencia son la voluntad, el artículo-1794 se refiere al consentimiento por tratarse de contratos y - el objeto que pueda ser materia del acto. A estos elementos debemos agregar la solemnidad, pues aunque en nuestra legislación no hay contratos solemnes, existen actos jurídicos que requieren de la solemnidad para su existencia, como es el caso del matrimonio y la protesta del Presidente de la República.

Los elementos de validez son la capacidad legal del autor o de las partes del acto; ausencia de vicios en la voluntad; licitud en el objeto, motivo o fin del acto y la forma establecida por la ley para manifestar la voluntad.

2.1.1.- VOLUNTAD O CONSENTIMIENTO.

Hay actos jurídicos en los que se requiere por lo menos - de dos personas, es decir, de un acuerdo de voluntades, en este caso las personas que figuren en el acto jurídico como autores del mismo, reciben el nombre de "partes". "La conformidad de la voluntad de cada uno con la voluntad del otro se llama "consentimiento", lo que indica la similitud de las voluntades que concurren a la formación del acto jurídico."²²

También una persona obrando por si misma, puede realizar un acto jurídico, que viene a ser "obra de una voluntad única", tal es el caso del testamento.

Todo acto jurídico implica una manifestación de voluntad, el Dr. Ignacio Galindo Garfias, al respecto dice: Lo que jurídicamente se denomina voluntad consta de dos momentos: a) Voluntad de querer realizar determinado negocio, y b) la voluntad de declarar por medio de una conducta externa realizada, lo que el

²² Planiol, Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Introducción, Familia y Matrimonio, Editorial Cajica, S.A., Puebla, - 1946, T. 1,1, pág. 169.

sujeto quiere. En esa secuencia encontramos que, la voluntad y la declaración de voluntad están íntimamente unidas y acordes."²³

Así pues, para que el acto tenga vida y produzca los efectos deseados es necesario que exista la voluntad de quien lo realiza, ya que sin el ánimo de realizar el acto, éste simplemente no podría existir. Puede ocurrir como ya se ha mencionado que el acto jurídico se ejecute por una sola persona, pero también puede suceder y esto es lo común, que en la realización del acto intervengan dos o más voluntades, toda vez que la mayoría de los actos jurídicos son convenios, es decir, acuerdos de voluntades. Cuando esto sucede se dice que el acto es bilateral llamándose a la unión o acuerdo de las voluntades que lo originan "consentimiento". Este consentimiento puede ser manifestado de dos maneras: expresa y tácita.

Será expresa cuando se dé a conocer verbalmente o por escrito, o bien sirviéndose de signos que, siendo inequívocos sean determinantes de tal manifestación; será tácita cuando la voluntad se manifieste a través de hechos o actos que hagan suponerlo o dé una base para considerar que se ha otorgado dicho consentimiento. Hay casos en que, por ley o por convenio, la voluntad debe manifestarse expresamente.

En el proceso legal de la formación del consentimiento — pueden distinguirse dos etapas sucesivas: la oferta y la aceptación. La oferta denominada también propuesta o peticitación consiste "en la declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad sería y hecha con el ánimo de cumplir en su oportunidad."²³

²³ Gutiérrez y González, Ernesto, Ob. cit. pág. 211.

Si las partes se encuentran presentes, el acto se formará en el momento en que el destinatario de la oferta da su consentimiento al policitante. "Esta conformidad debe ser lisa y llana pues si implica modificación, el policitante queda desligado y entonces el aceptante se convierte en oferente en cuanto a la modificación propuesta y el oferente se convierte en posible — aceptante respecto a esa modificación."²⁴

Si la oferta se hace a una persona que se encuentra presente, puede el proponente fijar un plazo para la aceptación o exigir la respuesta de inmediato. Si la oferta se hace a una persona presente sin fijación de plazo la respuesta debe darse de inmediato. Si es aceptada sin modificación alguna queda en ese mismo instante perfeccionado el acto, el consentimiento se ha formado al producirse el acuerdo de voluntades entre el proponente y el aceptante.

Si la oferta es rechazada, la ausencia del consentimiento impide la formación del acto por ser un requisito de existencia del mismo. La falta de consentimiento acarrea la inexistencia, por tanto, el proponente queda desligado de todo compromiso y la oferta sin efecto legal alguno.

Cuando la oferta se hace a una persona presente fijándole un plazo para aceptar, queda el proponente ligado por su oferta hasta la expiración del plazo (art. 1805 del C.C.).

También se consideran como ofertas hechas entre presentes las que se hacen por teléfono, ya que existe la posibilidad material de discutir en el mismo acto la oferta y la aceptación.

Las ofertas pueden hacerse a una o varias personas y se exige la aceptación conjunta, la negativa de cualquiera de ellas

24 Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Teoría General de la Obligaciones, Editorial Porrúa, S.A., 20a. Edición, México, 1973, Tomo I, pág. 55.

impedirá la formación del acto; mientras que si la oferta se hace a varias personas conjuntamente, unas podrán aceptarla y otras rechazarla y el contrato se celebrará entre el proponente y los que acepten.

A la misma conclusión puede llegarse cuando la oferta comprende varias cosas. Si se les considera como un conjunto indivisible, el rechazo de una de ellas obstaculizará la formación del contrato, en caso contrario podrán celebrarse contratos parciales.

No debemos confundir la oferta con la simple proposición a la celebración de un contrato (como ofrecer en venta una casa sin señalar precio ni forma de pago) ni con los actos ni entrevistas preliminares que se efectuen antes de que se haga formalmente la propuesta (como la celebración de planos, presupuestos, etc.)

Tampoco debe confundirse la propuesta con el pre-contrato o promesa de contrato, donde existe un acuerdo previo de voluntades para la celebración de un contrato, como lo señala el artículo 2243 que dice: Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro.

Si la oferta se hace a una persona que no se encuentra presente, el autor de la oferta queda ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.

Puede también el oferente en la oferta entre no presentes, fijar plazo al destinatario para que conteste. En este caso el proponente está obligado a esperar la contestación del destinatario. Si éste no responde dentro de los términos señalados, la oferta quedará sin efecto y el oferente desligado de todo con-

permiso. También queda la oferta sin efecto, cuando dentro de - los términos señalados el destinatario rechaza la oferta. Si la peticitación es aceptada se produce entre las partes el acuerdo de voluntades que genera el consentimiento y el acto, por tanto se llevará a cabo el contrato.

¿En qué momento se produce el acuerdo de voluntades? ¿Qué permite la formación del contrato entre personas ausentes? Es - decir, que es de gran importancia determinarlo para conocer - - quien responderá de la pérdida de la cosa o que ocurrirá en caso de incapacidad superviniente, de quiebra o de muerte de alguna de las partes.

Existen al respecto cuatro sistemas o teorías, a saber, de claración, expedición, recepción e información.

El primero de estos sistemas se forma cuando el aceptante declara por cualquier medio su conformidad con la propuesta, -- sin embargo, presenta la deficiencia de que en algunas ocasiones será más difícil probar que la aceptación fue hecha por el - destinatario.

En el sistema de la expedición, el contrato queda formado cuando el destinatario de la propuesta expide la respuesta afirmativa, desprendiéndose materialmente del medio utilizado para manifestar su aceptación, es decir, que es indispensable que la respuesta de aceptación se expida y se envíe al oferente.

En esta teoría el consentimiento queda perfeccionado al - momento en que se expide la aceptación. El Código de Comercio - se inclina por esta teoría y en su artículo 80 determina: "Los - contratos mercantiles que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

Del tercer sistema, esto es, de la recepción, dice la ley

ría, que no basta que el destinatario de la oferta expida su aceptación, sino que es necesario que el documento que contiene la aceptación llegue al domicilio del oferente, es decir, desde que la aceptación se encuentra a su disposición.

Esta teoría a diferencia de las dos anteriores, tiene la característica de que el oferente se encuentra en aptitud de conocer la respuesta en el momento en que llegue a su buzón o a su puerta. "Desde el punto de vista jurídico, para que haya consentimiento, el oferente debe estar en condiciones materiales de conocer la respuesta dada a su policitud, y que la única forma material de que lo esté, es determinando que el contrato se celebra cuando reciba la contestación."²⁵

El sistema o teoría de la información, sostiene que no basta que el oferente reciba en su domicilio la aceptación (ya sea por documento o por carta) sino que es necesario que se informe de su contenido. Este sistema se considera como el más seguro, en virtud de que hasta el momento en que se conozca la información se habrá formado el consentimiento.

De los cuatro sistemas el que adopta nuestra legislación para la formación del contrato entre personas no presentes, se considera como adecuado el de la recepción. El artículo 1807 del Código Civil dispone: "El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación estando ligado por su oferta según los artículos precedentes."

Una excepción se registra para el contrato de donación, - que en el artículo 2340 dispone: "La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donatario."

En los contratos celebrados por correspondencia puede re-

25 Gutiérrez y González, Ernesto, Ob. cit. pág. 58.

tirarse siempre que la retractación llegue a conocimiento del - destinatario antes que la oferta, o sea por un medio más rápido de comunicación. Igual puede hacer el destinatario, siempre que su retractación llegue a conocimiento del oferente antes que la oferta, o sea por un medio más rápido de comunicación. Igual -- puede hacer el destinatario, siempre que su retractación llegue a conocimiento del oferente antes que la aceptación.

En el caso del fallecimiento del proponente, dispone el - artículo 1809 que: "Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquél obligados a sostener el contrato."

La propuesta y la aceptación pueden hacerse telegráfica-- mente, según lo dispone el artículo 1811, siempre y cuando los- contratantes con anterioridad hubieren estipulado por escrito - esta forma de contratación y que los originales de los respecti vos telegramas contengan las firmas de los contratantes y los - signos convencionales establecidos.

Se discute entre los autores si el silencio puede conside rarse como aceptación, Gutiérrez y González señala, "que sólo - podrá interpretarse como aceptación, cuando la ley así lo dispon ga, como por ejemplo en el caso del mandato conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de una profesión, y que se - entienda aceptado si no se rehusa dentro de los tres días siguien tes."²⁵

2.1.2.- O B J E T O .

El objeto es el segundo requisito de existencia del acto - jurídico, éste no puede existir cuando carece de materia.

²⁵ Ibid, pág. 217.

El objeto puede consistir en una cosa o en un hecho y tiene tres significados o acepciones, en materia de contratos:

- A) Objeto directo del contrato: Que es el de crear y transmitir derechos y obligaciones.
- B) Objeto indirecto: Es la conducta que debe cumplir el deudor, conducta que puede ser de tres maneras:
 - a) de dar b) de hacer y c) de no hacer.
- C) El objeto remoto: Que consisten en la cosa que el obligado debe de dar o el medio que el obligado debe hacer o no hacer.

Para que la cosa sea objeto del contrato debe reunir las siguientes características:

- 1.- Existir en la naturaleza.
- 2.- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie, y
- 3.- Estar en el Comercio.

Respecto de la primera característica, ésta se refiere no sólo al momento de la contratación, sino también a una existencia futura...con lo que se admite la posibilidad de que las cosas que pueden existir en el futuro se constituyan objeto del contrato.

La cosa es físicamente posible cuando existe en la naturaleza o puede existir, por tanto, habrá una imposibilidad física cuando no existe, ni puede existir.

El Código Civil de 1884, en su artículo 1305 establecía: - "En los contratos no será considerado como físicamente imposible sino aquello que lo sea de un modo absoluto por razón de la cosa ..." Por tanto, las cosas futuras que no existan en el momento de la celebración del contrato, pero que pueden existir al momen

to de dar cumplimiento al mismo, sin implicar una imposibilidad absoluta, si puede ser objeto de un contrato.

El Código Civil vigente permite la existencia del contrato que recaiga sobre cosas futuras, preceptuándolo el artículo 1826. La cosa además debe de existir en la naturaleza, debe ser determinable en cuanto a su especie. Si no se exigiera este requisito tendríamos contratos que podrían cumplirse si tuvieran una cosa no determinada o determinable en cuanto a su especie, pero ese cumplimiento no sería útil o serio, ya que resultaría dañoso para una de las partes.

También la cosa debe encontrarse en el Comercio, porque "las cosas que están en el Comercio se oponen a las que están fuera del Comercio."²⁷ Las cosas que están dentro del Comercio son aquellas susceptibles de ser materia del contrato o adquiridos por los particulares.

Mientras que las cosas "fuera del comercio", son las que no son susceptibles de apropiación privada, como por ejemplo el ser humano, su estado y capacidad civil, la libertad personal, la herencia futura y las estatuas y monumentos, en suma todas aquellas cosas sobre las cuales no pueda versar contrato, pacto o convenio alguno, por ser ello incompatible de manera radical y absoluta con las razones que el legislador ha tenido para declararlas así.

"Lo inenajenable respecto de una cosa, significa que ésta no puede ser objeto de relación jurídica alguna o bien que pudiendo ser objeto de ésta, no es reductible a propiedad privada."²⁸

27 De Pina, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Derecho de las Obligaciones Civiles, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México - 1973, pág. 293.

28 Gutiérrez y González, Ernesto, Ob. cit. pág. 237.

Se hace la distinción respecto de las cosas que se encuentran fuera del comercio, de las cosas inalienables. Y así tenemos que, en tanto que las cosas inalienables son de propiedad particular o no pueden estar en posesión de un sólo individuo; - las cosas inalienables sí son susceptibles de reducirse a propiedad privada, como no pueden ser objeto de transmisión.

También pueden ser materia de actos jurídicos los hechos, pero deben reunir las características de la imposibilidad física y jurídica. "Hay imposibilidad física cuando el hecho jamás se podrá realizar, en virtud de que una ley de la naturaleza constituye un obstáculo insuperable para su realización, como por ejemplo: El hecho de que una persona se comprometa a volar sin instrumento o aparato alguno."²⁹

Es jurídicamente imposible el hecho cuando una norma impide su realización de una manera absoluta, insuperable por ejemplo: "no es posible poseer esclavos."

Existe una diferencia entre la imposibilidad jurídica y la ilicitud, porque si el hecho es imposible se produce la inexistencia, en tanto que la ilicitud produce su invalidez.

2.1.3.- S O L E M N I D A D .

La palabra solemnidad viene del latín "solemnitas atis", - que quiere decir "calidad de solemne". Pero también se le ha definido como "el conjunto de requisitos legales para la existencia de un acto jurídico al que la ley le da el carácter de solemne."³⁰

²⁹ Rojas Villegas, Rafael, Ob. cit. pág. 121.

³⁰ Palomar de Miguel, Juan, Ob. cit. pág. 1267.

Las formalidades han evolucionado con el transcurso del tiempo desde su origen, como formulas sacramentales de tipo de ligioso hasta la época actual, en la que la formalidad cumple una finalidad de seguridad jurídica con el fin de evitar la comisión de fraudes y errores de la vida jurídica moderna.

El Dr. Galindo Garfias, dice: "un acto es solemne cuando por disposición de la ley, la voluntad del sujeto, a pesar de que exista desde el punto de vista psíquico no tiene vida para el derecho; porque jurídicamente la única forma establecida para exteriorizar la voluntad en los actos solemnes, es la vida de la solemnidad requerida."³¹

La forma con el carácter de necesaria para la existencia del acto, no precisamente tiene que ser documental, sino también puede ser oral, como en el Derecho Romano Positivo, es — decir, la forma como solemnidad, va más allá de la simplemente documental y puede constar de ciertos actos orales, pero todos ellos son indispensables para que el acto jurídico tenga existencia jurídica.

Quando falta la solemnidad prevista, es decir, la forma con el grado de *ad solemnitatem*, la voluntad del sujeto a pesar de que exista desde el punto de vista psíquico, no tiene vida para el Derecho, porque jurídicamente la única forma establecida para exteriorizar la voluntad en los actos solemnes, es la vida de la solemnidad requerida..."³² De manera que en los actos solemnes "la forma de la declaración integra la sustancia de la voluntad."³³

31 Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, México, Editorial Porrúa, S.A., 1976, 2a. Edición, pág. 236.

32 Idem. pág. 237.

33 Idem.

Existe una gran confusión respecto a los actos jurídicos-solemnes con los actos jurídicos formales. De los actos jurídicos formales la ley ha establecido como requisito para la eficacia del acto, que la voluntad se declare con la formalidad requerida y si las partes no cumplen con esa formalidad, el acto es inválido y existe la posibilidad de probar por otros medios, que ha sido su voluntad celebrar el acto. Mientras que en los actos solemnes la forma no puede ser suplida por prueba alguna. Como ejemplos de actos solemnes en nuestro derecho tenemos el matrimonio y el testamento.

2.2.- REQUISITOS DE VALIDEZ.

2.2.1. CAPACIDAD DE EJERCICIO.

Como se puede observar, una vez que el acto existe por darse los elementos de existencia, es decir, consentimiento, objeto y en su caso la solemnidad; también también son necesarios ciertos requisitos para que el acto de que se trate tenga validez, que haya una existencia perfecta del acto.

El artículo 1795, contrario sensu, señala como requisito de validez del acto jurídico:

- I.- La capacidad del autor (o autores del acto)
- II.- La voluntad sin vicios.
- III.- Lícitud en el objeto, motivo o fin del acto.
- IV.- Que la voluntad se externe en la forma que la ley establece.

Tomaremos como punto de partida el primer requisito, la capacidad, que es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones; así como ejercitar esos derechos y cumplir esas obligaciones.

Existen dos clases de capacidad, la de goce y la de ejercicio. La primera es aquella en virtud de la cual estamos en posibilidad de ser titulares de derechos y obligaciones, aptitud que se adquiere desde que el individuo es concebido; el artícu-

lo 22 del Código Civil estatuye: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Este artículo después de especificar que la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, amplía sus fronteras temporales determinando que, para los efectos del ordenamiento civil un individuo entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido desde el momento de su concepción, disposición que se complementa con el artículo 337 del Código Civil, en el que establece: "Para los efectos legales, sólo se tiene por nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.

La capacidad de goce no siempre se ha reconocido a los individuos, pues hubo instituciones que la restringían notablemente, piénsese por ejemplo, en la esclavitud y la muerte civil, que la suprimían totalmente. El esclavo era considerado más bien como una cosa que como una persona; sin embargo, se le concedía una capacidad muy limitada a fin de poder realizar los actos más indispensables para subsistir; lo mismo sucedía para el que había sido condenado a muerte civil por haber abrazado cierto estado religioso o por haber cometido determinados delitos.

En nuestro país está prohibida la esclavitud en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y no se reconoce la muerte civil; sin embargo, hay casos de limitación a la capacidad por ejemplo a los extranjeros.

La constitución Política, en el artículo 27 fracción I, establece la prohibición a extranjeros para adquirir el dominio

de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas.

La capacidad de ejercicio, es la aptitud conforme a la -- cual podemos ejercer cumplir obligaciones, según la propia voluntad del sujeto; capacidad que se adquiere al cumplir la mayoría de edad. La carencia de capacidad de ejercicio da lugar al concepto de incapacidad, que siempre será excepcional y especial.

El artículo 23 del Código Civil determina: "La menor de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar derechos o contraer -- obligaciones por medio de sus representantes.

La circunstancia de que le falte a un individuo la capacidad legal no implica que no podrá realizar actos jurídicos, porque si bien es cierto que no podrá realizarlos por sí mismo, -- también lo es que podrá hacerlo por medio de su tutor o representante.

La representación "es el medio que determina la ley o de que dispone una persona capaz para obtener, utilizando la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz o válidamente un incapaz."³⁴

La representación es un mecanismo jurídico especial, porque se realiza en nombre y por cuenta de otra persona, sustituyendo el representante su voluntad a la del representado, y los beneficios que se obtengan se producirán en el patrimonio del representado.

En los menores de edad la incapacidad presenta grados: Es

³⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, Ob. cit. pág. 336.

absoluta o total, cuando el menor no ha sido emancipado; mientras que la emancipación hace salir parcialmente al menor de su incapacidad.

El Código Civil, en su precepto 450 establece a los menores de edad como sujetos que no tienen capacidad de ejercicio, además de los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no saben leer ni escribir; los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso immoderado de drogas enervantes.

En los menores emancipados existe sólo incapacidad parcial; puede realizar todos los actos de administración relativa a bienes e inmuebles, sin representante; en cambio, tienen una incapacidad de ejercicio para comparecer en juicio, necesitando un tutor; mientras que para celebrar actos de dominio sobre inmuebles se requiere autorización judicial.

La incapacidad dice Rafael Rojina Villegas, tiene como consecuencia que todos aquellos actos jurídicos celebrados por personas que se encuentren en ese estado serán inexistentes o anulables. Inexistentes, cuando las cualidades y circunstancias de una persona, en razón de las cuales se encuentra en el estado o situación de incapacidad en virtud de una disposición formal de la ley, sean tales que impiden que llegue a formarse o constituirse un acto volitivo. Cuando los incapaces puedan materialmente discernir y manifestar su voluntad, los actos jurídicos celebrados estarán afectados de nulidad relativa, es decir, serán anulables.³⁵

La nulidad a que nos hemos venido refiriendo puede ser alegada, como acción ya como excepción por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes; pero no por las personas

35 Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, pág. 166.

con quienes el incapacitado contrató, ni por las personas que - hubieren otorgado fianza al constituirse la obligación, ni por los mancomunados en ellas. El artículo 1799 preceptúa: "La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada en provecho - salvo, que sea indivisible el objeto del derecho o la obligación común.

Del artículo anterior, podemos observar, que la nulidad - en estos casos está regulada para proteger a los incapaces, Si - se decreta la nulidad del acto las partes deben restituirse mu- tuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por conse- cuencia del acto anulado.

"Cuando el acto es nulo, debido a que fue celebrado por - un incapaz puede ser confirmado una vez que cese el motivo de - nulidad, siempre y cuando no concorra otra causa que invalide - la confirmación. Esta confirmación se retrotrae al día en que - se verificó el acto nulo, pero ese efecto retroactivo no perju- dicará a los derechos de terceros."³⁶

Otra forma de extinguir la acción de nulidad, es el cum- plimiento voluntario por medio del pago, novación o por cual- quier otro modo, mismas que se tienen por ratificación tácita.

Para finalizar con este punto, no debemos olvidar que pa- ra invocar la nulidad de un acto celebrado por una persona inca- paz, debe ésta intentarse en los términos que la ley establece; el artículo 838 del Código Civil establece: "La acción para pe- dir la nulidad prescribe en los términos en que prescriben las- acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende."

36 Treviño García, Ricardo, Contratos Civiles y sus Generalida- des, Editorial Font, S.A., 4a. Edición, México, 1982, Tomo - II, pág. 74.

Sin embargo, los menores no pueden alegar la nulidad en las obligaciones contraídas sobre materias propias de la profesión o arte, en que sean Peritos. No se puede alegar la nulidad en esos casos, porque un perito, es el que tiene conocimientos especializados precisamente sobre un arte, oficio o profesión; por tanto, es del todo experto a pesar de ser menor de edad.

Tampoco podrán alegar la nulidad los menores de edad que hayan presentado certificados falsos del Registro Civil, para hacerse pasar como mayores de edad o han manifestado dolosamente que lo eran. Situación que el legislador tomó en cuenta estableciendo lo anterior en el artículo 640 del Código Civil, considerando el principio "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans", esto es, que no se debe escuchar a quien alegue su propia torpeza, falta o actitud dolosa ilícita.

2.2.2.- AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD Y AUSENCIA DE LESION.

Es indiscutible el papel que juega la voluntad individual en el campo del Derecho Privado y se acepta su carácter esencial e importante en la confirmación de los actos jurídicos, — fuente primordial de las obligaciones y por lo tanto eje sobre el cual gira el derecho civil.

La voluntad como elemento sine qua non del acto jurídico debe formarse de una manera libre y espontánea cuando esa voluntad se ha formado sin que una de las partes esté consciente y libre de externar su voluntad, se dice que tal voluntad se encuentra viciada, es decir, que se ha dado en forma imperfecta.

Y el objeto de este punto, es analizar las causas que suprimen, nulifican o impiden la libre formación y manifestación del acto volitivo del hombre en sus relaciones jurídicas con las demás personas que integran la vida social.

Desde el Derecho Romano Clásico hasta nuestros días, ha sido objeto de especial preocupación de juristas, legisladores y jueces, la protección de la voluntad individual y la sanción en todos los ámbitos del Derecho de aquellas conductas que — atentan contra la libre formación y manifestación.

Al hablar del consentimiento y en especial de la ausencia del mismo, nos referimos a que éste debe ser absoluto, definitivo. No puede haber consentimiento si la voluntad se expresa con reservas; debe estar exenta de sorpresas, de argucias, de pérfidas maquinaciones y fraudulentas maniobras.

Quando el consentimiento no existe le falta al contrato — un elemento esencial, dándose por consecuencia la inexistencia. Según Bonnecase, "al lado de la cuestión de la inexistencia del consentimiento, se coloca la de la integridad del mismo, y más bien, la de los vicios de la voluntad susceptibles de afectarlo tales vicios son los señalados por el artículo 1109 del Código-Napoleón, es decir, el error, el dolo y la violencia."³⁷

Los hermanos Mazeaud consideran como vicios del consentimiento o de la voluntad, "el error, el dolo, la violencia y bajo ciertas hipótesis la lesión."³⁸

Parte de la doctrina considera como vicios de la voluntad el error, el fraude y las amenazas. Estos vicios pueden presentarse en los negocios unilaterales y en los contratos mismos. — Además cabe que no afecten de lleno el contrato, sino a la declaración de voluntad individual del oferente o del aceptante, — por lo que parece indicado emplear la denominación más amplia — de vicios de la voluntad.

37 Bonnecase, Julien, Elementos de Derecho Civil, Traduc. J.M. — Cajica Jr. Edit. J.M. Cajica, Puebla 1945, T. II, pág. 296.

38 Mazeaud, León y Henry, Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Editorial Colmex, México, — 1945, T. I. pág. 128.

Al efecto el artículo 1794 fracción I del Código Civil - a la letra dice: "Para la existencia del contrato se requiere: I.-Consentimiento; II.-Objeto que pueda ser materia del contrato." Por su parte el artículo 2224 dispone: "El acto jurídico - inexistente por la falta del consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado."

El segundo caso, esto es, el error que simplemente vicia la voluntad y motiva la nulidad del contrato, también conocido como error nulidad, es de gran importancia porque es el que generalmente ocurre. A dicho error se refiere el artículo 1813 - que a la letra dice:

Art. 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 motivo y no por otra causa.

En el Derecho Francés se estudia este error como "error - sobre la substancia de la cosa", siendo ésta la cualidad de la cosa cuya existencia ha sido considerada por las partes como requisito del contrato, estudiándose también el error sobre la persona que sólo tiene interés en ciertos contratos, porque solamente se celebran en atención a determinada persona. Y sólo - el error sobre la cualidad o calidad de la persona puede viciar la voluntad, siendo este error de tal naturaleza que de haberse conocido, no se hubiera celebrado el acto.

Asevera Rafael Rojina Villegas que, en nuestro derecho - existe una reglamentación más amplia del error, sin recurrir a los dos casos que menciona el Derecho Francés, y que en realidad son ejemplos de error como motivo determinante de la volun-

tad. Este autor también apunta, que desde el Código de 1870, se acepta que cuando el error recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad, de tal manera que de haberse conocido no se hubiera contratado, ese error nulifica el contrato. Y que no es necesario recurrir a los ejemplos del Derecho Francés porque para resolver cualquier hipótesis que implique un error sobre el motivo determinante de la voluntad, bastará con aplicar el principio general, sin limitarnos a las dos hipótesis que aunque sean las más importantes no son las únicas.

Las consecuencias o efectos que se dan en los actos jurídicos, existiendo un error de la especie y diferencias específicas mencionadas es la nulidad relativa; este tipo de nulidad siempre permite que el acto surta provisionalmente sus efectos los cuales serán destruidos retroactivamente cuando sea pronunciada la sentencia de nulidad por el juez. El artículo 2228 del Código Civil vigente establece: "La falta de forma establecida por la ley, sino se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.

Si se pidiera la nulidad del acto, las consecuencias serían las que contienen los siguientes artículos:

Art. 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."

En caso de que el acto jurídico se haya celebrado en forma bilateral se estará a lo dispuesto por el siguiente precepto:

Art. 2240.- "Si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consistentes ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos, no se hará la restitución respectiva de intereses o de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí.

