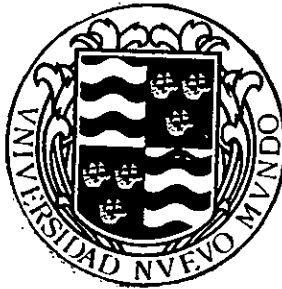


878509

1

Des

UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO
ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



LA SIMULACION COMO CAUSA DE NULIDAD DE LOS
CONTRATOS MERCANTILES

TESIS:

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MARCO ANTONIO ACOSTA SOLIS

DIRECTOR DE TESIS

LIC. MARIA EBEL GIFFARD SANCHEZ

1998

260091

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**Para aquel que siempre ha sido modelo de
inspiración en mi vida y quien ha compartido
mis logros, el mejor hombre que he conocido**

mi padre.

Lic. Felipe Acosta Cervantes.

**En memoria para alguien que fue mejor que
una madre, con todo mi amor, te dedico uno
de mis mayores éxitos**

mi abuela

María Elena Cervantes Alba

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

" TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES "

I.-	Las Obligaciones en General.	2
II.-	La Doctrina General del Contrato.	27
III.-	La Definición del Contrato.	31
IV.-	Elementos del Contrato.	42

CAPITULO SEGUNDO

" CONTRATOS MERCANTILES "

I.-	Concepto del Derecho Mercantil.	60
II.-	Obligaciones Mercantiles.	79
III.-	Causas, Interpretación y Efectos de los Contratos Mercantiles.	96

CAPITULO TERCERO

" LA NULIDAD EN LOS CONTRATOS MERCANTILES "

I.-	La Teoria de los Actos Inexistentes.	107
II.-	Concepto de la Nulidad.	120
III.-	Nulidad Absoluta y Relativa de los Contratos Mercantiles.	130

CAPITULO CUARTO

" ANALISIS Y EFECTOS DE LA SIMULACION EN LOS CONTRATOS MERCANTILES "

I.-	La Simulación de Actos Juridicos.	146
II.-	Efectos de la Simulación.	165
III.-	Propuesta Sobre la Necesidad de Una Debida Reglamentación de la Simulación de Actos Juridicos en Materia Mercantil.	181

CONCLUSIONES.	183
---------------	-----

BIBLIOGRAFIA.	186
---------------	-----

INTRODUCCION

En todo sistema jurídico, como tal, debe existir una precisada y detallada reglamentación, sobre los distintos conceptos y actos jurídicos que deban de regir estos mismos, para lograr el exacto cumplimiento con lo establecido por la Ley.

En relación a la evolución histórica respecto al derecho mercantil, podemos apreciar que su autonomía surgió en la Edad Media, en nuestro sistema jurídico encontramos su reglamentación en el Código de Comercio, así, como un regulador de la materia mercantil, éste esta delimitado en razón a los actos de comercio, aunque como podemos apreciar en esta reglamentación, no es su único contenido, pero si es parte fundamental, por que estos actos de comercio tienen un tratamiento especial con respecto al de los actos sometidos al Derecho Civil.

Los juicios Mercantiles, como procedimiento de nuestro sistema jurídico, han sido un medio por el cual se resuelven las controversias respecto de los actos de comercio, sin ser estos los únicos como ya lo habíamos mencionado, pero si los más frecuentes.

Estos Juicios han evolucionado, de manera muy significativa, debido a las necesidades económicas y sociales, en los cuales, estos actos de comercio han sido más frecuentes y por lo tanto más complejos.

Este desarrollo de actos y su complejidad, trae aparejada cambios en su reglamentación, con esto podemos apreciar que en el ámbito civil, el Código Civil ha

sufrido diversas transformaciones, tomamos como referencia el Código Civil debido a que como sabemos en los casos mercantiles en donde no encontremos reglamentación específica, por supletoriedad tenemos que basarnos en nuestra legislación civil, en relación al ámbito mercantil también el Código de Comercio ha tenido su evolución pero creemos en este caso que no ha sido la necesaria para poder reglamentar lo relacionado a la simulación de actos jurídicos, quedando ciertas lagunas respecto a esta misma.

Damos esta afirmación debido a que en el multicitado Código de Comercio no se encuentra reglamentada la figura de la simulación de los actos jurídicos, sino que únicamente esta regulada por el Código Civil y de manera muy limitada sin especificar a fondo todos los efectos que pueden ocurrir con la misma.

Dentro del análisis de los juicios mercantiles, hemos comprobado que existen en esta materia con mucha más frecuencia, la simulación de los actos jurídicos, sobre todo se lleva a cabo conscientemente entre las partes contratantes que se sirven de la misma, con una finalidad económica, podríamos citar algunos ejemplos como los son algunos supuestos contratos de mutuo con garantía hipotecaria y que en realidad no lo son, pues no existe la entrega de la supuesta cantidad mutuada, sino que únicamente se recurre a ellos, por que a pesar de tratarse de simples reconocimientos de créditos preexistentes que carecían de la garantía adecuada y se recurre para otorgar mayor plazo a los deudores con la finalidad de obtener mayores remuneraciones y garantías para los acreedores, todo ello por una convención aparente, entonces el deudor que se ve constreñido para salvaguardar su patrimonio acepta las condiciones onerosas que le son impuestas unilateralmente por sus acreedores, debido a estas anomalías y a la falta de una debida reglamentación adecuada existen tesis jurisprudenciales de la H. Suprema Corte

de Justicia de la Nación, respecto de la simulación a las cuales tenemos que recurrir para tratar de resolver este tipo de controversias.

Es por eso que con este estudio pretendemos señalar en forma destacada que no existe a la fecha una debida reglamentación en lo que respecta a la simulación, y no se le ha dado la importancia que debería, como aparece que se le dan en países como Argentina y España señalando al respecto todo lo referente a la simulación y los efectos que esta figura puede implicar.

El medio idóneo para combatir la figura de la simulación, son las nulidades, es por eso que consideramos que cualquier contrato afectado de simulación debe atacarse con la nulidad del mismo, pero lo fundamental sería ver las acciones y excepciones que se podrían plantear cuando esa simulación es conocida por las partes contratantes, y analizar que tipo de nulidad afectaría en cada caso, como lo hemos mencionado la nulidad es el medio ideal en nuestro sistema jurídico para atacar a la simulación, y consideramos que siempre será el afectado con la simulación quien la podrá invocar.

De lo expuesto considero, que la Ley reglamentaria, específicamente el Código de Comercio debe evolucionar, en relación con la figura de la simulación, sus acciones y excepciones y los efectos que pudiera producir una vez que se de esta simulación y la sanción correspondiente para el que actuando de mala fe o aprovechándose de la situación de la otra parte lleve acabo la simulación, con esta decimos que es necesario una debida reglamentación, permitiendo que exista un medio más eficaz para resolver las controversias que se susciten en materia mercantil con relación a la simulación y la nulidad que produce en los contratos mercantiles, logrando ser más específica y por

IV

consiguiente logrando subsanar las deficiencias o las lagunas que pudiera tener respecto a la multicitada simulación y su debida reglamentación en el ámbito mercantil.

"CAPITULO PRIMERO"

TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.

I.- LAS OBLIGACIONES EN GENERAL.

- A) Definición y Analisis de los elementos de las obligaciones.
- B) Los Derechos Reales, Personales y las Obligaciones Reales.
- C) Hechos y Actos Jurídicos.

II.- LA DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO.

- A) El Convenio y El Contrato.

III.- DEFINICIÓN DEL CONTRATO.

- A) La Obligatoriedad del Contrato.
- B) La Oponibilidad del Contrato.

IV.- ELEMENTOS DEL CONTRATO.

- A) Elementos de Existencia.
- B) Elementos de Validez.

" CAPITULO PRIMERO "

TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

I.- LAS OBLIGACIONES EN GENERAL.

Para poder empezar a hablar sobre las obligaciones tenemos que hablar en primer término de los hechos jurídicos y de las obligaciones en los mismos.

Podemos expresar, que en diversas ocasiones la ley impone obligaciones y reconoce derechos a las personas, sin que éstos participen en la realización de actos ya sean materiales o en los que únicamente intervenga su voluntad, para que éstos tengan las obligaciones y derechos que la ley les impone, podemos citar como un ejemplo claro de lo anterior, el artículo 846 del Código Civil vigente en el que menciona. "Nadie puede plantar árboles cerca de una heredad ajena, sino a la distancia de dos metros de la línea divisoria, si la plantación se hace de árboles grandes, y de un metro, si la plantación se hace de arbustos o árboles pequeños". Aquí encontramos la imposición de una obligación de no hacer. El artículo 1108 del Código Civil menciona que: "Cuando para establecer comunicaciones telefónicas particulares entre dos o más fincas, o para conducir energía eléctrica a una finca, sea necesario colocar postes y tender alambres en terrenos de una finca ajena, el dueño de esto tiene obligación de permitirlo, mediante la indemnización correspondiente. Esta servidumbre trae consigo el derecho de tránsito de las personas y el de conducción de los materiales necesarios para la construcción y

vigilancia de la línea", en este artículo podemos considerarlo como aquel derecho que reconoce la ley con independencia a la voluntad del propietario, otorgando el beneficio a las fincas urbanas continuas a comunicarse, esto es un derecho que crea la ley independientemente de cualquier acto.

Al lado de estas obligaciones y derechos creados únicamente por la ley, encontramos en nuestro sistema jurídico muchos casos en que la ley impone o reconoce estas obligaciones y derechos exclusivamente si existe para su realización una actuación del hombre o de la naturaleza, a estas actuaciones que son necesarios para crear obligaciones y derechos los conocemos como hechos jurídicos, esto lo encontramos en el artículo 22 del ordenamiento citado que menciona, 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, en esto explicamos que con el nacimiento de una persona que es un hecho de la naturaleza crea una condición para que la ley le reconozca al individuo que es concebido la capacidad jurídica, es un hecho de la naturaleza que determina el nacimiento de un derecho previsto en nuestros Códigos.

Los hechos manifestados anteriormente, son hechos de la naturaleza que crean situaciones jurídicas, pero también existen hechos creados por el hombre que dan nacimiento a obligaciones, y que estas son reconocidas por las leyes, encontramos en el artículo 1924 del Código Civil vigente. Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños

y perjuicios causados por sus obreros o dependientes, en el ejercicio de sus funciones. Estos son hechos del hombre que crean obligaciones por reconocimiento de la ley.

Por supuesto que no todo hecho de la naturaleza o del hombre, crea forzosamente un hecho jurídico y encontramos muchos ejemplos como la lluvia, el atardecer, platicar un suceso, todos y muchos más son hechos pero lógicamente son hechos no jurídicos, por razones obvias, puesto que éstas carecen de trascendencia para la producción de consecuencias de derecho, con esto podemos apreciar que exclusivamente tendrán el carácter de hechos jurídicos, las hipótesis que estén previstas por la ley, que al combinarse producen en el caso concreto los derechos y obligaciones marcadas por la misma.

Después de esta breve explicación, es fácil apreciar que la expresión hecho jurídico tiene varias ramas o especies. En éstos están comprendidas como ya lo hemos manifestado los hechos de la naturaleza en los que la voluntad del hombre no figura para nada; también podemos apreciar hechos del hombre lícito, hechos del hombre ilícitos, hechos del hombre en los que hay intención de que se produzcan consecuencias de derecho y por último hechos del hombre en los que falta esta intención; por esto la definición clara de esta expresión es un tanto vaga y difícil por sus diversas acepciones, por eso es que existe una clasificación de estos hechos jurídicos para su mejor entendimiento. apreciando que cada una de estas especies de hechos jurídicos producen consecuencias distintas conforme a su relación con el derecho.

Para entender un poco mejor esta expresión de hecho jurídico daremos una noción y la clasificación de esta recordando que más adelante en este mismo capítulo se hablara más extensamente de los hechos y actos jurídicos.

Empezaremos, afirmando que un hecho jurídico es aquel acontecimiento de la naturaleza o del hombre que es capaz de producir consecuencias de derecho, sin tener una gran importancia la licitud o ilicitud o la misma intención de que estos hechos produzcan sus consecuencias. Esta idea como se puede apreciar es muy general y se da en los casos donde el estado jurídico está comprendido y es permanente en la aplicación del derecho como en el caso de la mayoría de edad.

De esta amplia gama de hechos, debido a su magnitud y para un mayor entendimiento de estos surge la necesidad de una reglamentación un poco más especial y debemos distinguir aquéllos que siendo conductas humanas son lícitos y se ejecutan con la intención de que produzcan consecuencias de derecho, estos los llamaremos actos jurídicos.

Con esto podemos apreciar que la multicitada expresión hechos jurídicos abarca en su sentido amplio el significado de los actos jurídicos y uno restringido en el que estos actos se excluyen.

Ahora daremos algunas clasificaciones de distintos autores Sergio T. Azua menciona acerca de las fuentes de las obligaciones, "que considera que

además de la ley, y que por si solos puede crearlos, serian los hechos jurídicos"¹ seguiremos con diversos autores que han dado su punto de vista y tenemos que para "Planiol las obligaciones sólo pueden ser creadas por la ley o por contrato"² "Bonnetcase dice que las fuentes de las obligaciones son el hecho jurídico juntamente con la ley y el acto jurídico también juntamente con la ley"³ para Colín y Capitant señala como tales al contrato a la promesa unilateral a los actos ilícitos y al enriquecimiento injusto y a la gestión de negocios, la declaración unilateral de la voluntad y la ley"⁴ por citar algunos. En el derecho positivo mexicano los Códigos de 1870 y 1884 señalaron las siguientes fuentes: el contrato, el pago de lo indebido, la gestión de negocios, los hechos ilícitos, pero esto únicamente lo manifestamos como antecedente debido a que nuestro actual Código reconoce como fuentes de las obligaciones al contrato, a la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, a la gestión de negocios, a los actos ilícitos y al riesgo profesional toda esta explicación, únicamente como una ligera introducción al tema de las obligaciones para hacer más fácil su entendimiento.

¹ cfr. SERGIO I. AZUZA REYES: "Teoría General de las Obligaciones", 1a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1993, p.14

² PLANIOL, MANUEL: "Tratado Práctico de Derecho Civil", T.VI, Editorial Cultura la Habana 1940, citado por Sergio Azua Reyes.

op.cit.p. 14

³ BONNETCASE JULIEN: "Elemento de Derecho Civil", Vol. I, Editorial. José M. Cajica. Puebla 1945 citado por Ibid p.14

⁴ COLIN Y CAPITANT: Ibid p. 14.

A.- DEFINICION Y ANALISIS DE LAS OBLIGACIONES.

A continuación daremos algunas definiciones de la obligación y veremos que para el Derecho Romano: la obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad, la sustancia de las obligaciones consiste en que constriña a otra a darnos, a hacernos o a prestarnos alguna cosa.

Esta definición los autores modernos la han tomado y sus definiciones no varían mucho de esta, Pothier la define diciendo que "es un vínculo de derecho que nos sujeta respecto de otro a darle alguna cosa o hacer o no hacer alguna cosa"⁵.

Seguire dando diferentes definiciones de la obligación para tratar de unificar conceptos, vemos la definición de "Baundry - Lacantineire Et Borde:" La obligación, en el sentido jurídico de la palabra puede definirse como un vínculo de derecho por el cual una o varias personas determinadas están civilmente comprometidas hacia una o varias otras, igualmente determinados a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa"⁶ "Giorgi la define como: La obligación es un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una o varias de ellas quedan sujetas respecto a otra o a otros a hacer o no hacer alguna cosa"⁷ "Aubry et Rau. dice "Una obligación es la necesidad jurídica a consecuencia de

⁵ POTHIER: "Traité des obligations", núm. 1. Francia 1921, citado por MANUEL BORJA SORIANO: "Teoría General de las Obligaciones", 10. Ed. México 1985, p.69.

⁶ BAUNDRY - LACANTINEIRE ET BORDE. "Traité théorique et Pratique de Droit Civil", 3o. Ed. Francia 1908 citado por *Ibid* p.69.

⁷ GIORGI: "Teoría General de las Obligaciones en el Derecho Moderno", 7a. Ed. Italia 1913 citado por *Ibid* p.70.

la cual una persona está sujeta hacia otra a dar o hacer o no hacer alguna cosa"⁸. Planiol, en esta encontramos lo que podemos considerar como la definición usual de la obligación y es: un vínculo de derecho por el cual una persona está sujeta para con otra hacer o no hacer alguna cosa, citando al mismo autor también, menciona que esta es una relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas llamada acreedor tiene el derecho de exigir cierto hecho de otra que se llama deudor"⁹.

Con esto damos algunas de las definiciones que consideramos más importantes para poder explicar la obligación y daremos o trataremos de analizarlos, viendo los puntos semejantes entre ellas, podemos empezar, que de las definiciones señaladas observamos que en unos se caracteriza la obligación como un vínculo; en otros se sustituye esta palabra por la de relación jurídica. En otra se habla de necesidad jurídica, pero lo que observamos es que en todas aluden al objeto de la obligación, diciendo que por virtud de la obligación el deudor debe dar, hacer o no hacer, en otros términos, ejecutar una prestación o someterse a una abstención. Unas definiciones ven el aspecto pasivo de la obligación, refiriéndose al estado del deudor; otras ven el aspecto activo, el del acreedor, teniendo la facultad de exigir algo al deudor. Después de ver todas estas definiciones, creemos que la más completa es la siguiente:

"Obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una

⁸ AUBRY ET RAU: "Cours de droit Civil Français", 4a. Ed. 8vols. Francia 1878 citado por *ibid* p. 70.

⁹ PLANIOL, *op.cit* citado por *ibid*. p.70

prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor"¹⁰.

Por último cabe mencionar que en nuestro sistema jurídico, la obligación como derecho del sujeto activo, recibe también el nombre de derecho de crédito.

Ahora pasaremos a realizar un análisis acerca de los elementos de la obligación.

Según la definición, encontramos tres elementos de la obligación.

El primero de éstos son los sujetos, lo podemos considerar como aquél en el que existe un sujeto activo y uno pasivo, el activo lo consideramos como el acreedor, y el pasivo como el deudor.