Al respecto el artículo 2230 del Código Civil dice que la persona que ha sufrido el error de hecho o de derecho puede pedir la nulidad, en los casos en que se presente ese vicio.

Un punto importante de anotar es que cuando el contrato es nulo por error, puede ser confirmado cuando cese el vicio motivo de nulidad, siempre y cuando no exista alguna otra causa que invalide la confirmación. (Art. 2233 del C.C.).

Como consecuencia de la confirmación, se da la extinción de la acción de nulidad, siendo retroactiva la misma al día en que se verificó el acto nulo, sin que el mismo perjudique los derechos de terceros.

La acción de nulidad prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, si la víctima del error no llegó a descubrirlos antes; pero si llegó a descubrirlos prescribirá a los sesenta días, contados desde que el error se haya conocido o según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.

Por último, tenemos el tercer grado en el error llamado — error indiferente y es el que no recae sobre el motivo determinante de la voluntad, simplemente se tiene una falsa noción respecto de ciertas circunstancias accidentales del acto jurídico o del objeto del mismo, que no viene a nulificar la operación realizada.

Este error indiferente, no afecta la validez del contrato y sólo se reduce a contratar en condiciones más onerosas o desfavorables de las que se pensó, pero no al extremo de que de haber conocido la realidad no se hubiese contratado.

En ciertos casos da lugar a un ajuste en las prestaciones, — pero nunca a la nulidad. Parte de la doctrina señala como ejemplo de error indiferente, el error de cálculo, que se presenta cuando una persona sufre un error sobre la cantidad; este error aún —

cuando no anula el contrato da lugar a la rectificación. Las consecuencias de este error las encontramos en el artículo 1814 que es muy claro al determinar que el error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique.

Se ha clasificado también al error de hecho y de derecho. "El error de derecho se presenta cuando una persona tiene una falsa creencia sobre la aplicabilidad de una norma legal, o sobre su interpretación, es decir, respecto de una regla jurídica aplicable al contrato."⁴⁰

El Código Civil de 1884, disponía en su artículo 1296, que el error de derecho no anulaba el contrato; se partía de un falso supuesto ya que tomaron como base lo establecido en el artículo 22 que decía que, la ignorancia de la ley no servía de excusa ni a nadie aprovechaba; por lo que este error no podría servirles de excusa para pedir la nulidad.

Sin embargo, en la actualidad el artículo 1813, señala que el error de derecho sí puede nulificar el acto o contrato de que se trate y en las condiciones que la propia norma señala. No olvidando que, para que surta efectos la nulidad del acto por error de derecho, lo mismo que en el error de hecho debe haberse declarado en forma y al momento de celebrarse el acto; pues si no se hiciera dicha manifestación en ese momento no se podrá posteriormente invocar la nulidad del acto jurídico realizado.

Siguiendo con los vicios del consentimiento, también se consideran como tales el dolo y la mala fe; el primero está constituido por los artificios o maquinaciones fraudulentas por medio de las cuales una persona es inducida por otra a otorgar un acto jurídico, que de otro modo no habría consentido o lo habría celebrado de otra manera y bajo diferentes estipulaciones. Mientras que por mala fe se entiende "la disimulación del error por una de las partes una vez conocido.

⁴⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, Ob. cit. pág. 282.

Para Marcel Planiol, dolo "es todo engaño cometido en la celebración de un acto jurídico."⁴¹

Manuel Borja Soriano, considera como vicio del consentimiento el error. De los artículos 1812 y 1815 dice: "Para mí como se ve de la definición el dolo y la mala fe no son vicios del consentimiento, sino que la ley los considera como causa del error que si es uno de esos vicios."⁴²

"Dolo no es en sí un vicio del consentimiento, porque vicia la voluntad en tanto que induce a error y que éste además sea el motivo determinante de la misma."⁴³

El mismo autor considera que, el error puede tener dos causas, ser un error que se llama fortuito, que no supone dolo en los contratantes o en un tercero; o bien ser un error que tiene como causa el dolo, que supone que uno de los contratantes o un tercero han ejecutado un conjunto de argucias o maquinaciones para inducir a error a la otra parte. Apoyándose en el pensamiento de Messineo, prueba que el dolo por sí mismo no constituye un vicio, ya que si a pesar de las maquinaciones o argucias no se logra incurrir en el error, ese contrato es totalmente válido.

El artículo 1815 entiende por dolo en los contratos: "Cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes."

El dolo desde el Derecho Romano hasta nuestros días, se ha clasificado de dos maneras:

- a) Dolus Bonus o dolo bueno, y
- b) Dolus malus o dolo malo.

⁴¹ Planiol, Marcel, Ob. cit. pág. 156.

⁴² Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, S.A., México, 1959, T.I, pág. 250.

⁴³ Botina Villegas, Rafael, T.I, Ob. cit. pág. 144 y 145.

El dolo bueno era considerado como una mera astucia - no reprobada. Actualmente esta clase de dolo lo emplean generalmente los comerciantes y sus publicistas en las ventas que celebran; pues al vender un producto es lógico y muchas veces necesario que resalten las cualidades de éste. En otras palabras, - el dolo bueno consiste en exagerar las cualidades o el valor de una cosa, sin que llegue a tener trascendencia jurídica. En esos casos no hay la intención de engañar y no procede la acción de nulidad.

En cuanto al dolo malo, era considerado como un delito que daba lugar a una acción penal da do lugar a la reparación del perjuicio.

Distingúfase igualmente el dolo por sus efectos, según se tratara de dolus causans o de dolus incidens. El primero también conocido como dolo principal, causa determinante del acto jurídico en el que se induce a celebrar el mismo, de tal suerte que sin él no hubieran contratado y que llega a tener consecuencias jurídicas como demandar la nulidad.

El segundo denominado dolo incidental no recae sobre el motivo determinante de la voluntad, sólo determina a contratar en condiciones que por su onerosidad no hubiera aceptado de no haber mediado la maniobra o argucia de uno de los contratantes.

Para Gutiérrez y González, el dolo principal "son las maquinaciones que se emplean para hacer caer en el error a una persona y obtener su voluntad a efecto de que celebre un contrato que de otra manera no habría celebrado; mientras que el dolo incidental "son las maquinaciones que se emplean para inducir a error a una persona que ya estaba determinada a contratar pero en vista de las maquinaciones fraguadas, otorga su voluntad en situación desventajosa de la que hubiera aceptado sin mediar el error por dolo".⁴⁴

⁴⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, Ob. cit. pág. 300.

De la transcripción anterior, se observa que este dolo recae sobre circunstancias accidentales del negocio; por tanto no influye en su validez. El dolo puede provenir de una de las partes o de un tercero, según lo expresa el artículo 1816. Pero el dolo que proviene de una de las partes como el que proviene de un tercero con conocimiento de aquélla, produce la nulidad relativa del acto.

¿Pero quién puede invocar dicha nulidad? El artículo 2230 expresa que puede invocar la nulidad originada por el dolo, la persona que sufrió ese vicio del consentimiento. Si se declara la nulidad, las condiciones o efectos serán los mismos que en el error de gravedad media. Es decir, que por tratarse de una nulidad relativa, no impide que el acto surta provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente al declararse la nulidad por un juez.

Una de las consecuencias de la nulidad, es la obligación de restituirse recíprocamente las partes lo que ha recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado. Cuando ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto, ni reclamarse recíprocamente indemnización alguna. El Artículo 1817 contempla el reconocimiento de que nadie debe ejercitar una acción para invocar su dolo, deshonestidad o torpeza "Nemo Audiat propriam turpitudinem allegare".

Al igual que el error de gravedad media, el cumplimiento voluntario por pago, novación o por algún otro medio se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad; la confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, pero sin que tales efectos perjudiquen los derechos de terceros.

Por último, es ilícito renunciar para lo futuro a la nulidad que resulta del dolo, porque si se ha contratado en definitiva para alguna de las partes, tal renuncia también le estaría -

quitando practicamente toda oportunidad a la parte afectada de remediar las consecuencias derivadas del acto.

Se considera este vicio de gran utilidad porque al final de cuentas es un error provocado y no un error espontáneo, es decir, es más fácil probar el dolo como vicio (por las maquinaciones y argucias empleadas) pudiendo en su caso exigir el pago de los daños y perjuicios a diferencia del error espontáneo.

Además del error y del dolo tenemos otro vicio más, al que se le denomina "mala fe", consistente en la disimulación del error por parte de un contratante una vez conocido, para que el otro se obligue, bajo esa falsa creencia."⁴⁵

El artículo 1815, al decir lo que se entiende por dolo — expresa en su parte final: Art. 1815.—Se entiende..... y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

Como se observa, la mala fe, no se provoca ni se induce— a error, simplemente el contratante se aprovecha del error que advierte en la otra parte, obteniendo ventajas indebidas.

Este vicio es equiparable pero no igual al dolo, ya que — en ambos se dá la nulidad relativa del contrato, siempre y cuando el error en que incurrió voluntariamente la parte contratante sea determinante de la voluntad.

Se considera que no es igual al dolo por cuanto que éste — se provoca por medio de argucias y maquinaciones al error; en el vicio de mala fe uno de los contratantes se aprovecha del — error en que ha incurrido el otro disimulando el mismo, con toda intención de sacar provecho.

45 Rojas Villedas, Rafael, Ob. cit. pág. 145.

La mala fe produce la nulidad relativa del acto, con todas las consecuencias que para esta clase de ineficacias se aplican; produce sus efectos, los que serán destruidos cuando el juez declare la nulidad; dicha nulidad es confirmable y prescriptible.

Esta nulidad sólo puede invocarse por el afectado y para el caso de que se declare que en el acto jurídico efectivamente hubo mala fe de una de las partes, éstas se verán obligadas a --restituirse recíprocamente lo que se recibió en virtud del acto-- anulado.

Siguiendo con el análisis que venimos haciendo de los vicios de la voluntad, tenemos uno más, la violencia. Múltiples autores han elaborado conceptos y entre ellos se encuentra el Dr. Ignacio Galindo Garfias, que llama violencia o intimidación "a las amenazas que ejercidas contra el autor del acto, producen en él un temor cuya acción celebra el negocio jurídico."⁴⁶

Marcel Planiol, dice que la violencia "es toda coacción --ejercida sobre la voluntad de una persona, o sea por la fuerza material o por medio de amenazas para determinarla a consentir-- en un acto."⁴⁷

Josserand afirma que "la violencia vicia el acto en razón del temor injusto que implica y desde el momento en que dicho temor ha desempeñado un papel determinante que ha sido generador del consentimiento."⁴⁸ Sin embargo, creemos que por un sentimiento tradicionalista no comprende que lo que realmente vicia es la voluntad, y por lo tanto el acto, es el temor injusto y que la violencia es sólo el medio para producir aquél.

⁴⁶ Galindo Garfias, Ignacio, Ob. cit. pág. 232.

⁴⁷ Planiol, Marcel, Ob. cit. pág. 143.

⁴⁸ Josserand, Louis, Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europeas, Editorial Americana-Bosch y Cía, Argentina Buenos Aires, T.II 1955, pág. 51.

Se ha dicho que la violencia física destruye el consentimiento, mientras que la violencia moral solamente lo vicia. En nuestro concepto, la violencia física absoluta sí impide la formación del consentimiento, pero cuando sea relativa, es decir, cuando no sea tal que impide todo acto volitivo, simplemente lo viciara.

Gutiérrez Fernández dice: "el vicio violencia e intimidación excluye la libertad en el contrato, en el consentimiento, desde el Fuero Juzgo hasta el proyecto García Goyena de 1851, no hay Código, cualquiera que sea su origen que olvide este principio uno de los que podríamos llamar de derecho natural. Pero habiendo una escuela consagrando la máxima de que "la voluntad aunque cortada es voluntad pudiendo ser tan distintos los medios de fuerza, tantos los grados de intimidación, necesitamos estudiar legal y científicamente ambos impedimentos."⁴⁹

¡Cuanta verdad encierran éstas líneas al estudiar la violencia y la intimidación como vicios de la voluntad y al estudiar — estos lo hace bajo el epígrafe de "falta de libertad" y al referirse a la intimidación afirma "el miedo para que se considere — que vicia la voluntad, ha de consistir en un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente en su persona, su fortuna, su honor."⁵⁰

Asimismo, distingue entre violencia e intimidación. Habrá intimidación cuando se inspire un mal inminente a uno de los contratantes, un temor racional o fundado de sufrir un mal grave en su persona, bienes o en la persona o bienes de su cónyuge, descendiente o ascendiente. Y violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza física irresistible.

49 Gutiérrez Fernández, Benito, Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español, Imprenta de A. Pañuelas, 2a. Edición, Madrid, 1968, T.IV, pág. 31

50 Iden. pág. 37.

Lo anterior no es sino un claro reconocimiento de que lo que realmente vicia la voluntad es el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave; mientras que la intimidación no es sino un conjunto de hechos y actitudes tendientes a inspirar dicho temor en una persona. Y esto es prueba de que el vicio se presenta en la mente de la persona de quien se quiere obtener el consentimiento y de los actos o hechos por medio de los cuales se logra la intimidación, son actos externos que pueden ejercerse sobre la persona misma del contratante y familiares cercanos. La intimidación por definición, siempre se ejerce sobre aquella persona cuyo consentimiento se pretende obtener.

La intimidación significa poner o causar miedo. La definición legal de violencia se encuentra en el artículo 1819 que a la letra dice: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

Este precepto legal exige que para que se dé la violencia física, debe estar en peligro la vida, la honra, la libertad, la salud, etc. Este peligro existe tanto en la violencia física como en la violencia moral, por tanto, es lógico pensar que en esos casos, el consentimiento está viciado pues ha sido arrancado por medio de intimidación o fuerza física.

Como requisito objetivo para que la violencia constituya un vicio de la voluntad es necesario que las amenazas sean legítimas o contrarias al derecho. Y como requisito objetivo de la violencia es necesario que la amenaza importe el peligro de perder la vida, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante o de sus familiares.

Debe recordarse que la violencia puede ejercerse tanto en un contratante como en un tercero. Dicha violencia puede provenir también tanto de algunos de los contratantes como de un tercero interesado o no en el acto, como lo establece el artículo 1818 del Código Civil.

Existen sin embargo, ocasiones en que una parte amenaza a otra para que celebre un contrato o para que no lo celebre, y no obstante haber influido en la voluntad de los contratantes para celebrar el acto, no se tiene como vicio del consentimiento. Tales casos son: a) El temor reverencial y, b) Advertencia de ejercicio de un derecho.

No existe cuando se celebra un acto por temor reverencial, o sea cuando una persona celebra con otra un contrato por temor a desagradarla en virtud de deberle sumisión o respeto, basándose lo anterior en lo establecido en el artículo 1820 que a la letra dice: "El temor reverencial, esto es, el temor de desagradar a las personas a quienes se les debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento."

En la transcripción anterior, debe observarse que, el legislador estableció una disposición de esa naturaleza, considerando que si una persona celebra un acto por puro temor reverencial, es porque no tiene carácter y la ley no lo debe proteger.

El segundo caso, esto es, la advertencia de ejercicio de un derecho se da cuando se amenaza a una persona de ejercitar un determinado derecho que se tiene contra ella, si ésta no celebra un acto.

Al respecto, no se puede decir que se encuentre afectado puesto que quien desea ejercitar alguna acción se encuentra en todo su derecho, lo cual es perfectamente válido, y las amenazas de que sea objeto alguna de las partes se tomarán como considera

ciones generales en la celebración del contrato, sin que sean tomadas en cuenta como un vicio del consentimiento. La viciencia dá origen a la nulidad relativa del contrato, nulidad que sólo puede ser invocada por el que sufrió ese vicio.

Las características de la nulidad relativa se establecen en los artículos 2226, 2227 y 2230. Esta nulidad permite que el acto surta sus efectos, los que serán destruidos al ser dictada sentencia de nulidad. Es confirmable y prescriptible, eso se desprende del artículo 1823 que literalmente dice: "Si habiendo cesado la violencia, el que la sufrió ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejante vicio."

Corroboran lo antes expuesto los artículos 2228, 2230, - 2234 y 2237 del Código Civil, los cuales especifican como el acto se puede convalidar y el plazo para impugnarlo.

Otro vicio de la voluntad de gran relevancia, pero también de gran discusión es "la lesión". Diversos autores consideran a la lesión como un vicio del consentimiento y algunos - otros ni siquiera la toman en cuenta.

Baudry-Lacantinerie, siguiendo un criterio meramente objetivo define a la lesión diciendo "que es el perjuicio que recibe una de las partes en un contrato a título oneroso en razón de la desigualdad existente entre las prestaciones recíprocas de los contratantes."⁵¹

Este mismo autor afirma que en un principio la lesión no es considerada como vicio del consentimiento, ya que la admisión de la lesión como causa general de rescisión de los contratos constituye un frecuente y funesto atentado contra la es

51 Lacantinerie-Baudry, Práctica de Derecho Civil, Editorial-L. Larose, París, 1985, Tomo II, pág. 555.

tabilidad en las relaciones jurídico-comerciales, la cual presenta desde el punto de vista social un interés de primer orden. Es probable que del pensamiento de este relevante civilista se inspiraran los autores de nuestro Código de Comercio y el Código Civil (antes de la reforma de diciembre de 1983); sin embargo, este autor llega a esta conclusión en virtud de que no analiza la lesión desde un punto de vista subjetivo, sino que la contempla-exclusivamente desde un ángulo objetivo como puede probarse de la definición antes transcrita.

Hay otros que no consideran a la lesión como vicio del consentimiento, Gutiérrez y González, sólo atiende a las condiciones subjetivas de los contratantes de los cuales sólo distinguen entre menores y mayores de edad. "Los mayores sólo tienen este recurso por un daño grave o lesión enorme... Los menores gozan el beneficio de la restitución en sus contratos por cualquier lesión aún sin ser enorme."⁵²

En nuestro Derecho no se hace esta distinción, toda vez — que los contratos celebrados por menores de edad, están afectados de nulidad relativa por falta de capacidad, independientemente de que exista o no la lesión.

Castán Robeñas, clasifica los vicios de la voluntad y admite como vicio a la lesión; sin embargo, más adelante dice: "La lesión, más que un vicio de la voluntad, es una circunstancia — que la ley ha creído conveniente erigir en ciertos casos en causa de rescisión para proteger a la parte perjudicada."⁵³

52 Gutiérrez Fernández, Benito, Ob. cit. pág. 41.

53 Castán Robeñas, José, Derecho Civil Español Común y Foral, 6a. Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, T.II, pág. 514.

Un autor más que considera como vicio de la voluntad a la lesión es el Profesor Gutiérrez y González, que al respecto dice: "Lesión es el vicio de la voluntad de una de las partes, -- originado por su inexperiencia, extrema necesidad o suma miseria en un contrato conmutativo."⁵⁴

La lesión en un sentido amplio "es el perjuicio que en un contrato conmutativo experimenta una parte que recibe una prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona a la otra parte."⁵⁵

Para Sánchez Medal, la lesión en sentido estricto o restringido "es la causa de invalidez total o parcial de un contrato conmutativo establecida en forma excepcional por el legislador, o bien sea por la importancia objetiva del mencionado perjuicio resentido por el contratante que recibe una prestación de valor muy inferior a la que él proporciona, o bien por la situación subjetiva de debilidad o de miseria en que contrata dicha parte, o bien, por una y otra de esas dos razones."⁵⁶

En un principio, es decir, partiendo del Derecho Romano, no se exigía que hubiera equivalencia en el valor de las respectivas prestaciones en un contrato y a ello se debe que no requería de un precio justo en la compraventa. Dioclesiano por razones de equidad y Justicia, estableció que cuando en la venta de un inmueble se pagaba un precio inferior a la mitad del valor real de la cosa y aunque no hubiera engaño de por medio, se daba "laesio enormis", que facultaba al vendedor a obtener la rescisión de la venta, a menores que el comprador prefiriera pagarle el suplemento del precio. Y Justiniano extendió la Institución a las participaciones hereditarias.

54 Gutiérrez y González, Ernesto, Ob. cit. pág. 211.

55 Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Civiles, 5a. Edición, -- Editorial Porrúa, S.A., México, 1982, pág. 42.

56 Idem.

Dos situaciones se advierten en la lesión Romana: a) Un concepto subjetivo de la lesión que atiende a la cuantificación del perjuicio; y b) Una limitación exclusivamente aplicable a determinado contrato. Estas mismas características se establecen en la lesión adoptada por una acción de nulidad llamada "acción de rescisión". Esta misma orientación general (lesión objetiva y circunscrita a la compraventa) siguieron nuestros dos primeros Códigos de 1870 y 1884, en ambos se estimó que la lesión no privaba de validez al contrato ni lo anulaba, sino só lo daba lugar a ser rescindido.

El Código Civil de 1928 se apartó de los sistemas anteriores para inspirarse en el Código Suizo de las Obligaciones (artículo 21) y en el Código Civil Alemán (art. 138), ordenamientos que caracterizan a la lesión con estas dos notas: La consideran como un vicio mixto (objetivo y subjetivo) y la extienden a toda clase de contratos.⁵⁷

Según la exposición de motivos del Código Civil de 1928, - el legislador se pronuncia contra la teórica igualdad de las partes en todos los contratos y contra la irrestricta autonomía de la voluntad, para dar cabida a la equidad y procurar la equivalencia de las prestaciones recíprocas, y por otra parte a fin de mantener la estabilidad y la seguridad de las transacciones; de esta manera nuestro Código Civil concilio dos exigencias necesarias: La justicia de los contratos y la seguridad de las transacciones.

En nuestro Derecho la lesión no está reglamentada dentro de los vicios del consentimiento, sino en las disposiciones preliminares del Código Civil, se integra como un elemento objetivo, que es el de obtener un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que por su parte se obliga el perju

⁵⁷ Idem. pág. 43.

dicado, y otro elemento subjetivo: Explotar la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria.

El Código Civil en el artículo 17 establece: "Cuando algu no explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año."

La acción para pedir la nulidad por estar viciada de lesión compete única y exclusivamente al que ha sido perjudicado, y la acción deberá intentarse en un plazo de un año, y aún cuando la ley no especifica a partir de cuando comienza a correr dicho término, entendiéndose en este caso que el mismo empezará a correr desde el momento que se celebre el acto.

La lesión puede llegar a constituir un delito de fraude, cuando valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, se obtienen de ésta ventajas usurarias por medio del contrato o de convenios en los cuales se estipulan réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado, fudándose lo anterior en el artículo 387 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal.

En materia mercantil, sin embargo, no existe la lesión -- como causa de invalidación del contrato, en virtud de que la -- anulación introduce inseguridad en las transacciones mercantiles, y además no compaginaría con el propósito de lucro que regularmente alienta a las operaciones mercantiles. Lo que se respalda en lo que establece el artículo 385 del Código de Comercio.

2.2.3. LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN O CONDICION DEL ACTO.

El artículo 1795 fracción III señala que en un contrato se tiene: a) Un objeto lícito y, b) Un motivo o fin lícito.

Nuestro Código Civil distingue entre el objeto (que puede ser objeto-cosa u objeto-hecho) del contrato, por una parte, y el motivo o fin del mismo contrato (art. 1795 fracción III, - 1824 y 1831, así como el rubro "del objeto y del motivo o fin - de los contratos) por otra parte."⁵⁸

Esta distinción se establece en los artículos 1827 fracción II y 1830 del Código Civil. Al efecto, en el artículo 1830 estatuye: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres" y el artículo 1831 dice: "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres." Por último, el artículo 80. expresa: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordena lo contrario.

La imposibilidad jurídica se distingue de la ilicitud por que en ésta el acto jurídico se realiza, llega a tener nacimiento y puede tener consecuencias jurídicas según el grado de nulidad.

Lo ilícito es lo prohibido; en cambio lo imposible jurídico carente hablando, es aquello que no llega a realizarse, porque la norma de derecho supone ciertos supuestos necesarios que, de observarse en el acto, aún cuando tenga aspecto material, no tendrá existencia jurídica. En la imposibilidad jurídica hay -- inexistencia; en la ilicitud habrá nulidad.

⁵⁸ Ibid. páq. 53.

Debe entenderse que el objeto imposible equivale a la falta de objeto, que pueda ser materia del contrato, en tanto, que en la ilicitud habrá una nulidad ya absoluta ya relativa.

Según la forma en que se ha expuesto este tópico, es necesario señalar "como dato de cultura jurídica y como complemento a todo lo antes expuesto que, en torno al fin o motivo, se han elaborado múltiples doctrinas que consideran a la causa como un elemento de validez en el contrato," Y como consecuencia que, diversos Códigos adopten una posición respecto a la causa.

En otro lugar, se ha estudiado que, la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa y para saber si un acto ilícito está afectado de nulidad absoluta o relativa, es necesario analizar si reúne las características que la ley señala y que se han especificado para una u otra ineficacia, en otras palabras si la nulidad que afecta al acto puede ser invocada por todo interesado es imprescriptible y es inconfirmable, estamos en presencia de un acto que se encuentra afectado de nulidad absoluta; si -- por el contrario, la nulidad sólo puede invocarla el perjudicado, es confirmable y prescriptible, no reúne todas las características que la ley fija para la nulidad absoluta, es lógico -- pensar que estamos ante la presencia de un acto afectado de nulidad relativa.

Estrechamente ligada a los contratos se encuentra la condición "considerada como una determinación accesoria o elemento accidental del acto."⁵⁹ Sin embargo, forma parte esencial del acto porque de esta manera depende la suerte del mismo contrato.

59 De Pina, Rafael, Introducción, Personas y Familia, Editorial Porrúa, S.A., 14a. Edición, México, 1985, pág. 278.

Los elementos esenciales de toda condición son la incertidumbre en el hecho que constituyen y la influencia en la relación jurídica a la que afecta.

Al cumplirse la condición cesa la incertidumbre que prevalecía durante todo el período de dependencia y el acto empezará a surtir sus efectos o cesará de producirlos, según se trate de condiciones suspensivas o resolutorias.

2.2.4.- F O R M A .

En el presente punto analizaremos la forma de los actos jurídicos y su relación con la teoría de las nulidades. En la doctrina se distingue entre forma y formalidades, también llamadas - "formalismos". Pérez Fernández del Castillo nos dice que la forma es el conjunto de signos por los que se exterioriza la voluntad de los sujetos del acto jurídico y que las formalidades son las normas que regulan cómo, de qué forma, se debe hacer esa exteriorización de la voluntad.

Estamos de acuerdo con su distinción y queremos señalar que si bien podríamos concluir que la forma es el concepto englobador, el cual para pasar de la potencia al acto, requiere de ciertos medios que son las formalidades, pues una cosa es el ser, en este caso la forma, y otra como alcanzar esa ser, es decir, las formalidades, las cuales son normas tanto generales, abstractas e impersonales, como individuales y concretas, ya sea que tengan su origen en la ley o en el convenio entre partes.

Nosotros compartimos la preocupación del autor en cita, respecto a dejar claro que en todo acto jurídico requiere, para ser tal, de la forma, ya que ésta es la vía de que se exteriorice la voluntad como elemento esencial del acto jurídico; y que los formalismos son sencillamente los modos o maneras establecidas normalmente para regular el otorgamiento de los mismos. A mayor —

abundamiento dice: "Todo acto humano consta de dos atributos, - del ser, materia o sustancia y forma. La materia es el objeto - de la voluntad interna del sujeto; la forma, su expresión por - medio de signos verbales, escrito o por realización u omisión - de conductas. Esto significa que no hay acto jurídico ni contra - to que no tenga forma, pues está constituye un elemento de exig - tencia de voluntad."⁶⁰

Généricamente y por naturaleza toda voluntad jurídica es - formal ya que "la forma perfecciona la voluntad en el momento - de su expresión haciéndola integrar parte del mundo físico, con - dición primordial para poder sucesivamente entrar en el mundo - jurídico como entidad jurídicamente relevante. Así lo resumen - las máximas "de internis nemo iudicat" y "propositum in mente - retentum non operatur."⁶¹

En este sentido, todo acto jurídico tiene forma, porque la forma es el medio de exteriorización de la voluntad del sujeto - de derecho ya que la simple voluntad interna no tiene efectos - jurídicos si nunca llega a exteriorizarse de alguna manera para que pueda ser objeto de reconocimiento. La voluntad interna del - sujeto únicamente es relevante para el derecho desde el momento en que pueda ser conocida, y ello sólo es posible cuando hay - elementos de conducta, de exteriorización de voluntad, que nos - permitan inducir su contenido. ¿Como puede la voluntad del suje - to exteriorizarse para producir efectos jurídicos? Únicamente - de dos maneras: la expresa y la tácita; la primera es cuando —

60 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1974, Colección "Se - pan cuantos..." No. 274, pág. 81.