Tanto los sujetos activos como los pasivos pueden constituirse en uno o varios individuos, pero también puede darse el caso de que el obligado sea únicamente una persona y los acreedores sean varios. o al revés que sean varios deudores y un sólo acreedor, esto lo establece nuestro Código Civil.

Los sujetos de una obligación pueden ser determinados o indeterminados, con esto quiero decir que podemos conocer o ignorar a estos sujetos, el caso más usual sería aquél título de crédito como el cheque, y este se emite al portador la persona es indeterminada, la que va a cobrar ese título de crédito, va ser aquél

¹⁰ MANUEL BORJA SORIANO: *op. cit.* p. 71.

sujeto que tenga el documento legítimamente, otro ejemplo sería el que una persona rentara un departamento y el arrendador muere; el arrendatario es deudor sobre la renta del inmueble y el nuevo acreedor serían los legítimos herederos, pero en un momento dado el deudor los desconocería hasta el momento que tomaran el cargo de legítimo heredero. Más raro es el caso de los deudores indeterminados, pero fácilmente puede presentarse en los casos en que el acreedor indeterminado también tenga la calidad de deudor; en el ejemplo antes mencionado el inquilino también podía tener el carácter de acreedor de los herederos desconocidos, pues ellos tienen obligaciones a favor del inquilino como son los de hacer reparaciones necesarias en la finca arrendada y las de responder de los daños y perjuicios que el inquilino sufra por vicios ocultos de la finca anteriores al arrendamiento, los herederos son obligados, pero son indeterminados.

Por supuesto que en el momento de cumplirse la obligación los sujetos serán determinados, si es que no lo han sido con anterioridad.

El segundo elemento de la obligación es la relación jurídica, con esto decimos que está protegida por el derecho objetivo, que da al acreedor una acción que ejercitar ante los tribunales competentes para obtener la prestación objeto de la obligación o su equivalente.

También al respecto podemos decir que esta relación jurídica es la situación que vincula a los dos sujetos de esta obligación, al deudor y al acreedor los pone a la luz del derecho positivo, el cual hace un reconocimiento en virtud

de la deuda, el derecho que existe entre los hombres, por virtud de ciertas relaciones sociales o económicas, necesitan de una protección que brinde el estado para su debido cumplimiento.

La importancia del reconocimiento de este vínculo o relación por la ley, es tal, que constituye la legitimación de la fuerza pública para hacer cumplir al deudor su obligación, previa determinación judicial que resulta de la iniciativa del acreedor, con esto creemos que queda entendida la relación jurídica que guardan los sujetos de la obligación y como puede exigirse su cumplimiento.

Por último hablaremos del elemento objetivo, este consiste en la cosa, el hecho o la abstención que el sujeto pasivo, en cumplimiento de su obligación debe dar, hacer o no hacer en favor de su acreedor, ejemplo: entregar el precio de la cosa comprada, realizar los actos jurídicos a que se ha comprometido, el que va a actuar como representante legal de otro en la celebración de un contrato, omitir actos que estorben el uso de la casa propia que se ha entregado en arrendamiento. La doctrina ha discutido si es o no indispensable, que el objeto de la obligación sea susceptible de valoración económica. Ante esta polémica no es posible tomar una postura lisa y llanamente afirmativa o negativa, pues hay obligaciones que no son susceptibles de reducirse a una cantidad de dinero, fundamentalmente las obligaciones de carácter familiar, tales como las de corregir a los hijos y respetar a los padres, cuyo incumplimiento tiene una sanción extrapecuniaria o no tiene ninguna; sin embargo tratándose de las obligaciones a que se refiere la primera parte del libro cuarto del Código Civil (de las obligaciones en general), y que son de las que nos ocuparemos en esta

tesis, todas sin excepción son susceptibles de reducirse a un valor económico; bien porque lo permita la naturaleza de la obligación, o bien porque sin ser la valoración pecuniaria propia, que el objeto como elemento de la obligación, puede tener por objeto una prestación positiva, éstos se pueden subdividir y seleccionar aparte los que tienen por objeto prestaciones de cosas, éstos se encuentran estipulados en el Código Civil vigente en sus artículos 2011 y siguientes, o sea una traslación de propiedad o un derecho de uso de las cosas, se les llama obligación de dar.

Las obligaciones positivas que no son de dar, son las que tienen por objeto prestaciones de hecho, se encuentra en los artículos 2027 y 2028 del Código Civil vigente, y se llaman obligaciones de hacer. Las obligaciones negativas indistintamente toman el nombre de obligaciones de no hacer y se localizan exclusivamente en el artículo 2028 del citado Código.

Con esto podemos llegar a la conclusión lógica, que determina que existen tres objetos posibles para las obligaciones: la de dar, hacer y no hacer.

B.- LOS DERECHOS REALES, PERSONALES Y LAS OBLIGACIONES REALES

Después de haber intentado dar una explicación satisfactoria, así como el análisis de los elementos de las obligaciones, pasaremos al estudio de los derechos reales, los personales y sus diferencias. muy en lo particular hablaremos de las obligaciones reales.

Tendremos que aclarar antes de iniciar esta exposición las múltiples discusiones que se han presentado en nuestra doctrina, con relación a las diferencias que existen entre los derechos reales y los personales.

Como hemos mencionado de las diferencias que existen sobre este tema en la doctrina, daremos algunas definiciones de los diferentes autores y diremos que el derecho real para "Giorgi. es el que consiste en una relación entre persona y cosa, y el derecho personal es la relación entre personas únicamente"¹¹ "Aubry Et Rau menciona que hay derecho real, cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata oponible a cualquier otra persona"¹² otro autor llamado "Baudry - Lacantinerie menciona que en el derecho personal hay tres elementos fundamentales y son: sujeto activo, sujeto pasivo y objeto del derecho"¹³ todos estos autores antes mencionados pertenecen a la corriente clásica la cual nuestro Código Civil de 1884 aceptaba totalmente y decía que la obligación real es la que afecta a la cosa y obra contra cualquier poseedor de esta, en el Código Civil de 1928 no se establece expresamente criterio alguno.

Esta teoría clásica no es la única, daremos algunas otras para después tratar de unificar estas o ver sus diferencias, una de las mayores diferencias de esta, la encontramos en su crítica, diciendo que todo derecho es una relación entre personas, y que por lógica no puede existir una relación de orden jurídico

¹¹ GIORGI: op. cit. citado por MANUEL BORJA SORIANO: op. cit. p. 76

¹² AUBRY ET RAU' op. cit. citado por *Ibid* p. 76

¹³ BAUDRY - LACANTINERIE: op. cit. citado por *Ibid* p. 76.

entre una persona y una cosa; esta teoría pertenece a la corriente personalista y la antítesis fundamental que ésta establece entre los derechos reales y los obligatorios, consiste en que mientras los derechos reales son derechos patrimoniales absolutos, los otros son derechos patrimoniales relativos. El derecho real importa un deber general negativo de respeto hacia el titular: el derecho de la obligación por el contrario, importa el deber particular de una persona, de procurar una utilidad al acreedor.

Ahora daremos lo que consideramos como una explicación más específica sobre este tema y diremos que el derecho real lo debemos entender como la facultad concedida a una persona, que sería su titular, para que este tenga el aprovechamiento total de una cosa, si este es por supuesto su legítimo propietario, en el caso de que no sea el dueño de esta cosa pueda obtener un beneficio aunque esté limitado, de la cosa, esta limitación puede ser de uso, de disfrute o de afectación en garantía, ejerciendo sobre ellas un poder jurídico directo sin más limitaciones que los que se deriven de los gravámenes en que se funden estas. El derecho real de propiedad se puede ejercer frente a cualquier otra persona, el sujeto activo de este derecho es lógicamente el dueño, por consecuencia el sujeto pasivo está formado por todas las demás personas, las cuales su única obligación podría considerarse como la abstención de impedir que el dueño de la misma obtenga por esta, todos sus beneficios que por derecho le correspondan. Por lo que hace a los derechos reales distintos de la propiedad (uso, usufructo, habitación, servidumbre) en la relación jurídica figurará como sujeto activo el titular de la misma (usuario, usufructuario, habituario) ejerciendo éste directamente los derechos que se derivan de su título, frente al propietario de

la cosa, corporal o incorporal, quien figura como sujeto pasivo en esta relación, soportando en su propiedad los actos por medio de los cuales se vería limitado de una manera lícita su derecho de propietario.

El objeto indirecto de los derechos reales es una cosa y el objeto directo es la obligación del sujeto pasivo, de aquí como lo habíamos mencionado al explicar la teoría clásica, la retomamos y diremos que los derechos reales se producen, cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata oponible a cualquier otra persona.

Ahora diremos que a diferencia del derecho real, el personal o como también se conoce, de crédito, no confiere a su titular la facultad de ejercerlo directamente a diferencia de los derechos reales, esta facultad es indirecta sobre la cosa, reduce a una posibilidad jurídica de exigir a la persona del obligado una entrega sobre la cosa, para el supuesto de que su derecho sea correlativo de una obligación de dar; o bien un hecho, o una abstención si es que estas conductas son los objetos de la obligación. El contenido de los derechos personales siempre será el derivado de una conducta humana, por eso se ha establecido que en la obligación personal, el deudor figura de una manera como intermediario esto en la relación entre el acreedor y la cosa, el deudor sólo es un intermediario, con esto se establece, que en esta clase de derechos el acreedor de una cosa no podrá ejercer su derecho, sino que tendrá primero que exigirlo al obligado para que este haga la entrega; si lo debido es un hecho o una abstención obviamente su cumplimiento requerirá la imprescindible conducta del obligado. Cabe mencionar

que el derecho real se considera un deber, general, pero de sentido negativo, todo aspecto negativo lo lleva el titular, el derecho de la obligación en viceversa es el deber particular de una persona a procurar una utilidad al acreedor.

A continuación después de haber procurado dar una explicación de los derechos reales y personales, hablaremos sobre la existencia de una obligación real, con sus diferencias, respecto a los derechos personales.

Las obligaciones reales existen en nuestro derecho positivo y las conocemos como obligaciones reales o propter rem, estas son enteramente distintas tanto a las obligaciones personales u obligaciones propiamente dichas, como a los derechos reales. Estas obligaciones reales consisten principalmente en una necesidad para el deudor de realizar un acto positivo, exclusivamente en razón y en la medida de una cosa que detenta; dichas obligaciones se transmiten, en consecuencia, ipso iure a los detentados sucesivos de la cosa sin que en ningún caso se transformen sean en derecho reales, sea en obligaciones personales.

Esta obligación real también se ha considerado que tiene un carácter accesorio, y es accesorio sobre un derecho real principal, encontramos muchos ejemplos de esto en nuestro Código Civil como en el artículo 960 que menciona: "La reparación y reconstrucción de las paredes de propiedad común y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas, acequias, también comunes se costearán, proporcionalmente por todos los dueños que tengan a su favor la copropiedad" aquí menciona que el derecho de copropiedad, trae consigo para

todos los copropietarios de una pared la obligación de costear proporcionalmente la reparación y reconstrucción de esa pared.

Continuando con esta explicación mencionaremos que las obligaciones reales u obligaciones propter rem, no son aquéllas cuyo cumplimiento beneficia al titular del derecho real, sino obligaciones a cargo del titular de un derecho real, únicamente en cuanto a que es poseedor o titular de ese derecho, por lo tanto quien tiene a su cargo una obligación de esa naturaleza dejará de soportarla en cuanto se extinga para él el derecho real al que va asociada, ya sea porque tal derecho concluya, se transfiera o se abandone, pasando la obligación al que lo adquiera, citaremos un ejemplo, que se encuentra en el artículo 853 de nuestro Código Civil vigente: "El propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados y azoteas de tal manera que las aguas pluviales no caigan sobre el suelo o edificio vecino"; con esto vemos que si un sujeto es dueño de un edificio, tendrá la obligación real que contiene el precepto antes mencionado, pero si enajena su derecho real de propiedad sobre su edificio, con él transmite también su obligación real, está obligado en cuanto tiene un derecho y deja de ser obligado en cuanto deja de tenerlo, por eso se dice que las obligaciones reales siguen a la cosa, en tanto que las personales siguen a la persona.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado la siguiente ejecutoria en la que se precisan las diferencias entre las obligaciones reales y las personales.

"OBLIGACIONES PROPTER REM. SU DISTINCIÓN CON LAS PERSONALES.- Se distinguen las obligaciones propter rem de las personales: I.- Porque siendo éstos autónomos por cuanto no dependen de la existencia de una cosa, los propter rem si dependen estrictamente de una cosa en relación a la cual se presentan como cargos; II.- porque el sujeto pasivo de los propter rem permanece obligado en tanto que posea la cosa, siendo asi que desaparece la obligación de dicho sujeto si la cosa se destruye, o si se transmite a un tercero este será quien reporte la obligación y ya no aquél, presto que lo estuvo sólo en tanto que era propietario o poseedor y de donde precisamente se saca la consecuencia de que las obligaciones propter rem se extinguen por el abandono de la cosa sobre los que recaen, mientras que las obligaciones personales jamás pueden extinguirse o eludirse por dicho abandono, ya que son inherentes de la persona del deudor y no de la cosa de que este es propietario o detentador; III.- Porque en las obligaciones propter rem la responsabilidad del sujeto (pasivo tiene por limite el monto o valor de la cosa afectada, en tanto que en las obligaciones personales el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros, con excepción de aquéllos que conforme a la ley son inalienables e inembargables; y finalmente IV.- Porque en tanto que el cambio del deudor en las obligaciones personales sólo puede existir si es que el acreedor lo consiente, expresa o tácitamente, en los propter rem dicho cambio no requiere el consentimiento del

sujeto activo, sino que se produce por la simple transmisión del dominio o de la posesión de la cosa". Directo 2576/956/2a.- Concepción Ruiz Coags.- 12 de junio de 1957.- Unanimidad de 5 votos.- 3ra. Sala.- Informe 1957, pág. 25.

Una vez dadas, las explicaciones correspondientes respecto de las obligaciones y los derechos reales, personales y las obligaciones reales, trataremos de poner en claro los conceptos de hechos y actos jurídicos que se explicarán en el inciso siguiente:

C.- HECHOS Y ACTOS JURIDICOS.

A continuación tratare de explicar las diferencias o similitudes entre los hechos jurídicos y los actos jurídicos, empezare dando una noción de los hechos jurídicos, diciendo que existen hechos que no producen efectos de derecho, en este existen muchísimos ejemplos: como el de leer un libro; existen otros hechos que producen efectos respecto al derecho, porque el derecho es el que toma a estos hechos considerandolos con atribuciones para producir consecuencias jurídicas, para entender cuáles podrían ser estos efectos que se producen en el derecho, los mencionaremos y pueden consistir en la creación, transmisión, modificación y extinción de obligaciones y derechos. Ahora bien, a todos los hechos que producen estos efectos jurídicos se les denomina como hechos jurídicos, claro está que esta definición es en el sentido general de dicha expresión.

Los llamados hechos jurídicos, en su sentido general de la palabra siempre va a estar dividido en dos categorías, en las cuales vamos a encontrar el desarrollo de nuestro tema y son: Los actos jurídicos y hechos jurídicos, éstos tomados en un sentido especial, después de dar esta breve introducción entraremos a la explicación específica de los actos y hechos jurídicos.

Empezare dando conceptos de los actos jurídicos y su clasificación.

Mencionare el primer concepto del acto jurídico "como aquella manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente. o al contrario un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derecho"¹⁴.

Si tomamos en consideración la definición anterior, y la ponemos a la materia de las obligaciones, la definiríamos como el acto jurídico que es una manifestación exterior de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, que produce el efecto deseado, por el que lo realiza, debido a que el derecho sanciona esa voluntad.

Ahora dentro de este mismo concepto de actos jurídicos daremos una clasificación y son: los actos unilaterales y bilaterales. los actos jurídicos unilaterales como su nombre lo dice únicamente necesitan de una voluntad para

¹⁴ BONNECASE: "Precis de Droit Civil". 3vds., Francia 1935. citado por MANUEL BORJA SORIANO: op. cit. p. 84

llevarlos a cabo, en cambio los bilaterales entran en un concurso de voluntades, esto lo podemos ver claramente en los actos jurídicos unilaterales cuando un acreedor renuncia de su crédito que tiene con respecto a algún deudor por su sola voluntad y en los actos jurídicos bilaterales, el mejor ejemplo sería la celebración de un convenio o un contrato.

Pasaremos a dar el concepto de hecho jurídico, para una mejor explicación de estos, diremos que estos hechos jurídicos son en sentido especial, como lo explicamos en la breve introducción que hicimos al iniciar este punto relacionado con los hechos y actos jurídicos.

Daremos la definición de estos hechos pero empezaremos por decir que estos abarcan dos grupos y son: los hechos voluntarios y los hechos involuntarios.

Los hechos voluntarios, son aquéllos que son producidos por la actividad de hombre en estos se producen todos los efectos de derecho independientemente de la intención del que lo llevó a cabo, estos hechos a su vez tienen otra clasificación y son: Los hechos lícitos e ilícitos. Pondremos algunos ejemplos para poder entenderlos. Los Hechos Lícitos son: La gestión de negocios; en la que el gestor tiene la obligación, aunque no lo quiera de seguir la gestión que ha empezado. Esto lo encontramos en el artículo 1902 del Código Civil vigente que a la letra reza: El gestor, tan pronto como sea posible, debe dar aviso de su gestión al dueño y esperar su decisión a menos que haya peligro en la demora.

Si, no fuere posible dar ese aviso, el gestor debe continuar su gestión hasta que concluya su asunto.

Los hechos ilícitos, son todas aquéllas conductas delictiva, en donde se lleva a cabo el delito enumerado en nuestro Códigos Penales.

Para terminar con esta breve explicación diremos que los hechos involuntarios son aquéllos que independientemente de la voluntad del hombre, se dan como acontecimientos naturales o accidentales, y podríamos citar como ejemplos más claros el nacimiento y de aquí surgen muchas obligaciones como sería la de alimentos, que se le tienen que dar al nacido y otros más, para que quede más claro este concepto mencionaremos otro ejemplo y son los accidentes que pueden sufrir los obreros en las labores a su cargo, en el desempeño de su trabajo y los cuales si se llega dar este accidente, el patrón tendrá que indemnizar al obrero por el perjuicio que este sufriera.

Después de esta explicación con relación a los conceptos de los hechos y actos jurídicos, creemos que es de gran importancia para su mejor entendimiento, la explicación de la teoría general de los hechos y actos jurídicos.

Empezaremos la exposición de esta teoría, precisando específicamente que lugar ocupa el acto jurídico entre las diferentes manifestaciones del hecho jurídico.

El acto jurídico es una conducta lícita del hombre esta se realiza con la finalidad de producir consecuencias de derecho, tomando en consideración este concepto, podemos decir que el acto no es cualquier hecho jurídico sino uno en especial, específico que es excluyente de los hechos de la naturaleza, como sería la mutación del cauce de un río que es puramente natural, como serían los hechos de la naturaleza pero relacionados con el hombre como sería el nacimiento de una persona, también excluyente de los hechos del hombre voluntarios lícitos, que se ejecutan sin la intención de producir consecuencias de derecho, como ya lo habíamos mencionado podría ser la gestión de negocios, así también de los hechos voluntarios ilícitos como son los delitos, como los hechos contra la voluntad como el no poder pagar una deuda por insolvencia, todos estos ejemplos ya habían sido mencionados en la definición de hechos y actos jurídicos, pero los retomamos para entender mejor la teoría de estos.

Después de mencionar que el acto jurídico no es cualquier hecho jurídico, daremos las diferencias específicas del acto con los demás hechos; consiste en que el acto, es una conducta humana, un comportamiento consciente, es un acto lícito, este se efectúa con la intención de producir consecuencias de derecho. La mejor manifestación del acto jurídico es el contrato. Si María Elena vende camisetas estamos en presencia de una conducta humana, consciente, pues sabe lo que esta haciendo, es lícita y encaminada a producir consecuencias de derecho: transmitir la propiedad de las camisetas al comprador, colocarse en posición de acreedora respecto del precio y con esto ejemplificamos al acto jurídico con todos sus aspectos.

Las características que mencionamos con el ejemplo anterior, son las del acto jurídico y todas estas nunca se van a dar en su totalidad en ninguno de los hechos antes mencionados. Por ejemplo en los de la naturaleza no se da ninguna, como en el ejemplo que citamos sobre la mutación del cauce de un río, el fenómeno no es humano, no es lícito ni ilícito, pues estas calificaciones son únicamente para actos humanos, y tampoco se puede decir que haya intención para producir consecuencias de derecho, esto se produce pero sin que medie intención de alguien. Por su parte los hechos del hombre carecerán de una, de dos o de las tres características restantes del acto: conciencia, licitud, intención de producir consecuencias jurídicas. Un incapaz al no tener consecuencia no habrá licitud y aunque exista la intención de que se produzcan consecuencias de derecho, estos no serán lícitos o el homicida que ha meditado el asesinato, tampoco realiza un acto jurídico porque no existe la licitud en el mismo aunque se produzcan consecuencias de derecho.

"Precisando diremos que en sentido amplio, el hecho jurídico comprende tanto al acto jurídico propiamente dicho (es decir a la actuación humana consciente de derecho) como a todo aquél acontecimiento del hombre o de la naturaleza al que la ley le atribuye consecuencias. Es decir el hecho es el género y el acto la especie, por lo tanto todo acto será un hecho, pero no todo hecho será un acto, por ello la expresión hecho jurídico usada en estricto sentido debe excluir la idea de acto"¹⁵.

A diferencia de nuestro Código Civil el Código Civil Argentino en su artículo 944, define al acto diciendo, son actos jurídicos los actos voluntarios

¹⁵ SERGIO T. AZUA REYES: op. cit. p. 17

licitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos, esto fue para poner un punto de comparación entre nuestro sistema y algunos otros sistemas jurídicos.

Aunque la diferencia entre hecho y acto jurídico resulta clara, no necesariamente existe divorcio entre uno y otro, el acto generalmente se encuentra asociado a un hecho para que este pueda producir las consecuencias que se buscan, así por ejemplo el otorgamiento de un testamento, es un acto jurídico, siempre va a necesitar de un hecho de la naturaleza, como es la muerte del testador, para que se puedan dar las consecuencias de derecho, en este caso la entrega de la herencia.

Citando a Alfonso de Cossio "Menciona que en el fondo, la doctrina del acto jurídico no es otra cosa que la doctrina de la conducta humana en cuanto es capaz de producir efectos de derecho"¹⁶.

Podemos afirmar después de las explicaciones dadas que la mayor parte de las relaciones jurídicas que se constituyen por el hombre tienen su origen en los actos jurídicos.

¹⁶ ALFONSO DE COSSIO: "Instituciones de Derecho Civil", Editorial Alianza, Madrid 1977, citado por SERGIO T. AZUJA REYES: *Ibid.* p. 18

Lo que en las doctrinas tradicionales como son la francesa, española y mexicana conocemos o damos mucha importancia al acto jurídico, las doctrinas modernas como la alemana o Italiana conocen a este como negocio jurídico.

Este negocio jurídico ha tomado una gran relevancia en el ámbito jurídico y existen algunas doctrinas que lo comparan con el acto jurídico diciendo que es semejante a este, explicare las diferencias: entre actos y negocios la encontramos en los actos humanos lícitos cuyo efecto jurídico no se determina por el contenido de la voluntad, sino únicamente y con carácter forzoso por la ley, estos serían los actos jurídicos en sentido estricto.

Los actos humanos lícitos consistentes en una declaración de voluntad directamente dirigida a producir un efecto jurídico, para el cual es decisivo y regulador el contenido de esa voluntad, se les llama declaraciones de voluntad o negocios jurídicos, la gran importancia de esta categoría de actos jurídicos estriba, en que el hombre forma por sí mismo, mediante ellos sus relaciones jurídicas dentro de los límites trazados por el ordenamiento. El ordenamiento jurídico dota a su voluntad, con la virtud de engendrar efectos jurídicos, y declara decisivo para estos efectos el contenido de la voluntad. si bien no exclusivamente. esta clase de actos es la que más se presta a una teoría general sistemática.

Es decir, el acto jurídico es un hecho del hombre, realizado conscientemente, pero esa voluntad, lícita interviene sólo en la realización del

acontecimiento, primer momento, más no en la producción de los efectos, segundo momento, no obstante lo cual estos se producen.

En cambio, en el negocio la voluntad interviene en los dos momentos antes mencionados: en la realización del acontecimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas.

Esta explicación sobre el negocio jurídico y que algunos consideran igual que al acto jurídico, sólo se da en la doctrina o en otros sistemas jurídicos, porque en nuestro derecho positivo, nunca se emplea esta expresión de negocio jurídico sino únicamente la del acto jurídico y la encontramos en el artículo 1859 del Código Civil vigente y dice: Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos, de este texto transcrito de nuestro Código se deduce que en la frase, acto jurídico, nunca menciona el negocio jurídico, mencionaremos que a pesar que las doctrinas modernas consideran al negocio como acto jurídico, tendremos que adoptar la teoría tradicional, y aceptar lo que nuestro derecho positivo menciona y en este sólo se mencionan los actos jurídicos y no los negocios jurídicos como una forma igual que el acto, con esto hemos dado los conceptos sobre hechos y actos jurídicos, sus posibles semejanzas y su mención específica de cada uno de ellos.

II.- LA DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO.

En la exposición de la doctrina general de los contratos encontramos de gran utilidad mencionar los principios comunes a todos los contratos.

Estos principios o normas generales de los contratos, a imitación del Código Civil Francés, suelen incluirse dentro de la teoría general de las obligaciones, al estudiar el contrato como una de las fuentes de las obligaciones; pero por su gran importancia surge la necesidad de destacar con individualidad la doctrina general del contrato, a la que nuestro legislador denominó reglas generales del contrato, en las que se estipula que todos los contratos se regirán por estas reglas, o bien por las estipulaciones de las partes, ya que el contrato es la fuente ordinaria de las obligaciones y que éstas no están limitadas únicamente a los bienes, sino que se extienden a las personas y a la familia, pues en el orden extrapatrimonial el matrimonio y la adopción son también contratos.

Este estudio de los contratos en general nos sirve para tener una opinión sobre la importancia de los contratos que su utilidad ha ido desapareciendo, por la prevalencia de los intereses sociales sobre los intereses individuales con esto queremos decir que la voluntad de las partes tiene un papel muy limitado en la formación de los contratos, por una intervención cada vez mayor del Estado en el contenido de estos.

Dentro del terreno patrimonial, existe una oposición entre las obligaciones contractuales y las extracontractuales, fundada en la plasticidad de las obligaciones contractuales, por que en estas las partes tienen la oportunidad de crear ellas mismas sus propias estipulaciones, pues dan el carácter de

obligatorio a estas, como la determinación del objeto, la duración y las modalidades de los mismos. Por el contrario cuando la obligación nace de una fuente extracontractual, se presenta bajo la forma más simple, y muy frecuentemente se reduce inmediatamente a su ejecución .

El Artículo 1988 del Código Civil vigente nos muestra la dualidad de las fuentes de las obligaciones donde menciona que la solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes; como lo hemos mencionado, en nuestra legislación se reconoce la máxima importancia del contrato, al elaborar los principios generales de los contratos nada menos que en las normas generales aplicables a toda clase de convenios y de actos jurídicos; con esto el legislador quiere decir que las disposiciones legales sobre los contratos son aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, pero estos no se deben oponer a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley.

A.- EL CONVENIO Y EL CONTRATO.

El Código Civil distingue entre convenio y contrato, pues considera a éste la especie y aquél el género, y menciona que el Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y contratos, son los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos.

Esta distinción tiene su antecedente en el Código Civil Francés que distingue el acuerdo de voluntades, que es el género, del contrato que es el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación.

Sin embargo, la mencionada distinción no es ya reconocida en la actualidad, pues en el Código Civil Italiano se ha eliminado, y nuestro mismo Código civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios, lo cual hace que en realidad resulta ya bizantina la diferencia entre convenio y contrato.

Por otra parte, hay que tener presente que el contrato, según la definición legal, no sólo puede dar nacimiento a obligaciones y a sus correlativos derechos de crédito, sino también puede crear o transmitir derechos reales, como ocurre en el contrato de hipoteca y en el de compraventa, respectivamente. Por ello, se indica que el contrato puede tener efectos obligatorios y efectos reales.

Pasaremos al tema de los efectos del contrato.

Podemos mencionar que los efectos principales del contrato son las consecuencias que causan en los contratos, obviamente estamos hablando de las consecuencias jurídicas, estos efectos generalmente se dan en el momento mismo en que estos contratos se perfeccionan con el nacimiento o transmisión de obligaciones y transmisión o constitución de derechos reales, pero también pueden darse estos efectos en algunos casos cuando se ejecute el contrato, en esta podríamos decir que en los contratos sus obligaciones no se dan al momento de

crearlos, si no que se siguen dando o que quedan sujetos a un determinado tiempo término, si no se cumple con esas obligaciones el contrato no causaría o no llegaría a tener sus efectos, debido a que no se cumplió con lo estipulado en este, también puede ser por un término como lo había mencionado o por una condición y si esta condición no se da en el contrato, tampoco podrá llegar a surtir sus efectos. por incumplimiento de una condición primordial para la elaboración de este contrato en particular, otro caso de excepción la encontramos en el contrato de fianza en el que el fiador adquiere ciertos derechos contra el deudor principal como serian las acciones de reembolso y de subrogación estas solamente hasta que haga pago el propio fiador al acreedor de dicho deudor.

III) DEFINICION DEL CONTRATO.

Daré a continuación algunas definiciones de diferentes tratadistas acerca de la definición del contrato.

Definición de Colín y Capitánt: "El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar nacimientos a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla"¹⁷.

¹⁷ COLIN Y CAPITANT "Cours Elementaire de Droit Civil Français", citado por MANUEL BORJA SORIANO: Teoría General de las Obligaciones. 10a; Editorial Porrúa, S.A., México 1985, p.111

Otra definición del contrato es la que lo define como "un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios"¹⁸.

Al mencionar que el contrato es un género del convenio, podemos mencionar que el convenio tiene dos funciones; una que es una forma positiva en la que crea o transmite obligaciones y la otra la negativa donde modifica o extingue estas obligaciones, el contrato entraría en la función positiva en la de crear, transmitir derechos y obligaciones y en nuestro Código Civil se hace notar la diferencia entre el contrato y el convenio en su Artículo 1792 nos dice que el "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir o modificar o extinguir obligaciones", y el mismo Código Civil en su Artículo 1793, dice que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos, aquí corroboramos lo antes dicho, que el convenio es el género y el contrato es la especie.

El contrato crea derechos reales o personales o bien los transmite; pero no puede crear derechos distintos.

Existen derechos no patrimoniales donde el contrato no puede referirse ni a la creación ni a la transmisión de estos derechos.

¹⁸ RAFAEL ROJNA VILLEGAS: "Compendio de Derecho Civil", Contratos: 19a, Editorial Porrúa, México 1988, p. 7

En los derechos y obligaciones, tendrá el contrato derechos personales, reales, y también algunos derechos personales reales en ese mismo acto; con esto intentamos dar una pequeña explicación del contrato y su alcance en relación a las obligaciones y derechos que crea o transmite.

Como lo había mencionado en el inicio IV de la clasificación de los contratos encontramos diversos y múltiples criterios para clasificar a los contratos y existe una gran complejidad para esto. Recopilando algunos criterios de los diversos tratadistas que han tocado esta clasificación podemos explicar de una forma breve que los contratos por naturaleza de los vínculos, pueden ser unilaterales o bilaterales; en cuanto a las ganancias que a estos pueden producir, pueden ser onerosos o gratuitos; en cuanto a sus elementos o requisitos fundamentales para su creación son los consensuales, reales o formales; atendiendo a su naturaleza independiente, o relacionada sería preparatorios, principales o accesorios; por la materia sobre la que recaen serían civiles, mercantiles, administrativos o laborales, desde el punto de vista de su individualidad son nominados, típicos e inominados o atípicos. Por su objeto, traslativo de la propiedad o del uso, de realización de un trabajo o servicio o de transferencia de derechos u obligaciones; por su propósito o finalidad de las partes, de transmisión de uso, de realización de un fin común, de prestación de servicios de garantía y, desde el punto de vista de sus efectos, de efecto inmediato y de efecto diferido, y por último desde el de realización instantánea y de tracto sucesivo.

La clasificación de los contratos no responde únicamente a una indudable exigencia teórica, sino también a un indudable valor práctico, ya que existen normas de aplicación particular a determinadas categorías de contratos y no a otros.

En clasificación observamos, que la mayor utilidad podría ser la exacta calificación del contrato en sí, y su régimen. Debido a que cada contrato tiene estipulaciones concretas para la responsabilidad y el cumplimiento del mismo, existe la gran necesidad de calificarlos, para poder exigir el exacto cumplimiento del contrato que se realiza, y diferenciarlos de los demás.

Como lo he mencionado en la clasificación de los contratos, los explicaré de una forma somera, por no ser el punto fundamental de mi tesis, y únicamente como referencia y explicación más específica de los contratos.

Empezaremos dando una explicación de los contratos unilaterales y bilaterales.

El contrato unilateral es un acuerdo de voluntades que engendra sólo obligaciones para una parte y derechos para la otra. El contrato bilateral es el acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones en ambas partes esto se encuentra en nuestro Código Civil en sus Artículos 1835 y 1836.

Contratos onerosos y gratuitos es oneroso el contrato que impone derechos y gravámenes recíprocos. Es gratuito aquel en que los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra. Contratos consensuales, reales y formales:

Consensuales son los contratos que se constituyen y perfeccionan por el mero consentimiento o bien, que no necesitan de otro requisito mas que la voluntad de los contratantes para quedar obligados entre si.

Reales; son aquéllos contratos que para el perfeccionamiento precisan, además de consentimiento, la entrega de la cosa, sin este requisito no queda constituida la obligación como sería el caso del depósito o la prenda.

Formales; son aquéllos que solamente se requieren una forma especial, determinada, considerandose como tales, en primer término, los que requieren la intervención notarial.

Contratos preparatorios, principales y accesorios:

"Los autores califican de preparatorios a los que se encaminan a crear un estado de derecho como preliminar necesario y aplicable a la celebración de otros contratos posteriores; de principales a los que cumplen por si mismos un fin subsistente, sin relación con ningún otro y de accesorios a los que sólo pueden existir por consecuencia o en relación con otro contrato anterior"¹⁹.

¹⁹ RAFAEL DE PINA: "Derecho Civil Mexicano"; 2a. ed. Editorial Porrúa..S.A. México 1986. p.197

Nominados, Inominados y Mixtos:

Los contratos nominados son los que llevan un nombre especial ya sea que este dado o confirmado por una ley y con su sola situación el jurista conoce de su naturaleza y sabe los efectos que produce dicho contrato.

En la categoría de los contratos Inominados, entran los que no teniendo nombre especial, sacan de su misma causa su fuerza obligatoria, por tener los requisitos esenciales para llegar a ser obligatorios a las partes aunque no tengan un nombre determinado, además son celebrados legalmente y de manera lícita.

En la clasificación de los contratos llamados mixtos, como su nombre lo indica son aquéllos que en partes son nominados y en otra partes son Inominados.

De efecto inmediato y efecto diferido.

Los contratos en atención a su eficacia son, unos de efecto inmediato y otros de efecto diferido. Los de efecto inmediato quedan realizados en el momento mismo de su perfección, en tanto que los de efectos diferidos forman su realización posterior. Con esto explico de una forma breve la clasificación de los contratos sin profundizar en ello y únicamente para poder hacer una distinción entre cada uno de los contratos antes clasificados.

A).- LA OBLIGATORIEDAD EN EL CONTRATO.

En la obligatoriedad del contrato encontramos que su efecto principal es el carácter obligatorio, en este punto encontramos que en el Código Napoleónico, se expresaba enérgicamente la fuerza del contrato, diciendo que los convenios legalmente formados equivalen a ley para aquéllos que lo han hecho, en nuestra legislación también encontramos aseveraciones, como la de que los contratos legalmente celebrados deberán ser puntualmente cumplidos, esto se refiere a que los contratos deberán ser lícitos y cumplir con todas sus cláusulas, así como las secundarias o accesorias sobre el lugar, calidad, cantidad, condiciones, pago, y todo lo demás que forme parte del contrato.