61 Curdejo Urroz, Herbert, La Forma Notarial como Técnica Nor - mal y Segura en la Realización del Derecho Privado, Revista - Notarial, México, 1956, V.1, No. 1, pág. 70.

el cual plasmaba menciones crediticias denominadas "nomina transcripta."⁶⁴ Sin embargo, el formalismo oral, era rígido, se va debilitando como consecuencia de la gran extensión que va adquiriendo el comercio, cuyas operaciones requieren formalidades simples y rápidas, lo cual unido al fenómeno de la "vulgarización de la escritura", que caracteriza a la época post-clásica, contribuyó a desarraigar la oralidad en las estipulaciones y generalizar la escritura, pues ésta tenía la ventaja de crear medios de prueba a los negocios jurídicos.

Por otro lado, en la época post-clásica surgen los contratos consensuales como el tipo más perfecto, mejor acabado, se les denominó así porque se perfeccionaba por el mere consentimiento de las partes. Eran cuatro a saber, la compraventa, el arrendamiento la sociedad y el mandato. La consensualidad permitía que el contrato se deshiciera por medio del consentimiento contrario o disenso. Es esta consensualidad la que desarrolló más tarde el derecho Canónico, el cual en razón de su influencia de contenido espiritual trató de hacer sobresalir la voluntad interna de las personas.

Los pueblos que conservaron el consensualismo Canónico como inspirador de sus normas civiles se dividieron en dos ramas a saber, la Francesa que derivó en el Código Napoleón y la Española con el Ordenamiento de Alcalá de 1834. El Código Napoleón adoptó el consensualismo, y no mencionó a la forma como requisito de validez de los contratos en general; sin embargo, sí la tomó en consideración como tal al regular en especial ciertos contratos, llegando al grado de considerarla como constitutiva para la donación.

La regla general en las legislaciones modernas, es expresamente el consentimiento, es decir, el consensualismo en los negocios jurídicos. Sin embargo, las mismas legislaciones parecen contradecirse al regular en particular los actos jurídicos, ya que -

se emplean signos por medio del lenguaje oral, mímico o el escrito; la segunda, "consistente en un determinado comportamiento o actitud en forma racional, que nos permita concluir con certeza, cuál es el contenido de la voluntad del sujeto, pues de esa manera queda exteriorizada en forma concluyente, el querer de la persona que realiza tales actos jurídicos."⁶²

No hay que olvidar que el silencio no es una manera de manifestación de voluntad que pueda tener válidamente consecuencias jurídicas. En derecho el que guarda silencio simplemente se abstiene de revelar su voluntad; no lo hace ni en forma expresa ni tácita y el Derecho no puede deducir consecuencias del simple silencio de las partes, el artículo 2547 del Código Civil, es la excepción que confirma la regla.

Pero la forma que aquí estudiamos, es el elemento de validez es el medio al que se recurre para exteriorizar el consentimiento, a fin de que el acto sea válido. Ese medio puede ser la manifestación por escrito o bien, la utilización de determinadas palabras, signos o medios que hagan presumir esa exteriorización de voluntad.

Existían en la época clásica los contratos de forma sustancial verbal denominados "verbis", los cuales eran la estipulación, de aplicación generalizada, y la "dictio dotis" y el "iuramentum libertatis", de aplicación muy limitada, lo cual los hizo desaparecer en la época post-clásica.⁶³ También existieron contratos de forma escrita denominados "litteris", en los cuales la voluntad se manifestaba de manera escrita, sobre un libro de registro llamado "Codex" que llevaba el acreedor, en -

62 Salinas Garrías, Ignacio, Derecho Civil, 5a. Edición, México, 1980, Editorial Porrúa, S.A., pág. 227.

63 Petit, Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano, México, - 1980, "Ediciones Selectas", pág. 333.

en la mayor parte de ellos exigen la forma escrita, ya sea privada o pública, entendiéndose por esta la escritura pública o notarial, como requisito para su validez; ello ha llevado a autores como Julien Bonnetcase, a declarar la supervivencia del -- formalismo antiguo con la única variante de que en el Derecho Romano eran formas orales y sacramentales, mientras que ahora -- son escritas y de validez, o bien, simplemente probatorias.

La realidad es que dicha contradicción ha estado presente en nuestra legislación en el Código Civil de 1870 y el actual -- Código de 1928. El Código Civil de 1870 consagra el consensua-- lismo en el artículo 1392 que a la letra dice:

Art. 1392.--"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 la ley."

A su vez el artículo 1439 decía:

Art. 1439.--"La validez de los contratos no depende de la -- formalidad alguna externa; menos en aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa."

Sin embargo, al reglamentarse los diferentes contratos, se contradice dicho consensualismo, pues exige una forma determinada, especialmente en los contratos traslativos de dominio como la compraventa de inmuebles, la permuta de inmuebles, la donación de muebles de elevada cuantía, la sociedad, la hipoteca y el arrendamiento.

El Código Civil de 1884, da una regla general que estatuye el formalismo, salvo excepción legal, en el artículo 1322 que -- dice:

Art. 1322.--"Todo contrato a plazo por más de seis meses y -- cuyo interés exceda de doscientos pesos, necesita para ---

ser válido constar precisamente por escrito, ya sea otorgándose...en documento privado, ya otorgándose recibo u - otra constancia escrita, salvo los casos comprendidos en disposiciones especiales.

También ya se previó la forma como elemento de validez en el artículo 1279: "Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: "...Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley."

Ya en la regulación de los contratos en particular, se -- mantuvieron las mismas formalidades que exigía el Código anterior para los traslativos de dominio, la sociedad, la hipoteca, y el arrendamiento.

El Código Civil de 1928, vuelve a la contradicción propia del Código de 1870, pues en la parte general de los contratos, está el consensualismo puro del Ordenamiento de Alcalá con la única diferencia de que incluye a la forma dentro de los requisitos de validez de los contratos, para los casos expresos, pero al regular a los contratos en particular, otra vez se contra dice, pues la mayor parte de los contratos nominados requieren de una determinada forma para ser válidos, en especial la documental, ya sea privada o pública, lo cual nos permite afirmar -- que en nuestro Derecho la regla general, es el formalismo y la excepción el consensualismo.

De los contratos nominados por el Código Civil, los que -- requieren la forma documental para su validez son: La promesa -- de contrato, artículo 2346; la compraventa, artículo 2317; la -- donación, artículos 2344 y 2345; el arrendamiento, artículos -- 2406 y 2407; el mandato, artículo 2550, 2551-2556 y 2586; la -- obra a precio alzado, artículo 2618; el transporte, artículo -- 2656; la asociación, artículo 2671; la sociedad civil, artículo 2609; la aparcería, artículo 2740; la renta vitalicia, artículo 2776; la prenda, artículo 2860; la hipoteca, artículo 2917; la -- transacción, artículo 2945. Cabe hacer notar que, de todos --

ellos, los principales son ocho, estos requieren la forma llamada por el Código Civil "Escritura Pública", es decir, en escritura pública o notarial y más aún, respecto de los bienes de mayor cuantía o importancia para el legislador como son los inmuebles. Por ello podemos afirmar que la forma documental ante notario cumple plenamente con el objetivo de toda formalidad; evitar las controversias respecto de los términos de los negocios jurídicos, en nuestro derecho, actos jurídicos, que a través de dar precisión a las obligaciones y también brindar seguridad -- respecto de la contratación con bienes de la mayor importancia, y por último, inducir a las partes a ser reflexivos respecto -- del acto que realizan.

Aún cuando vimos que pueden existir formas verbales, en los últimos tiempos se ha restringido el concepto de las formalidades para normalmente entender que cuando se habla de un acto formal se está haciendo referencia a que se requiera de la forma escrita o documental.

Los actos jurídicos formales, en contraposición a los no-formales o consensuales, son aquellos para los cuales es necesario que sea observada una formalidad determinada, ya sea para su existencia jurídica, o bien, su validez.

Desde el punto de vista de su validez, es como la doctrina entiende normalmente a los actos para los cuales se requiere de una formalidad distinta del simple consentimiento para que se perfeccionen. Como hemos visto, nuestro Derecho considera a la forma como requisito de validez en el artículo 1795 fracción IV, contrario sensu, así como en los artículos 1832 y 1833; de manera que la falta de forma determinada expresamente por la ley hace nulo el acto, y como veremos más adelante la naturaleza de dicha nulidad es tal que permite al acto surtir sus efectos, además de que el acto puede quedar validado, ya sea volviendo a celebrar el acto, pero ya con la forma debida, o bien, mediante la ratificación tácita, es decir, mediante el cumplimiento del acto.

Por último, los actos en razón de la forma son "solemnes" cuando falta la solemnidad prevista, es decir, la forma con el grado de "ad solemnitatem", la voluntad del sujeto, a pesar de que existe desde el punto de vista psíquico, no tiene vida para el Derecho, porque jurídicamente la única forma establecida — para exteriorizar la voluntad en los actos solemnes, es la vía de la solemnidad requerida."⁶⁴ De manera que en los actos solemnes la forma no puede ser suplida por prueba alguna.

Para finalizar y retomando el estudio de la falta de forma determinada por la ley y que hace nulo el acto, es necesario señalar como complemento a lo que antes se ha analizado, que la acción y excepción de nulidad por falta de forma competen a todos los interesados.

Las consecuencias si se declara la nulidad serán las mismas que hemos venido señalando en todos y cada uno de los vicios de la voluntad y que se han analizado con anterioridad.

64 Galindo Garfias, Ignacio, Ob. cit. pág. 237.

CAPITULO TERCERO

III.- LA INEXISTENCIA Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS.

Este es el momento de hablar de las ineficacias del acto-jurídico. La Escuela de la Exégesis crea tres categorías de ineficacias irreductibles entre sí, a saber, la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa. Comenzaremos por analizar el tema de la inexistencia, para luego mencionar brevemente su origen, sus características y la implantación que hace nuestro derecho del mismo. Posteriormente se estudiarán en forma -- por demás detallada las nulidades, tanto la relativa como la absoluta.

3.1.- LA INEXISTENCIA.

Se conceptúa la inexistencia "como la falta de existencia jurídica por no haberse complementado los elementos del acto jurídico que constituyen su esencia."⁶⁵

La historia de la inexistencia en los actos jurídicos, revela su origen logicista en esta forma silogística: Los elementos de un acto jurídico se encuentran en la definición esencial de él. Para que el acto pueda producir los efectos jurídicos deseados o previstos por la ley, se requiere que reúna los elementos constitutivos. La carencia de alguno de los elementos constitutivos origina la inexistencia jurídica.

El acto jurídico es inexistente cuando carece de algún -- elemento esencial; el derecho considera el acto como si no se hubiera realizado y si acaso produce algún efecto éste no será-

65 Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, Ediciones Mayo, México, D.F., 1981, pág. 712.

propriadamente efecto del acto jurídico en cuanto tal, sino meramente consecuencia de los hechos puestos en juego.

Según la teoría clásica, la inexistencia es la ineficacia que corresponde a un acto jurídico que no ha podido formarse en razón de la ausencia de un elemento esencial para su existencia, por tanto dicho acto no existe en derecho, según dicen los clásicos, la nada jurídica. Suongámonos por ejemplo, un contrato de compraventa sin precio, o un matrimonio sin consentimiento de los contrayentes. A la compraventa le faltaría el objeto y al matrimonio el consentimiento, o sea que le faltaría a estos actos un elemento cuya esencia impedirá la existencia misma de estos actos.

No existiendo el acto jurídico, ningún efecto jurídico se produce, pues ningún efecto puede producir la nada y por lo tanto la inexistencia impide que el acto produzca efectos de derecho.

Por otro lado, la inexistencia surge cuando un acto adolece de un elemento esencial, orgánico, que se entiende como el simple examen de la naturaleza de las cosas tal y como se presenta ante nosotros en un estado actual (ya sea la voluntad, el objeto o la solemnidad).

Un acto inexistente por falta de sus elementos orgánicos, no engendra en su calidad de acto jurídico ningún efecto; sin que importe que como hecho puramente material no como acto produzca ciertas consecuencias.

Así, el que ha vendido una casa después que ha sido destruída por un incendio, no ha hecho un contrato de venta, pues ese contrato, por falta de objeto es inexistente; pero del hecho material realizado, no como acto jurídico que no existe pueden, sin embargo, provenir consecuencias de derecho.

La jurisprudencia francesa dice: "En el acto inexistente se está ante una apariencia, un mal entendido, ante una "tentativa" de un acto más que ante un acto, y de una tentativa --- abortada, podría decirse que el acto ha nacido muerto y desprovisto, por lo tanto, de existencia legal.

Acto inexistente es aquel que carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de tal manera que no corresponde a la definición genérica que para él da la ley.

En nuestra concepción o más exactamente en la doctrina clásica, la suerte de la noción de inexistencia de los actos jurídicos, no está de manera alguna ligada a la consagración expresa de ésta por los textos del Código Civil.

Esta noción domina los textos, más que estarle subordinada... Desde el momento en que ha nacido a la vida jurídica, un acto, por imperfecto que sea efectúa en tanto no es destruida la función de un acto regular. Aunque en seguida se anule por decisión judicial, no será menos cierto que ha constituido en la vida social, un centro jurídico alrededor del cual han podido ligarse múltiples intereses.

3.1.1.- SU ORIGEN.

La teoría de la inexistencia no fue conocida en el antiguo Derecho Francés. Pero en este derecho la sanción contra las irregularidades de los actos jurídicos se condició imperfecta y de una frase pronunciada por el Primer Cónsul al discutirse el proyecto de donde nació el Código Civil Francés de 1804, nació la idea del acto jurídico inexistente que precisó el comentarista Alemán Carlos Zachariae, Profesor de la Universidad de Heidelberg en su Manual de Derecho Privado Francés, cuya primera edición de dos volúmenes salió a la luz en 1808 y

ulteriores ediciones en cuatro volúmenes y que reconoció como obra maestra y el mejor comentario del Código de Napoleón.

Como se mencionó anteriormente, "se atribuye el origen de la figura de la inexistencia a expresiones de Napoleón y a concepto de Zachariae, originariamente surgida de matrimonios irregulares que no tenían asignada la sanción anulatoria. Los autores se dividen entre quienes aceptan la figura, quienes la rechazan y sea quienes también la hubiesen admitido o rechazado expresamente razonan presuponiéndola."⁶⁶

Del origen de la inexistencia nos dice Josserand: "La distinción entre la inexistencia y las nulidades, es de origen mucho más reciente. Es extraño al Derecho Romano y también a nuestro Derecho Antiguo. Hizo su aparición en los momentos de elaboración del Código Civil, a propósito del matrimonio y por sugestión del Primer Cónsul, que no admitió que se tratase de la misma manera el caso de una mujer que hubiera dicho "no" ante el Oficial del Registro Civil y en caso de que hubiera dicho "sí" después de haber sido objeto de violencia. En el primero de los casos, se hizo observar que no hay en absoluto matrimonio; en el segundo hay matrimonio nulo; y el artículo 146 contiene las huellas de dicha oposición al establecer "no hay matrimonio cuando falta el consentimiento."⁶⁷

Consideramos que el único precedente lo podríamos encontrar ciertamente en la etapa formalista de los antiguos derechos Romano y Germánico, en los que necesariamente la única forma de nulidad es la inexistencia, pues en el simplismo de este sistema el acto jurídico existe o no existe tan sólo.

66 Enciclopedia Jurídica Omba, T.XX, Multi-Opci, Buenos Aires, 1965, pág. 458.

67 Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, 20a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1984, T.I. pág. 123.

Lo cierto es que como lo anotamos, la inexistencia aparece en el Código Civil Francés en la que al variar el legislador la expresión utilizada no ha introducido con ello ciertamente una nueva teoría, pero hay que reconocer que en la doctrina ha de construirla. En efecto, la doctrina que la establece empieza a desarrollarse en torno al artículo 146 del Código Civil Francés y, por tanto, a propósito del matrimonio. Pero desde un principio no se contentan los autores en poner este precepto en relación con el artículo 180 del mismo Ordenamiento, que trata de las nulidades de este trabajo, sino que extiende la teoría a los actos jurídicos más diversos, llegando a formular una teoría general de la inexistencia, buscando explicación a las nulidades dentro del Código.

Afirmamos pues, que si aparentemente la teoría de la ineficacia tiene algunos puntos de contacto con la teoría de la nulidad absoluta Romana, sería erróneo buscar en ésta su origen.

3.1.2.- SUS CARACTERISTICAS.

Las características de la inexistencia están reconocidas en nuestro Derecho Positivo en forma expresa por el Código Civil vigente en el artículo 2224 que textualmente dice:

Art. 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 todo interesado.

Es importante señalar, que en el precepto en cita se omite la solemnidad cuando la ley lo exige (en nuestro derecho, -- que si bien es cierto no hay contratos solemnes, la solemnidad es elemento de existencia cuando la ley lo exige, como sucede en el matrimonio y en el testamento.)

En razón de que el acto inexistente es la nada, no se requiere la intervención de la autoridad judicial para invalidarlo. Tal vez en caso de controversia sobre la inexistencia, la autoridad interpondrá para reconocerla; el acto inexistente no puede aprovechar ni perjudicar a nadie por lo cual solamente una persona con interés jurídico podrá invocar la inexistencia.

La inexistencia de un acto no puede desaparecer por la confirmación o ratificación que de él hagan las partes. Naturalmente, porque siendo el acto inexistente, la nada jurídica no puede ratificarse ni confirmarse.

El acto inexistente no llega a tener inexistencia por el sólo transcurso del tiempo. O dicho en otras palabras, la inexistencia no desaparece por la prescripción, así transcurrieran cien años el acto inexistente seguirá siéndolo.

Pues bien, siendo el acto inexistente símbolo de la nada, se comprende que no puede ser objeto de una confirmación, ni el beneficiario de una prescripción extintiva que haga desaparecer con el tiempo el vicio de que está manchado. En consecuencia, reiteramos que, todo interesado, cualquiera que sea tiene el derecho de prevalecerse de la inexistencia de un acto jurídico.

Por otra parte, no tiene que preocuparse de llevar este acto ante los tribunales para obtener de cualquier manera su condenación; no se condena a la nada.... Si eventualmente el acto inexistente se invoca en juicio el Tribunal no puede solamente sino registrar su inexistencia; además opuesta por vía de excepción.

"En la inexistencia no puede haber ratificación, primero porque no se trata de un vicio; después, porque no puede ratificarse la nada; en tercer lugar, porque tampoco podrá alegarse -

el efecto retroactivo, supuesto que si el acto es la nada jurídica desde el punto de vista jurídico, sería un hecho contrario a la realidad declarar que aquél acto inexistente produjo efectos cuando era inexistente."⁶⁸

Lutzeo, considera que las características de la inexistencia son:

- 1.- "No puede ni podrá jamás crear efectos jurídicos.
- 2.- En principio no hay necesidad de someterlo al Juez - para obtener la declaración oficial de sus imperfecciones pero la intervención de aquél será inevitable si de alguna manera ha sido ejecutado en lo más mínimo.
- 3.- La voluntad de las partes no puede darle una confirmación tácita ni expresa.
- 4.- El transcurso del tiempo por sí sólo no puede hacer desaparecer o corregir deformidades orgánicas.
- 5.- La inexistencia se pone voluntariamente a disposición de todo aquél que tenga interés en hacerla valer, ya ante juez o por vía amigable."⁶⁹

Gutiérrez y González, en su Derecho de las Obligaciones, - adopta la teoría francesa de Julien Bonnetcase, haciendo notar - un error cuando se refiere a que el acto inexistente no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción, pues - el tratadista mexicano considera que en lugar de prescripción - debe decirse caducidad."⁷⁰

Rojina Villegas, señala las características de la inexistencia: 1.-Por causa; 2.-Por sus atributos que el derecho positivo ha establecido. Por causa, emplea el vocablo causa en el -

⁶⁸ Ibidem. pág. 123.

⁶⁹ Lutzeo, Georges, Teoría y Práctica de las nulidades, Traduc. Manuel Romero Sánchez, México, 1975, Edit. Porrúa, pág. 128.

⁷⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, Ob. cit. pág. 143.

sentido de origen considerando actos inexistentes, por falta de voluntad, objeto o reconocimiento legal.

Por sus atributos. El acto jurídico ya clasificado como -inexistente tiene las siguientes características:

- a) Como acto jurídico no puede producir efectos. Puede el acto degradar la categoría inferior al hecho y habrá -entonces un hecho jurídico.
- b) La inexistencia no puede convalidarse por prescripción. Es evidente la razón, pues el tiempo purga los vicios-internos constitutivos, cuando el acto existe, pero el tiempo no puede suplir la voluntad, ni el objeto, ni -el reconocimiento legal. En cualquier tiempo se podrá -invocar la inexistencia.
- c) La inexistencia no puede ser convalidada por ratificación. La razón es la misma; en la inexistencia la ratificación es inoperante; no se trata de un vicio; se --trata de la falta de un elemento esencial; no se puede ratificar lo que no existe; además, la ratificación --tiene efectos retroactivos; se considera que el acto -que se ratifica fue válido desde su celebración; ahora bien, si se ratifica un acto inexistente, la ratificación lo sería sólo de nombre, pues equivaldría a celebrar un acto por primera vez.
- d) La inexistencia puede ser invocada por cualquier interesado. Por lo común se dice, por un error, que puede ser invocada por cualquiera, por todo el mundo. Esto -es falso, para el ejercicio de cualquiera acción se requiere tener interés jurídico (fracción IV del artículo 10. del Código de Procedimientos Civiles). Pero lo-anterior no quiere decir que la inexistencia sólo puede ser invocada mediante acción en juicio; cualquier tercero a quien se oponga un acto inexistente, invoca a -su vez, la inexistencia.

Esta no se hace valer por acción o por excepción; simplemente se denuncia, para que el juez la compruebe; el juez no declara la inexistencia, la comprueba; no es preciso que el acto inexistente se invoque como -- fundamento de acción o de excepción, puede ofrecerse en calidad de prueba, como antecedente de una presunción legal o humana. El tercero o la parte, simplemente llaman la atención al juez sobre la inexistencia de un acto; puede hacerse esto en cualquier periodo del juicio; puede la inexistencia dar lugar a un problema de prueba; pero cuando no pasa esto, basta con que el litigante la invoque en cualquier momento o si el juez la advierte la hace valer de oficio. Existe una gran diferencia con la nulidad, pues sólo puede invocarse por vía de acción o de excepción, y sólo en cierto momento del proceso, al formular la demanda y al oponer excepciones.

La nulidad requiere declaración judicial, debido a que en la mayoría de los casos, produce efectos que sólo pueden ser destruidos por dicha declaración.

En relación a esta última característica, tal parece que la inexistencia es un presupuesto de la acción, a semejanza de la falta de personalidad, que el juez -- tiene obligación de verificar de oficio en cualquier momento hasta en la misma sentencia definitiva (artículo 47 del Código de Procedimientos Civiles), lo que no puede ocurrir en la nulidad absoluta, pues si no se demanda, o se opone como excepción en el momento procesal oportuno, el juez tendrá que resolver de -- acuerdo a las pruebas que se presenten y no podrá, -- aún teniendo conocimiento de que el acto es nulo, revestirlo de nulidad absoluta, declararla, pues se necesitará para que el juez haga la declaración de nulidad, que la solicite parte interesada.

La teoría francesa de la inexistencia, fue en México limitada irreflexivamente porque según los que la prohibieron no puede ejercitarse como acción, sino oponerse como excepción.

Se advierte en el lenguaje del francés y de su mediador - mexicano la falta de experiencia jurídica, porque ni en Francia ni en México, la inexistencia puede revestir el carácter de --- excepción. En Francia las excepciones son los hechos que extinguen el derecho de la acción, si se oponen y si no se oponen se entienden renunciados. De esta manera en México, la llamada --- excepción de inexistencia es una negación de las demandas, concretamente una negación del Derecho y entonces es una defensa, - y nunca excepción.

3.2.- LA NULIDAD ABSOLUTA.

Hemos analizado con detenimiento cada uno de los elementos que constituyen el acto jurídico, esto es, de existencia y de - validez, estos últimos son los que le vienen a dar una existencia perfecta y en ausencia de los cuales el acto existe pero de manera imperfecta, y es cuando se considera como un acto nulo, - pues la nulidad es la existencia imperfecta de los actos jurídicos.⁷¹

La teoría clásica nos dice, que la validez no admite grados, el acto es válido o es nulo; pero la invalidez sí admite - grados que originan la inexistencia, la nulidad absoluta y la - nulidad relativa. En la inexistencia falta un elemento esencial y constitutivo del mismo acto mientras que en la nulidad es un elemento de validez el que hace imperfecto dicho acto.

Para Bonnacase, la nulidad es una sanción, una forma admi

⁷¹ Rojina Villegas, Rafael, Ob. cit. pág. 127.

nistrativa de dejar sin efectos al acto jurídico; hay nulidad cuando éste carece de un requisito de forma, o por vicios de la voluntad o cuando es ilícito.

La nulidad de un acto se reconoce en que uno de sus elementos orgánicos, se ha realizado imperfectamente, o también en que el fin que perseguían los autores del acto está, sea directa o expresamente condenado por la ley, sea implícitamente prohibido por ella porque contraría el buen orden social.

Para Bonnetcase, la nulidad es una sanción, una forma administrativa de dejar sin efectos al acto jurídico; hay nulidad cuando éste carece de un requisito de forma, o por vicios de la voluntad o cuando es ilícito.

Como vemos, la nulidad es una sanción, que tiene por utilidad la de asegurar la observancia de la regla que sanciona, y si la regla es violada debe repararse del mejor modo posible -- esta violación, preservando contra las consecuencias de ella -- los intereses que la regla violada estaba destinada a proteger.

Siendo la nulidad una sanción, la forma coaccionadora como el derecho pretenda asegurar el cumplimiento de sus formas -- es fácil advertir que dicha sanción variará en razón de los diversos fines que las distintas leyes pretenden satisfacer, hay que estudiar en cada caso de violación de la ley y para el efecto de sancionar la violación con la nulidad, qué fines pretendía satisfacer dicha ley, qué intereses pretendía tutelar. De esta forma, la nulidad como sanción variará en intensidad según el fin, más o menos de interés general o particular que la ley aspire a realizar.

Quiñónez y González dice que: "acto nulo es aquél que en el se dan los elementos de existencia, pero de un modo imperfecto. Y que la nulidad absoluta, se origina cuando el acto va en contra del mandato o de la prohibición de una ley imperativa o

prohibitivas, esto es, una ley de orden público."⁷² El artículo 7o. (que tiene por origen el artículo 4o. del proyecto del Código Español comentado por García Goyena), establece el principio que textualmente dice: "Los actos efectuados contra el tenor de las leyes prohibitivas, serán nulos si las mismas leyes no disponen otra cosa", en relación con el artículo 6o. que dice: "No tienen eficacia alguna la renunciabilidad de las leyes en general, ni la especial de las leyes prohibitivas o de interés público", como sinónimos los términos Leyes prohibitivas o de interés público, no estableciendo el precepto si la nulidad de -- que se trata es absoluta o relativa.

Sin embargo, en el artículo 2225 el Código remite al propio legislador para que determine en cada caso específico si ante la ilicitud se produce la nulidad relativa o bien la absoluta.

Art. 2225.-"La ilicitud en el objeto, en el fin o en la - condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo dispone la ley.