Con relación a esto, podemos hablar de la confirmación del principio, el cual nos menciona que la validez y cumplimiento del contrato no se puede dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes: No podría ser válido este contrato, porque debe existir la voluntad de ambas partes para obligarse.

Ahora bien esta obligatoriedad de los contratos se basa en el acuerdo de voluntades que como hemos mencionado tiene fuerza de ley entre las partes, y podemos analizar que aún cuando la revocación del contrato por voluntad bilateral de ambos contratantes no es omnipotente, porque sólo podrá producir efectos para el futuro, y no así retroactivamente. Además, cuando el contrato ha creado derechos reales, deberán retransmitirse, esto lo estipula nuestro Código Civil en su artículo 1796 que a la letra reza:

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se

perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe al uso o a la ley.

Con esto podemos concluir que en la expresión que equipara la voluntad de las partes como una ley para cada una de ellas hay que aceptarla pero no en un sentido estrictamente literal, sino en forma metafórica, en el sentido de que ninguna de las partes puede sustraerse al deber de observar el mismo contrato debiendo cumplir y respetar lo estipulado en este y por consiguiente las obligaciones que contrae en la forma del mismo.

La intangibilidad del contrato: "de la obligatoriedad deriva como corolario otro efecto que consiste en la intangibilidad del contrato por cuanto que no puede una de las partes, por voluntad unilateral disolver o modificar el contrato"²⁰.

Con esto podemos ver que esta intangibilidad, nos dice que la validez y el cumplimiento de los contratos no se puede determinar por la autodeterminación de una sola de las partes. No se podría cambiar por un acto unilateral de alguna de las partes, salvo excepciones, como es el caso de la terminación por preaviso unilateral de cualquiera de las partes, tratándose de arrendamiento por tiempo voluntario, según el artículo 2478 del Código Civil. Como otra excepción encontramos la revocación del mandato y la renuncia del mismo, que se encuentran en el artículo 2596 del Código Civil. También se mencionan la separación o renuncia voluntaria del socio de la asociación civil o

²⁰ RAMON SANCHEZ MEDAL: "De los Contratos Cíviles", 9a ed, Editorial Porrúa, S.A., México 1988, p. 85.

de la sociedad civil y algunos otros que se indican en nuestro Código Civil. En este sentido tenemos la opinión de algunos tratadistas que nos hacen observar que estos derechos de revocación unilateral no son sino una consecuencia de los contratos mismos, aceptada desde el momento de su formación. Esta opinión creo que es la que se acerca más a la realidad, por lo que, aunque en nuestro Código Civil se mencionan las excepciones a las que hice referencia, estas son aceptadas por las partes desde el nacimiento o celebración de los contratos, entonces únicamente se sujetan a las cláusulas establecidas en estos contratos, y se admite que puede alguna de las partes en forma unilateral revocar o modificar el contrato, pero esto es posible porque en las obligaciones de estos contratos se da la aceptación para poder llevarlo a cabo así, y no en los contratos donde no se estipule con anterioridad o en el nacimiento del mismo contrato, estos no podrán revocarse o modificarse de manera unilateral ni se podrá estar el arbitrio de uno de los contratantes.

La relatividad del contrato. Para poder explicar esta relatividad tenemos que recordar la definición legal del contrato, los convenios que producen o transforman las obligaciones o derecho, toman el nombre de contratos y estos pueden ser determinadamente obligatorios o bien con efectos reales, o también se puede dar el caso de que sean en ambos efectos.

Suele considerarse que los contratos nunca dejan de tener efectos obligatorios como lo he mencionado en los efectos obligatorios de los contratos; pero sin embargo, en el contrato de hipoteca algunos tratadistas no contemplan que este tenga efectos obligatorios, y mencionan que solo se crea un derecho real

de hipoteca, también existe una corriente de tratadistas españoles, que dice que en dicho contrato existe también una obligación, que es la del acreedor hipotecario de cancelar la hipoteca al extinguirse la obligación garantizada. Para mi punto de vista esto no llega a constituirse como una obligación porque en ningún momento existe una coacción para el acreedor hipotecario, de cancelar la hipoteca al momento de extinguirse, y aparte, el Registro Público de la Propiedad puede cancelar directamente el gravamen hipotecario con la presentación de algún documento donde se estipule que la obligación garantizada ya se ha extinguido.

La relatividad en los efectos del contrato, consiste en que éste sólo aprovecha o perjudica directamente a las partes y sólo también para ellas crea derechos u obligaciones²¹.

Para entender más acerca de la relatividad explicaremos que se entiende por parte en un contrato, y tiene dos sentidos, uno formal y otro material.

El sentido formal es aquel, que menciona que las personas cuyas voluntades han concurrido en su formación, son las partes que forman el contrato.

El sentido material dice que por regla general, son partes en un contrato las personas que han emitido su voluntad en la aceptación que constituye el

²¹ RAMON SANCHEZ MEDAL: Op. Cit.; p. 87.

acuerdo de voluntades de ese contrato, y que son también los titulares del interés o de la relación jurídica materia de dicho contrato.

Por excepción y sólo cuando la ley así lo establece, es parte en un contrato la persona titular del interés o de la relación jurídica materia de este contrato, vemos aquí el sentido material, aunque no haya sido ella la autora de una de las voluntades que formó el consentimiento de dicho contrato, aquí encontramos el sentido formal.

Esto ocurre en los llamados contratos sobre el patrimonio ajeno, como en representación se encuentran los tutores, mandatarios, y los padres en ejercicio de la patria potestad. Así como los de sustitución, que encontramos al sindico, y al albacea.

Mencionaremos que el concepto de parte en un contrato no se identifica con el concepto de persona, sino que coincide con el concepto de centro de interés en el propio contrato.

B) OPONIBILIDAD DEL CONTRATO.

Trataré de hacer una breve explicación sobre la oponibilidad del contrato como complemento de lo anterior, con relación a los efectos de los contratos. Como he tratado de exponer existen efectos directos y ahora trataremos de distinguirlos de los efectos reflejos del contrato. Los efectos reflejos son los que derivan sobre todo, de los contratos con efectos reales, los

terceros tienen que respetar las transmisiones o constituciones de derechos reales derivados del contrato, y también las relaciones jurídicas creadas por el contrato en el caso de contratos obligatorios como el de arrendamiento, que se especifica en el artículo 2409 del código civil.

A estos efectos reflejos corresponde la oponibilidad a los terceros de los efectos del contrato. Estos efectos reflejos del contrato u oponibilidad a los terceros del mismo contrato se advierten, sobre todo, en los casos de enajenación o constitución de los mismos derechos reales por virtud de diversos contratos en favor de distintas personas no cotitulares, como por ejemplo:

Si un mismo crédito fue cedido por el mismo cedente a favor de varios cesionarios, pero no en cotitularidad, prevalece la cesión que primero se haya notificado al deudor. artículos 2264 y 2265 del código civil.

Como otro ejemplo, y aunque no se trate de derechos reales, si la misma cosa ha sido dada en arrendamiento separadamente a dos o más personas y por el mismo tiempo, prevalece el arrendamiento primero en fecha, artículo 2446 del código civil, y cuando se trata de arrendamientos que deben inscribirse en el registro público de la propiedad, sólo tiene valor el inscrito y si todos se inscriben prevalece el que hizo primero su inscripción en el registro.

IV.- ELEMENTOS DEL CONTRATO.

El Contrato consta de dos clases de elementos:

Elementos de Existencia que son el consentimiento y el objeto y Elementos de Validez, que se mencionan cuatro por nuestros legisladores y son; capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, forma en los casos que la ley los exija, y que el fin o motivo determinante sea lícito, esto es que no sea contrario a las leyes del orden público ni a las buenas costumbres ²².

Los mencionados requisitos generales de Existencia y de Validez tienen una gran importancia para el estudio de los contratos en general, pero resulta complicado y poco práctico cuando se trata de aplicar a cada contrato en particular, como lo mencionan algunos autores nacionales, por eso es más conveniente utilizar la doctrina española que estudia los elementos personales, los elementos reales y los elementos formales esto es aplicable a cada contrato en particular, donde podremos analizar sus peculiaridades relativas a los Elementos de Existencia y a los Elementos de Validez

Además de esta clasificación que hemos mencionado sobre los elementos del contrato, existe otra que tiene su origen en los escolásticos que indirectamente tiene cabida en nuestros Códigos, y en esta clasificación encontramos los elementos esenciales del contrato, que son los requisitos o cláusulas sin los cuales un determinado contrato no puede existir, recordando que los contratantes pueden poner las cláusulas que estimen pertinentes pero las que se refieren a los requisitos esenciales del contrato, se tendrán por puestas aunque estas no se expresen.

²² RAMON SANCHEZ MEDAL: Op. Cit.: p. 29.

También en esta clasificación encontramos los elementos naturales, que normalmente acompañan al contrato de que se trata por ser propios de su naturaleza pero como en nuestra legislación se señala estas pueden ser renunciadas en los casos permitidos por la ley o por pacto expreso en donde se supriman estas y por último encontramos a los Elementos accidentales, que se agregan a los anteriores por voluntad expresa de las partes, como el término, la condición y demás datos circunstanciales.

A).- ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

El primer elemento de Existencia como lo habíamos manifestado es el consentimiento el cual tiene dos sentidos: Como voluntad del deudor para obligarse y como concurso o acuerdo de voluntades. En la primera acepción que es la voluntad del deudor para obligarse tiene varios elementos para que esta situación pueda darse uno de los elementos relevantes sería el consentimiento de la parte que se obliga y en estos términos se exige que en el deudor exista una voluntad real, esto se refiere a que no este incapacitado para dar su libre voluntad como el caso de los ebrios consuetudinarios.

También esa voluntad debe ser seria y precisa, que en esta se de el consentimiento, no simulado, o con algún fin didáctico, o cualquier otro, donde no exista la voluntad para obligarse.

Esta voluntad debe exteriorizarse de manera expresa o tácita. La voluntad deberá tener un determinado contenido en esta podemos apreciar dos corrientes, una la que habla de la voluntad interna aunque ésta, para que tenga validez debe exteriorizarse, y la otra corriente que se enfoca a la voluntad declarada. Con estas dos teorías podemos confundir cual de ellas es la que ocupa un lugar en nuestro derecho, pero se basa en la voluntad interna declarada atendiendo que el derecho hace relevancia a los vicios del consentimiento que se pueden dar en la elaboración de un contrato, y que la voluntad interna que no se exterioriza carece de relevancia jurídica.

En un negocio jurídico también existen dos clases de declaraciones de la voluntad: Una de ellas se refiere a las Declaraciones Recepticias, que para producir sus efectos en derecho deben de estar dirigidas a una determinada persona para que tenga eficacia en el ámbito jurídico; y las Declaraciones no Recepticias son lo contrario como su nombre lo dice, en éstas, no es necesario que tengan un destinatario concreto o determinado para producir sus efectos no es necesario que se determine a una persona en particular como por ejemplo una promesa al público.

El consentimiento en su segunda acepción, como Acuerdo de voluntades, no existe cuando no hay coincidencia en las dos voluntades, y cuando se dan estas circunstancias es cuando se produce el error-obstáculo, que corresponde al error sobre el objeto cosa del contrato, estas circunstancias únicamente se dan por el mal entendido de las partes que intervinieron en la elaboración del contrato y también existe el error in negotio o error sobre la clase de contrato que se celebra

en este contrato existe un error en el tipo de contrato que se intentó celebrar y mientras una de las partes pensaba que se realizaba un contrato se estaba efectuando otro, recordando que no toda deficiencia en el consentimiento hace inexistente el contrato, pues hay vicios del mismo que afectan sólo la validez de un contrato existente, según acontece en el error-nulidad o error-vicio, y defectos que ni siquiera lesionan su validez, como ocurre con el error indiferente.

Existe también una etapa precontractual; donde existen tratos previos entre las partes, y se pone de acuerdo con respecto de las cláusulas y los elementos del contrato. Para llegar al acuerdo de voluntades, en esta etapa se presume que debe actuarse de buena fe, ya que si no fuera así, y uno de los contratantes tratara de causar un daño a la otra parte, estaría cometiendo un acto ilícito que tiene repercusiones en nuestra legislación, y genera la obligación de pagar los daños causados, ya sea que el que comete el acto ilícito intente impedir que contratara con otra persona, para que este no tenga esa utilidad, incurre en responsabilidad, y contrae la obligación de pagar los llamados intereses negativos.

El consentimiento, como acuerdo de voluntades se componen en dos partes fundamentales; la oferta o propuesta y la aceptación.

La oferta puede llevarse a cabo entre personas presentes sin fijar un plazo determinado para su aceptación, pero no tiene ninguna obligación, si la aceptación no se hace de inmediato, pero si el autor de la oferta pone un determinado tiempo, queda obligado hasta el término de este, porque al poner

un término esta llevando a cabo una declaración unilateral de la voluntad, que es una fuente de obligación a cargo del que fija el plazo, en este caso el oferente, y tendrá que mantener su oferta por todo el tiempo que se estipuló. Este es el llamado contrato entre presentes.

Cuando el contrato se realiza entre personas que no están presentes se denomina contrato entre ausentes. Como en el contrato entre presentes, si el autor de la oferta estipula un término este queda obligado a cumplirlo por todo el tiempo que dure, pero si no fija ningún término para su aceptación, el Código de Comercio establece un término de tres días para que el autor de la oferta quede obligado a mantener esta. Cabe mencionar que en el contrato entre ausentes es de gran importancia determinar el momento y el lugar en que se perfeccionó el contrato, para poder precisar su competencia y si había capacidad de los contratantes en el momento de celebrar el contrato, o para fijar en su caso el inicio de la prescripción.

El segundo elemento de existencia es el objeto. Como objeto de los contratos señala el Código Civil, la cosa que el obligado debe dar y el hecho que debe hacer o no hacer.

El objeto del contrato, consiste consiguientemente en toda prestación de dar, hacer o no hacer simple o compleja, realicese por una de las partes o por ambas²³.

²³ RAFAEL DE PINA.- "Derecho Civil Mexicano".- 2a. ed., Editorial Porrúa S.A., México 1966, p. 292.

Conforme a la definición legal del contrato, el objeto de este es la creación o la transmisión de las obligaciones, en este caso estamos hablando del objeto directo o inmediato.

Este objeto también puede ser indirecto o mediato del contrato, el cual lo podríamos explicar como la prestación de una cosa, la cosa misma, o bien la prestación de un hecho o el hecho mismo, mencionando que el objeto del contrato puede ser no solo crear o transmitir obligaciones, sino también crear o transmitir derechos reales.

Considerado ya el objeto mediato o indirecto del contrato, la prestación de cosa puede consistir: o en la enajenación de una cosa cierta o un derecho real, en la concesión del uso o goce temporal de una cosa cierta, o en la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

El objeto-cosa del contrato o la cosa objeto del contrato debe de revestir ciertas características como son: Que debe existir en la naturaleza; ser determinado o determinable en cuanto a su especie; y estar en el comercio.

La cosa debe de existir, porque de lo contrario no habría objeto y podría ocasionar un interés negativo, que la parte que contrató de buena fe tendrá el derecho de obtener una utilidad como si este se hubiera llevado a cabo, siempre y cuando la otra parte actúe de mala fe y tuviera conocimiento que el objeto del contrato ya no existía en la naturaleza.

También este objeto debe ser determinado o determinable en cuanto a su especie y a su cantidad, al referirnos que sea determinable encontramos que el objeto cosa del contrato se puede dividir o puede consistir, en una cosa cierta y concreta como sería la venta de un inmueble determinando su ubicación y sus características.

La otra división sería la del género que podríamos determinarla como la cantidad que produzca una cosecha en un tiempo determinado, se cuenta todo el conjunto o la producción de este, o que se especifique, si es una o varias toneladas para determinar el objeto del contrato.

Otro punto importante, es que la cosa objeto del contrato exista en el comercio, por ser imposible que algo que este fuera del comercio, pudiera ser objeto de un contrato, como lo estipulan nuestros códigos, y sólo aceptando algunas excepciones que se mencionan en los mismos, como sería con los arrendamientos a particulares en los entornos federales, o el comodato de pinturas y obras artísticas para su estudio o exposición, por citar algunos casos de excepción en donde el objeto no esta totalmente en el comercio.

B).- ELEMENTOS DE VALIDEZ.

Los elementos de validez, la ley nos menciona cuatro y son: La capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la forma, únicamente en los casos que la ley lo exija, y por último que el fin o motivo determinante sea lícito, que no sea contrario a las leyes del orden público, ni a las buenas costumbres.

El primer elemento de validez que explicaremos es, la ausencia de vicios del consentimiento; y para este estudio tendremos que mencionar cuales son estos vicios del consentimiento.

Los vicios del consentimiento son: El error, la violencia y el dolo. El consentimiento no es válido, según disposición expresa de la ley cuando este ha sido dado con error, arrancado con violencia o sorprendido por dolo. Art. 1812 del Código civil vigente.

Hablaremos del error y empezaremos dando una definición, llamamos error: "a la disconformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas; aunque diferente de la ignorancia, que es la falta de ciencia o de conocimiento perfecto de las cosas, el derecho asimila estas palabras"²⁴.

El error también lo podemos considerar como lo contrario a la realidad, o en contra del conocimiento científico. En el derecho el error es una manifestación del consentimiento, en cuanto que el sujeto se obliga de una creencia falsa.

Existen grados en el tipo de error y únicamente mencionaremos estos y son: 1.- Error destructivo de la voluntad, origina la inexistencia, y se denomina

²⁴ ROJINA VILLEGAS: "Derecho Civil Mexicano", citado por RAFAEL DE PINA: op.cit; p. 288

error desbordado. 2.- Error que vicia la voluntad y motiva la nulidad relativa. 3.- Error independiente, para la validez del acto jurídico.

El Código Civil vigente menciona tres tipos de error; el de derecho, el de hecho y el de cálculo.

EL ERROR DE HECHO, es únicamente cuando este recae, sobre el motivo determinante de la voluntad de las partes, vicia el consentimiento nulificando el contrato. Nuestro Código Civil en su Art. 1813 menciona. El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste, en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

EL ERROR DE DERECHO, en nuestro Código establece que este error puede llegar a nulificar el acto o contrato, y se da cuando la causa que determina proviene de una creencia falsa respecto a la existencia de una norma jurídica, de tal manera que es lo que motivó para la celebración del contrato debido a la mala interpretación de esa norma, y si tuviera conocimiento de esa norma no hubiera celebrado ese contrato, aquí encontramos una pequeña controversia al respecto, que dice, que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento y los legisladores han tratado de explicar, que en estos casos cuando se puede comprobar que no se actuó de mala fe, que no hubo una intención de violar la ley, ni existe algún problema de interés público, pudiera no anular el contrato,

porque se puede considerar que son casos distintos el error de derecho, y el de ignorancia de la ley, este es uno de los problemas que nos encontramos y que es esencial determinar si se actuó de buena o mala fe.

Por último se encuentra el error de cálculo o de aritmética, este sólo da lugar a la reparación o rectificación del cálculo hecho, únicamente se tendrán que hacer las medidas correctas mediante un proceso y este error no trae consecuencias jurídicas, únicamente el de arreglar los cálculos hechos para cumplir con la voluntad de las partes.

Otro vicio del consentimiento sería el dolo, y la mala fe.

La definición de dolo es todo engaño cometido en la celebración de un acto jurídico, este es un vicio de la voluntad o del consentimiento siempre y cuando éste induzca al error y además que sea el motivo determinante de este error, con esta explicación podemos decir que tenemos dos clases de errores en lo que respecta al dolo, uno es el caso de un error fortuito, que no se debe por ninguna de las partes, ni por un tercero y el otro, es en el cual si se utiliza el dolo y presupone que una de las partes o un tercero ha tratado de engañar o de fingir algún acontecimiento para inducir al otro a cometer un error por medio de maquinaciones y artificios buscando que caiga en el error, pero en el supuesto que estas maquinaciones y artificios no produzcan que la otra parte caiga en el error, el contrato tendrá plena validez porque la voluntad de las partes se llevó a cabo y el dolo de una de éstas no afectó la voluntad o consentimiento de las partes.

Algunos tratadistas confunden en un concepto al dolo y a la mala fe, pero nuestro Código Civil hace una clara distinción entre cada uno de estos preceptos, entendiendo por dolo cualquier artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él alguno de los contratantes y por mala fe se entiende la disimulación del error de uno de los contratantes una vez que ha sido conocido, pero ni elabora ningún artificio o sugestión para inducir al error, únicamente guarda silencio de algún error que se ha dado cuenta y actúa de mala fe al ocultarlo.

En el caso de que existiera dolo de ambas partes ninguna de ellas puede reclamar algún tipo de indemnización a la otra.

También como se estipula en nuestro Código Civil la mala fe de una de las partes, que consiste en la disimulación del error una vez conocido, por parte de aquella (1815, in fine), se equipara en sus efectos al dolo como vicio de consentimiento Art. 1816 del código civil vigente.

El Código también hace mención que si se tiene conocimiento del dolo y la persona que fue afectada por esos artificios, ratifica el contrato, no podrá en lo futuro reclamar por este como si fuera un vicio del consentimiento.

El último vicio del consentimiento es la violencia, que se entiende por ésta la violencia física o moral hecha sobre una persona, para intimidarla y

promover que haga algo contrario a su voluntad mediante la violencia o la intimidación.

El contrato que se celebre con violencia ya sea por alguna de las partes o por un tercero en todos los casos producirá la nulidad del mismo.

La violencia tiene dos requisitos un objetivo y un subjetivo.

El aspecto objetivo menciona que hay violencia, mediante amenazas, y el objeto del contrato se vea afectado por un vicio, estas amenazas deben de ser de tal grado que pongan en peligro la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante o de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado, esto lo menciona el artículo 1819 de nuestro código civil.

Por otra parte tenemos el aspecto subjetivo, que se necesita que esas amenazas sean de tal magnitud que pueden llegar a impresionar a una persona razonable con esto trataremos de explicar que las amenazas deben ser graves y que realmente pueden influir en la voluntad de la parte amenazada.

Ahora bien, no se puede considerar como violencia el temor reverencial, este es el temor que se le puede llegar a tener a las personas a los cuales se les debe respeto y sumisión, no basta según nuestro código para viciar el consentimiento.

La violencia da origen a la Nulidad relativa del contrato, este vicio sólo puede invocarlo el afectado, pero una vez que haya cesado la violencia, puede llevarse a cabo por la voluntad del afectado.

La lesión, algunos tratadistas no la consideran como un vicio del consentimiento, por lo que se refiere al daño derivado del desequilibrio de las prestaciones recíprocas de un contrato oneroso. Un Doctrinario como lo es, Rafael de Pina menciona que la "lesión no como un vicio del consentimiento, sino como una circunstancia que la ley ha creído conveniente erigir en causa de rescisión, para proteger a la parte perjudicada²⁵.

Podemos decir que la lesión esta muy ligada al estudiarse la teoría de los vicios del consentimiento y algunos autores la consideran como un vicio más del consentimiento por que se integran los elementos necesarios, como sería el elemento objetivo, el cual sería obtener un lucro excesivo, y el elemento subjetivo, que sería explotar la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro.

Nosotros nos adherimos o nuestra legislación, en donde la lesión no es considerada como un vicio del consentimiento, pero aceptando que ésta puede producir la nulidad en cualquier contrato.

El segundo elemento de validez, es la capacidad, y al respecto el código civil nos menciona:

²⁵ Cf. RAFAEL DE PINA: op. cit; p. 287.

Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley, artículo 1798 del Código Civil del Distrito Federal.

Existen dos tipos esenciales de capacidades, la capacidad natural y la capacidad legal.

La capacidad natural es la aptitud reconocida por la ley, para poder celebrar por sí mismo un contrato, carecen de tal aptitud legal, los que se mencionan en el artículo 450 del Código Civil.

Hay menores, sin embargo, que tienen capacidad de ejercicio o legal, como son los emancipados, y esta es una excepción que está reglamentada en el artículo 643 del código civil.

Así mismo, son capaces para contratar, los menores, cuando lo hacen respecto de bienes que han adquirido ellos, con el producto de su trabajo, artículo 429 del código civil.

La incapacidad que pudiera llevarse a cabo por falta de capacidad de ejercicio o legal nos llevaría a una acción de nulidad relativa.

Sobre la capacidad natural o de goce, mencionaremos que es la capacidad natural de los individuos, que se encuentra limitada por la ley, y encontramos la incapacidad de goce, es cuando una persona no puede contratar

ni por sí, ni por medio de representante porque la ley así lo estipula y daremos algunos ejemplos: Los profesionistas no pueden celebrar contrato de prestación de servicios profesionales, sin el título respectivo. artículo 2608 del código civil, otro ejemplo son los incapaces que no pueden hacer donaciones ni aun por medio de tutor artículo 576, por último mencionaremos a los extranjeros que no pueden comprar ni adquirir por contrato, los bienes inmuebles ubicados en las fronteras o en las costas artículo 274 del multicitado código, todos estos son ejemplos de falta de legitimación para contratar.

El tercer elemento de validez, es la forma, y esta es aplicable únicamente en los casos que la ley lo exija, como lo determina el artículo 1832 del código civil, en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que a parezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Los motivos esenciales para revestir de una forma los contratos en la actualidad, es el interés público para evitar litigios, dotando de precisión las obligaciones adquiridas, induciendo a una mayor reflexión a las partes contratantes, todas estas como ventajas que explican la formalidad exigida en la mayor parte de los contratos reglamentados.

Finalmente, aunque la falta de formalidad exigida por la ley hace que el contrato sea inválido, mientras que este no revista la forma requerida; mencionamos que tal defecto de formalidad sólo produce la nulidad relativa del

contrato, y no impide que dicho contrato produzca provisionalmente sus efectos, hasta que se declare su nulidad, pero si la voluntad de las partes ratifican este contrato y cumplen con las formalidades establecidas por la ley, el contrato será válido.

El último elemento de validez, es que el fin o motivo determinante sea lícito, y también se estipula que la ilicitud en este fin o motivo determinante en un contrato, traiga consigo la invalidación del mismo.

Cuando es falso el fin o motivo determinante del contrato, es anulable este, en virtud del error en que se incurre, o del dolo con el que se ve afectado el contrato.

Ahora bien, la inclusión de la licitud en el fin o motivo determinante del contrato, como un elemento de validez, no atenta contra la seguridad de las transacciones, ni tampoco interviene en el terreno jurídico la aceptación de la reserva mental o de los motivos internos que haya tenido cada parte para celebrar un contrato determinado.

Para que este fin o motivo lo consideremos como ilícito y pueda producir la acción de nulidad, es menester que las dos partes y no una sola, hubieran coincidido y exteriorizado el mismo fin o propósito, bien sea por que así lo han declarado expresamente, o porque las circunstancias que acompañaron al contrato resultaran que ese fue el motivo para que las partes contrataran. Con esto explicamos los elementos de validez en los contratos.

"CAPITULO SEGUNDO"
CONTRATOS MERCANTILES

I.- CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL

A).- Derecho Mercantil Evolución Histórica

II.- OBLIGACIONES MERCANTILES.

**III.-CAUSAS, INTERPRETACION Y EFECTOS DE LOS CONTRATOS
MERCANTILES**

A) Situaciones que afectan el objeto, la causa y el consentimiento de los contratos mercantiles.

B) La interpretación del contrato mercantil.

C) Efecto de los contratos mercantiles.

CONTRATOS MERCANTILES

I.- CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL

Para poder dar un concepto sobre el derecho mercantil es muy importante hablar primero sobre el acto de comercio por considerar que si no es exclusivamente este el regulador sobre la materia mercantil si es un punto fundamental para esta. Podemos observar que nuestro Código de Comercio, regulador de la materia mercantil en nuestro sistema jurídico, nos indica que este está delimitado en razón a los actos de comercio, aunque como ya lo he mencionado no es su único contenido, ahora citare a Garriges que ha escrito a este respecto "Esto no quiere significar que el acto de comercio absorba por completo el Derecho Mercantil. Significa sencillamente que el acotamiento del Derecho Mercantil se realiza por medio de los actos de comercio, porque en estos son los que tienen un tratamiento especial al de los actos sometidos al derecho civil"²⁶.

Tenemos otros puntos de vista dado por diferentes autores donde mencionan que el acto de comercio es aquél en que la intervención de un sujeto obviamente El comerciante implica una diferente relación con los bienes que este maneja, aquí surge la figura de la intermediación para obtener un mayor provecho y un lucro.

²⁶ JOAQUIN GARRIGUES: "Tratado de Derecho Mercantil", citado por ROBERTO L. MANTILLA MOLINA: Derecho Mercantil, 7a Ed, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, p. 23.

Con todo lo anterior, queremos decir que en esta intermediación lo que se procura es que mediante la actitud comercial de una manera profesional y con la especulación respectiva, los comerciantes estarían llevando a cabo actos mercantiles y por lo mismo esto les da su carácter de comerciantes.

Pero en esta figura encontramos unas pequeñas diferencias, las cuales son contrarias en nuestro sistema jurídico, siendo estas, que en los supuestos de la intermediación únicamente se habla de que los comerciantes; fueren estos los únicos que llevaron a cabo actos de comercio, y en la realidad cualquier persona puede realizar actos de comercio sin ser necesariamente un comerciante.

Esto lo podríamos explicar de la siguiente manera, en un principio las leyes mercantiles fueron esencialmente creadas para los comerciantes, en esta se implicaba la calidad a los actos que daban origen y estos eran los actos de comercio. Pero como lo había dicho con anterioridad esto fue al principio donde las leyes mercantiles, fueron hechas únicamente para la calidad antes mencionada pero con el avance de la sociedad y el derecho su evolución ha creado grandes cambios como es, el que en nuestra legislación se habla de que los actos que son considerados por las leyes como mercantiles, si estos actos son efectuados sin el propósito de especular o de tener un propósito profesional de obtener en la mencionada intervención un provecho o lucro de manera duradera, aunque éstas en algunos casos se puede especular o tratar de obtener un lucro inmediato, no dejaran estos de ser mercantiles a pesar que en todos los supuestos antes mencionados, no exista la intervención de un comerciante. Encontramos que su

mercantilidad la obtienen del acto que se efectúa para llegar a hacer un acto de comercio o con la calidad de mercantil.

Para entender mejor esto de la calidad del acto, para que este sea mercantil, podemos mencionar que:

"La calificación de mercantil de un acto, se obtiene ya sea porque se interpone un comerciante en su ejecución, o bien porque el acto tiene ese carácter, independientemente de la participación de un comerciante, es el llamado criterio subjetivo y objetivo del acto de comercio"²⁷.

Este criterio tuvo diversos puntos de vista unos a favor y en contra esencialmente no fue aceptado por insuficiente, porque al mencionar que algunos actos son mercantiles porque se hacen por comerciantes y otro son aun que no se hagan con esa intervención, implica renunciar a dar una noción tanto en unos como en otros.

Por eso algunos tratadistas utilizan las expresiones; sistema subjetivo y sistema objetivo, esto es debido a la evolución que ha tenido la legislación mercantil, por eso se hace esta distinción, en el sistema subjetivos estas leyes mercantiles eran hechas para el grupo de comerciantes que llevaban a cabo actos mercantiles, después se hablo de la intervención de personas que no eran comerciantes y realizaban actos mercantiles, es cuando se da la otra clasificación del sistema objetivo, esto implica la aplicación del derecho no en el dato de

²⁷ OSCAR VASQUEZ DEL MERCADO: "Contratos Mercantiles", 4a Ed. Editorial Porrúa, S. A., México 1992, p. 47

pertenecer a un grupo como es el de comerciante sino el dato real de la actividad mercantil.

Ahora bien, los tratadistas han intentado dar una definición a los actos de comercio la cual ha encontrado múltiples problemas porque ninguna de estas ha sido en su totalidad aceptada debido a sus múltiples facetas, casi ilimitadas, y esto lo podemos apreciar en nuestro propio Código de Comercio donde este no define al acto de comercio sino que únicamente se limita a enumerarlos, a una serie de actos a los que otorga esta calidad, con estos problemas se ha intentado desarrollar sistemas para la determinación de los actos de comercio, y se han llevado dos sistemas al respecto el subjetivo y el objetivo que antes ya se habían mencionado, tratando de explicar los puntos de cada sistema para dar la calidad de actos mercantiles.

Como ya había mencionado el Código de Comercio, sólo enumera los actos de comercio y se encuentran en el artículo 75 de este ordenamiento, en el entendido que estos no son los únicos actos, porque se mencionan la mercantilidad de determinados actos en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en otros ordenamientos pero me limitaré a los especificados por el Código de Comercio por así convenir al desarrollo de este capítulo.

Con la interpretación analógica de los actos de comercio, que se encuentran en el citado artículo 75 del Código de Comercio; encontramos que esta enumeración legal no es limitativa o taxativa, sino simplemente enunciativa, y así encontramos que en la fracción XXIV del multicitado artículo 75 del

Código de Comercio, establece que cualquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este Código, tendrán esta calidad, con esto prevé el Código de Comercio la ampliación, mediante la analogía para regular todos los casos no expresamente contemplados, este principio de analogía es un principio de igualdad jurídica, el cual podemos explicarlo que en todos los casos que exista similitud deben de regirse por las mismas leyes.

Por otra parte según nuestra legislación y nuestro sistema jurídico, los actos de comercio citados por el artículo 75 del Código de Comercio son susceptibles de interpretación extensa y análoga, para el efecto de considerar como comerciantes o actos semejantes a los comprendidos en nuestra legislación mercantil, retomando este artículo en su parte final también menciona que en caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitro judicial.

Después de esta breve introducción y ver la complejidad de los actos de comercio, trataremos de dar diferentes definiciones acerca del Derecho Mercantil, para adentrarnos con este al estudio de los contratos mercantiles en general y poder explicar sus elementos, su objeto, hasta llegar a los efectos de los contratos mercantiles y con esto al estudio en lo particular de el tema en cuestión; que es el de la simulación como causa de nulidad de los contratos mercantiles.

Ahora bien, daremos algunas definiciones del concepto de Derecho Mercantil, iniciando con la definición en la cual el derecho mercantil tiene que relacionarse con el comercio, pero no es su única características y debe atenderse

al comercio no únicamente en su sentido económico o vulgar sino uno más extenso, con esto daremos la siguiente definición.

"El Derecho Mercantil, es el sistema de normas jurídicas que determina su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dados a ciertos actos, regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlo"²⁸.

Otra definición la obtenemos en otros tratadistas la cual considera al Derecho Mercantil como aquélla rama del derecho privado, que resulta del conjunto de normas que regulan las relaciones entre particulares considerados mercantiles por el legislador, esta definición es posterior a la primera, dada en esta tesis, en la cual se pueden observar algunas similitudes.

Seguiremos dando diferentes definiciones para ver la similitud o desigualdades de los conceptos sobre el derecho mercantil.

Encontramos la definición de ROCCO donde lo define "como aquél que regula las relaciones de los particulares nacidos de la industria mercantil o asimiladas a ella, en cuanto a su régimen y ejecución judicial"²⁹, en esta definición al igual que el tratadista Roberto L. Mantilla Molina, estamos en desacuerdo en tanto que esta, no hace ninguna mención al respecto sobre el régimen jurídico de los sujetos del derecho mercantil y en esto encontramos una

²⁸ ROBERTO L. MANTILLA MOLINA: Op. Cit: p. 23.

²⁹ ALFREDO ROCCO: "Principios de Derecho Mercantil"; citado por. ROBERTO L. MANTILLA MOLINA: Ibid. P. 24.

de las principales diferencias con respecto a la definición completa que debe de existir en relación al derecho mercantil.

Otra definición la encontramos con Garriges, con referencia al derecho español, dice que es el "que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de industrias mercantiles organizadas (actos de comercio propios) y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes (actos de comercio impropios), que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante individual como social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales"³⁰.