El problema surge porque en ningún caso en concreto el legislador aclara de qué tipo de nulidad se trata, por lo que conviene ello en un círculo vicioso como lo califica Rojina Villegas; de manera que se deben interpretar las normas mientras el legislador no determine qué tipo de nulidad es en cada caso concreto. Pensamos que aún cuando los críticos del Título Sexto, de la Primera Parte del Libro Cuarto del Código Civil vigente - consideran que no se debe buscar la naturaleza de los dos tipos de nulidades en razón de las características de las mismas, sino sus causas, pensamos que por principio de cuentas debemos atender a este parámetro diferenciador para ir reduciendo la materia de interpretación; así el artículo 2226 dice:

72 Gutiérrez y González, Ernesto, Idem. pág. 134.

Art.- 2226.-La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

De la transcripción anterior se desprenden las características de la nulidad absoluta, siguiendo con nuestro análisis, - el artículo siguiente del Código nos dice que la nulidad relativa es aquella que no reúne todas las características de la nulidad absoluta, así como vamos se adoptó el criterio de Bonnacase respecto de que las características de la nulidad absoluta son irreductibles, rígidas, contundentes, pues se tienen que dar -- las tres para que el acto se pueda ver afectado por este tipo - de nulidad.

La nulidad absoluta supone que el acto existe y que por -- tanto tiene vida regular en tanto no se resuelva sobre su validez, nada impide que el mismo produzca provisionalmente sus efectos; aún más tales efectos serán más o menos mantenidos en razón de la buena fe de los intereses en presencia.

3.2.1.- SU ORIGEN.

Respecto del origen de las nulidades, "no han llegado hasta nuestros días datos suficientes y sobre todo claros acerca - de los principales o cuando menos las reglas aplicables en Derecho Romano, respecto del problema de la nulidad de un acto o de un contrato."⁷³

Ciertamente en el Derecho Romano y en el Derecho Intermedio, el negocio jurídico imperfecto por faltarle alguno de los

elementos constitutivos, no fue desconocido; pero se le dió un tratamiento no especial ni particular, mucho menos privilegiado, sino que se le trató como nulidad absoluta de pleno derecho.

Se ha considerado complicada y oscura en el Derecho, la teoría de las nulidades; en cambio, era relativamente sencilla en el Derecho Romano, porque el principio general por el que se regía era que "el acto nulo no producía efectos."⁷⁴ Sus fuentes establecían que si en un acto no se habían observado las formalidades esenciales, en cuanto a la forma externa como interna era "ipso iure", es decir nulo, sin que produzca ningunos efectos, razón por la cual se consideraba que el deudor no debía ni la cosa prometida ni su peso o estimación, de modo que si en un principio un acto jurídico era considerado nulo, por regla general no se hacía válido, aunque desaparecieran las causas que hubieren motivado tal nulidad. En tanto, que la nulidad parcial de un acto no perjudicaba en nada a la parte válida del mismo, que podría existir independientemente de aquélla.

La dualidad en materia de invalidez de los actos jurídicos se mantuvo durante la Edad Media. Y fue Irineo de entre los Glosadores quién dió la pauta para que los actos invalidos se pudieran convalidar mediante la ratificación o confirmación cuando los actos nulos sólo afectaban los intereses de particulares.

Durante la Edad Media, los Canónistas sin proponérselo contribuyeron a disipar la confusión que existía en materia de nulidades; ya que considera que una era la nulidad de pleno de

⁷⁴ Petit, Eugene, Ob. cit. pág. 214.

recho y otra muy diferente la nulidad en razón del interés de los particulares, llegando a la conclusión de que la fuerza del juramento, no podría llegar a convalidar los actos celebrados contra la moral o las buenas costumbres.

3.2.2.- SUS CARACTERISTICAS.

Qualquier persona interesada en que el acto sea nulo se podrá prevaler de la nulidad, quienquiera que sea. El acto es, por tanto nulo para todo el mundo, porque su nulidad se funda en una consideración de interés general.

Por otra parte, la nulidad no puede suprimirse por la confirmación de uno de los interesados, debido a que la nulidad existe antes de toda sentencia y en provecho de todos; ninguno tendrá el derecho de privar a los demás de invocar la nulidad.

La nulidad, no podrá desaparecer por el transcurso del tiempo. Así lo expresa la antigua regla "Quod nullum est nullo lapsu temporis convallescere potest".⁷⁵ El acto nulo es insubsanable.

Algunos afirman respecto a la máxima "quod nullum est, nullum producit effectum", que la misma es aplicable y verdadera en el sentido de que el negocio nulo no produce ninguno de los efectos jurídicos correspondientes al fin práctico querido por las partes, ninguno de los efectos que la ley hace derivar del tipo de negocio o acto jurídico abstracto a que pertenece el acto jurídico en concreto; la nulidad absoluta en suma, importa ineptitud del medio jurídico para alcanzar al fin práctico que se quería y no otro.

⁷⁵ Galindo Garrías, Ignacio, Ob. cit. pág. 251.

Quiñónez y González, siguiendo la teoría de Bonnacase, - le atribuye las siguientes características a la nulidad absoluta:

- a) Puede invocarse por cualquier interesado.
- b) No desaparece por la confirmación del acto ni por la - prescripción.
- c) Necesita ser declarada por la autoridad judicial.
- d) Una vez declarada la nulidad se retrotrae en sus efectos y se destruyen los actos.⁷⁶

Lo anterior se apoya en lo que dispone el artículo 2226 - que textualmente dice: "La nulidad absoluta por regla general - no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, - los que serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie - la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o por la prescripción.

De la transcripción anterior se desprenden las características rígidas del acto afectado de nulidad absoluta:

- 1.- Puede hacerla valer cualquier interesado, es decir que cualquier persona puede ejercitar tal acción.
- 2.- No es posible convalidar la ineficacia por confirmación, es decir mediante la ratificación expresa o tácita.
- 3.- No puede convalidarse el acto por la prescripción, es decir, el simple transcurso del tiempo no destruye la nulidad, haciendo válido el acto.

⁷⁶ Quiñónez y González, Ernesto, Ob. cit. pág. 184.

3.3.- LA NULIDAD RELATIVA.

Los elementos de validez establecidos por el artículo 1795 para los contratos, son para los actos jurídicos en general los siguientes: Capacidad legal del autor o de las partes del acto; ausencia de vicios de la voluntad; licitud en el objeto y en el motivo o fin del acto; y, la forma establecida por la ley para la manifestación de voluntad.

Se denominan actos válidos aquellos que tienen una existencia perfecta por reunir todos los elementos esenciales y por no padecer ningún vicio interno o externo. La nulidad por consiguiente será la existencia imperfecta de los actos jurídicos - por padecer vicio en su formación.

Las principales causas de nulidad se dan por dos razones: 1) Vicios del consentimiento; y 2) Incapacidad del autor o de los autores del acto jurídico.

La nulidad de un acto se reconoce en que una de las partes orgánicas: voluntad, objeto y forma, se ha realizado de manera imperfecta, o bien porque el fin que perseguían los autores del acto está, sea directa o expresamente condenado por la ley o implícitamente prohibido por ella por contrariar el orden social; por lo tanto, son elementos de invalidez y que nulifican el acto jurídico: La incapacidad, la inobservancia de la forma y la existencia de los vicios en la voluntad. En estos tres casos, se origina la nulidad relativa.

"Es relativa toda nulidad que no corresponde rigurosamente a la noción de nulidad absoluta."⁷⁷

77 Gutiérrez y González, Ernesto, Ob. cit. pág. 155.

La nulidad relativa, es el acto jurídico que, en tanto no haya sido declarado nulo por una decisión judicial, produce sus efectos. Y sin embargo, esos efectos no se producen sino provisionalmente, porque la sentencia judicial que pronuncie la nulidad obrará con efecto retroactivo al día del acto y por consiguiente, todos los efectos producidos se considerarán como no efectuados. Así pues, el juez debe necesariamente intervenir para pronunciar la sentencia de nulidad del acto anulable.

Ahora bien, las acciones relativas a esta nulidad no competen como los casos de inexistencia y nulidad absoluta a toda persona, salvo el caso de la falta de forma, sino únicamente a la persona en cuyo favor se establece la nulidad. Así la nulidad por incapacidad, por ejemplo, sólo podrá ser reclamada por el incapaz. La nulidad relativa puede desaparecer si la persona en cuyo favor se establece, confirma o ratifica el acto; desaparece también si la persona interesada no reclama la nulidad dentro de los plazos que la ley determine, es decir, esta nulidad si prescribe.

Bonnetcase, distingue la nulidad absoluta y la nulidad relativa o sea nulidad de interés general y nulidad de interés privado. Para este autor la nulidad absoluta reposa sobre 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 por confirmación ni prescripción. Pero cuando se trata de definir a la nulidad relativa, el mismo autor abandona las características que los clásicos enumeraban para ésta; se abstiene de definirla con caracteres positivos, indicando todos los precisamente contrarios a la nulidad absoluta en la forma en que lo hacía la reiterada Escuela Clásica.

Para que una nulidad se considere relativa, bastará que no reúna las características enunciadas para la nulidad absoluta; así por ejemplo, será suficiente que una nulidad no pueda ser invocada sino por una sola persona, aunque no prescriba la-

acción ni sea confirmable el acto, para que esta nulidad sea relativa.

Nuestra legislación vigente adoptó la teoría de Bonnacase y dedica un título a la teoría de las nulidades de los actos jurídicos, estableciendo en los artículos 2224, 2226 y 2227, la inexistencia, respectivamente.

El artículo 2227 textualmente dice: "La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos." Establece casos que corresponden también a esta nulidad relativa, como son la que establece el artículo -- 2228 que dice: "La falta de forma establecida por la ley, sino 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."

Respecto a la forma es claro que nuestro Derecho la exige normalmente como requisito de validez del acto jurídico, cuya carencia trae aparejada la nulidad relativa del mismo, por ello el acto siempre surtirá sus efectos en forma provisional, los cuales podrán ser destruidos únicamente mediante sentencia judicial; o bien, se convertirán en definitivos si el acto es convalecido por su confirmación, es decir, mediante el otorgamiento expreso de la formalidad de la cual adolece, o también, mediante la ratificación tácita que destruye la nulidad relativa y dá lugar a que las partes se puedan compeler en la vía judicial al otorgamiento de la formalidad. En relación a lo anterior se --- transcribe las siguientes jurisprudencias:

Compraventa de Inmuebles: "Falta de Escritura Pública ante Notario.- La escritura pública ante Notario exigida -- por la ley para la compraventa de inmuebles, no implica -- una solemnidad cuya falta tenga como consecuencia la nulidad absoluta del contrato, ni impide que el mismo

produzca sus efectos. El cumplimiento voluntario se --
tiene como ratificación, y se extingue la acción de nul-
lidad, por lo que cada uno de los contratantes puede --
exigir del otro, el otorgamiento de la escritura respec-
tiva

Quinta Epoca:

Tomo CXXX, p. 235. A.D. 5169/55. Guillermo Francisco -
Macías.-Unanimidad de 4 votos.

Sexta Epoca:

Vol. III, p.78, A.D. 2162/57.- María Villareal Vda. de
Alcantara.- 5 votos.

Vol. XIII, p.9. A.D. 613/57.- Juan Martínez Zapata. 5 -
votos.

Vol. XXI, p.64. A.D. 4802/57.- Carlos Villalpando Espar-
za.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLIV, p. 52. A.D. 7805/58.- Francisco Valdéz Galle-
gos.- Unanimidad de 4 votos.

Nulidad por falta de Forma.- El cumplimiento voluntario
de un contrato no solemne, surte efectos de ratifica-
ción y extingue la acción de nulidad por falta de forma.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. VIII, p. 84 A.D. 2561/55.- María Gregoria Gutiérrez
Pérez.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. XIII, p. 171, A.D. 5812/57.- Alejandro García. 5 -
votos.

Vol. XXVIII, p. 137. A.D. 7173/58 Rutilia Márquez Vda.
de Herrera.- Mayoría de 4 votos.

Vol. XXXVI, p. 20. A.D. 2308/59.- Paulino Avila Gamboa
Unanimidad de 4 votos.

Vol. LXIII, p. 31. A.D. 3295/59.- Esther García Bermú-
dez de Lucio.- 5 votos.

En resumen, la nulidad relativa se determina cuando la acción de nulidad no reúne todas las características que para la nulidad absoluta se dan, y cuando existe incapacidad de una de las partes, o sufre alguno de los vicios de la voluntad, así como la falta de formalidades del acto jurídico. Y por supuesto, la lesión cuando no se optó por la reducción equitativa de la obligación.

En lo que se refiere al acto ilícito lo sanciona la ley con la nulidad absoluta o relativa, preceptuándolo en los artículos 2225 en relación con el 1830, que respectivamente dicen: "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". "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres". Ahora bien, habrá ocasiones en la que se declare la nulidad absoluta o la nulidad relativa, pero cuando no sea así, habrá que descubrir si el legislador ha querido imponer una nulidad absoluta o una nulidad relativa.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la siguiente jurisprudencia en lo relativo a las nulidades:

NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad absoluta y la relativa se distinguen en que la primera no desaparece por confirmación ni por prescripción; es perpetua y su existencia puede invocarse por todo interesado. La nulidad relativa, en cambio, no reúne estos caracteres. Sin embargo, en ambos el acto produce provisionalmente sus efectos, los cuales se destruyen retroactivamente cuando los tribunales pronuncian la nulidad.

Amparo directo 5526/1975.-Luis Mander Vaca. Unanimidad de cuatro votos. Vol. XIV, pág. 212.

Amparo directo 3346/1958.-Guillermo Freira. Unánimidad de cuatro votos. Vol. XXII, pág. p. 35.

Amparo directo 3346/1958.- Guillermo Freira. Unanimidad de cuatro votos. Vol. XXII, pág. p. 35.

3.3.1.- SU ORIGEN

Del origen de la nulidad relativa, se conoce solamente - lo que ha escrito al hacer referencia a la teoría de las nulidades, misma que se ha considerado por la doctrina complicada y - oscura.

La materia de las nulidades, comenzó a complicarse durante el Imperio Romano, gracias al Derecho pretoriano, como el -- pretor no podía anular por sí mismo los actos que el Derecho Civil declaraba válidos, concedía él, sin embargo, una especie de reparación tan plena como podía hacerlo, mediante un procedimiento particular, la in integrum restitutio. Se decía que un -- menor por ejemplo, era restituido o que el contrato celebrado -- por él era rescindido. Este procedimiento que entra en la categoría general de las acciones fue, con la excepción del dolo, -- uno de los dos grandes medios que el pretor empleaba en su -- lucha contra el derecho civil. Desde entonces hubo en el Derecho Romano, dos modos de nulidad de los actos: la nulidad Civil o de pleno derecho y la nulidad Pretoriana (o nulidad relativa) que suponía el ejercicio de una acción judicial y que sólo se -- realizaba por virtud de una sentencia judicial. "78

"Al igual que el origen de la nulidad absoluta en el Derecho Romano Primitivo, en el período de las acciones de la ley, mediante la condictio, introdujeron una especie de ineficacia -- de grado inferior que hacía valer la parte demandada, para detener la prosecución de la demanda de un acreedor que exigía por -- ejemplo, el pago de lo no debido o el cumplimiento de una obligación que contrajo bajo la influencia de maniobras dolosas por

78 Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Edit. Cájica, S.A., t. I. Puebla, Pue. México, pág. 169.

el propio acreedor (excepto doli). Una y otra, eran una especie de acción de nulidad del acto; que siendo formalmente válido, si el demandante rendía la prueba del error o del dolo, el magistrado podía hacer cesar sus efectos."⁷⁹

Dentro del concepto civil de la ineficacia se da la distinción entre la nulidad absoluta y una ineficacia de grado inferior (nulidad relativa entre nosotros). "El negocio totalmente nulo no producía por sí mismo efecto alguno para las partes ni para nadie... Los negocios anulables por el contrario tenían existencia, aunque amenazada de nulidad; su nulidad era latente y dependía de la persona que tuviera derecho a pedirla..."⁸⁰

"En cuanto a los vicios que afectaban la validez del -- acto jurídico, debían alegarse en la primera fase del juicio -- (iniure) para que el juez los tomara en cuenta durante la segunda fase del juicio, algunos otros vicios eran más peligrosos y por tal razón el juez debía de tomarlos en cuenta aún cuando -- las partes no los hubieren señalado, dándose aquí la suplencia de la queja."⁸¹

En el Derecho Consuetudinario Francés, la simple anulabilidad, se estableció para defender el interés de los particulares en los casos de que se dieran los vicios de error, dolo, mala fe, violencia y lesión, pues fue creada exclusivamente para la protección de la víctima del error, el dolo o la violencia, bajo cuya influencia, el particular ha otorgado el acto, el cual producía sus efectos, en tanto no se pronunciara sentencia de nulidad que destruyera tales efectos.

79 Galindo Garfía, Ignacio, Ob. cit. pág. 247.

80 Idem, pág. 243

81 Idem.

Finalmente, podemos decir, que la nulidad relativa toma su origen de la incapacidad de alguno de los autores del acto, de los vicios del consentimiento o de la ausencia de formalidades. La acción de anulabilidad se otorga como medida de protección del interés de personas determinadas y siempre será necesario que sea decretada por el juez, mientras tanto el acto -- producirá provisionalmente sus efectos. Será la sentencia de nulidad la que se encargará de destruirlos retroactivamente, -- dicha nulidad sólo se da en favor de la persona cuyo interés -- particularmente se protege; ésta nulidad puede desaparecer por confirmación o por prescripción.

3.3.2.- SUS CARACTERISTICAS.

La naturaleza especial que hace anulable un acto jurídico, así como la necesidad de promover judicialmente la nulidad producen infinidad de consecuencias, de las que resultan otras tantas que hacen la diferencia entre las nulidades absoluta y la relativa.

Para Marcel Planiol, las características de la nulidad relativa son las siguientes:

- 1) El acto puede anularse posteriormente por sentencia pero mientras tanto existe dicho acto y produce sus efectos.
- 2) El derecho de hacer que se destruya el acto, demandado ante el Tribunal, es decir, su anulación, no se concede a cualquier persona.
- 3) La nulidad es susceptible de desaparecer por efecto de una confirmación, por lo mismo no es inevitable ni ciega.
- 4) La acción de nulidad puede perderse por prescripción, independientemente de todo acto particular de renuncia, siendo esta prescripción muy rápida; diez años cuando más.⁸²

De la transcripción anterior se denota, que para este autor, el acto jurídico vive, en cierta forma, pero de manera agonizante, toda vez que, en cualquier momento el juez cambiara el estado de las cosas. No da pauta para que cualquier persona intenta la acción de nulidad, sino solamente se determina la protección para una persona determinada. La simple posibilidad de

⁸² Planiol, Marcel, Ob. cit. pág. 208 y 209.

hacer anular judicialmente un acto es, mucho más ventajosa que una nulidad directa que tendría efectos radicales e inevitables.

La nulidad relativa se encuentra establecida en el artículo 2227 del Código Civil, la que se diferencia de la inexistencia en que al igual que la nulidad absoluta, produce provisionalmente sus efectos, los que serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad, con la salvedad de que a diferencia de la nulidad absoluta, la relativa es aquella que no tiene los caracteres propios de la nulidad absoluta.

Por último, sobre las características de la nulidad relativa Jean Mazued, Henri y León consideran:

"La acción de nulidad relativa no se concede sino a la persona que la Ley cree proteger. Por el contrario en principio la acción de nulidad absoluta se otorga a todo interesado... La acción de nulidad relativa se extingue por la confirmación... - La acción de nulidad relativa prescribe." 83

83 Mazued Jean, Henri y León. Lecciones de Derecho Civil, parte segunda. Vol. I, traduc. de Juan Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires, Editorial Colmax, Argentina, 1960, pág. 333 y 334.

CAPITULO CUARTO

EL DOCUMENTO.

El fin de este estudio es el análisis de la nulidad - del documento público notarial, pero antes de hablar de esa ineficacia es necesario conocer el objeto al cual ataca dicha nulidad, por ello comenzaremos por determinar qué es el instrumento público notarial.

El documento público notarial participa de un concepto genérico, es decir, forma parte de "un grupo de seres u objetos que tienen entre ellos características comunes".⁸⁴ Los autores - discuten sobre cuál es el término más adecuado para llamar al género del que forma parte el documento notarial, concretándose la discusión a dos términos: "instrumento y documento".

El término instrumento viene del latín instruere, que - significa "enseñar", "instruir", es decir, se refiere a todo aquello que sirve para dejar constancia de algo, o bien, fijar un acontecimiento."⁸⁵ A su vez, el término documento viene también - del latín "documentum", el cual proviene del verbo latino "documentum", el cual proviene del verbo latino docere, que significa - también "enseñar", hacer conocer, es decir, que el significado - etimológico de ambo términos viene a ser el mismo, lo cual ha propiciado que los tratadistas y las legislaciones hayan usado ambos vocablos en forma indistinta, como sinónimos, haciendo caso, como es lógico pensar, a que su etimología es similar; sin embargo, la técnica jurídica aconseja que se trate de utilizar conceptos lo más exactamente posibles, para evitar que se induzca a con

84 García Pelayo y Gross, Ramón, Género, Diccionario Práctico Larousse, México, 1983, pág. 257.

85 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial, 2a. - Edición, Editorial Porrúa, México, 1983, pág. 91.

fusiones, además de que ello va en favor de la exactitud terminológica de que siempre ha hecho gala el Derecho.

La sinonimia a que acabo de referirme ha dado lugar a que los tratadistas notariales reserven el término instrumento público al documento notarial que obra en el protocolo, o bien a sus testimonios. A su vez los grandes procesalistas llaman -- instrumento público a cualquier tipo de documento público o bien cuando hablan de instrumento no determinan a que tipo de documento se refieren. Por ello consideramos que debemos intentar poner fin a dicho caos terminológico.

Comenzaremos por expresar nuestro concepto genérico, -- seguido de las especies que abarca las cuales tienen una diferencia específica que las distingue sin dejar de participar de la -- naturaleza englobadora del género, luego pasaré a fundamentar mi concepto confiando en que estas simples ideas lleven luz a dicho asunto.

A nuestro parecer el término genérico correcto es instrumento, del cual emanan las especies denominadas "documento e instrumento", ambas son instrumentos porque sin duda alguna sirven para dejar constancia de algo, pero su diferencia específica radica en la forma en que dejan plasmada esa constancia, a saber si se trata de instrumentos expresados en imágenes, es decir, mediante la "representación en pintura o escultura de una persona o cosa"⁸⁶; estamos ante el monumento, siendo el caso de las estatuas, películas, fotografías y cintas magnetofónicas. Pero cuando el instrumento se expresa por medio de signos escritos será "documento".⁸⁷

86 Idem. Ob. cit. pág. 290.

87 Idem. ob. cit. pág. 91.

Podemos afirmar que los instrumentos escritos o documentos son de la mayor importancia para la Ciencia del Derecho en general y del Notario principalmente, como más adelante profundizaremos.

Por tanto, no estamos de acuerdo en seguir llamando - "documento" a aquellos que como fruto de esa evolución conceptual cumplen su función representativa por otros medios que no sea la escritura, ya que consideramos que la evolución del concepto no ha sido acorde con la evolución del vocablo o término y nos parece ilógico seguir llamando a una de las especies mencionadas "documento monumental" y a la otra "documento documental", o bien "documentos en sentido estricto". Además la realidad nos respalda ya que no obstante que los tratadistas del -- concepto que estamos tratando evolucionaron al término documento para distinguir dentro del mismo al término "monumento", la verdad es que siempre se mantuvo el concepto estructural originario, pues se ha seguido asociando por toda la doctrina en general y por las legislaciones comparadas, la idea del documento a todo aquel objeto material que sirve para dejar constancia de un hecho en forma escrita, y más aún procesalmente se le han otorgado efectos probatorios, reservándosele entonces, el calificativo de "prueba documental", atribuyendo cualquier otro calificativo a los monumentos, que aunque también sirven para probar lo hacen por naturaleza en forma no escrita.

De los autores que dan una connotación demasiado amplia al concepto de "documento" podemos citar, entre otros, a Enrique Gimenez, quien afirma que "es una cosa que sirve para representar otra."⁸⁸ o bien "todo lo que encierra una representación cualquiera."⁸⁹

⁸⁸ Gimenez-Arnau, Enrique, Derecho Notarial, 2a. Edición, Pamplona España, Edit. Edic. Universidad de Navarra, 1976, pág. 395.

⁸⁹ Pallares, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, 16a. Edición México, 1984, Porrúa, pág. 287.

Sigue diciendo que se trata de una idea muy amplia que comprende desde los monumentos de piedra hasta las hojas de papel escritas, pasando por las medallas, monedas, sellos, signos y fotografías.

Otros autores dan al instrumento un significado únicamente documental, olvidándose por completo de su parte monumental, es el caso de Alonso López Portillo, para quien el concepto de instrumento "es todo aquel documento que justifica o prueba alguna cosa."⁹⁰

Quien ya nos da un concepto de documento como una especie del instrumento, al cual nos adherimos, es Enrique Giménez-Arnau al afirmar "documento es, pues, el objeto o materia en — que consta por escrito, una expresión del pensamiento."⁹¹

Se usa el verbo "escribir" en sentido restringido, o sea la actitud mediante la cual el hombre expresa sus ideas y sentimientos por medio de la palabra escrita. Tampoco es indispensable que el lenguaje plasmado esté formado por vocablos, — pues por ejemplo los papiros egipcios, que contienen jeroglíficos; claro está que los monumentos como las fotografías pasarán a ser documentos cuando contengan algo escrito con sentido inteligible."⁹²

⁹⁰ López Portillo y Lozano, Alonso, Valor y Efectos del Instrumento Público en nuestro Derecho, México, 1976, Escuela Libre de Derecho.

⁹¹ Iden. ob. cit. pág. 195.

⁹² El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente, sigue en parte esta doctrina pues no incluye en la prueba documental las fotografías, las copias fotostáticas, — los discos de fonógrafo; sino que agrupa estos medios de prueba, entre las "científicas"; sin embargo, existen otras que en sentido estricto son documentos por estar escritas, pero dicho Ordenamiento jurídico no obstante las considera también pruebas científicas, como es el caso de los escritos y las no

A modo de corolario de lo hasta aquí expuesto, podemos -- afirmar que antes del surgimiento de la escritura no existían -- los documentos, sino exclusivamente los monumentos. Más aún Morales Díaz, en una conferencia que sustentó en la Ciudad de Guanajuato con motivo de unas jornadas notariales, nos dice "que la forma escrita con fines estrictamente jurídicos, realmente es conocida como "formalismo escrito", la cual es la última dentro de la evolución de la forma jurídica. Asimismo, se pregunta el mencionado autor ¿porqué no fue usada la forma escrita en el pasado? La razón es que en el mundo no se han dispuesto los medios técnicos para la escritura y reproducción de formas escritas, hasta -- hace relativamente poco."⁹³

Con el paso de los milenios, el documento, como expresión material y escrita del pensamiento, se fue identificando con una de sus formas materiales de representación más común: el papel -- escrito; en embargo, como afirmamos hace un momento, ello no -- quiere decir que en el período transcurrido entre el invento de la escritura y el papel no existieron documentos en otros materiales como son: las piedras calizas, los ladrillos de tierra cocida, la madera, el papiro, el pergamino y la tablilla encerada. Esto se debió a que antes del papel, invento chino introducido a Europa por los Arabes, no existía material resistente a la vez que accesible para el pueblo."⁹⁴

A demás que la imprenta vino a simplificar la escritura a través de su mecanización con los tipos móviles; es decir, el documento sobre papel únicamente ha respondido a factores de facilidad y economía."⁹⁵

- las taquígráficas (art. 135); la razón esgrimida es la necesidad de la traducción, la cual también es escrita.

93 Morales Díaz, Francisco de Paula, La Forma en Derecho Notarial Revista de Derecho Notarial, Año XXV, No. 80, pág. 18.

94 Idem.

95 Aunque hay indicios que en el siglo VI D.C., ya aparecieron --

Finalmente, pensamos que el caos terminológico acabaría - sí, reservamos el término "instrumento" para el concepto genérico, y de esa manera no choquen el concepto de documento con el de monumento, además de poder enfatizar, en segundo término, en la idea de que todos los instrumentos elaborados por el Notario son siempre "documentos" y no "monumentos".

4.1.- EL DOCUMENTO PRIVADO.

Los tratadistas han agrupado a los documentos de múltiples maneras, dependiendo cada agrupamiento para efectos clasificatorios, y en tal virtud no pretendemos hacer otro tanto, únicamente nos referiremos a los grupos de documentos que los tratadistas siempre más doctos en la materia han elaborado.