La definición de Ripet menciona que "El derecho comercial es la parte del derecho privado relativa a las operaciones jurídicas realizadas por los comerciantes; sea entre sí, sea con sus clientes el derecho comercial rige también los actos de comercio sin consideración a la persona de su autor"³¹.

Ahora la definición de Heinsheimer, "considera al derecho mercantil como el derecho privado especial de los comerciantes"³², este sólo podría ser aceptado en un sistema puramente subjetivo.

La definición que daremos es la Barrera Graf y es "aquella rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las

³⁰ JOAQUIN GARRIGUES, Op. Cit; citado por: ROBERTO L. MANTILLA MOLINA: Op. Cit: p. 24

³¹ GEORGE RIPET: "Traité Elementaire de Droit Comercial", 9a Ed, Paris 1997, citado por Ibid.

³² KARL HEINSHEIMER: "Derecho Mercantil", Núm. 1; citado por Ibid.

empresas, la actividad del comerciante individual y colectivo, y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles"³³.

Antes de dar una definición propia respecto del Derecho Mercantil es preciso establecer el campo de acción del derecho mercantil; para conocer realmente si este es el conjunto de normas que rigen las relaciones jurídicas con relación al comercio.

Con respecto a esto decimos, que es el derecho del comercio, y este lo conocemos como aquél que puede producir mercancías y hacerlas circular para disposición de consumidores obteniendo un lucro.

Atento a lo anterior, podemos decir que las relaciones jurídicas que se dan en el comercio se regulan por leyes mercantiles, toda vez que estos se dictan para los comerciantes y para actos de comercio, aclarando que no todas las leyes mercantiles se dictan para los comerciantes, existen normas que son de otras disciplinas, y que son aplicables a la legislación mercantil.

Este concepto de derecho mercantil, considero que está sujeto a las disposiciones legales de cada país, y en nuestro sistema jurídico que se atiende principalmente a los actos de comercio, el concepto de derecho mercantil tendrá que basarse en este. Pero encontramos que en nuestro Código no se da un concepto de lo que es un acto de comercio, sino que únicamente menciona estos en su artículo 75 del Código de Comercio, por lo que podríamos pensar que

³³ JORGE BARRERA GRAFT: "Tratado de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa S.A., México 1957, citado por *Ibid.*, p. 24.

los actos de comercio son los establecidos en este ordenamiento. De aquí mencionaríamos que el derecho mercantil es aquél que regula los actos de comercio. El concepto es acertado, porque está basado en nuestro código.

Pero pensar que únicamente del estudio de los actos de comercio mencionados en nuestro código podríamos dar un concepto absoluto de derecho mercantil sería equivocado, porque estaría bien pero sólo en un principio, como habíamos dicho antes, está basado en nuestro código, donde están enumerados los actos de comercio, pero debemos mencionar que sería incompleto este concepto debido a que hay actos que se comprenden en la materia mercantil, que no están abarcados por el artículo 75 del Código de Comercio, por no ser actos que el propio código regule, se trata de actos de otras materias que tienen aplicación en la actividad comercial y que regulan normas propias de otras instituciones, no debemos olvidar que hay actos que sin ser mercantiles y encontrarse regidos por otras leyes caen en la materia mercantil, por eso si nos basamos únicamente en los actos mencionados en el artículo 75 del multicitado Código, daríamos una definición pero no absoluta por lo antes mencionado.

Con esto lo único que podemos agregar es que en nuestro sistema jurídico, para determinar el concepto de derecho mercantil nos tenemos que basar principalmente en los actos de comercio establecidos en el artículo 75 de nuestro Código de Comercio, en el entendido como ya lo he citado, estos no son los únicos actos que tienen una aplicación en el Derecho Mercantil.

A).- El Derecho Mercantil, evolución histórica en lo que respecta al derecho mercantil, para poder determinar su aparición como derecho autónomo, nos tenemos que remontar a la edad media donde encontramos las primeras legislaciones con respecto al comercio, esta aparición no se dió al principio de esta época sino al terminar esta, específicamente en el movimiento llamado las cruzadas, después de este llegó la época de los municipios y el mundo empezó a tener un reconocimiento con respecto al comercio, siendo Italia el lugar donde se concentró el mayor número de Industrias y Comercio. Debido al gran crecimiento que tuvo el comercio en esta etapa, se volvió insuficiente el antiguo derecho Romano y tuvo que surgir un nuevo orden jurídico, que al comienzo sólo se reglamentó por medio de la costumbre, y después llevándolo a un orden jurídico con leyes ya escritas, que recibieron el nombre de estatutos, el conjunto de estas leyes se les denominó como Derecho Estatutario, este era un derecho especial que no se basaba tanto en formalismos o a derechos históricos, sino que era un derecho más práctico, eficaz y sencillo que el Derecho común, era un derecho más espontáneo que a la vez intentaba ser equitativo y equilibrado, sobre todo para los que realmente era un derecho especial, era para la clase de los comerciantes.

Cabe mencionar que este derecho estatutario es el primer ordenamiento jurídico autónomo sobre el derecho mercantil y da origen la mayor parte de este al derecho moderno. Este derecho mercantil estaba íntimamente ligado a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes que se organizaban en las ciudades comerciales medievales, esto tenía un fin, el de la defensa de los intereses de la clase comerciante, éstas corporaciones de mercaderes estaban

organizados de una manera muy avanzada, no sólo se regían por sus estatutos escritos, sino que establecieron tribunales de mercaderes que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos o costumbres de comercio.

Ahora trataremos de dar una breve explicación de la manera que dichos gremios o corporaciones se establecían. Al mando de estas corporaciones se encontraban los funcionarios más importantes, que se les denominaba Cónsules, su nombramiento podía durar de 6 meses a un año, al entrar a su cargo éstos Cónsules tenían que jurar, el buen desempeño de su trabajo y administrar bien la corporación, este juramento se publicó y contenía reglas administrativas, procesales, industriales etc., se transcribían en volúmenes llamados estatutos, no tenían un orden lógico o cronológico, esto creó una inexacta aplicación de los estatutos por sus frecuentes contradicciones, y para evitar este tipo de confusiones se creó una magistratura especial, formada por los comerciantes más acreditados y recibieron el nombre de "statutori o emmendator"; de esta suerte, los contratos de cambio, de sociedad, la quiebra, las reglas de procedimiento, encontraron en esos estatutos una disciplina cada vez más metódica.

Esta dió un giro a la justicia de esa época, debido a que regida por estos estatutos la justicia se administra de una manera distinta, a la que se había observado anteriormente, ahora se administraba en primera instancia por los Cónsules en un tribunal especial para dirimir controversias a esto se le llamaba Consulado, el cual necesitaba de la asistencia de un jurisconsulto o de dos o más comerciantes, se llevaba a cabo en un procedimiento muy breve con términos de

dos o tres días, tratando de ser lo más equitativo posible, en estos tribunales especiales tenían que presentarse los comerciantes en contraversión en forma personal se prohibía la representación de ellos o de la asistencia de un abogado o patrono.

Cuando los tribunales estimaban que la causa de la litis había sido suficientemente instruida, procedían inmediatamente a dictar su sentencia para evitar más alegatos o el surgimiento de alguna otra controversia. En un principio la apelación era inoperante, pero tenían una excepción, en los negocios muy graves se permitía este recurso, de este conocían otros comerciantes que resolvían, que se les denominaba "supra consul".- en los casos que eran diferentes los fallos, podía recurrirse a una tercera decisión, que era pronunciado por el Consejo General de Mercaderes teniendo que optar por alguno de los fallos dado con anterioridad.

De este modo nacía el derecho mercantil basado en los comerciantes, que eran los Cónsules, los supracónsules, y los estatutores que redactaban este derecho, y hasta la Asamblea General estaba compuesta por estos.

Esta legislación estatutaria es la que gobernó la actividad mercantil de Italia desde el siglo XII hasta principiar el XIX, y de esta corriente se ha derivado de un modo directo el contenido de los Códigos que rigen esta materia.

Entre estas normas consuetudinarias, surgieron verdaderos ordenamientos mercantiles que citaremos a continuación: el Consulado del Mar, de origen

Catalán, los Rrooles de Olerón rigieron las decisiones sobre el comercio marítimo; los Capitulare nauticum, que reglamentaban en Venecia.

No debe olvidarse la importancia de las Ferias Medievales que tuvieron una gran influencia en el derecho mercantil, éstas surgieron en Francia, y en estas ferias venían comerciantes de diversas regiones, existen autores que creen que de ahí fue donde tuvo su origen la letra de cambio.

De aquí pasaremos a los tiempos modernos cuyo principio señala acontecimientos sumamente importantes que operaban en el mundo del comercio, primero el descubrimiento de América y después el paso a las Indias Orientales por el Cabo de buena Esperanza, la actividad comercial abandonó entonces el Mediterráneo.

La caída de las grandes ciudades comerciales italianas, declinaron rápidamente en el comercio, no así las ciudades occidentales que pasaron a ocupar un dominio determinante en todo lo relacionado con el comercio.

Como lo he mencionado, este surgimiento de nuevos estados comerciales es la consecuencia de la decadencia de los gremios existentes en la edad media, aunque podemos apuntar que a fines del siglo XVI se publicó en Rúan una compilación privada, el guión de la Mar, de especial importancia para el seguro marítimo, pero después de esta compilación la actividad creadora de normas, va a pasar en su integridad para elaborar estas normas jurídicas al poder del Estado. Esto es debido al gran crecimiento del comercio y ver que las antiguas

compilaciones no tenían el carácter obligatorio y no eran para todas las personas, sino que únicamente eran para los comerciantes, las manifestaciones más importantes de esta actividad legislativa en materia mercantil, fueron las ordenanzas llamadas de Colbert, sobre el comercio terrestre y el marítimo.

Estas ordenanzas, eran las primeras codificaciones reales del derecho mercantil que dan una gran importancia a Francia, pues tuvieron el honor de producir la primera codificación en esta rama del derecho. Ellas fueron las que prepararon con más de un siglo de anticipación el actual Código de Francia, que es el padre de todos los Códigos modernos, el gran mérito de estas ordenanzas fue la recopilación que se hizo, en base de encuestas, entre comerciantes y marinos, tratando estas ordenanzas de no repetir errores pasados y de no llegar a contradicciones que impedían el funcionamiento de un precepto legal, estas ordenanzas aunque sus leyes tenían un fundamento legal, las necesidades humanas de seguir progresando, así como el derecho que está en una continua evolución, no pudieron satisfacer todas las necesidades que el derecho francés necesitaba, debido en gran parte al gran número de ordenanzas posteriores, todo ello determinó que se llevara a una revisión general de las leyes mercantiles y que se nombrará al fin, una nueva comisión para revisar estas ordenanzas, pero los graves acontecimientos políticos que azotaban en esas fechas impidieron llevar a cabo la tarea de revisar las mismas, y no fue sino después de veinte años que se empezó con esta revisión.

Después de la Revolución Francesa de 1789, ya en el siglo siguiente bajo las ideas revolucionarias, en una época contemporánea empezó la idea de que

debería ser la ley escrita la que rigiera las relaciones de los ciudadanos; entonces se creó una comisión para redactar el Código Civil, también se nombró otra comisión para que preparara el Código Mercantil.

Pero ante la Asamblea constituyente no llegó a presentarse proyecto alguno de Código de Comercio por más que se decretó su formación, sin embargo esa misma Asamblea dictó una gran medida preparatoria, aboliendo de un golpe el deplorable régimen de las corporaciones que regían la industria y el comercio; proclamando un derecho del hombre, con la libertad de trabajo en todas sus manifestaciones lícitas.

A virtud de un decreto consular elaborado en abril de 1801, se nombra una nueva comisión, que consiste en siete miembros, que tienen a su cargo redactar el proyecto del Código Mercantil.

En un principio este proyecto tuvo muchos problemas pues se creó un grupo de tres miembros, nombrados por la comisión redactora para analizar todas las observaciones que había tenido este proyecto, en este periodo permaneció sin discutirse en el Consejo de Estado, hasta que una crisis hacendaria que determinó muchas quiebras escandalosas, hizo que Napoleón ordenara que se emprendiera de nuevo el proyecto ya elaborado, hasta que este proyecto se transformó en ley, comenzando a regir el 1.º de enero de 1808.

Este Código Francés, también denominado Código de Napoleón, siguió y en parte reproduce las célebres ordenanzas de Colbert.

Este Código tiene muchas peculiaridades, pues se vuelve predominantemente objetivo, con esto abandona el carácter anterior de las ordenanzas que eran en su totalidad subjetivo, con este queremos decir, que este Código no se funda únicamente en el carácter de comerciantes para que sea de competencia mercantil sino que su principal aportación son los actos de comercio, que no importa quien las haga mientras sean actos de comercio, los tribunales mercantiles podrán conocer de ellos, el elemento subjetivo antes mencionado no se abandona en su totalidad, en cuanto que se presumen mercantiles los actos realizados por un comerciante, pero lo básico es el acto de comercio, ya que basta realizarlo para que se aplique el derecho comercial.

Este Código de Napoleón ejerció una gran influencia y es uno de sus más grandes atributos, ya que en gran cantidad de países siguieron su contenido, para redactar sus propios Códigos y casi imitar en su totalidad al Código Francés.

Ahora bien, trataremos de explicar en forma breve la aparición de este derecho mercantil en México. Como es lógico en un principio este Código Mercantil fue aportado a la Nueva España por los españoles, las disposiciones que regían a España por consecuente regían a México, pero con el gran crecimiento en materia mercantil que empezó a tener la Nueva España y los numerosos e importantes litigios que se suscitaban con motivo de controversias comerciales la dilación y gastos que se efectuaban, pues estos problemas tenían que regirse por el derecho común y por tribunales ordinarios los cuales no existían sino en Burgos y Sevilla, a pesar de la oposición a cargo de los

Escribanos de Cámara y Relatores, el Rey Felipe II por cédula hecha por este, aceptó y confirmó el establecimiento del Consulado. .

En tanto que este Consulado tenía sus propias ordenanzas, se mandaron aplicar las de Burgos y Sevilla.

Las ordenanzas se crearon en este Consulado y fueron mandados a España para su revisión y aceptación, las cuales fueron aprobadas y nombradas como las ordenanzas del Consulado de México, Universidad de Mercaderes de Nueva España.

Este recién Consulado tenía funciones legislativas, judiciales, administrativas y militares, su función legislativa básicamente era la tarea de crear y someter las leyes mercantiles para después pasarlas a la aceptación del monarca, en sus funciones administrativas se basaban en el fomento del comercio, su fácil aplicación, y en su función judicial aplicaba las medidas necesarias para mantener el orden, poner sanciones para los que infringieron estos preceptos mercantiles y resolver cualquier tipo de controversias que pudieron surgir entre los comerciantes, el comercio era apoyado por la creación de caminos como el de México - Veracruz para fomentar el comercio, estas ordenanzas también tenían un carácter financiero en el cual recaudaban impuestos o cobraban un derecho aduanal, existía también un cuerpo militar que recibió el nombre de Regimiento Urbano de Comercio en el cual el Consulado intervenía para proponer los vacantes de Jefes y Oficiales.

Este Consulado, fue de gran importancia y de magnífica estructura, existió por más de dos siglos rigiendo en la Nueva España, pero con motivo de la creciente economía que surgía en el país, la importancia comercial que llegó alcanzar, se tuvieron que elaborar dos Consulados más como fue el de Veracruz, y un año después el Consulado de Guadalajara, después de estos, fueron apareciendo cada vez más, como el Consulado de Puebla que fue autorizado por el Virrey sin la autorización como los demás del rey, la jurisdicción que tuvieron los Consulados de México se extendieron por los territorios de la Nueva España, Nueva Galicia, Guatemala, Soconusco y Yucatán.

Todas estas disposiciones Mercantiles que he mencionado tienen su origen o son recogidos de las Recopilaciones de las Indias que promulgara Carlos II en 1681, cuando se reglamentaba el comercio especialmente entre las Colonias de América y España, se intentó volver a aplicar en la Nueva España las ordenanzas de Burgos y Sevilla, con carácter supletorio de los puntos omisos de las leyes de Indias, que también así se le conocía a esta Recopilación; sin embargo, se dice que fueron tan grandes e importantes y con tanta autoridad las ordenanzas de Bilbao por su perfección y complejidad que terminaron por imponerse.

Después de la Independencia de México, eran tan efectivas estas ordenanzas que siguieron rigiendo hasta la promulgación de la constitución de 1824, donde se consideró que deberían suprimirse estos Consulados por ser tribunales especiales y en cambio se estableció que para las controversias del orden mercantil se denominaría un Juez o Alcalde, asociándose con dos colegas

que escogieron entre cuatro los contendientes, dos por cada parte arreglándose a las leyes vigentes en la materia. Estos Tribunales especiales fueron derogados después de un tiempo y puesta en vigor otra vez las ordenanzas de Bilbao, así por el momento político que pasaba el país se creaban Códigos como el de Lares, los cuales su vigencia era muy efímera por no tener una reglamentación específica, y no fue hasta que se restauró la República que se pensó en elaborar un Código de Comercio que pudiera aplicarse en todo el territorio nacional, teniéndose que hacer algunas reformas a la constitución para facultar al congreso a expedir Códigos obligatorios a toda la República sobre minería y Comercio, con esta se derogaron en definitiva las ordenanzas antes existentes, así es como surge nuestro Código de Comercio con gran influencia de los Códigos de España, Italia y por el Código Francés.

Por último y por considerarlo importante en la explicación de este tema hablare un poco sobre el derecho mercantil en la actualidad.

Tratare de explicar los diferentes tipos de sistemas jurídicos, en donde se distinguen la relación de un sistema jurídico con el sistema comercial.

Por ejemplo, en los países que su sistema jurídico es el privado, cabe distinguir aquéllos en los cuales, por tener en ellos preponderancia el derecho consuetudinario, la unidad proviene de la costumbre, que no ha separado lo comercial de lo civil, de aquéllos otros en los cuales la ley es fuente única en la creación del derecho, por lo cual la unidad es producto de un acto legislativo y representa así más que falta de distinción, la fusión de dos ramas preexistentes,

existen otros tipo de sistemas como el Suizo que fueron de los primeros Códigos los cuales establecieron obligaciones de carácter Civil y Mercantil.

Pero la distinción más importante entre el derecho civil y el comercial puede hacerse con un criterio subjetivo, que fue puesto en práctica en Alemania, el cual se basaba en las personas que intervienen en el negocio jurídico para calificarlo de mercantil, otra de las aportaciones de gran relevancia fue el anteproyecto mexicano de 1943 con una variante del tipo subjetivo, pero este anteproyecto no fue la única aportación mexicana, sino que se realizó un proyecto que abarcaba tanto el tipo objetivo como el subjetivo, basándose en el acto de comercio, pero tiene también las características antes mencionadas como el negocio mercantil, las personas que intervienen en ello, la cosa mercantil, formando una verdadera distinción entre el derecho civil y el mercantil. Así es como hicimos una breve explicación al respecto.

II.- OBLIGACIONES MERCANTILES.

Empezaremos hablando sobre los actos de comercio.

Desde luego para mencionar los actos de comercio tendremos que ver el artículo 75 del Código de Comercio donde menciona los actos de comercio que la Ley estipula como tales.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

El acto de comercio en nuestro sistema de derecho mercantil se ha considerado clave del sistema mercantil, ya que determina la aplicabilidad de esta rama del derecho.

Podríamos mencionar que el acto de comercio se considera aquel en el que interviene un comerciante en el cual existe un cambio de bienes con el fin de obtener un lucro, esto se da en la actividad del comercio y se lleva a cabo con el propósito de especular.

Existe una clasificación en la cual algunos tratadistas dividen los actos de comercio en objetivos, que son los que adquieren ese carácter de una declaración imperativa de la ley; y subjetivos, cuya mercantilidad depende de que sean cumplidos por un comerciante.

Retomamos el tema de los actos de comercio para primero enfatizar que no hay una explicación o una definición exacta para todo el tema que guardan los actos de comercio, y después por que estos actos de comercio a mi criterio dan la base para la aplicabilidad de la ley mercantil.

Después de una explicación de los actos de comercio y su importancia en la materia mercantil pasaremos al tema de las obligaciones mercantiles.

Para hablar de las obligaciones mercantiles tendremos que analizar el título segundo del Libro Primero del Código de Comercio donde menciona las

obligaciones que deben cumplir aquellos que profesan la actividad de comerciante, título que comprende del artículo 16 al 50 del citado Código.

Como lo hemos empezado en el párrafo anterior, seguiremos hablando sobre las disposiciones legales del Código de Comercio sobre las obligaciones para aquellos que profesan el comercio.

El artículo 16 del Código en cuestión menciona que todos los comerciantes, por el hecho de serlo, están obligados:

I.- A la publicación, por medio de la prensa, de la calidad mercantil con sus circunstancias esenciales, y, en su oportunidad, de las modificaciones que se adopten;

II.- A la inscripción en el Registro Público de Comercio de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios;

III.- A mantener un sistema de contabilidad conforme al artículo 33.

IV.- A la conservación de la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante.

El artículo 17 . Dice que los comerciantes tiene el deber:

I.- De participar la apertura del establecimiento o despacho de su propiedad, por los medios de comunicación que sean idóneos, en las plazas en que tengan domicilio, sucursales, relaciones o corresponsales mercantiles; esta información dará a conocer el nombre del establecimiento o despacho, su

ubicación y objeto; si hay persona encargada de su administración, su nombre y firma; si hay compañía, su naturaleza, persona o personas autorizadas para usar una u otra, y la designación de las casas, sucursales o agencias si las hubiere;

II.- De dar parte, en igual forma, de las modificaciones que sufra cualquiera de las circunstancias antes referidas;

III.- Esta fracción fue derogada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de enero de 1981.

Del Registro de Comercio nos hablan los artículos 18 al 32:

Registro de Comercio: se llevará en las cabeceras del partido o distrito judicial del domicilio del comerciante por las oficinas encargadas del Registro Público de la Propiedad; a falta de éstas por los oficios de hipotecas, y en defecto de una y otros, por los jueces de primera instancia del orden común.

La inscripción o matrícula, en el registro mercantil será potestativa para los individuos que se dediquen al comercio, y obligatoria para todas las sociedades mercantiles y para los buques. Los primeros quedarán matriculados de oficio al inscribir cualquier documento cuyo registro sea necesario.

El registrador está obligado a llevar el registro general de comercio por orden cronológico de presentación de documentos.

En la hoja de inscripción de cada comerciante o sociedad se anotarán:

I.- Su nombre, razón social o título:

- II.- La clase de comercio u operaciones a que se dedique;
- III.- La fecha en que deba comenzar o haya comenzado sus operaciones;
- IV.- El domicilio, con especificación de las sucursales que hubiere establecido, sin perjuicio de inscribir las susursales en el Registro del partido judicial en que estén domiciliadas;
- V.- Las escrituras de constitución de sociedad mercantil, cualesquiera que sean su objeto o denominación, así como las de modificación, rescisión o disolución de las mismas sociedades;
- VI.- El acta de la primera junta general y documentos anexos a ella, en las sociedades anónimas que se constituyan por suscripción pública;
- VII.- Los poderes generales y nombramientos, y revocación de los mismos, si las hubiere, conferidos a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios.
- VIII.- (Esta fracción fue derogada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de enero de 1970)
- IX.- La licencia que un cónyuge haya dado al otro en los términos del segundo párrafo del artículo 9o;
- X.- Las capitulaciones matrimoniales y los documentos que acrediten alguna modificación a las mismas;
- XI.- Los documentos justificativos de los haberes o patrimonio que tenga el hijo o el pupilo que están bajo la patria potestad, o bajo la tutela del padre o tutor comerciantes;
- XII.- El aumento o disminución del capital efectivo en las sociedades anónimas y en comandita por acciones;
- XIII.- Derogada.

XIV.- La emisiones de acciones, cédulas y obligaciones de ferrocarriles y de toda clase de sociedades, sean de obras públicas, compañías de crédito u otras, expresando la serie y número de los títulos de cada emisión, su interés y amortización, la cantidad total de la emisión, y los bienes, obras, derechos o hipotecas, cuando los hubiere, que se afecten a su pago. También se inscribirán con arreglo a estos preceptos las emisiones que hicieren particulares;

XV.- Esta fracción fue derogada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 23 de enero de 1981).

XVI.- Derogada.

XVII.- Derogada.

XVIII.- Derogada.

XIX.- Las fianzas de los corredores.

Cuando alguno de los actos o contratos contenidos en el artículo anterior debieran registrarse o inscribirse en el Registro Público de la Propiedad en el oficio de hipotecas, conforme a la ley civil común, su inscripción en dicho Registro será bastante para que surtan los efectos correspondientes del derecho mercantil, con tal que en el Registro especial de comercio se tome razón de la inscripción hecha en el Registro Público común o en el oficio de hipotecas.

La inscripción a que se refiere el artículo 21 deberá hacerse en la cabecera del distrito o partido judicial del domicilio del comerciante; pero si se trata de bienes raíces o derechos reales constituidos sobre ellos, la inscripción se hará, además, en la cabecera del partido o distrito judicial de la ubicación de los bienes.

Las sociedades extranjeras que quieran establecerse o crear sucursales en la República, presentarán y anotarán en el Registro, además del testimonio de la protocolización de sus estatutos, contratos y balance, si lo tuvieron, y un certificado de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo, expedido por el ministro que allí tenga acreditado la República, o, en su defecto, por el cónsul mexicano.

La inscripción se hará con presencia del testimonio de la escritura respectiva, o del documento o declaración escrita que presente el comerciante, cuando el título sujeto a registro no deba constar en escritura pública. Los documentos procedentes del extranjero y sujetos a registro se protocolizarán previamente en la República.

Los documentos que conforme a este código deban registrarse y no se registren, sólo producirán efecto entre los que los otorguen; pero no podrán producir perjuicio a tercero, el cual sí podrá aprovecharlos en lo que le fueren favorables. A pesar de la omisión del registro mercantil producirán efecto contra tercero los documentos que se refieran a bienes inmuebles y derechos reales, siempre que hubieren sido registrados, conforme a la ley común, en el Registro de la Propiedad o en el oficio de hipotecas correspondiente.

La falta de registro de documento hará que, en caso de quiebra, ésta se tenga como fraudulenta, salvo prueba en contrario.

Si el comerciante omitiere hacer la anotación o inscripción de los documentos que expresa la fracción X del artículo 21, podrá pedirla el otro cónyuge o cualquiera que tenga derecho de alimentos respecto de áquel.

Los documentos inscritos producirán su efecto legal desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores no registrados.

El registro mercantil será público.

El registrador facilitará a los que pidan las noticias referentes a lo que aparezca en la hoja de inscripción de cada comerciante, sociedad o buque. Asimismo, expedirá testimonio literal de toda la hoja, o de una o varias de las operaciones que consten en ella, a continuación de la solicitud en que se pida.

Los registradores no podrán rehusar, en ningún caso y por ningún motivo, la inscripción de los documentos mercantiles que se les presenten.

Cuando se necesite rectificar una inscripción en el registro, por error material o de concepto, el juez del domicilio del comerciante decidirá sumariamente de la rectificación siguiendo la sustanciación establecida para los incidentes y haciendo el registrador las veces de demandado. En los lugares en que el Registro de Comercio esté a cargo de los jueces de primera instancia, dicha declaración la hará el que sustituya al juez en caso de impedimento.

De la contabilidad mercantil se encuentra contenida en los artículos 33 al 46 del Código de Comercio en vigor:

El comerciante está obligado a llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado. Este sistema podrá llevarse mediante los instrumentos, recursos y sistemas de registro y procesamiento que mejor se acomoden a las características particulares del negocio, pero en todo caso deberá satisfacer los siguientes requisitos mínimos:

A) Permitirá identificar las operaciones individuales y sus características, así como conectar dichas operaciones individuales, con los documentos comprobatorios originales de las mismas.

B) Permitirá seguir la huella desde las operaciones individuales a las acumulaciones que den como resultado las cifras finales de las cuentas y viceversa;

C) Permitirá la preparación de los estados que se incluyan en la información financiera del negocio;

D) Permitirá conectar y seguir la huella entre las cifras de dichos estados, las acumulaciones de las cuentas y las operaciones individuales.

E) Incluirá los sistemas de control y verificación internos necesarios para impedir la omisión del registro de operaciones, para asegurar la corrección del registro contable y para asegurar la corrección de las cifras resultantes.

Cualquiera que sea el sistema de registro que se emplee, se deberán llevar debidamente encuadernados, empastados y foliados el libro mayor y, en el caso de las personas morales, el libro o los libros de actas. La encuadernación de

estos libros podrá hacerse a posteriori, dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio; sin perjuicio de los requisitos especiales que establezcan las leyes y reglamentos fiscales para los registros y documentos que tengan relación con las obligaciones fiscales del comerciante.

En el libro mayor se deberá anotar, como mínimo y por lo menos una vez al mes, los nombres o designaciones de las cuentas de la contabilidad, su saldo al final del período de registro inmediato anterior, el total de movimientos de cargo o crédito a cada cuenta en el período y su saldo final. Podrán llevarse mayores particulares por oficinas, segmentos de actividad o cualquier otra clasificación, pero en todos los casos deberá existir un mayor general en que se concentren todas las operaciones de la entidad.

En el libro o los libros de actas se harán constar todos los acuerdos relativos a la marcha del negocio que tomen las asambleas o juntas de socios, y en su caso, los consejos de administración.

Todos los registros a que se refiere este capítulo deberán llevarse en castellano, aunque el comerciante sea extranjero. En caso de no cumplirse este requisito el comerciante incurrirá en una multa no menor de 25,000.00 pesos, que no excederá del cinco por ciento de su capital y las autoridades correspondientes podrán ordenar que se haga la traducción al castellano por medio del perito traductor debidamente reconocido, siendo por cuenta del comerciante todos los costos originados por dicha traducción.

El comerciante deberá conservar, debidamente archivados, los comprobantes originales de sus operaciones, de tal manera que puedan relacionarse con dichas operaciones y con el registro que de ellas se haga, y deberá conservarlos por un plazo mínimo de diez años.

En el libro de actas que llevará cada sociedad, cuando se trate de juntas generales, se expresará: la fecha respectiva, los asistentes a ellas, los números de acciones que cada uno represente, el número de votos de que pueden hacer uso, los acuerdos que se tomen, los que se consignarán a la letra; y cuando las votaciones no sean económicas, los votos emitidos, cuidando, además, de consignar todo lo que conduzca al perfecto conocimiento de lo acordado. Cuando el acta se refiera a una junta del consejo de administración sólo se expresará: la fecha, nombre de los asistente y relación de los acuerdos aprobados. Estas actas serán autorizadas con las firmas de las personas a quienes los estatutos confieran esta facultad.

No se puede hacer pesquisa de oficio por tribunal ni autoridad alguna, para inquirir si los comerciantes llevan o no el sistema de contabilidad a que se refiere este capítulo.

Tampoco podrá decretarse, a instancia de parte, la comunicación, entrega o reconocimiento general de los libros, registros, comprobantes, cartas, cuentas y documentos de los comerciantes, sino en los casos de sucesión universal, liquidación de compañía, dirección o gestión comercial por cuenta de otro o de quiebra.

Fuera de los casos prefijados en el artículo anterior, sólo podrá decretarse la exhibición de los libros, registros y documentos de los comerciantes, a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezca tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición.

El reconocimiento se hará en el lugar en que habitualmente se guarden o conserven los libros registros o documentos, o en el que de común acuerdo fijen las partes, en presencia del comerciante o de la persona que comisione y se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación directa con la acción deducida comprendiendo en ellos aun los que sean extraños a la cuenta especial del que ha solicitado el reconocimiento.

Si los libros se hallasen fuera de la residencia del tribunal que decrete su exhibición, se verificará ésta en el lugar donde existan dichos libros, sin exigirse su traslación al del juicio.

Todo comerciante está obligado a conservar los libros, registros y documentos de su negocio por un plazo mínimo de diez años. Los herederos de un comerciante tiene la misma obligación.

De la correspondencia nos hablan los artículos 47 al 50:

Los comerciantes están obligados a conservar debidamente archivadas las cartas, telegramas y otros documentos que reciban en relación con sus negocios o giros, así como copia de las que expidan.

Tratándose de las copias de las cartas, telegramas y otros documentos que los comerciantes expidan, así como de los que reciban que no estén incluidos en el artículo siguiente, el archivo podrá integrarse con copias obtenidas por cualquier medio: mecánico, fotográfico o electrónico, que permita su reproducción posterior íntegra y su consulta o compulsión en caso necesario.

Los comerciantes están obligados a conservar los originales de aquellas cartas, telegramas o documentos en que se consignen contratos, convenios o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones y deberán conservarlos por un plazo mínimo de diez años.

Los tribunales pueden decretar de oficio, a instancia de parte legítima, que se presente en juicio las cartas que tengan relación con el asunto de litigio así como que se compulsen de las respectivas copias las que se hayan escrito por los litigantes, fijándose de antemano, con precisión, por la parte que las solicite, las que hayan de ser copiadas o reproducidas.

III.- CAUSAS, INTERPRETACION Y EFECTO DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.

En esta parte, trataremos de explicar los efectos que pueden presentarse cuando aparecen causas que afectan a los elementos estructurales o en el caso especial, a la forma, y trataré de profundizar más en este tema y no como se había mencionando en el Capítulo Primero de esta tesis, en relación con el

objeto; la causa y el consentimiento e incluso la forma como requisito de validez, todo esto desde otro punto de vista enfocándonos a establecer puntos importantes con relación al tema de esta tesis, y con esto intentaremos explicar todas las situaciones que puedan llegar afectar a los contratos en su parte estructural, así como de realizar algunas reflexiones acerca de la interpretación de los contratos mercantiles tratando de llegar a un instrumento contractual, en la cual podamos llegar a entender la real voluntad de las partes, así como de la relación económica jurídica contractual y por último revisaremos los efectos del contrato pero como ya lo había mencionado, lo haremos desde un punto de vista diferente, muy distinto al referente sobre los efectos de los contratos elaborados en el inciso III del primer capítulo de esta tesis, esto debido a que examinaremos los efectos de dichos contratos mercantiles con respecto a las obligaciones que producen a las partes ligadas a estos contratos y la afectación de estos mismos a terceros. También su cumplimiento e incumplimiento, con esta breve exposición del tema, empezaremos por analizar lo siguiente:

A).- SITUACIONES QUE AFECTAN EL OBJETO, LA CAUSA Y EL CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.

"Las principales situaciones que afectan el objeto del contrato son, que debe de reunir los requisitos de posibilidad física y jurídica, juridicidad y valor económico"³⁴.

³⁴ CARLOS ALBERTO GHERSI: "Contratos civiles y comerciales", 1ª ed. Editorial Astrea, Buenos Aires 1990, p. 147.

En cuanto a la imposibilidad física o jurídica abordare el tema en la situación de ignorancia o error en la concepción de ambas o de una de las partes.

Cuando la situación afecta a ambas partes, nos encontramos en la inexistencia del objeto, y no se puede materializar el contrato, en cuanto al acto jurídico, producirá sus efectos, por ejemplo si existen algunas estipulaciones sobre la entrega o el tipo de entrega estas deberán devolverse siguiendo las reglas de la obligación de restituir cuando una de las partes conoce de la imposibilidad del objeto, la solución es la misma que la anterior pero con situaciones distintas en lo que se refiere a los efectos como actos jurídicos porque en este caso intervendría la mala fe y se tendría que examinar el grado de responsabilidad de la parte que actuó de mala fe, cabe mencionar el error en la sustancia de la cosa o servicio como prestación del objeto de la obligación.

El contratante puede tener en estos casos un error sobre las cualidades esenciales de la cosa, salvo que por su oficio o profesión tuviera que conocerlas; pero si nó quedaría afectado el objeto de la obligación y podría por consecuencia solicitarse la nulidad del contrato, de aquí surge un pequeño problema para ver que es lo que se esta afectando realmente, según la doctrina se está afectando al consentimiento y en cambio algunos tratadistas lo interpretan como un simple error, en la conformación al objeto, todo debido a la implicación que tiene el objeto de esta obligación, todo esto con relación a la imposibilidad jurídica del objeto del contrato.