Hecha la salvedad diremos que, el documento privado es lo contrario al documento público, por ello la mayor parte de los autores lo definen en un sentido que podríamos llamar simplista-interpretándolo contrario sensu del documento público, o sensiblemente afirmando que son "todos los demás" como lo hace Carlos Arellano en su Derecho Procesal Civil.⁹⁶ Más adelante el mismo autor anota que los funcionarios públicos o los fedatarios públicos si pueden intervenir en la elaboración de un documento - privado pero en calidad de testigos "despojados en ese momento - de investidura apropiada. También puede ser que intervengan pero no en ejercicio de sus funciones."⁹⁷

De Pina considera "que el documento privado es aquél extendido por particulares sin la intervención de funcionario público o de persona autorizada para ejercer la fe pública."⁹⁸

- en Europa, procedentes de China, impresos hechos con planchas de madera; sin embargo, en Occidente la idea de reproducir textos por el sistema de entintado de la superficie saliente de planchas no se cristalizó sino hasta el siglo XV.

96 Arellano García Carlos, Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, pág. 115.

97 Idem.

98 De Pina Rafael, "Documento", Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México, 1965, pág. 116.

Sigue diciendo este mismo autor, que el funcionario público puede intervenir en un documento privado no actuando en ejercicio de su función pública. Eduardo Pallares, está de acuerdo con esta última idea como se desprende de su concepto de documento privado: "el que procede de particulares que no ejercen función pública o de un funcionario cuando lo expide fuera de sus funciones."⁹⁹ Así, "un presunto documento público se convierte en privado, aunque no proceda de particulares si no reúne todos los requisitos exigidos para que el documento se considere como público."¹⁰⁰

Esta figura jurídica en la Doctrina y el Derecho Comparado se conoce como "Teoría de la Conversión", la cual tuvo su origen en el Código Civil Italiano, siendo aplicada a la teoría General del Acto Jurídico, particularmente a los contratos, por efectos del llamado "principio de conservación del contrato", al cual hace referencia Don Ramón Sánchez Medal, en su obra de los Contratos Civiles, considerándolo una norma de interpretación objetiva de los contratos, basándose en un aforismo latino que sostiene que "cuando las partes celebraron un contrato, lo hicieron para que produjera algún efecto y no simplemente para realizar algo completamente inútil y desprovisto de todo efecto."¹⁰¹

La conversión del acto jurídico consiste en que, debido a un vicio, no produce los efectos que deberá producir, sino otros diversos. Así el Código Procesal Italiano habla de la conversión documental cuando dice que "un documento público es nulo por incompetencia del funcionario que lo expidió, valdrá sin embargo como documento privado."¹⁰²

99 Pallares, Eduardo, Citado por Arellano García, Idem. pág.211.

100 Idem.

101 Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Civiles, 6a. Edición, México, 1982, Editorial Porrúa, S.A., pág. 62.

102 Idem. ob. cit. pág. 462 y 463.

A su vez el artículo 1223 del Código Civil Español previene que "la escritura defectuosa por incompetencia del Notario, o por la otra falta de forma, tendrá el concepto de documento privado si estuviere firmada por los otorgantes."¹⁰³ El artículo — 957 del Código Civil Argentino dice: "El acto emanado de un oficial público, aunque sea incompetente, o que no tuviera las formas debidas, vale como instrumento privado si está firmado por las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los efectos extendidos bajo formas privadas."¹⁰⁴

Como puede apreciarse en el Derecho Comparado, se acepta la tesis de que el documento público, ineficaz, por carecer de cualquiera de los elementos que anteriormente señalamos como necesarios que concurren para su validez, es eficaz como documento privado. Como analizaremos en el siguiente punto a desarrollar de nuestro estudio, la conversión documental también es posible en nuestro Derecho Positivo, tanto local como Federal.

Finalmente, el artículo 334 describe a los documentos privados en forma casística para terminar dando un concepto más general como es...." y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden y que no estén autorizados por escribanos o funcionario competente. Los Códigos de Procedimientos Penales - Federal y para el Distrito Federal no presentan mayor problema para efectos de esta clasificación ya que ambos remiten a los Códigos de Procedimientos Civiles Federal y para el Distrito Federal respectivamente.

103 Giménez-Arnau, Enrique, Ob. cit. pág. 462.

104 Rogguero Boffi, Luis María, "Instrumento", Enciclopedia Jurídica Omeba, TOMO XVI, pág. 198.

Utilizando la interpretación gramatical de que habla Pavón Vasconcelos en su Manual de Derecho Penal Mexicano, podemos --- afirmar que en el artículo 272 contrario sensu nos dice lo que entiende por documento privado: "Los presentados por los particulares que sean parte interesada en el proceso y que sean reconocidos por los mismos."¹⁰⁵

4.2.- EL DOCUMENTO PUBLICO.

El concepto de documento público es uno de los temas más controvertidos a través del desarrollo de la ciencia jurídica y del Derecho Procesal en particular. Prácticamente cada autor esgrime su propio concepto haciendo resaltar una característica - en particular sobre las demás, pero casi todas coinciden con la siguiente definición: "Documento público, es aquél expedido por un profesional investido de fe pública, en ejercicio de su competencia, atribuida por la ley en cumplimiento de todas las formalidades legales."¹⁰⁶

Sin embargo, algunos autores no están de acuerdo con ella, cuando afirman que documento: "es aquél que por su esencia entra en el ámbito del Ordenamiento jurídico conocido como Derecho público y sabe distribuir tales medios de pruebas en tres grandes categorías, que corresponden a las tres esferas de la actividad-jurídico-pública: La legislativa, la administrativa y la judicial."¹⁰⁷

Por otro lado hay quien define el documento público, en sentido amplio, formado en el ejercicio de una actividad pública.

105 Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, México, 1984, Editorial Porrúa, S.A, 6a. Edición, pág. 91.

106 Pallares, Eduardo, Ob. cit. pág. 289.

107 Idem.

También Manuel Borja Soriano, dice que el documento "es el que está autorizado por funcionario público, especialmente por un notario, que por delegación del Estado, tiene fe pública, de manera que lo que ha pasado ante él debe creerse."¹⁰⁸

Boffi Bogguero, afirma que "puede definirse elementalmente como el que autoriza un oficial público o quien, sin serlo propiamente se halle autorizado en Derecho para actuar como tal"¹⁰⁹

Rafael de Pina, al analizar la voz "documento", en su Diccionario de Derecho Civil dice que "documento público es el escrito otorgado por autoridad o funcionario público o por persona investida del ejercicio de la fe pública dentro del ámbito de su competencia y en forma legal."¹¹⁰ Este coincide con el artículo 1216 del Código Civil Español, citado por Eloy Escobar de la Riva en su Tratado de Derecho Notarial, que dice: "Son documentos públicos los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley."¹¹¹

Sigue diciendo este mismo autor, que el Código Civil Español, en el artículo mencionado, en realidad está envolviendo — dos conceptos, uno genérico y otro específico, lo cual como veremos a continuación es que el legislador español tuvo en mente elaborar el concepto de documento público en general, a una de sus variedades o especies, tal vez sino la más importante, si — la más legítima en su historia, uso y aceptación social, llamada documento notarial, o bien como el mismo lo llama "instrumento público", del cual daba el siguiente concepto la Ley 19, Ti-

¹⁰⁸ Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, 9a. Edición, México, 1994, Edit. Porrúa, S.A. T. II, pág. 182.

¹⁰⁹ Bogguero, Boffi, Instrumento Público, Ob. cit. pág. 211.

¹¹⁰ De Pina, Rafael, "Documento" Diccionario de Derecho, México 1965, Editorial Porrúa, S.A., pág. 116.

¹¹¹ Escobar de la Riva, Eloy, Tratado de Derecho Notarial, Editorial Marfil, España, 1957, Alcoy, pág. 252.

tulo XVIII, de la Partida 3a. de Alfonso X "el sabio" El que es hecho por mano de Escribano Público de Consejo."¹¹²

Como podemos ver el documento público, es un término aglutinador de todos aquellos documentos que procedan de un servidor público, es decir de un titular de un órgano de autoridad o bien de un fedatario público, dentro de sus atribuciones otorgadas -- por la ley, directa o indirectamente, y cumpliendo con todos los requisitos de forma o formalidades establecidos para ello por la misma ley.

El documento notarial, es decir, el expedido por el Notario es una especie de documento público, ya que su autor es un profesional investido de fe pública por el Estado por medio de un acto de atribución legal de competencia. Al documento notarial lo analizaremos más detalladamente más adelante, por lo pronto baste decir, primero que todo documento notarial es documento público, pero no todo documento público es documento notarial; segundo, que el notario no es el único fedatario que existe o profesional investido de fe pública, ya que cada legislación prevee quienes son fedatarios además de los notarios. Al respecto cabe no olvidar las distintas clases de fe pública que existen según Carral y de Teresa como son: "La judicial, la mercantil, la registral y la notarial."¹¹³ Así por ejemplo, la fe pública que tienen los Cónsules de México en el extranjero, la fe pública que tienen los jueces del Registro Civil (no incluida dentro de la fe pública registral, propia de los registradores que tienen a su cargo los Registros Públicos como son el de la Propiedad y del Comercio, de Vías Generales de Comunicación, etc.), la que tienen las personas facultadas para expedir certificaciones por-

112 Idem.

113 Carral y de Teresa, Luis, Derecho Notarial y Derecho Registral, 9a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 58.

los reglamentos internos de las Dependencias de la Administración Pública Federal, quienes son normalmente los Oficiales Mayores, llamada también "administrativa" y por último la "Canónica" que poseen los fedatarios dentro del Derecho Canónico como el Notario Eclesiástico.

El Código de Procedimientos Civiles establece en su artículo 129 el concepto de documentos públicos: "Son aquellos cuya información está encaminada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública y los expedidos por los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones.

"La calidad de públicos se demuestra por la existencia regular, sobre los documentos de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes."¹¹⁴ Considero un acierto de esta ley adoptar dicha concepción del documento público, la cual coincide con la aceptada por la doctrina.

La fracción I del artículo 327 del Código antes citado, ya no deja dudas en nuestro concepto, pues los instrumentos públicos notariales son considerados legalmente documentos públicos; siendo aquellos los elaborados por un fedatario quien tiene la facultad de atribuirles fe pública como veremos más adelante.

El Código de Comercio en el artículo 1237 remite al Código Federal de Procedimientos Civiles para el efecto de lo que deberá entenderse por documento público, pero ociosamente añade un caso concreto de documento público: "las pólizas de contratos mercantiles celebrados con intervención del corredor y autorizados por éste"; se dice que es un añadido ocioso porque el Código de Comercio en su artículo 51 ya le dá el carácter de fedatario al corredor en materia mercantil.

114 Diario Oficial de la Federación de 24 de febrero de 1942.

Después de conocer cuales documentos son considerados por nuestra legislación como documentos públicos y como documentos privados, consideramos pertinente analizar el tema relativo a la posibilidad o no, legalmente, de aplicar la doctrina de la Conversión Documental. Comenzaremos por interpretar las legislaciones analizadas en este tema.

El Código Federal de Procedimientos Civiles, claramente dice lo que entiende por "documento público", y por ello deberes necesariamente concluir que, si dicho documento no reúne las características de que habla el Código y que hemos considerado también nosotros en la doctrina, a saber, aquél formado por un sujeto que sea funcionario público o fedatario, dentro de los límites de su competencia y cumpliendo con las formalidades legales, entonces no tendrá la calidad de documento público; entonces surge la cuestión ¿si no es público, qué es?, la respuesta está en el artículo 133 cuando dice: "Son documentos privados los que no reúnen las condiciones previstas en el artículo 129, es decir, por los documentos públicos. De lo que podemos afirmar sin temor a equivocarnos que en materia civil-federal sí opera la convertibilidad documental.

Así, también en materia civil local procede la conversión documental del público hacia el privado, pero no viceversa. Esta última afirmación es de suma trascendencia para el objeto de nuestra tesis puesto que, como demostraremos más adelante, un documento privado producto de la conversión documental, es decir, de un documento público no perfecto, pero que hubiera sido un documento público notarial, no puede volver a convertirse en éste por el simple cumplimiento del requisito de que dicho documento público adolezca, ya que no se puede reconvitalizar un documento público notarial declarado nulo judicialmente.

En materia penal opera lo mismo que en materia civil - por la remisión, que de los documentos públicos y privados, - hace el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 230. Igual sucede respecto al Código Federal de Procedimientos Penales con su remisión al Código Federal de Procedimientos Civiles. A su vez, en materia mercantil - el efecto es el mismo que en materia civil federal por la remisión que de ella realizan los artículos 1237 y 1238 del Código de Comercio.

EL DOCUMENTO NOTARIAL.

Pasemos a tratar la especie en particular de los documentos públicos que es nuestro interés, o sea, los documentos notariales. Entendemos por tales todo aquel documento que se expide por un Notario.

Como hemos visto el Notario es un tipo de fedatario público, el cual tiene a su cargo el otorgamiento de la fe pública en aquellos hechos y actos jurídicos que por ley son de su competencia. Por aplicación del artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la materia Notarial es de competencia local, y en concordancia con ello, la ley del Notariado para el Distrito Federal dice, en su artículo primero, que en el Distrito Federal la función notarial corresponde en ejercicio al Ejecutivo quien la desempeña por medio del órgano local denominado Departamento del Distrito Federal, el cual delega el desempeño a su vez "en particulares", - pero no cualquier particular, sino en aquellos a quienes se les expide la patente de notario, conocido en la doctrina como "Fiat".

El artículo 1.º de la Ley del Notariado nos da el concepto del notario: "Es un Licenciado en Derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos ley a los documentos en que se consignen los actos y hechos -

jurídicos". ¿Que tipo de actos y hechos jurídicos?. En primer lugar, todos aquellos que noes estén expresamente prohibidos a los notarios y en segundo lugar, los que no les estén implícitamente prohibidos, siendo estos los que esten reservados a cualquier funcionario público.

Quitando esas dos limitantes el campo del notario es sumamente amplio: todos los actos, en que intervienen los particulares y las autoridades en su carácter de particular, es decir, cuando realizan, los que se llaman por la doctrina administrativa Argentina "actos civiles de la administración"; así como todos aquellos hechos jurídicos o materiales que no les estén prohibidos. Al respecto, Eduardo Leriverend manifiesta: "todos los funcionarios públicos están estrictamente circunscriptos, conforme a sus leyes orgánicas a materias específicas pero el único que puede actuar en muchos campos, en la mayoría o casi la totalidad de los campos o esferas de actividades es el notario - no sólo como margen residual sino esencial u originariamente."¹¹⁵

Lo que le da al notario una gran extensión de su competencia es el que las partes interesadas, como una solidez adicional para sus intereses en un acto jurídico determinado, sin que lo exija la ley, decidan utilizar y otorgar un documento notarial, aún cuando el simple documento privado hubiere sido suficiente.

El notario cuando actúa creando documentos no siempre lo hace en el ejercicio de la fe pública notarial, ya que está también obligado por imperativo legal a crear diversos documentos a los cuales no les imprime "autenticidad" en el sentido que lo entendimos antes, como "autenticar"; es por ello que tenemos -- que distinguir en el documento notarial en general a dos - -

¹¹⁵ Leriverend, Eduardo, "El Notario Público en el sistema de - Derecho Civil", Revista de la Facultad de Derecho de México XXIV, No. 95 y 96, México, 1974, pág. 584.

tipos de especies, en las cuales no hay que perder de vista -- que el notario actúa como tal, aunque los documentos producidos sean su facultad de atribuirles fe pública y en otros no.

Así los documentos notariales se dividen en : documento notarial e instrumento público notarial. El primero es -- aquel que el notario realiza en cumplimiento de una norma en -- el ejercicio de una función pública, la cual le impone la obligación de expedir ciertos documentos, que por ese simple hecho de su intervención son públicos, pero que no gozan de autenticidad por no contener la fe pública; ellos son en concreto, -- todos los oficios, avisos, índices, libros de control de folios, etc., que aún cuando lleven la firma y el sello de autorizar del notario, no por ello el notario les está imprimiendo la autenticidad propia de la fe pública, pues simplemente está actuando como notario en actividades que son secundarias a su actividad principal de fedatario público.

Estos documentos notariales simples cumplen fines de -- organización de la función pública notarial, para facilitar el control que el Organismo Ejecutivo del Estado mantiene sobre el -- Notariado; también cumplen fines de información cuando los actos jurídicos otorgados ante el notario deben ser reconocidos -- por otros órganos de autoridad, por otros notarios, o bien, -- particulares para que éstos procedan a actuar conforme disponga la norma. Es el caso de la comunicación o aviso a que se refiere el artículo 75 de la Ley del Notariado o bien la del artículo 1508 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

La razón de esta obligación del Notario de dar Avisos, con la consecuente creación de los documentos notariales simples, obedece a que el notario es un controlador de la legalidad; y por ello está vinculado con determinadas personas, instituciones o autoridades, que requieren conocer el contenido -- de la especie de documentos notariales, es decir, los instrumentos notariales; para que a su vez, ellos le puedan dar in-

formas del otorgamiento del acto, a quien más tarde lo solicite. Hay que resaltar que en los documentos notariales simples no hay dación de fe por parte del notario, no obstante que aparezcan su firma y sello de autorizar; la razón de la presencia del sello de autorizar, estriba en que el notario está actuando en funciones de tal, como persona física que tiene la investidura de notario.

La presencia del sello de autorizar se hace necesaria pues es el signo material que representa la Fe Pública del Estado, y que avala la simple firma del notario. Así surge la pregunta — obligada: ¿Cuándo no actúa el Notario en funciones de tal? Cuando actúa como particular. Así por ejemplo, el notario que dé una información por escrito del estado de trámite que guarda un instrumento público notarial, no está actuando en funciones de notario, sino como simple particular dentro de la relación jurídica privada que surge ya sea del contrato de prestación de servicios profesionales cuando el sujeto hace la rogación al notario, sobre un asunto de su competencia y éste la acepta o bien, de la ley, cuando el notario actúa por una norma de orden público que le obliga a prestar sus servicios al ser requeridos, si se adopta la teoría de la relación jurídica extrac contractual.

Aquí no se trata de un documento notarial simple, aún cuando haya sido expedido por un notario, ya que no está actuando en ejercicio de sus facultades legales como notario, sino como un particular que crea así un documento privado; ya que como vimos, para que un documento público sea considerado como tal, requiere reunir tres requisitos y no basta que reúnan únicamente dos de ellos, y así falta el de actuar en ejercicio de las facultades atribuidas por la ley, o sea de su competencia en general. Y el segundo tipo de documento notarial es el más importante, es el producto material que legitima a la función notarial, es el resultado del quehacer notarial, y es el llamado por los trata-

distas "instrumento público notarial", pero nosotros preferimos el término instrumento público notarial" como lo propone Morales Díaz cuando afirma: "a mi modo de ver... instrumento público notarial o documento notarial, es una terminología más feliz."¹¹⁶

Avila Alvarez dá un concepto muy atinado cuando afirma — que los documentos autorizados, con las solemnidades legales, — por notario competente, a requerimiento de parte e incluidos en el protocolo y que contienen, revelan o exteriorizan un hecho, — acto o negocio, para su prueba, eficacia o constitución, así — como las copias o reproducciones notariales de ellos."¹¹⁷

Este autor marca una diferencia entre las dos especies de documentos notariales, a saber, los simples son aquellos realizados de oficio por el Notario; mientras que en los instrumentos públicos notariales siempre debe mediar el previo requerimiento de parte, es decir, la rogación. También hacer resaltar el hecho de que el notario autorizante lo haga en ejercicio de su competencia, de lo que deducimos que se refiere tanto a la — materia como al territorio sobre el cual actúa como tal, así — como la regularidad de su investidura. También se hace alusión — a que se cumpla con todos los requisitos legales, a los cuales — llama "solemnidades legales." Como veremos más adelante la in— competencia del notario, así como la incobservancia de las forma — lidades legales son causales legales de la nulidad del instru— mento público notarial materia de nuestra presente tesis.

También enfatiza que los instrumentos públicos notariales — se contienen en el protocolo, excepto las copias o reproducio—

¹¹⁶ Morales Díaz, Francisco, Ob. cit. pág. 14.

¹¹⁷ Avila Alvarez, Pedro, Estudios de Derecho Notarial, 5a. Edic. Madrid, Editorial Montecorvo, 1952, pág. 59.

nes que también expida el notario las cuales por su naturaleza material y funcional no deben constar en el protocolo sino en papel independiente del protocolo.

Además se hace alusión a que el contenido del instrumento público notarial se puede referir a plasmar un hecho o un acto jurídico, lo cual es cierto. Por último, se hace constar que el instrumento público notarial tiene fines probatorios siempre; pero que también a veces sirve para que el acto jurídico contenido en él produzca algún efecto distinto, como su inscripción en el Registro Público o su ejecución procesal, y otras veces, para que el acto jurídico tenga existencia, a lo cual se "llama Escritura Constitutiva." Es pertinente aclarar que el concepto de Avila Alvarez está dado para ser aplicable únicamente el Derecho Notarial Español de conformidad con la Ley Orgánica del Notariado Español y sus respectivos reglamentos; sin embargo, con sus modificaciones atinentes, a la Ley del Notariado para el Distrito Federal vigente, consideramos que su concepto de instrumento público notarial es válido también para nosotros como analizamos a continuación.

Nótese que para efectos de mayor fluidez en la redacción de este trabajo, cuando en él hagamos alusión a términos como: "nuestra ley", "la ley", nos estaremos refiriendo a la Ley del Notariado para el Distrito Federal vigente con sus respectivas formas. También cuando se mencionen los términos "instrumento" e "instrumento público", lo hacemos respecto del instrumento público notarial.

Hecha la salvedad anterior, queremos destacar el hecho de que la diferencia entre los documentos notariales simples y los instrumentos públicos notariales en razón de su expedición, de oficio los primeros, y previa rogación los segundos, se mantiene en nuestra ley; la única posible rogación de los segundos se

mantiene en nuestra ley; la única posible excepción sería la copia simple de un instrumento público notarial que sea expedida - por el Notario previa petición de parte interesada, sin embargo, como excepción no es muy significativa pues se considera normalmente con un valor probatorio muy relativo respecto a su contenido como reproducción de un documento original; son realmente documentos que no tienen el beneficio de ser siquiera considerados por nuestro derecho como documentos privados, y aún cuando así - lo fueran serían fácilmente objetables para requerir su cotejo - con el original, del cual son reproducción. Como carecen de la - autorización notarial propia de la copia certificada es ocioso - disertar al respecto, puesto que si se tiene la calidad de parte interesada para pedir una reproducción de un instrumento público notarial original, el notario estará obligado a expedir una copia certificada si se trata de un instrumento notarial no autorizado en forma definitiva estaremos frente a un testimonio. También, es el caso de una certificación de un instrumento público-notarial original autorizado definitivamente, o bien, de un "no-paso". Sin embargo de los tipos de reproducción hablaremos en el tema que sigue.

Nos corresponde ahora, dar nuestro concepto de instrumento público notarial: "Es el documento autorizado por notario competente, previa rogación de parte interesada en el que, en cumplimiento de las formalidades legales, se hacen constar bajo su fe, actos o hechos jurídicos, así como sus reproducciones autorizadas conforme a la ley.

4.2.1.- LAS ACTAS.

Los instrumentos públicos notariales generalmente se clasifican por la doctrina en: originales y reproducciones, ésta clasificación es compatible con nuestra ley.

Los originales son aquellos documentos que primero se realizan y siempre están plasmados en el protocolo, por lo que también se les conoce en materia notarial como "matrices". Los originales se dividen a su vez en dos clases: Escritura y Acta.

Respecto a las actas, la doctrina considera que son aquellos instrumentos públicos notariales que contienen plasmados - un hecho material o jurídico. Al respecto Giménez-Arnau dice: - "Acta notarial es el instrumento público en el que no se contiene relaciones de derecho, en el que no hay vínculo que engendre obligaciones. Contiene solamente hechos cuyo recuerdo conviene conservar por la fe del autorizante, o hechos relacionados con el derecho, que puedan producir acciones no exigibles por la propia virtud del acta, sino deducibles de los hechos que con ella consta..."¹¹⁸

El Reglamento Notarial Español en su artículo 197 dice: - "es el instrumento público que el notario extiende y autoriza a instancias que presencie y le consten, y que por su naturaleza no sea materia de contrato.

Como puede apreciarse existe imprecisión terminológica cuando el término "hecho" en forma ambigua, algunas veces calificándolo de "jurídico" y otras no; se ha dicho que "en la escritura el notario también da fe de ciertos hechos incidentales como pago del precio en un contrato de compraventa, etc."¹¹⁹

Consideramos que no existe razón alguna para dicha confusión pues la regla para conocer cuándo estamos frente a una escritura es que el instrumento contiene un acto jurídico, no in-

118 Giménez-Arnau, Derecho Notarial, 2a. Edición, Pamplona, España, Editorial Ediciones Universidad de Navarra, 1976, página 439.

119 Avila Alvarez, Pedro, Ob. cit. pág. 63.

portando si también se da fe de ciertos hechos accesorios al acto mismo; mientras que en el acta el objeto para el cual es rogado el notario, es un hecho material o jurídico; es decir, no tiene la connotación de un acto jurídico.

Los hechos materiales son todos aquellos acontecimientos - de la naturaleza o del hombre que por sí mismos producen consecuencias de derecho. El hecho jurídico es aquel acontecimiento de la naturaleza o del hombre que por sí mismo produce efectos jurídicos con independencia aún de la voluntad del sujeto.

Además como acertadamente explica Nuñez Lagos, en última instancia únicamente son objeto de la fe pública los hechos, los cuales a partir de ella se tienen como verdaderos, es decir, como auténticos, como vimos anteriormente; así las manifestaciones de voluntad contractuales son hechos para la fe pública notarial, "el consentimiento para la fe pública no es más que un hecho"¹²⁰ pero ello no le quita su naturaleza de ser jurídicamente un acto jurídico, por lo que aquél instrumento que lo contenga plasmado será necesariamente una escritura, y no una acta ya que si tomamos en forma rígida la afirmación de que el notario da fe de los hechos acontecidos ante él, y los documenta, - llegaríamos a la conclusión falsa de todo sofisma, de que estos documentos siempre serán actas.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal acertadamente incorpora el concepto doctrinal respecto de las actas notariales aunque cabe glosar que son hechos materiales o jurídicos como - afirmamos en el párrafo anterior.

Art. 82.-"Acta notarial es el instrumento original en el que el Notario hace constar bajo su fe uno o varios....."

120 Nuñez Lagos, Rafael, citado por Escobar de la Riva Eloy, Ob. cit. pág. 254.

hechos presenciados por él, y éste asienta en un libro del protocolo a su cargo a solicitud de parte interesada y que autoriza mediante su firma y sello."

Los preceptos relativos a las escrituras serán aplicables a las actas notariales, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los hechos materia de éstas.

El artículo 84 enuncia algunos hechos que debe consignar el notario en actas, a saber:

- I.- Notificaciones, interpelaciones, requerimientos, -- protestos de documentos mercantiles y otras diligencias en las que pueda intervenir el notario según las leyes.
- II.- La existencia, identidad, capacidad legal y comprobación de firmas de personas identificadas por el Notario.
- III.- Hechos materiales, como el deterioro en una finca -- por construcción de otra en terreno contiguo o próximo a la primera.
- IV.- Cotejo de documentos.
- V.- La existencia y detalles de planos, fotografías y -- otros documentos.
- VI.- Entrega de documentos.
- VII.- Declaración de una o más personas que, bajo protesta de decir verdad, efectúen respecto de hechos que les consten propios o de quien solicite la diligencia; y
- VIII.- En general toda clase de hechos, abstenciones, estados y situaciones que guarden las personas y cosas -- que puedan ser apreciadas objetivamente.

Como podemos ver, existe una variedad de hechos que se pueden hacer constar a través de las actas notariales, las cuales --

se encuentran reglamentadas del artículo 85 al 92 de la Ley del Notariado actual.

Conociendo ahora, qué hechos pueden constar en una acta notarial, podemos describir como son o cuales son las características de las actas notariales, a saber, una acta notarial - se estructura con los siguientes elementos:

- a) PROEMIO: En el que se menciona lugar, fecha, nombre, y número del Notario, así como el del compareciente - y la calificación del acta.
- b) ANTECEDENTES: Que en las actas debe mencionarse y relacionarse todos los hechos que dieron motivo a la - comparecencia del notario.
- c) REPRESENTACION: Ya que la actuación del notario siempre es a petición de parte, el solicitante puede actuar en representación o interés de una persona física o moral.
- d) GENERALES: Es decir, que el solicitante declara cuales son sus generales (datos personales) sin embargo si el hecho se ubica en el artículo 85 fracción I de la Ley del Notario, sólo deberá mencionar el nombre y apellidos, sin necesidad de agregar más.
- e) CERTIFICACIONES: El notario en ejercicio de su actividad notarial al extender un acta certifica la verdad de los hechos relacionados.
- f) AUTORIZACION: La autorización del acta se realiza -- con la firma y sello del notario, en algunos casos - se requiere la firma del compareciente o comparecientes, cuando se trata de notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos de documentos mercan-

-tiles, y otras diligencias en las que pueda intervenir el notario, podrán autorizarse definitivamente — aún cuando no hayan sido firmadas por las partes (artículo 85 fracción II de la Ley del Notariado).

En un acto notarial intervienen dos partes, primero el notario como titular de la función pública, consistente de manera esencial en dar fe pública de actos o hechos jurídicos — que ante él se celebran; y el particular sea persona física o moral.

Todas las actas independientemente de la forma que revisten, debe redactarse en idioma castellano de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley del Notariado, porque — de lo contrario resultarían nulos los documentos notariales — como se desprende de la regla general que sigue nuestra ley en cuanto a las formalidades de los instrumentos públicos notariales.

4.2.2.- LAS ESCRITURAS.

Los documentos públicos se clasifican en originales y re producciones; los originales son aquellos documentos que siem pre están plasmados en el protocolo.

Los originales a su vez se dividen en dos clases: Escrituras y Acta. Nuñez Lagos, afirma que "las escrituras tienen — contenida una declaración de voluntad, un acto jurídico; las — actas un mero hecho que no sea típicamente declaración de volun tad."¹²¹

Este autor considera que el campo de contenido de una es critura es muy concreto, no así el del acta, pues todo lo que — no sea escritura será acta, en opinión de Giménez-Armau.¹²² Sa nahuja y Soler, destaca que la doctrina española y el Reglamen to Notarial consideran que la escritura se refiere a la "crea— ción, modificación o extinción de una relación jurídica; contie ne un negocio jurídico. Además destaca que conforme a la Ley Or gánica del Notariado Español no existe tal discusión en los ins trumentos públicos notariales, sino que únicamente hay escritu ras, como se desprende del artículo 17: "Son escrituras la origi nal que el notario ha de redactar sobre el acto o contrato so metido a su autorización."¹²³

Sin embargo, la mayoría de los tratadistas coinciden en señalar que cuando el instrumento público notarial contiene un acto jurídico, estaremos frente a la escritura. El concepto del

121 Nuñez Lagos, Rafael, Ob. cit. pág. 254.

122 Giménez-Armau, Ob. cit. pág. 410.

123 Sanahuja y Soler, José María, Ob. cit. pág. 427.

ya mencionado acto jurídico es el de la doctrina francesa, o bien conocido como negocio jurídico por la doctrina italiana, es decir, la manifestación externa de la voluntad realizada — con la finalidad de producir las consecuencias jurídicas que preve la norma. Así, encontramos que pueden ser objeto del contenido de las escrituras los actos jurídicos bilaterales o multilaterales.

Los primeros son aquellos en que únicamente existe una parte la cual emite su declaración de voluntad; es el caso de los testamentos públicos previstos por el Código Civil vigente para el Distrito Federal; los bilaterales son aquellos en los cuales existen dos o más partes las cuales emiten sus respectivas declaraciones de voluntad previstas por la norma jurídica para la realización del supuesto hipotético; es el caso de cualquier convenio o contrato realizado ante notario.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal, describe lo que entiende por escritura en el artículo 60 que establece:

Art. 60.- Para los efectos de esta ley, se entiende por escritura, cualquiera de los siguientes instrumentos públicos:

- I.- El original que el notario asiente en el libro autorizado en que se consigne el acto jurídico de que se trate, y por el extracto de este que contenga sus elementos esenciales y se asiente en el libro autorizado.
- II.- El original que se integre por el documento en que se consigne el acto jurídico de que se trate y por el extracto de éste que contenga sus elementos esenciales y se asiente en el libro autorizado.

Como podemos apreciar, la ley acepta el concepto doctrinal y determina que sólo podrán ser objeto de las escrituras los — actos jurídicos.

Así también, del artículo anterior se desprende que existen dos posibilidades para el otorgamiento de la escritura:

- 1.- Que se extienda completamente en el protocolo, y
- 2.- Que se extienda en un extracto y se agregue al apéndice el documento complementario.

En la escritura pública, el notario dentro de sus deberes ha de desenvolver una actividad técnica de jurista, acomodando sus actuaciones y la voluntad de las partes a los preceptos de fondo exigidos por el ordenamiento jurídico, para la perfecta eficacia del acto o contrato formalizado.

Por otra parte, los instrumentos notariales, escritura y actas, expresan diversas funciones de la actividad. Las escrituras al contener actos jurídicos, la función de perito técnico - en derecho que analiza jurídicamente el asunto; mientras que en las actas la función notarial es abstracta, en cuanto se trata sólo de dar fe de lo que se percibe por los sentidos, vista, oído, etc.

En las escrituras los otorgantes manifiestan su voluntad de obligarse. En cambio, en las actas el notario nada más da fe de aquello que vió u oyó; los comparecientes no manifiestan su voluntad de obligarse, aunque de la actividad notarial pueden nacer obligaciones, por ejemplo: el plazo de 30 días para el cumplimiento de una obligación de dar, empieza a correr a partir del requerimiento hecho por el notario (art. 2080 del Código Civil).

Esta distinción se deriva de la diferencia de contenido que a su vez se hace necesaria en una redacción y estructura distinta; aunque, es necesario agregar que en unos casos coinciden pero en otros no, según las características de una y otra por lo que se refiere a la escritura, se desarrolla su contenido a través de la siguiente estructura: a) Proemio, b) Antecedentes, c)-

refiere a la escritura, se desarrolla su contenido a través de la siguiente estructura: a) Proemio, b) Antecedentes, c) Clausulado, d) Representación, e) Generales, f) Certificaciones y g) Autorización.

En cambio las actas normalmente sólo contienen un proemio, el contenido del acta, generales, certificación y autorización; por no haber manifestación de voluntad para obligarse; las actas no tienen clausulado.

Por último, los efectos de la escritura consisten en hacer constar la expresión de la voluntad en un acto jurídico y darle la forma notarial exigida por la ley; en cambio, tratándose de las actas, su efecto es crear un medio de prueba de la existencia o realización de un hecho.

4.2.3.- LOS TESTIMONIOS.

Corresponde ahora analizar las reproducciones de los instrumentos públicos notariales, los cuales también son tales cuando se encuentran autorizados por el notario con todas las formalidades legales.

Como reproducciones, son documentos que caen en la clasificación doctrinal de copias y en el concepto notarial siempre son "instrumentos no protocolares". Doctrinal y legalmente se dividen en cuatro tipos de los cuales únicamente los testimonios son materia de nuestro estudio, sin embargo de manera especial daremos una breve explicación de la copia certificada, certificación y copia simple.

Existe la idea popular de confundir los testimonios con la escritura o el acta notarial; ésta confusión tiene su origen en el frecuente uso que en otro tiempo se hacía de los contratos priva-

dos, que por carecer de matriz, no se podrían reproducir y con su extravío o destrucción se perdía la posibilidad de acreditar la propiedad.

Actualmente los únicos documentos notariales a los que se puede llamar escritura pública o acta notarial, son a los asentados de manera original en el protocolo; mientras que los documentos expedidos a las partes y a los interesados son testimonios o copias, siendo la matriz la que está asentada en forma original en el protocolo y que se conserva indefinidamente, los primeros cinco años en la Notaria y después en el Archivo General de Notarías.

El artículo 93 de la Ley del Notariado dice: "Testimonio es la copia en la que se transcribe íntegramente una escritura o acta notarial y que se transcribe o se incluyen reproducidos los documentos anexos que obran en el apéndice con excepción de los que estuvieren redactados en idioma extranjero, a no ser -- que se les incluya en fotocopia con su respectiva traducción y los que se hayan insertado en el instrumento.

No será necesario insertar en el testimonio los documentos ya mencionados en la escritura que ha servido solamente para la satisfacción de requisitos fiscales.

A la transcripción anterior únicamente le agregaríamos -- que se transcribe íntegramente un instrumento público notarial original autorizado definitivamente.

En él se da una subdivisión: total o parcial, dependiendo si lo que transcribe es todo el instrumento público original o bien sólo una parte, ya sea de una escritura o de una acta o de los documentos del apéndice. El apéndice así como el protocolo-

son de las llamadas "herramientas del Notario", es decir, aquellos medios u objetos que sirven para que el notario pueda desempeñar su función. El apéndice conforme al artículo 56 de la Ley es una "carpeta" (todo aquel objeto que sirve para guardar papeles) en la cual se depositan los documentos a que se refieren los instrumentos originales y que forma parte del protocolo.

Asimismo, la ley determina que puede expedirse un primero, un segundo o ulterior testimonio y al final de cada uno de ellos debe decirse cuál es el número, el nombre del o de los que hayan intervenido y el número de páginas de que consta, lo que se corrobora en el artículo 90. de la Ley de la Materia.

Tampoco debe de expedirse testimonio parcial cuando la parte omitida pueda causar perjuicio a tercera persona. Como hemos visto, se pueden expedir tantos testimonios como se soliciten, pero para efectos procesales, sólo es título ejecutivo el primero y en caso de extravío, los ulteriores serán títulos ejecutivos, sólo si son expedidos por mandamiento judicial, como lo señala el artículo 327 fracción II de la Ley del Notariado.

Respecto a la naturaleza jurídica de los testimonios, éstos son "documentos públicos", así lo determina el artículo 327 fracción I del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Hay una apariencia jurídica de certeza, tienen valor probatorio pleno, mientras que judicialmente no sean declarados nulos.

Las causas de nulidad del testimonio, las establece el artículo 104 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal que expresamente dice:

Art. 104.-"El testimonio será nulo, solamente en los siguientes casos:

- I.- Cuando la escritura o el acta correspondiente -- sea nula.
- II.- Si el notario no se encuentra en ejercicio de -- sus funciones al autorizar el testimonio, o lo -- autoriza fuera del Distrito Federal.
- III.- Cuando el testimonio no tenga la firma y sello -- del notario; y
- IV.- Cuando falte algún otro requisito que, por dispo -- ción expresa de la ley produzca su nulidad.

La fracción I sigue la regla de que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal", pues no hay que olvidar que el tes -- timonio es una reproducción del instrumento público original -- que se encuentra redactado en el protocolo, de manera que si -- el instrumento público original es declarado nulo, necesaria -- mente serán nulos también los testimonios.

Así podemos afirmar que siempre que el instrumento públi -- co notarial es nulo, también serán nulos los testimonios y las -- reproducciones, pero no a la inversa, pues precisamente las -- fracciones siguientes del artículo 104 de la ley presuponen la -- existencia de un instrumento original válido con testimonio nu -- lo.

La fracción II regula dos supuestos de nulidad del testi -- monio, a saber, el primero consistente en que el notario al mo -- mento de autorizar la escritura no se encuentre en ejercicio de -- sus funciones notariales por lo que nos remitimos al análisis -- realizado a la fracción I del artículo 103 de la Ley, pues el -- primer supuesto de la presente fracción II, equivale a decir -- que "el notario no tiene expedito el ejercicio de sus funciones -- al autorizar el testimonio", pues el testimonio como toda repro -- ducción no tiene técnicamente otorgamiento alguno, el notario -- simplemente lo autoriza en términos del artículo 94 de la Ley -- de la Materia.

El segundo supuesto consiste en que el notario autorice -- el testimonio fuera de su jurisdicción territorial que como vi --

mos al analizar el artículo 103 fracción III, comprende a todo el Distrito Federal. Conforme al párrafo primero del artículo 50. de la Ley del Notariado, éste puede ejercer funciones dentro del Distrito Federal.

La fracción III considera acertadamente como causal de nulidad del testimonio que adolezca de autorización por la falta de la firma o del sello del notario, pues los instrumentos públicos notariales son tales hasta el momento de su autorización, la cual en el caso del testimonio es sólo de una clase — no como en el instrumento público notarial (preventiva y definitiva).

La fracción IV establece el carácter enunciativo y no limitativo del precepto al preveer otros casos de nulidad del testimonio por disposición de la ley.

La nulidad del testimonio una vez declarada judicialmente produce que el primer testimonio deje de ser considerado título ejecutivo. También, la nulidad de la escritura notarial acarrea que deje de ser considerado un documento en el cual consta la generación de un crédito fiscal.

Finalmente, la copia certificada, es aquella copia en que se transcribe íntegramente un instrumento público notarial original autorizado sólo preventivamente. Se le aplican los mismos comentarios que hemos realizado para el testimonio, sólo hay que recalcar sus diferencias que son tres, a saber, una de naturaleza y dos de efectos; la primera es que la copia certificada es la reproducción de un instrumento original sólo autorizado en forma preventiva, mientras que el testimonio siempre es de uno autorizado definitivamente. Los segundos son aquellos en los que la copia certificada no es inscribible en el Registro Público de la Propiedad, mientras que el primer testimo

nio que expida a los interesados o a sus causahabientes con tal carácter sí, conforme al artículo 94 de la Ley del Notariado. Y por último, que la copia certificada no es título ejecutivo, — mientras que el mencionado primer testimonio sí, conforme al artículo 443 I y II del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

La tercera reproducción del instrumento público notarial es la certificación, que es aquella copia de cualquier hecho o acto que consta en el protocolo, pero que se autoriza sin el carácter de testimonio o copia certificada. Normalmente se expide certificación de documentos que obran en el apéndice. Pero también se puede expedir una certificación de un instrumento ya autorizado preventivamente y aún definitivamente, sin el carácter de testimonios y de copias certificadas, ya que se les puede expedir a quien no fuera parte del acto o hecho que obra en el protocolo, si es requerido por el juez.

Por último, la cuarta reproducción es la copia simple, — que es toda reproducción de un instrumento público notarial o bien de otra reproducción, que expide el notario pero sin autorizarla "sirven sólo para información de los interesados y como presunción de la celebración del acto, carecen de valor jurídico pleno, la ley vigente no las prevee, pero en la práctica es frecuente que los clientes lo pidan."¹²⁴ Es aconsejable que para evitar una falsificación se les ponga un sello que diga que se trata de una copia.

124 Perez Fernandez del Castillo, Bernardo, Ob. cit. pág. 128.

CAPITULO V.- NULIDAD DE LAS ESCRITURAS NOTARIALES.

El artículo 103 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal establece las causas que produce la nulidad de una escritura, a saber:

- Art. 103.- "La escritura... será nula:
- I.-Si el notario no tiene expedido el ejercicio de sus funciones al otorgarse el instrumento;
 - II.-Si no le está permitido por la ley autorizar el acto o hecho materia de la escritura...
 - III.-Si fuera otorgado por las partes o autorizada por el notario fuera del Distrito Federal.
 - IV.-Si ha sido redactada en idioma extranjero;
 - V.-Si no está firmada por todos los que deben firmar la según esta ley, o no contiene la mención exigida a falta de firma.
 - V.-Si está autorizada con la firma y sello del notario cuando debiera tener la razón de "no pasó", o cuando la escritura o el acta no estén autorizadas con la firma y sello del notario.
 - VI.-Si falta algún otro requisito que produzca la nulidad del instrumento público por disposición expresa de la ley.

En el caso de la fracción II de este artículo, solamente será nulo el instrumento en lo referente al acto o hecho cuya autorización no le esté permitida; pero valdrá respecto de los actos o hechos que contengan y que no estén en el mismo caso.

Fuera de los casos determinados en este artículo el instrumento es válido, aún cuando el notario infractor de alguna prescripción legal quede sujeto a la responsabilidad que en derecho proceda.

La fracción I de este artículo interpretada a contrario sensu indica que es requisito de validez del instrumento público notarial que el notario ante quien se otorga y que lo autoriza se encuentre en ejercicio de su función notarial conforme a derecho. ¿Cuándo tiene expedido el ejercicio de sus funciones el Notario? Cuando ha recibido la autorización o patente - como titular de una notaria del Distrito Federal, ha tomado posesión del cargo, ha iniciado el ejercicio de sus funciones y no se encuentra bajo licencia o suspensión, pues estrictamente

la revocación la extingue lo que significa que ya no podemos - hablar en este caso de que tenga o no "expedito el ejercicio"- si ya no tiene funciones de notario; sin embargo, consideramos que el espíritu de la ley no es tan restringido, sino que quizá ser más amplio aún cuando en su redacción técnicamente no - lo hace, pues de lo contrario dejarían de estimarse hipótesis- que serán más que las abarcadas en el sentido restringido, lo- cual pensamos sería absurdo.

Así, en nuestro concepto la fracción que estamos anali- zando abarca que no tenga "expedito el ejercicio de sus funcio- nes al otorgarse el instrumento porque:

A) No sea notario del Distrito Federal: Este supuesto se divide en dos hipótesis, a saber:

1) Se trata de un usurpador: En nuestro derecho el nota- rio no es un servidor público, es decir, no lo es en sentido es- tricto, por lo que no les es aplicable la teoría francesa del - funcionario de hecho; sin embargo, hecha esta salvedad, quisie- ramos utilizar la figura del usurpador" para los fines de nues- tro análisis y porque en última instancia el notario desempeña- una función notarial por delegación del Estado.

El usurpador es aquella persona que no goza de una inves- tidura o nombramiento alguno, se ostenta ante los particulares- como un notario. En condiciones normales la usurpación en con- tra de lo que opina Gabino Fraga "no es violenta sino subrepti- cia"¹²⁶ es decir engañosa, utilizando maquinaciones y aparien- cias para lograr persuadir a los demás de que es notario y así- normalmente obtener un lucro. La Ley del Notariado no contiene- disposición alguna que obligue a los notarios a acreditar su in

¹²⁶ Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, 25a. Edición, Editori- al Porrúa, S.A., México, 1986, pág. 161 y 162.

vestidura regular, es decir, encontrarse en ejercicio de sus funciones conforme a derecho, por lo que los particulares pueden llegar a ser engañados. Difícilmente se presenta tal situación se presenta pero no es imposible; difícil porque el usurpador normalmente no se ostenta como funcionario público y la notaría no puede ser ambulante, sino que regularmente requiere tenerse un lugar donde ejercerla, sin embargo para la mente delictiva no existen obstáculos.

Es aplicable a este supuesto el artículo 50. último párrafo de la Ley del Notariado que dice:

Art. 50. "....."
 Quien carezca de la patente de notario expedida para actuar en el Distrito Federal no podrá ejercer funciones notariales dentro de los límites del mismo, ni instalar oficinas.

b) El Notario del Distrito Federal, pero en el momento del otorgamiento del instrumento público notarial se encuentra bajo:

1) Licencia: El notario tiene derecho, conforme a los artículos 106 y 107 de la Ley del Notariado a solicitar para separarse del ejercicio de sus funciones para sus vacaciones - cada semestre durante quince días consecutivos o alternados en un trimestre o hasta treinta días de la misma forma en el semestre. También puede solicitar licencia hasta por un año y aún por más cuando la causa sea el desempeño de un cargo de elección popular.

2) Suspensión: El notario queda separado temporalmente del ejercicio de sus funciones y por ello en ese periodo no puede intervenir en el otorgamiento del instrumento notarial cuando conforme al artículo 110 de la Ley de la Materia quede absuelto por sentencia definitiva; también cuando queda incapacitado de manera que esté imposibilitado para ejercer funcio-

nes, siempre y cuando la incapacidad no se prolongue por más - de un año. También cuando la suspensión hasta por un año le es impuesta como sanción administrativa conforme al artículo 126-fracción III de la ley, cuando reincide en realizar una de las actividades compatibles con la función notarial previstas en el artículo 17 de la Ley del Notariado. También cuando reincide - en engarse sin causa justificada a ejercer su función cuando - ha sido rogado y expensado para ello. Otra causa de la suspensión es la violación a la obligación de guardar secreto profesional contenido en el artículo 31 de la ley cuando no se está en el cumplimiento de la obligación legal de dar avisos cuando no se trata de terceros que le demuestren tener interés jurídico legítimo y se trata de un acto inscribible que todavía no - se ha inscrito. También son causas de suspensión hasta por el límite temporal señalado si el notario actúa cuando el acto o hecho contenido en el instrumento notarial le compete a un funcionario exclusivamente; también cuando el objeto o fin del acto jurídico sea ilícito o contrario a las buenas costumbres; o por recibir depósito de dinero o documentos representativos de dinero, excepto cuando se trata de los destinados para el pago de las contribuciones causadas por el instrumento público notarial que autorizó, o cuando es cheque a favor de Institución - de Crédito para el pago de un adeudo cuya escritura de cancelación haya autorizado o bien sean los documentos que fueron objeto del acta de protesto. La última causa de suspensión hasta por un año, deriva de la autorización de una escritura de - compraventa de un inmueble sujeto a un contrato de arrendamiento destinado a casa-habitación en la que no se cercioró el notario que el vendecor cumpliera con el derecho del tanto del - arrendatario para que dentro de los quince días hábiles siguientes a que se le notificó la propuesta al futuro comprador lo - ejerza en las mismas condiciones.

Por otro lado, es importante resaltar que la fracción I del artículo 103 de la Ley se refiere a qué debe el Nota

rio tener el ejercicio de la función notarial "al otorgarse el instrumento", pero ¿qué significa dicha expresión? Consideramos que el legislador quiso dar a entender que todo notario — que intervenga en el procedimiento de creación de un instrumento público notarial debe estar libre de obstáculo legal alguno para actuar como tal respecto del momento en que realiza dicha intervención. Así se puede fácilmente entender que sea válido aquél instrumento en que el notario titular del protocolo a su cargo, actúe en la fase predocumental o de asesoramiento como Perito en Derecho, realice la redacción del documento y lo someta a la consideración de los otorgantes, realice los juicios de identidad y de capacidad legal de los mismos y de que se — realizó la lectura del documento redactado en el protocolo, — haciendo constar bajo su fe todo ello; procediendo a dar fe — del otorgamiento de todos aquellos que deben firmar. Puede suceder que inmediatamente después de haber realizado la autorización preventiva el notario deje de estar en ejercicio de sus funciones por cualquier razón, se procederá a que sea el notario suplente quien realice la autorización definitiva del instrumento notarial. Como se puede apreciar es de esta forma como operan las figuras de suplencia y asociación en beneficio — de la validez de dicho documento; de manera que quien demande la nulidad del instrumento basado en la fracción I del artículo 103 deberá demostrar que el notario titular del protocolo, — el suplente o el asociado, no tenía libre el ejercicio de sus funciones al momento de su intervención.

La fracción II del artículo 130 de la Ley hace referencia a la jurisdicción material del notario, a su competencia — en razón de la materia. Esta causal de nulidad está directamente relacionada con el artículo 35 de la Ley del Notariado que dice:

Art. 35.—"Queda prohibido a los notarios:
II.—Intervenir en el acto o hecho que por Ley corresponda exclusivamente a algún funcionario público;

Este es el primer límite legal expreso que tiene competencia notarial en razón de la materia, de manera que si el notario autoriza un instrumento público notarial donde conste un acto jurídico o un hecho material o jurídico que por disposición de una ley le corresponda conocer del mismo a un servidor público, dicho documento será nulo, conforme a la fracción II del artículo 103 en relación con el artículo 35 misma fracción; independientemente de que el notario infractor incurrirá en las responsabilidades a que haya lugar.

Además de las prohibiciones del artículo 35 no existen otras expresamente en las leyes respecto a los hechos y actos en los que no le esté permitido intervenir al notario. Por el contrario, existen normas en el Código Civil que expresamente prescriben la actuación notarial para determinados actos como en el caso de los testamentos públicos, o bien de los contratos formales en los que se exige la escritura pública como formalidad. Y por último, como ya afirmamos en el primer capítulo de esta obra lo que extiende la jurisdicción en razón de la materia del notario más allá de obligatoriedad impuesta por el legislador es cuando las partes en un negocio jurídico en el que para su validez legalmente bastaría el mero consentimiento, o bien, un documento privado, deciden acudir al otorgamiento de un instrumento público notarial como una solidez adicional a sus intereses jurídicos debido a los beneficios que brinda como son la presunción-jurís tantum de su verdad y legalidad, sus efectos probatorios plenos mientras no sean destruidos por sentencia judicial y la posibilidad de integrar un título ejecutivo.

Respecto de los hechos materiales y jurídicos de los cuales pueda dar fe el notario la única limitante viene a ser la citada fracción II del artículo 35, de manera que también su competencia notarial es basta.

La fracción II del artículo 103 de la Ley al hacer referencia a que no le esté permitido al notario autorizar el acto o hecho del instrumento público notarial nos induce a realizar un análisis de las otras prohibiciones que contiene el artículo 35 de la Ley multicitada. En este punto no debemos de perder de vista las siguientes palabras de Larraud: "...el legislador, - como principio general, sitúa las contravenciones a la ley, que el notario pudiera cometer, en el plano de la responsabilidad - personal del agente; económica, disciplinaria o penal, y sólo - por excepción descarga en el documento las consecuencias del -- ilícito. Esto quiere decir, que el legislador de la Ley del Notariado consideró que la sanción de nulidad para el instrumento público notarial no debe operar ante cualquier violación a la - ley, sino únicamente en aquellos casos de gravedad a su parecer, por lo que fuera de las causales previstas en el artículo 103, - previó que todas las demás infracciones no afecten a la validez del documento sino que den lugar a la responsabilidad del notario quien es el directamente encargado de observar las normas - sobre el otorgamiento de los instrumentos públicos notariales. Esto encuentra su expresión legal en el último párrafo del artículo 103 cuyas consecuencias analizaremos más abajo.

Las fracciones I, III, IV y VIII del artículo 35 de la Ley guardan relación estrecha por ello serán objeto de análisis conjunto:

- Art. 35.- ".....
- I.-Actuar en los asuntos que se les encomiende, si alguna circunstancia les impide atender con imparcialidad;
 - III.-Actuar como notario en caso de que intervengan por sí o en representación de tercera -- persona, su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grados los consanguíneos en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, y los afines en la colateral hasta el segundo grado;
 - IV.-Ejercer sus funciones si el acto o hecho interesa al notario, a su conyuge o a alguno de --

sus parientes en los grados que expresa la fracción inmediata anterior;
 VIII.-Las fracciones previstas en las fracciones III y IV de este artículo para un notario, también se aplicarán al asociado o suplente cuando tenga interés o intervenga el cónyuge o los familiares del notario asociado o suplido que actúen en el protocolo del primero.

Estas fracciones tienen en común el prohibirle al notario actuar en contra del deber ético y la obligación legal de ser un tercero imparcial, ajeno a los intereses que se le plantean. El notario tiene entre sus actividades el interpretar cuál es el contenido de las voluntades de quienes acuden ante él para darles forma jurídica, es decir, debe tratar de describir cuáles son los deseos de las partes y tratar de satisfacerlos dentro del ámbito jurídico. Pérez Fernández del Castillo agrega: "Una vez que los problemas han sido establecidos por las partes y asimilados por el notario, este dentro de su repertorio jurídico, se encuentra en actitud de dar un consejo eficaz. Es muy frecuente que un planteamiento jurídico tenga diferentes soluciones, las cuales pueden encontrarse en los negocios jurídicos típicos o buscando una solución atípica particular, podríamos decir "un traje a la medida". La capacidad, preparación jurídica, conocimientos y experiencia del notario son fundamentales para dar una solución y aconsejar lo más adecuado ante los hechos presentados por sus clientes."¹²⁷ Por su parte, Don Francisco Morales Díaz, redanda esa idea cuando dice: "como profesional asesora a las partes, y da forma jurídica adecuada a sus negocios...realiza una labor de juez, y emite un documento con efectos jurídicos, sólo comparables a una sentencia de juez."¹²⁸

Así el notario, debe responder a la confianza depositada en él por las partes, buscando brindarles la mejor solución jurí

127 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Las ventajas de la es crituación Notarial, Asoc. Nal. del Notariado Mexicano, A.C., México, 1989, pág. 4.

128 De Paula Morales Díaz, Francisco, Responsabilidad Notarial, México, 1984, Asoc. Nal. del Notariado Mexicano, pág. 50.

dica a sus intereses, si tienen las partes alguna idea preconcebida examinarla y explicarles los alcances jurídicos de la misma y proporcionarles a su consideración la solución a su parecer más viable, y para ello debe ser totalmente objetivo pues debe poner al servicio de sus clientes toda su preparación jurídica y ello presupone su honestidad de juicio la cual puede verse comprometida cuando existen circunstancias que lo ligan al asunto que se le plantea, de manera que el legislador para salvaguardar la transparencia que debe tener el notariado como pilar de la seguridad jurídica, impuso unas prohibiciones al notario las cuales son a --- nuestro parecer muy saludables y no pasan de ser normas mínimas --- que no representan en general mayor problema para los notarios, --- excepto la fracción I que por los términos ambiguos de su redacción la hacen muy amplia lo cual es peligroso para el notario --- pues puede darse lugar a la aplicación irrestricta.

En el Derecho Comparado la infracción de la obligación legal de imparcialidad se relaciona directamente la sanción de nulidad del instrumento público notarial autorizado en esas circunstancias; el primer antecedente en el Notariado Latino Moderno lo tenemos de la Ley Francesa de 25 Ventoso del año XI, la cual en --- concepción de Belluer Cano "reglamentó finalmente el notariado de la post-revolución, surgiendo a la vida del derecho un tipo nuevo."¹²⁹

La Ley Francesa de 16 de marzo de 1803 sancionaba con la nulidad los documentos donde se convinieran disposiciones a favor del notario o en que fueran otorgantes sus parientes consanguíneos o afines de línea recta y aún los colaterales hasta el tercer grado."¹³⁰ El Código Civil Argentino en su artículo 985 establece:

129 Belluer Cano, Antonio, Principios de Regimen Notarial Comparado, Madrid, 1975, Editorial Gráficas Modelo, pág. 154.

130 Ibid. pág. 180.

dos causas de nulidad con motivo de la falta de imparcialidad - del notario a saber, la primera es:

Art. 27.-"....."
 II.-Cuando el instrumento contenga alguna disposición a favor del Notario que lo autorice.

y la segunda es:

"Cuando sean testigos los parientes dentro del cuarto grado, escribientes o criados del Notario autorizante o los parientes - dentro del mismo grado de los otorgantes."131

Como puede apreciarse la primera causal de nulidad de la Ley Española equivale a la fracción IV del artículo 35 de nuestra ley, sin embargo, nuestra ley es más amplia pues la prohibición es también cuando tenga interés en el acto o hecho el cónyuge y los parientes del notario hasta el cuarto grado por consanguinidad en línea colateral y el segundo grado por afinidad, lo cual no preve la Ley Española. Sin embargo, la Ley Española contiene una prohibición no prevista por la Ley del Notariado - para el Distrito Federal, esto es, la referente a que no pueden ser testigos las personas mencionadas así como los amanuenses y dependientes económicos directos del notario; mientras que la - fracción III de nuestra ley se limita sólo a prohibirle su actuación al notario en el caso de que intervengan por derecho - propio o bien en representación de un compareciente el cónyuge - y los parientes del notario señalados, de manera que la redacción no indica que abarque cuando dichas personas intervengan - como testigos, interpretes o asistentes.

En nuestro concepto la violación a la obligación de imparcialidad no es de tal gravedad que haga imperiosa la sanción de nulidad del instrumento notarial, pues se trata de uno de los -

131 Gimenez-Arnau, Enrique, Ob. cit. pág. 90.

casos en que se aplica la tesis de Rojina Villegas referente a que no toda ilicitud acarrea la nulidad del acto, si el legislador así lo quiere conforme a la parte final del artículo 80. del Código Civil vigente y respecto a ésto último la voluntad del legislador está patente en el árrafo final del artículo 103 de la Ley del Notariado, lo que motiva que ante todas las demás violaciones a la ley que no sean las causales de nulidad expresadas por dicho artículo el instrumento público notarial no se vea afectado en su validez y sólo se de lugar a la responsabilidad del notario. Sin embargo, ¿porqué consideramos que la violación a la obligación de imparcialidad del notario debe asesorar y dar una solución a sus intereses que sea lícita, es decir, que deba actuar dentro de la legalidad ya que de no hacerlo así habría nulidad del acto además porque ya se estaría violando la prohibición al notario establecida en la fracción V del artículo 35 de la Ley del Notariado lo que si vendría a ser una causal de nulidad de dicho instrumento, pues actualiza el que no le esté permitido por la ley autorizar el acto o hecho contenido.

En cuanto al artículo 35 fracción VI, de la Ley del Notariado dispone:

Art. 35.-"....."
 VI.-Ejercer sus funciones si el objeto del acto es física o legalmente imposible."

Respecto al acto del objeto jurídicamente imposible se aplica lo señalado líneas arriba y para el objeto físicamente imposible la sanción es la inexistencia del acto jurídico y la nulidad de la escritura notarial, como se desprende también del artículo 1626.

El artículo 35 en su fracción VII establece:

Art. 35.- "....."
 VII.-Recibir y conservar en depósito sumas de dinero, valores o documentos que representen numerario con motivo de los actos o hechos en que intervengan, excepto en los siguientes casos:

- a) El dinero o cheque destinados al pago de impuestos o derechos causados por las actas o escrituras efectuadas ante ellos;
- b) Cheques librados a favor de bancos, instituciones o sociedades nacionales de crédito en pago de adeudos garantizados con hipoteca u otros cuya escritura de cancelación haya sido autorizada por ellos;
- c) Documentos mercantiles en los que intervengan con motivo de protestos, y
- d) En los demás casos en que las leyes así lo permitan:

Si el Notario no observa la prohibición de la fracción - VII del artículo 35 no afecta el acto o hecho contenido en el instrumento público notarial fuera de la jurisdicción territorial del notario la cual comprende a todo el Distrito Federal.

El notario no se limita a ejercer sus funciones en la Delegación Política del Departamento del Distrito Federal a la cual está adscrito sino que es notario en toda la demarcación territorial del Distrito Federal, pues las dieciseis Delegaciones en que se divide el mismo conforme al artículo 14 de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, son únicamente para efectos administrativos como orgánicos desconcentrados de un órgano de la Administración Pública Federal Centralizada como es el Departamento del Distrito Federal, cuyo ámbito de competencia territorial es el Distrito Federal estando sus linderos determinadas por el artículo 15 de dicha ley. No hay que olvidar que la desconcentración no es más que una forma de organización administrativa, pues la división territorial administrativo-política del Municipio en el Distrito Federal no existe.

El artículo 960 del Código Civil Argentino considera causa de nulidad del instrumento público notarial que el notario actúe fuera de su competencia territorial:

Art. 960.-"Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del te-

ritorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones."

Existen autores como el argentino Llerena que erróneamente ha creído ver en la competencia territorial del notario una limitación a la naturaleza de los actos que puedan ser realizados ante él, de manera que "significa que la escritura debe incluirse en el protocolo que exista en el lugar donde se hallen los inmuebles que se transmiten, si de transmisión de inmuebles se trata."¹³² Sin embargo, la doctrina en general, así como la Ley del Notariado para el Distrito Federal, entienden que la competencia territorial del notario únicamente hace referencia a la necesidad de que el notario sólo actué dentro del territorio — para el cual está autorizado por la ley, pero ello no es obstáculo para que los actos realizados ante el notario puedan surtir efectos extraterritoriales.

Para no dejar lugar a dudas nuestra Ley del Notariado regula la competencia territorial del notario en el artículo 3o. de la Ley así como en el 5o. párrafo I y III, contrario sensu y establece que los actos celebrados y considerados implícitos y los documentos realizados ante su fe, podrán surtir efectos fuera de su demarcación territorial.

Art. 3o.- "El Ejecutivo de la Unión, por conducto del Jefe del Departamento del Distrito Federal autorizará la creación y funcionamiento de las notarias. En el Distrito Federal habrá las notarias que determine el Departamento del Distrito Federal, tomando en cuenta las necesidades del propio servicio notarial. El Departamento deberá proveer lo necesario para que en cada una de sus delegaciones se preste el servicio notarial. Para este efecto el propio Departamento determinará la ubicación de las notarias vacantes y las de nueva creación, y en su caso autorizará la reubicación de las ya existentes."

¹³² Llerena, citado por Beascochea de Gánave, Ketty Ruth, Requisitos de Validez del Instrumento Público, Cuadernos de los Institutos, No. 114, Argentina, 1972, Editorial Alcarey pág. 46.

Art. 50.-"Los notarios del Distrito Federal no podrán ejercer sus funciones fuera de los límites de éste. Los actos que se celebren ante su fe, podrán referirse a cualquier otro lugar, siempre que se dé cumplimiento a las disposiciones de esta ley. Quien carezca de la patente de notario expedida para actuar en el Distrito Federal no podrá ejercer funciones notariales dentro de los límites del mismo, ni instalar oficinas."

Así la fracción que estamos analizando del artículo 103 de la Ley preve dos hipótesis como causales de nulidad, a saber, la primera consistente en el otorgamiento fuera del Distrito Federal, y la segunda, en la autorización fuera de la misma demarcación territorial. La razón de la nulidad del instrumento público notarial en ambos casos es que el notario fuera del ámbito territorial de su competencia no puede válidamente autorizarlo. Así cuando el instrumento fuere sacado por el notario para que un otorgante firme el instrumento fuera del Distrito Federal estará violando dicho artículo 50. párrafos primero y tercero de la multicitada Ley del Notariado.

La fracción IV del artículo 103 de la Ley considera causal de nulidad el que el notario redacte el instrumento público notarial en un idioma que no sea el castellano o español lo cual está relacionado con el artículo 62 de la Ley del Notariado el cual contiene condensadas todas las formalidades que debe observar el notario para elaborar un instrumento válido.

Art. 62.-"El notario redactará las escrituras en castellano...."

Este artículo también es aplicable a las actas notariales:

Art. 83.-"Los preceptos relativos a las escrituras serán aplicables a las actas notariales, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los hechos materia de estas."

Por otro lado, consideramos que el legislador quizá refirió como causal de nulidad a que el notario redacte el instrumento en otro idioma que no sea el castellano, o a que se incluyan en el instrumento público notarial documentos redactados en idioma extranjero sin su traducción respectiva al castellano hecha por perito oficial, siendo ambos enviados al apéndice como lo dispone el artículo 62 fracción X de la Ley del Notariado que establece:

Art. 62.-"
 X.-Cuando se presenten documentos redactados en idioma extranjero, deberán ser traducidos al castellano, por un perito oficial, agregando al apéndice el original y su traducción, los cuales deberán ser certificados, y en su caso, por el notario."

El notario debe redactar en el texto del instrumento la transcripción de la traducción al castellano; y por otro lado, no importa que el notario sea un perito en el idioma en que se encuentre redactado el documento no traducido al castellano, -- pues si no se procede conforme a la fracción X del artículo 62-- antes citado, se actualizará la causal de nulidad del notario a que haya lugar.

Así, nuestro legislador adoptó un sistema totalmente distinto al seguido por el español en los artículos 149 y 150 de su Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado Español:

Art. 149.-"Cuando el documento se otorgue en territorio español en el que se hable lengua o dialecto peculiar -- del mismo y todos o alguno de los otorgantes sean naturales de aquel territorio sometidos a su derecho foral-- el notario, siempre que se entienda suficientemente, de clarándolo así, del idioma o dialecto de la región, a solicitud del interesado, redactará el instrumento público en idioma español y en la lengua o dialecto de -- que se trate a doble columna, para que simultáneamente puedan leerse y apreciarse ambas redacciones, procurando que gráficamente se correspondan en cuanto sea posible a cuyo efecto deberá tachar las líneas que por ello queden en blanco a la terminación de la columna que resulte menor."

Este sistema a doble columna en donde se emplean conjuntamente en idioma oficial con el de los otorgantes, también es seguido en Francia, Italia y Portugal. También es seguido en los países donde existen múltiples idiomas oficiales como en la Unión Soviética o en Suiza, se utiliza el sistema del otorgamiento válido en cualquiera de dichos idiomas oficiales, y por último, el sistema del idioma nacional con la respectiva traducción verbal antes del otorgamiento seguido por nuestra ley también ha sido adoptada en la República Federal Alemana, Chile y Argentina.

La fracción V del artículo 103 de la Ley del Notariado -- aparenta proveer dos supuestos distintos de nulidad, a saber, el primero referente a la falta de firma de un otorgante, y el segundo, a la falta de firma de un otorgante que necesariamente debe firmar el instrumento público notarial conforme al artículo 72 de la Ley del Notariado debe poner un tipo de "no paso" del que ya hablamos en temas anteriores de esta obra:

Art. 72.-"Si los que aparecen como otorgantes, sus testigos o interpretes no se presentan a firmar la escritura dentro de los treinta días naturales siguientes al día en que se extendió ésta en el protocolo, el instrumento quedará sin efecto y el notario le podrá al pie la razón de "no pasó" y su firma."

Y el segundo:

Art.103.-"La escritura..... sera nula"
V.- Si no está firmada por todos los que deben firmarla según esta ley, o no contiene la mención exigida a falta de firma.

La fracción que analizamos así como el primer supuesto previsto en la fracción VI del mismo artículo están relacionadas con dos de las etapas más importantes en la génesis del instrumento público notarial, a saber, el otorgamiento y la autori---

zación. Existen autores que erróneamente han llegado a identificarlas apoyándose en la Pragmática de Alcalá de 1503, cuyo texto se puede ver en el título XXIII, Libro X de la Novísima Recopilación de Carlos IV publicada en España en 1805 y que estuvo vigente en las Indias Occidentales hasta mediados del siglo-XIX; dicho texto legal dividía a los documentos notariales en tres partes, la primera relativa a los sujetos, la segunda a las circunstancias de lugar y tiempo, y la tercera al otorgamiento y firma que aparecen unidos, pero que una mala interpretación de autores como González De las Casas, León y Morcillo, les hizo ver allí una misma figura, al grado que Fernández Casa do ha reunido en una misma sección de la escritura a la que denominan "sanción", al otorgamiento, firma y autorización notarial.

Por su parte entre los autores españoles que acertadamente distinguen al otorgamiento de la autorización están González Palomino, Nuñez Lagos y Gimenez-Arnau, para quienes el otorgamiento es una etapa primera cronológicamente respecto de la autorización del notario la cual sólo puede realizarse una vez que dicho fedatario ha dado fe de que se ha realizado el otorgamiento del consentimiento por las partes con la redacción hecha por el notario del acto jurídico que se realiza ante su fe. Así, el otorgamiento consiste en "la expresión solemne del consentimiento del texto recién leído por entero...siempre es final y cubre el documento, sin lagunas, desde el principio."¹³³

Nuestra ley acertadamente considera que el otorgamiento comprende tanto el consentimiento con la redacción del texto en el protocolo como la ratificación material de dicho consentimiento, como es la estampación de firmas, ambas bases cronológicamente material únicamente tiene relevancia para nuestra ley que queda-

133 Giménez-Arnau, Enrique, Ob. cit. pág. 668.

constancia de la firma, la cual si no se estampa se entenderá como no otorgado el instrumento, no así al contrario, pues se considera que basta la estampación de la firma para que se presuma dado el consentimiento con la redacción y con el acto contenido en el instrumento público notarial, pues como ya expresamos, la firma es la ratificación material del consentimiento y sólo se ratifica lo que ya se consintió. ¿Quiénes deben firmar el instrumento público notarial? Todos aquellos que sean otorgantes, ya sean los comparecientes, las partes materiales, es decir, aquellas personas en cuyo patrimonio repercuten directamente los efectos del acto celebrado. También pueden ser otorgantes las partes formales, es decir, aquellas personas que intervienen en la celebración del acto sin que los efectos jurídicos del mismo repercutan directamente en su patrimonio sino en el de la parte material en lugar de la cual intervienen. La parte material puede serlo también formal pues "quien puede lo más puede lo menos" otro tipo de otorgantes son los testigos quienes son aquellas personas físicas que intervienen en el otorgamiento para conocer de la realización de un acto por medio de sus sentidos de manera que sirvan como factor de seguridad jurídica a las partes y a los terceros que no presenciaron dicho acto. Esta es la función normal de los testigos llamados "instrumentales"; otra clase de testigos son los "de identidad", conocidos en la doctrina también como "como de conocimiento", que son aquellos que únicamente intervienen en materia notarial con fines de identificación para suplir la falta de conocimiento del notario de los comparecientes y su capacidad natural y civil, pues éstos son conocidos del testigo quien a su vez es identificado por el notario, su intervención está prevista en el artículo 63 fracción III de la Ley que establece:

Art. 63.-"El notario hará constar la identidad de los comparecientes por cualquiera de los medios siguientes:
 III.-Mediante declaración de dos testigos idóneos, mayores de edad, a su vez identificados por el notario, quien deberá expresarlo así en la escritura. Para que -

los testigos aseguren la identidad y capacidad de los otorgantes, deberán saber el nombre y apellido de éstos, que no han observado en ellos manifestaciones patentes de incapacidad natural y que no tienen conocimientos de que están sujetos a la incapacidad civil, para lo cual el notario les informará cuales son las incapacidades naturales y civiles, salvo que el testigo sea licenciado en derecho.

El tercer tipo de testigo es el "de seguridad" siendo aquél que declara ante notario que conoce al otorgante y que es cierto lo que ha dicho.

También son otorgantes los intérpretes quienes son aquellas personas físicas que le dan a conocer al compareciente el contenido del acto o hecho que está realizando, en virtud de que lo ignora por no conocer el idioma castellano. Su intervención en el otorgamiento está prevista en el artículo 67 de la Ley:

Art. 67.-"Los comparecientes que no conozcan el idioma castellano se asistirán por un intérprete nombrado por ellos; los demás tendrán igual derecho. Los intérpretes deberán rendir ante el notario su protesta formal de cumplir lealmente su cargo."

El último tipo de los otorgantes es el asistente quien es aquella persona física que normalmente firma en el lugar del otorgante que no sabe o no puede hacerlo. El asistente también es la persona que le explica el acto o lee el texto del instrumento al compareciente.

La falta de firma de cualquiera de estas personas intervinientes en el otorgamiento del instrumento público notarial obliga al notario a poner al final del texto el "no pasó" y su firma ya que de no hacerlo y autorizar el instrumento notarial careciendo de la firma de un otorgante se actualizará la causal de nulidad prevista en la fracción V del artículo 103 de la Ley del Notariado. Sin embargo, no hay que olvidar que si un otorgante -

se actualizará la causal de nulidad prevista en la fracción V - del artículo 103. No hay que olvidar que si un otorgante no sabe o no puede firmar entonces se llamará a un asistente que firmará por él, debiendo además el otorgante cuya firma fue suplida, imprimir su huella dactilar para que se cumplan todas las formalidades del otorgamiento conforme a la ley.

En cuanto a la autorización, es el medio por el cual el documento redactado sobre el protocolo, o bien sobre las hojas sueltas de papel tratándose de las reproducciones adquieren el valor de instrumentos públicos notariales. Al respecto el autor español García García, nos dice: "Una vez leída la escritura y otorgada por las partes del acto o contrato que constituye la substantia negotii ha quedado perfecto, pero la escritura todavía no; aún falta proveerla de los admissculos usando el lenguaje procesal del renacimiento que la han de hacer pública, auténtica y solemne, esto es, de las publicaciones, la certeza, de cuya existencia ha de garantizar el notario con su afirmación. En esta afirmación consiste la autorización del instrumento."¹³⁴

Conforme a los artículos 68 y 69 de la Ley la autorización preventiva sólo se dará hasta que todos los otorgantes han firmado el documento y el notario ha puesto la razón "ante mí" seguida de su firma y sello. Debido a que nuestro legislador aceptó la posibilidad del otorgamiento sucesivo, es decir, que pueden firmar el instrumento los distintos otorgantes en diferentes momentos, siempre y cuando todos los otorgamientos se realicen dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de asiento o extendimiento del instrumento, para lo cual a continuación de cada firma realizada en momento diferente, el notario asenta-

134 García García, citado por Giménez-Arnau, Enrique, Ob. cit. - pág. 673.

rá la razón "ante mí" y su firma, pues el sello como acompañante de esas dos formalidades únicamente se estampa cuando se trata de la autorización preventiva o definitiva porque hasta ese instante es que se imprime la autenticidad del documento convirtiéndolo de un documento privado en público, en concreto en instrumento público notarial. El artículo 82 fracción XIII inciso e) de la Ley del Notariado obliga al notario a hacer constar la fecha de firma u otorgamiento cuando es simultáneo, o bien, las distintas fechas de los otorgamientos sucesivos para que exista manera de probar que se observó el plazo perentorio de treinta días naturales que establece el artículo 72, para que se realice por completo el otorgamiento del instrumento público notarial. Aunque la ley no lo exija en la práctica se acostumbra poner la fecha de autorización preventiva cuando ésta es necesaria porque no se puede pasar directamente del otorgamiento a la autorización definitiva, a saber, la fecha en que se realiza la firma y sello del notario.

Por otro lado, si el instrumento público notarial no está firmado por los comparecientes, es decir, por las partes en el acto jurídico, por los testigos instrumentales tratándose de un testamento público, las consecuencias para el acto jurídico contenido en el texto instrumental es su inexistencia y para el instrumento público notarial será la nulidad. Si lo que hace falta es la firma del asistente que firma en el lugar del otorgante — que no sepa o no pueda hacerlo, sucederá lo mismo, pues entonces se tendrá como no consentido el acto jurídico contenido. Consideramos que no se produciría la inexistencia si la firma faltante es la del intérprete o bien de uno de los testigos, pues estos otorgantes no tienen relación con el acto jurídico contenido sino que su presencia obedece a razones de seguridad en las formalidades notariales, excepto en el caso mencionado del testamento público donde todo requisito de forma es en grado de solemnidad.

La fracción VI del artículo 103 de la ley plasma dos supuestos distintos como causales de nulidad, a saber, el primero por estar autorizado el instrumento cuando en realidad "no pasó" y el segundo cuando un documento ya otorgado válidamente carece de la autorización del notario. En cuanto a los diferentes tipos de "no pasó", los que no son observados por el notario acarrearán la nulidad del instrumento autorizado. En vista de que la fracción V que acabamos de analizar ya contiene como causal al "no pasó" del artículo 72 de la ley, consideramos que la presente fracción VI hace referencia a los dos restantes, es decir, cuando se otorgan sólo unos actos dentro del mismo instrumento público notarial pero se dejan de otorgar otros, de manera que no se puso la razón de "no pasó" a los actos jurídicos por igual y también, cuando los otorgantes no quisieron firmar el documento redactado en el protocolo antes de que se cumplieran los treinta días naturales del término del artículo 72 de la ley y no obstante el notario autorizó el instrumento público notarial.

El segundo supuesto surge cuando todas las personas que debieron otorgar el instrumento público notarial lo hicieron dentro del plazo legal señalado para el otorgamiento válido del instrumento, sin embargo el notario negligentemente olvidó autorizarlo ya sea preventiva o definitivamente con los requisitos señalados con anterioridad para la autorización, de los cuales indudablemente los trascendentales son la firma y sello de autorizar del notario.

Este sistema de la firma y sellos notariales también fue adoptada por la ley del Notariado Italiano. El artículo 27 de la Ley Orgánica del Notariado Español exige para la autorización, so pena de nulidad al instrumento público notarial, el estampamiento de la firma, rúbrica y el signo o sello del notario. Don Aurelio Fernández Anadón, distingue entre las dos primeras diciendo: "la firma es el nombre y apellido o título de una per-

sona que pone al pie de un documento, escrito de mano propia - o ajena, para darle autenticidad o para obligarse a lo que en el dice y la rúbrica "es el rasgo o conjunto de rasgos de figura determinada, que como parte de la firma pone cada cual después de su nombre o título."¹³⁵

En nuestro derecho no existe norma alguna que regule la firma, pues no se ha considerado necesario hacerlo ya que se acepta que sea todo aquel signo o rasgo escrito por medio del cual la persona física expresa su consentimiento en los instrumentos y no sólo en los documentos. La firma puede consistir - desde unos rasgos muy elaborados hasta una simple cruz siempre y cuando el individuo la utilice con el objeto de ser el medio material de expresión de su consentimiento para asumir obligaciones y ejercer derechos. Normalmente la firma se compone de rasgos que no tienen un significado gráfico especial como lo sería el nombre de su autor, pero que sin embargo son personalísimos, de manera que hacen difícil su falsificación y cuando ésta se realiza es posible su descubrimiento por medio de la prueba pericial caligráfica. La rúbrica consiste en la abreviatura de una firma, el notario está obligado a rubricar las hojas de los testimonios en el margen derecho conforme al artículo 95 de la Ley del Notariado.

El signo o sello de autorizar como objeto material que representa el imperium estatal y por medio del cual se imprime - la fe pública al documento tiene su origen según Don Rafael Nuñez Lagos en la Edad Media con el anillo de los señores feudales era el símbolo de su soberanía, así "las ordenes de gobierno y las sentencias del juez valían en cuanto selladas por el señor que era parlamento, gobierno y juez en una pieza... los-

¹³⁵ Fernández Anadón, Aurelio, "Significado de la Firma del Instrumento Público o la firma suplida" Centenario de la Ley del Notariado, Sección II, México 1961, V.I, pág. 497.

grandes señores del poder civil y del eclesiástico daban fe — auténtica y carácter formal a los documentos que los particulares presentaban, marcándolos con su sello. La matriz del sello era, por lo general, una piedra preciosa grabada en hueco, engastada en un anillo. La costumbre de sellar con anillo fue común a todos los pueblos persas, egipcios y babilónicos, griegos y romanos.”¹³⁶

Las consecuencias jurídicas de la nulidad del instrumento público notarial declarada por la falta de autorización del notario son que el acto jurídico contenido ya existe pues se realizó un otorgamiento válido, es decir, existe el acuerdo de voluntades con el objeto de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; sin embargo, no se cumplió con el requisito de validez de la forma notarial exigido por la ley, de manera que tendrá nulidad relativa; pero si el acto jurídico contenido es un testamento público entonces la falta de firma o sello del notario en el instrumento traerá como consecuencia su inexistencia pues como ya vimos la forma notarial — es en grado de solemnidad o ad solemnitatem; aunque nuestra ley y jurisprudencia le den el tratamiento de nulidad absoluta.

En este punto quisieramos detenernos para proponer que — cuando se esté frente a un caso donde previo el examen correspondiente del documento redactado en el protocolo, así como de todos los documentos que obren en el apéndice, el juez puede ordenar al notario responsable de la omisión respecto de la autorización para que la lleve a cabo cuando todavía se encuentre en funciones de notario, de manera que éste sea así un caso de excepción en que una causal de nulidad del instrumento pueda convalidarse. Para que fuera procedente dicho caso de excepción sería necesario que en primer lugar, el documento se encontrase

¹³⁶ Nuñez Lagos, Citado por Giménez-Arnau, Enrique, Ob. cit. — página 715.

debidamente otorgado y además que ya se hubieran cumplido todos los requisitos fiscales y administrativos propios del acto jurídico contenido, de manera que únicamente faltara la autorización definitiva. La razón está en el perjuicio que dicha falta, por negligencia del notario puede acarrear a las partes en el acto jurídico contenido, así como a los terceros que hayan podido — contraer contrato con ellos en base a un acto jurídico aparentemente válido y a la exhibición de primeros testimonios aparentemente válidos también pues la falta de autorización se encuentra en la matriz, es decir, en el protocolo.

Proponemos que a falta de notario responsable de la omisión quien realice la autorización correspondiente sea el notario que sea titular de la misma notaria, y en caso de tratarse de licencia o suspensión del notario responsable operará normalmente la institución de suplencia. Como es lógico suponer, la convalidación no traerá consecuencias de costo alguno para los otorgantes.

En el Derecho Comparado sólo existe un precedente para este caso específico de subsanabilidad del instrumento público notarial nulo, el cual se encuentra contenido en una sentencia del Tribunal Supremo Español de 7 de febrero de 1899, por medio de la cual fueron "declaradas válidas las escrituras en el protocolo de un notario fallecido que acostumbraba firmar todos los documentos cada fin de año."¹³⁷ La fracción VII del artículo 103 de la Ley, remite expresamente a las causales de nulidad que están contenidas en forma también expresa en otras leyes de ellas trataremos en el siguiente apartado.

El artículo 103 de la Ley del Notariado en su penúltimo y último párrafo dice que los instrumentos públicos parcialmente nu

¹³⁷ Avila Alvarez, Pedro, Estudios de Derecho Notarial, 5a. Edición, Editorial Montecorvo, Madrid 1982, pág. 104.

los cuando en los mismos se contengan varios actos los cuales - unos caigan en la causal de nulidad del instrumento por no estarles permitido al notario autorizarlos por la ley, siéndole - aplicables las prohibiciones del artículo 35 de la Ley del Notariado a que ya nos hemos referido. Si además dentro del mismo - instrumento público notarial se encuentra actos, los cuales - sean de competencia material del notario, entonces dicho instrumento será válido sólo respecto a ellos.

Esto se debe a que con acierto nuestros legisladores consideraron que la aplicación de una sanción como es la nulidad instrumental no debe ser tan irrestricta que propicie la destrucción de partes del instrumento público notarial que contienen - actos, que por sí mismos no necesitan para su existencia jurídica haber acompañados de los actos nulos por la incompetencia material del notario.

Por ello en razón de la existencia del principio de conservación de los contratos conforme al cual "cuando las partes celebran un contrato lo hicieron para que produjera algún efecto y no simplemente para realizar algo completamente inútil y desprovisto de todo efecto", y de que el legislador del Código Civil había adoptado una derivación del mismo en el artículo 2238 en donde hubo la "admisión expresa de la nulidad parcial de un contrato, cuando las partes integrantes de éste pueden legalmente subsistir separadas, a menos que sólo íntegramente subsistiera," la legislación notarial aplica por analogía esta derivación de dicho principio a la nulidad del instrumento público .

El último párrafo del artículo 103 de la ley dice:

Art. 103.-"....."
 Fuera de los casos determinados en este artículo el instrumento es válido, aun cuando el notario infractor de alguna prescripción legal quede sujeto a la responsabilidad que en derecho proceda."

Como señalamos líneas arriba, el legislador consideró que la nulidad instrumental no debe operar ante cualquier violación a la ley, sino en casos graves señaladas en las siete fracciones del artículo 103 de la Ley del Notariado; sin embargo, a nuestro parecer existen violaciones igual de graves que las expresamente señaladas allí que deberían estar tipificadas como causales de nulidad también, todas ellas tienen en común que su no observancia por parte del notario implica que realmente no esté realizado un instrumento público notarial, como son el que los otorgantes, que a su juicio tienen capacidad, que les fue leído el instrumento a los otorgantes, o bien, que ellos mismos leyeron, que les explico el valor legal y las consecuencias del acto jurídico contenido, excepto cuando sean Lienciados en Derecho, que se realizó el otorgamiento y posterior firma, que asentó la fecha o fechas de otorgamiento y la realización de los hechos que presencié y que son parte integrante del acto contenido.

Es decir, consideramos que cualquier violación al artículo XIII de la ley, es lo suficientemente grave como para ametrarse ser considerada causa de nulidad del instrumento público notarial autorizado en esas circunstancias. Por lo tanto, proponemos sea adicionada a la ley dentro de las siete fracciones del artículo 103, para no romper con el sistema adoptado por nuestro legislador para la enunciación de las causales de nulidad.

Una vez que hemos determinado los casos en que procede la nulidad de las escrituras notariales, pasaremos a analizar de una manera breve los efectos que resulten de la nulidad de las mismas y de la responsabilidad en que incurre el notario.

El primer efecto causado por la nulidad de la escritura notarial es el de perder su autenticidad, es decir, dejar de ser de ser obligatorio para todo el conglomerado universal.

El segundo efecto es dejar de servir de forma válida para el acto jurídico contenido, pudiéndole acarrear la nulidad relativa generalmente y excepcionalmente la inexistencia.

El tercer efecto consiste en que el instrumento público notarial deje de estar considerado con efectos probatorios plenos respecto de los límites señalados en el artículo 102 de la Ley del Notariado; sin embargo, ello no quiere decir que deje de producir efectos probatorios pues como señalamos en temas anteriores, si el instrumento se encuentra firmado por los otorgantes, entonces opera la conversión documental y surtirá los efectos probatorios propios del documento privado en el cual constata de manera fehaciente la voluntad de las partes para celebrar el acto jurídico.

En cuarto lugar, los efectos registrales de la nulidad del instrumento público notarial (en materia del Registro Público) en el que son aplicables supletoriamente las normas comunes del Código Civil contenidas en el Libro Cuarto, Tercera Parte, Título Segundo, denominado "Del Registro Público", como se desprende del artículo 2o. del Reglamento del Registro Público de la Propiedad y del Comercio, si se trata de actos inscribibles, son entonces la nulidad del instrumento notarial original, o del primer testimonio, obliga al juez a ordenar la cancelación de la inscripción realizada conforme a los artículos 3030 y 3033 fracción II del Código Civil vigente.

Es importante señalar que, la nulidad del instrumento público notarial, no sólo surte efectos respecto de los comparecientes y de los terceros que puedan ver afectados sus intereses porque la destrucción de dicho documento notarial implique la nulidad del acto jurídico contenido como es el caso de los sujetos instituidos herederos en un testamento público abierto quienes tratarán de impedir que fructifique la demanda de nulidad de los posibles herederos legítimos, también la nulidad del instrumen - - -

to público notarial surte efectos respecto del notario que intervino en su redacción, otorgamiento y autorización pues puede dar lugar a la posibilidad de fincarle responsabilidad.

El regimen de la responsabilidad notarial surge como medio del que el legislador se vale para procurarse la seguridad de - que el notario observará las normas que lo rigen respecto de la creación del documento más importante dentro del tráfico jurídico.

La responsabilidad del notario es muy amplia pues va desde antes de redactarse la escritura con la asesoría a las partes; - en la redacción, cuidando que el instrumento no sea nulo por - carecer de algún requisito exigido por la ley y que su falta -- pueda hacerlo nulo, así como cuidando que el acto o hecho contenido tenga eficacia para las partes; y aún después de la redacción, o bien, es responsable de la inscripción tardía del primer testimonio como cuando por no realizar el seguimiento del trámite registral o no meter en tiempo el testimonio a inscripción le inscriben otra compraventa o hipoteca, por ejemplo.

Existen cinco tipos de responsabilidad notarial:

La primera, es la responsabilidad fiscal del notario como auxiliar del fisco en el cálculo y entero de los impuestos que causen con los actos que se celebran en las escrituras que auto rice. Si el notario realiza un cálculo erróneo de los impuestos generados, o bien consideró que no se generaba crédito fiscal - alguno o si autorizó definitivamente la escritura cuando no se le acreditó el pago por parte de los comparecientes, o bien, no enteró al fisco de los impuestos que de hecho retuvo, no obstante ser responsable ante el fisco por dichas omisiones.

El segundo, es la responsabilidad penal, aplicable al caso por ejemplo, cuando se declara la nulidad del instrumento públio

co notarial, con fundamento en la fracción I del artículo 103 - de la Ley del Notariado, debido a que el notario no tenía expedito el ejercicio de sus funciones, pues realmente no era notario sino un usurpador de la función pública notarial, entonces se tipifica el delito de falsificación de documentos públicos - regulados por los artículos 243 y 244 fracción V del Código Penal para el Distrito Federal vigente.

También puede fincarse responsabilidad penal al notario -- que no observando la fracción II del artículo 103 de la Ley del Notariado autoriza un instrumento nulo por no ser de la competencia material del notario sino de un servidor público como por ejemplo una escritura nula donde consta la celebración de un matrimonio, y como además el notario cobra por sus servicios entonces se estaría cometiendo el delito de "fraude por simulación de un acto o contrato", tipificado en el artículo 387 fracción X del Código Penal, relacionado con el artículo 386 del mismo Ordenamiento.

El cuarto, es la responsabilidad civil, la cual puede resultar de la declaración de nulidad del instrumento público notarial, es el tipo de responsabilidad más importante para los intereses patrimoniales de quienes acuden al notario como comparecientes. La doctrina reconoce que la responsabilidad civil -- del notario tiene tres elementos a saber, la existencia o realización de un daño material, la culpa del notario y el nexo causal entre el daño y el notario como causante. Si se comprueba -- el daño causado y la culpa del notario como causante del mismo -- entonces surge la responsabilidad civil del notario, pues debe comprobarse la relación directa o nexo causal entre ambos extremos.

El quinto y último tipo de responsabilidad resultante de la nulidad del instrumento público notarial es la administrativa, -

o también llamada "disciplinaria". Esta responsabilidad administrativa, se exige para la pulcritud en la prestación de la función notarial, así como la observancia de la Ley del Notariado. El notario incurre en esta reponsabilidad por violación a la — Ley. Las sanciones administrativas conforme al artículo 126 de la Ley del Notariado van desde una multa, suspensión del cargo— hasta por un año hasta la separación de su cargo en forma definitiva.

Con esto damos por finalizado el presente capítulo para a— continuación realizar la distinción entre la nulidad de las es— crituras como documento notarial (continente) y la del acto jurí— dico como (contenido).

CAPITULO SEXTO

DISTINCION ENTRE LA NULIDAD DE LAS ESCRITURAS NOTARIALES Y LA NULIDAD E INEXISTENCIA DE LOS ACTOS JURIDICOS CONTENIDOS EN — ELLAS.

La nulidad o inexistencia del acto jurídico no produce la nulidad de la escritura que lo contiene, ésta es válida, pero queda como un documento vacío sin utilidad jurídica alguna.

Sin embargo, erróneamente han querido ver entre la nulidad del acto jurídico documentado y el documento notarial mismo, una relación de causa a efecto, por lo que consideran que una de las causas de la nulidad del instrumento público notarial o "nulidad formal" es la ineficacia del acto jurídico contenido o "nulidad de fondo".

A ésta última le llaman "nulidad " para ser acorde con el tratamiento dado por el Código Civil de nulidad absoluta a ver daderas inexistencias, lo cual se ha aceptado en jurisprudencia.

La nulidad del acto jurídico contenido en el instrumento, no acarrea la nulidad de éste. El instrumento notarial simplemente queda como un continente sin contenido, es decir, se convierte en un documento ocioso.

No hay que confundir la nulidad de la escritura con la nulidad o inexistencia del acto jurídico contenido en ella. La escritura y el acto son diferentes: La primera es el continente como ya lo mencionamos, y el segundo es el contenido; y no deben confundirse como no puede confundirse el líquido que hay en un recipiente con el recipiente mismo. De la misma manera -

unas son las causas de nulidad de la escritura y otras las del acto jurídico en ella contenido.

Son causas de nulidad de la escritura, según lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley del Notariado:

Art. 103.- "La escritura o....será nula:

- I.- Si el notario no tiene expedito el ejercicio de sus funciones.
- II.- Si no le está permitido por la ley autorizar el acto o hecho materia de la escritura o del acta;
- III.- Si fuera otorgado por las partes o autorizada por el Notario fuera del Distrito Federal;
- IV.- Si ha sido redactada en idioma extranjero;
- V.- Si no está firmada por todos los que deben firmarla según esta ley, o no contiene la mención exigida a falta de firma;
- VI.- Si está autorizada con la firma y sello del notario cuando debiera tener la razón de "no pasó", o cuando la escritura o el acta no estén autorizadas con la firma y sello del notario; y
- VII.- Si falta algún otro requisito que produzca la nulidad del instrumento por disposición expresa de la ley.

En cuanto al acto jurídico, puede hablarse no únicamente de nulidad, sino también de inexistencia. El acto jurídico es inexistente cuando se den las siguientes causas:

- 1.- Por falta de voluntad en el acto unilateral o por falta de consentimiento en el acto plurilateral.
- 2.- Por falta de objeto que pueda ser materia del acto; en este supuesto no debemos olvidar que la cosa objeto --

del acto debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio; en tanto que el hecho positivo o negativo objeto del acto, debe ser posible física y jurídicamente. Si el objeto deja de reunir alguno de estos requisitos, el acto será inexistente por falta de objeto que pueda ser materia de él.

- 3.- Por falta de solemnidad, cuando la ley exija que se cumpla una forma solemne.

El acto jurídico puede estar afectado de nulidad, absoluta o relativa.

La nulidad absoluta tendrá lugar sólo en el caso de ilicitud en el objeto, motivo o fin o en la condición del acto, siempre y cuando de la ley se desprenda esa ineficacia y no la nulidad relativa. Es decir, en el caso de la ilicitud el artículo 2225 del Código Civil determina: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo dispone la ley"

La nulidad absoluta puede ser solicitada por todo interesado, es imprescriptible, es decir, en todo tiempo puede pedirse, inconfirmable, es decir, la ratificación expresa o tácita del autor o autores de un ilícito no puede darle validez.

La nulidad relativa tendrá lugar:

- 1.- Cuando la falta de capacidad de una o ambas partes en el acto jurídico bilateral y de la única en el unilateral.

- 2.- Por vicios en el consentimiento, tales como:
- a) El error, que se define como un falso concepto de la realidad.
 - b) El dolo, constituido por los artificios o maquinaciones fraudulentas por medio de las cuales una persona es inducida por otra a otorgar un acto jurídico, que de otro modo no se habría consentido o lo habría celebrado de otra manera.
 - c) Mala fe, entendida como la disimulación del error por una de las partes una vez conocido.
 - d) Violencia, que es la coacción ejercida sobre la voluntad de una persona, o sea por la fuerza material o por medio de amenazas para determinarla a consentir en un acto.
 - e) Y por último, la lesión que es el perjuicio que en un contrato comutativo experimenta una parte que recibe una prestación inferior a la que ella a su vez proporciona a la otra parte.
- 3.- Ilícitud, cuando disponga la ley, que la nulidad es relativa.
- 4.- Finalmente, la falta de forma que el acto jurídico debe revestir, esto es, cuando la ley requiera que la voluntad se manifieste de manera determinada, observando la forma legal, se tiene por válido desde el momento en que se otorgó.

Como puede observarse son diferentes las causas de nulidad de las escrituras notariales (contenidas) de las del acto jurídico (contenidas en ellas.)

De aquí resultan diferentes posibilidades, a saber:

- 1.- Que el acto sea válido y el instrumento (escritura) sea nulo, por ejemplo: En un contrato de mutuo las-

partes otorgan el acto ante notario, pero éste no tenía expedito el ejercicio de sus funciones, la escritura es nula. En cuanto al acto jurídico cubiertos sus requisitos de existencia y de validez; es perfectamente eficaz. Hubo consentimiento, objeto, capacidad de las partes, - ausencia de vicios y licitud. En cuanto a la forma, como se trata de un acto consensual en el que las partes pueden manifestar su voluntad de cualquier manera, esa voluntad se tendrá manifestada por escrito.

- 2.-Que el acto sea nulo y la escritura válida, por ejemplo: En un contrato, una de las partes estuvo afectada en su voluntad por error en el motivo determinante de la voluntad que fue la que lo hizo contratar. Ese contrato es nulo, pero esa nulidad en nada afecta al instrumento en el que él consta, porque no se presenta ninguna causa que lo nulifique.
- 3.-Que el acto sea inexistente y la escritura nula, por ejemplo: Un testamento redactado en idioma extranjero sin intervención de perito, ni traducción alguna, En este caso la escritura es nula (art. 103 fracción IV) y del acto se dice que es inexistente, por no cubrirse las solemnidades previstas en el artículo 1520 del Código Civil.
- 4.-El acto es inexistente y la escritura válida cuando por ejemplo: En una comprameta se pretendía versar sobre una valiosa pintura, pero resultó que al momento de otorgarse el contrato el objeto ya no existía, porque había sido consumida por las llamas, al incendiarse el lugar donde se encontraba. En este caso, el acto es inexistente por la falta de objeto, pero la escritura (documento notarial) es perfectamente válida.

Con esto damos por concluido el presente capítulo y procedemos a enunciar las conclusiones a que hemos llegado.

CONCLUSIONES

- 1.- Hecho jurídico es todo acontecimiento de la naturaleza o del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración para atribuirle consecuencias de derecho.
- 2.- Acto jurídico es todo aquel acontecimiento en que interviene la voluntad humana, encaminada directamente a la producción de los efectos previstos en la norma jurídica.
- 3.- La inexistencia de los actos jurídicos se encuentra regulada en nuestro Código Civil, no produce efectos y no requiere declaración judicial.
- 4.- Documento privado es aquél que consigna hechos o actos jurídicos realizados entre particulares sin la intervención de un funcionario público o fedatario en ejercicio de su competencia legal y en cumplimiento de las formalidades legales atinentes.
- 5.- Documento público es aquél expedido por funcionario público o fedatario en ejercicio de su competencia atribuida por la ley en cumplimiento de todas las formalidades legales.
- 6.- Instrumento notarial es aquél documento público autorizado por notario competente, previa rogación de parte interesada.
- 7.- El autor del instrumento público notarial es el notario pues es quien realiza las declaraciones que quedan plasmadas en dicho documento. Los otorgantes son autores del acto o hecho jurídico contenido, pues son quienes realizan sus propias declaraciones, pero no por ello son coautores del instrumento público notarial. El notario en razón de su autoría es respon-

sable de sus declaraciones pero no del contenido de las declaraciones de los otorgantes de las cuales — sólo ellos son responsables.

8.-La escritura pública notarial es una de las formas— que reconoce el derecho para que válidamente se manifieste la voluntad de los sujetos de derecho. El — efecto formal de la escritura respecto del acto jurídico contenido puede ser integrativo o ad solemnitate, es decir, que su otorgamiento sea necesario para que el Derecho le reconozca existencia jurídica al acto. También puede ser de validez o ad probationem, si sólo requiere su otorgamiento para que el acto surta efectos jurídicos válidamente, además que el derecho reconoce a esa forma como el medio idóneo para probar el acto jurídico. Y por último, ser de efecto simplemente probatorio si no es exigido por el Derecho como necesario para la existencia y validez del acto, pero no obstante las partes estipulan su otorgamiento para beneficiarse de una prueba preconstituida del acto que además tienen tasado su valor probatorio como pleno y que goza de una presunción juris tantum de veracidad y legalidad conforme al artículo 102 de la Ley del Notariado.

9.-El Código Civil para el Distrito Federal vigente, no obstante adoptar el consentimiento para el perfeccionamiento de los actos jurídicos, en la regulación que hace de cada uno en especial exige, en la mayor parte de ellos, la forma documental privada o la notarial; ésta última para aquellos actos considerados — más importantes en razón de los derechos que crean, — transmiten, modifican o extinguen, o bien en razón de las graves consecuencias patrimoniales que puede acarrear.

- 10.- La nulidad del instrumento público notarial no deriva de la ineficacia del acto jurídico contenido, en él. El instrumento público al quedar destruido-jurídicamente su contenido, queda como un documento vacío sin utilidad jurídica alguna. Sin embargo erróneamente se ha querido ver entre la nulidad del acto jurídico documentado y el documento notarial mismo, una relación de causa a efecto, considerando que una de las causas de la nulidad del instrumento público notarial o "nulidad formal" es la ineficacia del acto jurídico contenido o "nulidad de fondo".
- 11.- La nulidad del instrumento público notarial es la sanción prevista por el legislador, para destruir los efectos producidos provisionalmente, en razón de la inobservancia de una norma que necesariamente debe regirlo y que es de tal importancia que la infracción es grave. Es una nulidad que como toda ineficacia jurídica requiere ser declarada judicialmente.
- 12.- Las causas de nulidad del instrumento público notarial están tipificadas en el artículo 103 de la Ley del Notariado. También permite instrumentos parcialmente nulos cuando la nulidad es sólo respecto de ciertos hechos o actos que no le estaba permitido al notario su autorización pero contiene otros que sí estaban permitidos siendo válido respecto de estos últimos y nulo respecto de los primeros.
- 13.- El instrumento público notarial goza de una presunción de veracidad y legalidad mientras no sea declarada su falsedad o nulidad mediante sentencia judicial, en tanto esto no suceda surtirá efectos probatorios plenos.

- 14.- Existen dos conceptos distintos respecto de la declaración de nulidad, según se trate de la del instrumento notarial como documento o continente o de la del acto jurídico como contenido de dicho continente; y es que los requisitos de validez impuestos por la ley a uno y otro son distintos.
- 15.- La nulidad de la escritura implica la del testimonio y demás reproducciones de la misma, ya que éstas son sólo copias y "lo accesorio sigue la suerte de lo principal."
- 16.- La nulidad del instrumento público notarial puede — hacer incurrir al notario en responsabilidad penal, civil y administrativa.
- 17.- Finalmente, la distinción entre las nulidades de las escrituras notariales y la nulidad o inexistencia — del acto jurídico contenido en ellas, estriba en que mientras, que en la primera ocurre por las causas establecidas en el artículo 103 de la Ley del Notariado; los actos jurídicos serán nulos cuando carezcan de algún requisito de validez y serán inexistentes — cuando les falte un elemento de existencia o esencial.

BIBLIOGRAFIJA

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

- 1.- Alessandri Rodríguez, Arturo, Curso de Derecho Civil, Chile, Editorial Magtam, 1939.
- 2.- Arellano García, Carlos, Derecho Procesal Civil, México, - Editorial Porrúa, S.A., 1981.
- 3.- Avila Alvarez, Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Madrid, Editorial Montecorvo, 1982, 5a. Edición.
- 4.- Belluer Cano, Antonio, Principios del Regimen Notarial Comparado, Madrid, Editorial Gráficas Modelo, 1975.
- 5.- Bonnecase, Julien, Elementos de Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, Contratos y del Crédito, Traducción de - J.M., Cajica, Editorial J.M., Cajica, 1944.
- 6.- Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, México, Editorial, Porrúa, S.A., 1965, 9a. Edición.
- 7.- Castan Tobeñas, José, Derecho Civil Español y Foral, Madrid Instituto Editorial Reus, 1943, 6a. Edición, Tomo II.
- 8.- Carral y de Teresa, Luis, Derecho Notarial y Derecho Registral, México, Editorial Porrúa, S.A., 1985.
- 9.- De Paula Morales Díaz, Francisco, Responsabilidad Notarial, México, Editorial Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 1984.
- 10.- De Pina, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Derechos de las -- Obligaciones Civiles, México, Editorial Porrúa, S.A., 1973, 3a. Edición.
- 11.- De Pina, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, Editorial Porrúa, S.A., 1985, 14a. Edición.
- 12.- Escobar de la Riva, Eloy, Tratado de Derecho Notarial, España, Editorial Marfil, 1957.
- 13.- Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martín Wolff, Tratado de Derecho Civil, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Revisada por Hans Carl, Barcelona, Editorial Casaboch, 1935, Tomo I, Volumen 2o.
- 14.- Fraja, Gabino, Derecho Administrativo, México, Editorial Porrúa, S.A., 1986, 25a. Edición.

- 15.-Galindo Garffas, Ignacio, Derecho Civil, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982.
- 16.-García, Trinidad, Apuntes de Introducción al Estudio del - Derecho, México, Editorial Porrúa, S.A., 1978, 8a. Edición.
- 17.-Giménez-Arnau, Enrique, Derecho Notarial, Pamplona España, Editorial Ediciones Universidad de Navarra, 1976, 2a. Edición.
- 18.-Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, S.A., 1976, 5a. Edición.
- 19.-Gutiérrez Fernández, Benito, Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español, Madrid, Imprenta de A. Panuelas, 1958, 2a. Edición, Tomo IV.
- 20.-Josserand, Louis, Derecho Civil, Argentina, Buenos Aires, - Editorial Americana Bosch, 1951, Tomo II.
- 21.-Lacantinerie-Baudry, Práctica de Derecho Civil, Paris, Ed^l torial L.Larose, 1985, Tomo II.
- 22.-Lutzesco, Georges, Teoría y Práctica de las Nulidades, Mé- xico, Editorial Porrúa, S.A., 6a. Edición, 1985.
- 23.-Mazeaud Juan, Henry y León, Lecciones de Derecho Civil, -- Traducción de Juan Alcalá Zamora y Castillo, Argentina, -- Editorial Colmex, 1960, Tomo I.
- 24.-Mazeaud Jean, Henry y León, Compendio del Tratado Teórico- y Práctico de la Responsabilidad Civil, México, Editorial- Colmex, 1945, Tomo I.
- 25.-Ortiz Urquidí, Raul, Derecho Civil, México, Editorial Po- rruá, S.A., 1977.
- 26.-Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexi- cano, México, Editorial Porrúa, S.A., 1984. 6a. Edición.
- 27.-Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial, - México, Editorial Porrúa, S.A., 1983, 2a. Edición.
- 28.-Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, México Ediciones Selectas, México, 1982.
- 29.-Planiol, Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Intro- ducción, Familia y Matrimonio, Editorial Cajica, S.A., Pue- bla, Pue., 1946, Tomo I,1.

- 30.-Quintanilla García, Miguel Angel, Derecho de las Obligaciones, México, Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor, -- 1981, 2a. Edición.
- 31.-Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, México, Editorial Porrúa, S.A., 1973, 20a. Edición, Tomo I.
- 32.-Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, México, Editorial Porrúa, S.A., 1985, 20a. Edición.
- 33.-Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Cíviles, México, -- Editorial Porrúa, S.A., 1982, 5a. Edición.
- 34.-Shom, Rodolfo, Instituciones de Derecho Privado, México, -- Traducción de W.Ronces, México, Editorial Gráfica Panamericana, S. de R.L., 1951.
- 35.-Treviño García, Ricardo, Contratos Cíviles y sus Generalidades, México, Editorial Font, S.A., 1982, 4a. Edición, -- Tomo II.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. -
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
- 3.- Código Civil de Quintana Roo.
- 4.- Código de Comercio y Leyes Complementarias.
- 5.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
- 6.- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- 7.- Código Penal para el Distrito Federal.
- 8.- Ley del Notariado para el Distrito Federal.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

- 1.- Boggiero Boffi, Luis María, "Instrumento", Enciclopedia - Jurídica Omeba, Tomo XVI, 1954.
- 2.- Curbelo Urroz, Herbert, La Forma Notarial como Técnica Normal y Segura en la Realización del Derecho Privado, México, Revista Notarial, 1956, Volúmen I, No. 1.
- 3.- De Pina, Rafael, "Documento", Diccionario de Derecho, México, Editorial Porrúa, S.A., 1965.
- 4.- Diario Oficial de la Federación de 24 de febrero de 1942.
- 5.- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Editorial Porrúa, S.A., U.N.A.M.
- 6.- Enciclopedia Jurídica Omeba, T.I-A, Buenos Aires, Argentina, 1954.
- 7.- Fernández Anadón, Aurelio, Significado de la Firma del -- Instrumento Público o la Firma Suplica, Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, España, Editorial Estudios Históricos, 1965, Junta de Decanos de los Colegios Notariales Españoles.
- 8.- García Pelayo y Gross, Ramón, Diccionario Práctico Larousse, México, Editorial Ediciones Larousse, 1981.
- 9.- Leriverend, Eduardo, El Notario Público en el Sistema de Derecho Civil, Revista de la Facultad de Derecho de México, XXIV, No. 95 y 96, México, 1974.
- 10.- López Portillo y Lozano, Alonso, Valor y Efectos del Instrumento Público en nuestro Derecho, México, Escuela Libre de Derecho, México, 1976.
- 11.- Llerena, citado por Beascochea de Gáname, Ketty Ruth, Requisitos de Validez del Instrumento Público, Argentina, - Editorial Colmex, Cuadernos de los Institutos No. 114, -- 1972.
- 12.- Morales Díaz, Francisco de Paula, La Forma en Derecho Notarial, México, Revista de Derecho Notarial, Año XXV, No. 80, 1980.

- 13.-Nuñez Lagos, Rafael, Contenido Sustantivo de la Escritura Pública, Centenario de la Ley del Notariado, Sección Segunda, Madrid, Estudios de Derecho Notarial: Junta de Decanos de los Colegios Notariales en España, 1952, Volumen 1.
- 14.-Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, México, Ediciones Mayo, 1981.
- 15.-Pallares, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, - México, Edición México, Editorial Porrúa, S.A., 16. Edición.
- 16.-Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Las Ventajas de la Escrituración Notarial, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., 1989.