Con respecto a la juricidad de los Contratos Mercantiles, el principio es que la juricidad entraña un juicio de valoración sobre las pautas normativas establecidas por la comunidad, y es con respecto de estas pautas que deberá medirse la antijuricidad de las mismas. En este aspecto, podemos encontrar que se pueden llevar a cabo estas ilicitudes debido a la ignorancia y el error de una de las partes provocando estas mismas la nulidad de los contratos.

El contenido económico de los contratos mercantiles su característica fundamental, la encontramos, en el contenido patrimonial de estos contratos.

Esto no lo debemos confundir con la inequivalencia de las prestaciones, que esta no afecta al contrato en sí, únicamente en su estructura, y cabe la revisión del mismo para subsanar dicho error.

El supuesto que intento explicar con relación al contenido económico tiene una conexión importante con el tema del precio y los cálculos aritméticos; tratando de explicar que ambas partes podrán incurrir en un error pero simplemente aritmético y únicamente se haría una revisión de contrato pero no se podría pedir la nulidad por falta de objeto.

Sin embargo, puede darse el caso en que una de las partes, utilizando metodologías establecidas de buena fe por la otra parte, arribara a cálculos económicos, aún cuando no fueren éstos técnicamente ciertos, éstos podrían afectar el objeto económico de los mismos y se podría considerar como

inexistente, en este supuesto se podría ejercitar la nulidad de estos contratos por falta de objeto económico.

"Las situaciones que afectan la causa determinante de los contratos son dos circunstancias principales, el error y el dolo"³⁵. Desde el punto de vista en el Código Civil.

Como ya he explicado en mi primer capítulo referente a los contratos en general sobre el dolo y el error, en este punto me limitaré a verificar la influencia del dolo y el error como una afectación de la causa, como elemento del contrato.

En el error partiré, del error esencial que afectaría a la causa motivo determinante, este supuesto siempre que no alcance los grados de negligencia de la aceptación del contrato, en este error, únicamente se toma en cuenta que no se obró de mala fe y que únicamente hubo una falsa representación de la realidad y podemos poner un ejemplo: La persona que piensa que va a ser transferida a otro lugar de la república, alquila un departamento pero equivocadamente porque la persona citada nunca es transferida, en este caso, observamos que el motivo determinante para la realización del contrato, fue un error y no por negligencia, en este supuesto cabe el incidente de nulidad; de igual forma puede considerarse a la ignorancia como causal, podemos apreciar los evidentes beneficios de la

³⁵ CARLOS ALBERTO GHERSI: "Contratos Civiles y Comerciales". Ed. Astrea Buenos Aires 1990. p. 150.

nulidad, con respecto a la resolución o cualquier otro medio de extinción, pero creemos que es impropio este medio para solucionar dichas cuestiones.

En el dolo podemos manifestar como falsas expectativas de simulación de lo verdadero, artificio, o maquinación, para generar no un acto jurídico al estilo del artículo 931 del Código Civil, sino un contrato, aparece obstaculizada la causa motivo en el otro contratante; por lo cual aparece su nulidad.

Aquí lo que tratamos de mencionar es que está en juego la inducción a contratar como elemento esencial del contrato y no los efectos de este, que se prevén en el artículo 954, Párrafo 2o. del Código Civil. Son supuestos distintos; aquélla afecta la estructura integral del contrato, en cambio este último los efectos a producirse.

Esto no debemos confundirlo con la situación del dolo en el consentimiento, porque en este, es un dolo impulso de la causa determinante para contratar, en cambio en el consentimiento la causa motivo para contratar existe, por lo que puede expresarlo de alguna manera en el acto de consensuar y son dos momentos temporales distintos.

CAUSAS QUE AFECTAN EL CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRATOS
MERCANTILES.

En este punto señalaré como elementos del consentimiento la oferta y la manifestación de la aceptación, no abordaremos el tema del sujeto como persona jurídica para determinar su capacidad o incapacidad para contratar debido a que únicamente se explica la oferta y la manifestación de la aceptación como causas que llegan afectar el consentimiento en los contratos.

Con respecto a la oferta los elementos constitutivos de esta, con relación a los fines contractuales, son que deben estar dirigida a persona determinada, sobre un contrato específico y con los requisitos, condiciones y elementos estructurales de ese contrato.

En resumen podemos decir que después de enunciar los elementos constitutivos de la oferta si ésta se viera afectada en cuanto a la existencia de la misma, no habría posibilidad de aceptación, y estaríamos sin una base jurídica para conservar estos Contratos Mercantiles.

Por lo que se refiere a la manifestación de aceptación existen causas o circunstancias formales en los cuales tenemos que mencionar para este tipo de manifestaciones que el contrato sea entre presentes, en este punto veremos de una manera breve el aspecto a la libertad de aceptación y las causas que pueden afectarla.

Ahora bien, las causas que pueden obstaculizar la libertad en cuanto al elemento de manifestación de aceptación, podría ser la violencia tanto física como moral, así como el dolo y la necesidad.

En lo que cabe a la violencia como un obstáculo para el consentimiento, estos pueden ser provocados por las partes o por un tercero; están de acuerdo tanto la doctrina como la jurisprudencia en cuanto a la sanción de esta intimidación, que sería la nulidad.

Respecto al dolo a cabo de hacer mención especial en este explicando el dolo en su función como causa por motivo determinante para contratar y esta también produce la nulidad.

Como afectación de la libertad y algo novedoso cabe mencionar la necesidad de contratar, esto es, a las personas que debido a diversas circunstancias están sin ninguna opción y deben involuntariamente contratar, aunque sea de una manera lícita, no confundiendo esta con la obtención de alguna ventaja, porque aunque las partes tengan las mismas ventajas y obligaciones, éstas no son desproporcionadas para ninguna de las partes, pero surge la necesidad por cuestiones ya sea económica o de otro tipo, no existiendo opción para uno de los contratantes debido a las necesidades de este, Pragmáticamente, pueden no existir diferencias de consecuencias jurídicas con la situación similar contractual, pero axiomáticamente sí, y por ahora eso alcanza para situar el tema en su exacto lugar jurídico.

B).- LA INTERPRETACION DEL CONTRATO.

Con esto nos referimos, a una interpretación de los contratos pero desde otro punto de vista, como es la relación económica jurídica contractual; para empezar en el estudio de esta interpretación tenemos que analizar sus principales aspectos y en esto nos encontramos tres conceptos en especial y son: interpretar, integrar y rectificar, entendemos por interpretar el acto por el cual se determina el auténtico significado de la voluntad de las partes, la integración, entendemos como aquél acto por el cual se trata que no exista ninguna omisión u oscuridad en el contrato, y la rectificación es tratar de adecuar todo lo estipulado en el contrato para cumplir con las exigencias que ellos mismos se plantearon; esto con especial hago un hincapié debido a que en la realización de mi tesis, esto es un tema muy importante, la interpretación de los contratos, que las partes sepan las obligaciones reales que están llevando a cabo, y así no caer en la simulación de actos jurídicos.

Continuando con la interpretación, encontramos en la obra la interpretación de la ley y actos jurídicos, que la coordinación de los conceptos es sólo posible en un proceso de síntesis conceptual, lo cual podríamos resumir de la siguiente manera, lo que realmente importa es que en una visión intelectualista, estática e inmovilizante, que identifica el derecho, para aplicarse como un conjunto de normas abstractas, subsiste la antinomia interpretación e integración, pero en una visión dinámica y nutrida de sentido valorativo, que ven a la interpretación como una respuesta de la conciencia social.

Como habíamos mencionado al principio de este tema, sobre la interpretación, analizaremos la relación económica-jurídica contractual,

tradicionalmente se ha enmarcado el objeto de la interpretación como el instrumento contractual; sin embargo podríamos volver a plantear el tema, en el sentido, de que sea la relación económica-jurídica contractual el complejo de normas, hechos y actos.

Con esto explicamos, que no podemos limitarnos a la definición tradicional y formalista de la interpretación contractual, por que podríamos caer en la inexistencia de la labor interpretativa y esto sería muy sencilla de demostrarse.

Si consideramos que hay contrato sólo a partir del consentimiento, diríamos que no existe, pues hoy hay en la mayoría de los supuestos una mera cognición de la relación negocial, y si aún sumamos a esta dificultad que el instrumento es un papel con firmas y con los mínimos requisitos formales e incluso en determinadas ocasiones ni existe, quedaríamos sencillamente sin objeto para los contratos.

De ahí que sea necesario conceder relevancia jurídica a la relación económica-jurídica, como hecho humano de contenido económico socialmente típico, es decir, el sustrato mismo de la idea del contrato.

En esta breve síntesis hemos intentado consolidar una idea, la revisión tradicional de la interpretación contractual y la consolidación de la investigación de la relación económica jurídica como un complejo de macro y micro análisis.

La concepción de ese doble acceso al objeto, implica el conocimiento del sistema global del conjunto y el del fenómeno en particular, generando en el intérprete una suerte de substanciación con la teleología misma del derecho.

Con esto he intentado dar una sencilla explicación acerca de la interpretación de los contratos desde otro punto de vista y ayudando o reforzando al objeto de estos mismos contratos, para tener una mejor apreciación acerca de la interpretación de cada uno de los contratos, y poder hacer un análisis más lógico y apegado a la realidad social.

C).- EFECTOS DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.

Este punto es de gran importancia para el desarrollo de esta tesis, debido a que en este analizaremos los efectos que produce un contrato, y para analizarlo tendremos que ver primero los efectos que produce respecto de las partes que intervienen en la realización de este, y cuando puede afectar o beneficiar a terceros. En segundo término considerar los efectos propios de las relaciones obligaciones, su cumplimiento o incumplimiento como causa de terminación del contrato, como se puede apreciar, es de gran importancia estos efectos de los contratos, para determinar la nulidad de estos o si estos contratos mercantiles traen alguna simulación, tenemos que conocer los efectos de los mismos, y quien puede invocar estos vicios en los contratos. Siendo clave fundamental para el desarrollo de esta tesis también las relaciones obligacionales, para en caso de incumplimiento saber cuál sería la obligación correspondiente de las partes que

realizan este contrato y la relación que causa este incumplimiento, conociendo si el contrato tuvo algún vicio en su creación.

En cuanto al contrato en relación con las partes y terceros, nos lleva a decir que las partes, deban ajustarse a las conductas establecidas en los contratos que podríamos llamar obligaciones, y su vinculación surge en relación al artículo 1197 de nuestro Código Civil vigente.

Esto implica la obligación tácita de no hacer, es decir, la omisión de toda conducta que interfiera en aquélla relación jurídica, salvo cuando los derechos del contexto del contrato sean vulnerados, antijurídica o lícitamente, en este caso existen los mecanismos para fijar límites del actuar privado y llevar a cabo acciones concretas para obtener la reparación de los daños causados.

También los terceros individualmente poseen las acciones de resguardo patrimonial, cuando como consecuencia de efectos directos o colaterales se afecta su patrimonio o persona. El artículo 1195 señala la exclusión de terceros del ámbito contractual.

Con lo antes mencionados, ahora explicaremos el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato.

"Nacida la relación obligacional, comienza su etapa de desarrollo o consecuencia o efectos, que en nuestro criterio deben exponerse subordinándolos a dos facetas: el cumplimiento y el incumplimiento"³⁶.

El primero de ellos permite al deudor librarse de la obligación y presupone la verificación de ciertos elementos propios tales como: sujetos, objeto, circunstancias fácticas y que absorbidas por el ordenamiento jurídico, se transforman en hechos jurídicos. tiempo, lugar y modo, que surgen como comparación entre lo proyectado en la obligación y lo efectivamente acaecido.

En cambio, el otro efecto surge precisamente como consecuencia de no haberse corroborado alguno o algunos de los elementos, con la cual genera en el acreedor una insatisfacción del crédito. Esta última pauta resultaría de suma importancia respecto de la calificación de ese incumplimiento, como absoluta o relativa, ya que estos supuestos tienen derivaciones y consecuencias distintas.

Por último hablaremos, por así considerarlo importante, sobre los factores de atribución a partir de la constatación de los elementos básicos, resulta necesario establecer el factor de atribución, así en el caso de la responsabilidad en base subjetiva será necesario adicionar la antijuricidad, imputabilidad y culpabilidad.

En lo que hace al primer supuesto, está claro que al violarse el contrato simultáneamente se está violando todo el ordenamiento jurídico.

³⁶ CARLOS ALBERTO GHERSI: Op. Cit. p. 150.

La imputabilidad, en este caso sobreviene a la formación del contrato, estamos en la etapa de los efectos, implica atribuir a una persona de derecho las consecuencias de su actuar, y esto es previa a la consideración del reproche a la conducta, pues si resulta imputable, ese comportamiento tiene para el ordenamiento jurídico otras consecuencias.

La gradación de la culpabilidad, como reproche de conducta, se realiza fundamentalmente para medir las consecuencias reparativas.

En cambio, si optáramos, en este mismo campo contractual, por un factor objetivo, como podría ser la obligación de seguridad, significa que al lado del contenido contractual, está implícita esta obligación tácita, que funciona para garantizar al contratante una indemnidad sobre el patrimonio no afectado a la operatoria económico-jurídico sobre lo cual versa el contrato. Podrán existir otros muchos factores objetivos, pero creemos que está esbozado el esquema de análisis con el cual consideramos de una forma sintetizada los efectos de este.

Con esto realizamos la explicación de los efectos de los contratos mercantiles en relación a las partes que realizan este y los terceros que se puedan ver involucrados en los mismos, así como algunas consecuencias por el incumplimiento y realización de estos efectos contractuales.

" CAPITULO TERCERO "

LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS MERCANTILES

I.- LA TEORIA DE LOS ACTOS INEXISTENTES

II.- CONCEPTO DE NULIDAD

**III.- NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA DE LOS CONTRATOS
MERCANTILES.**

"NULIDAD DE LOS CONTRATOS MERCANTILES"

I.- LA TEORIA DE LOS ACTOS INEXISTENTES.

A).- La inexistencia y la Legislación existente.

B).- La inexistencia y sus efectos.

II.- CONCEPTO DE NULIDAD.

A).- Doctrina de las Nulidades.

B).- Consecuencias de las Nulidades.

III.- NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.

A).- Nulidad Absoluta.

B).- Nulidad Relativa.

TEORIAS DE LAS NULIDADES

I.- LOS ACTOS INEXISTENTES.

La mejor manera de trazar los rasgos característicos del acto inexistente es seguir su evolución.

Todo esto para facilitar la explicación de las nulidades ,empezando por los actos inexistentes, para después poder dar una mayor explicación de estos actos y la relación estrecha que tiene con la teoría de la inexistencia y por consecuencia con la teoría de las Nulidades.

Tomemos como punto de partida, la distinción entre las condiciones requeridas para la formación del contrato y las requeridas para su validez. Por apoyarse la inexistencia en el carácter orgánico del acto jurídico, tendrá que apoyarse en lo siguiente:

Puesto que la falta de uno de los elementos necesarios para su formación es bastante para que el acto inexistente no tenga vida, de ello se sigue que desde el punto de vista de la eficacia, se traduce en una ausencia total de efectos jurídicos. No habiendo llegado a penetrar en el campo del derecho contractual para obtener su reconocimiento jurídico, es evidente que queda fuera del cuadro legal y sus efectos jurídicos tendrán la misma suerte.

En segundo lugar, admitiendo que el acto no pueda llegar a crear relaciones u obligaciones, carece en lo absoluto de interés someter el acto a la decisión judicial. Más todavía, a qué conduce esta operación, si el pretendido acto jurídico no ha creado ningún derecho, no ha dado nacimiento a ninguna obligación. Ahora bien, el dinamismo del procedimiento está necesariamente destinado a los actos que han engendrado un efecto jurídico cualquiera, por mínimo que sea. De aquí que resulte innecesaria la intervención del juez. Si a pesar de todo, ha habido ejecución, pueden intentarse la acción de repetición de lo indebido y la reivindicatoria sin tomar en cuenta el acto.

En tercer lugar, si el acto inexistente ha sido sepultado sin conocer los fundamentos de la obligación que falsamente había creado, cabe decir que ninguna confirmación podrá volverlo a la vida, el acto inexistente no tendrá vida; ni el olvido, ni el transcurso del tiempo podrán hacer desaparecer sus defectos o completar sus imperfecciones. La noción de la prescripción le es absolutamente desconocida; la nada es la nada.

A).- LA INEXISTENCIA Y LA LEGISLACION EXISTENTE.

Hemos llegado al punto donde encontramos las últimas reliquias de la teoría de la nada. Es pues, el momento de cuestionarse si esto es una simple ilusión creada con el fin de encontrar en la abstracción lo que no había logrado lograr en concreto; si se trata de una construcción puramente teórica sin ninguna manifestación en la realidad de la vida práctica, o antes bien, si se trata de un edificio estructurado sobre una base absolutamente real, fundado en la íntima colaboración de las disposiciones legales, lleno de elementos que le son propios, de tal manera que en su fachada se pudiera perfectamente inscribir su indispensable participación en las ineficacias de los actos jurídicos.

Después de las investigaciones, debe someterse a la prueba de la crítica cada una de las partes de este edificio en que el buen sentido y la lógica habían establecido con gran cuidado, la sanción mas rigurosa que jamás se haya conocido, antes se había tomado al derecho natural como fuente principal de las reglas de conciliación, se había recurrido a él para cincelar, para corregir el carácter frío e inmutable de las disposiciones del derecho positivo. Por una curiosa paradoja se nos presenta ahora revestido de un ropaje completamente nuevo, transformado en reaccionario, se nos presenta como depositario único de la sanción más dura.

Hemos dicho que la teoría orgánica del acto jurídico no está acorde con los textos del Código, que, en consecuencia, la división de las sanciones hechas según que falte al acto un órgano de orden espiritual o un órgano de orden

material, tiende a complicar sin ningún provecho y a agravar todavía más, la atmósfera ya muy oscura de la teoría de las ineficacias.

Como quiera que sea, nuestra exposición deberá basarse para desprender mejor los errores en los elementos mismos de la estructura del acto. "Partiremos de la idea que el acto desprovisto de uno o más de sus órganos, se considera como abortado"³⁷. Está afectado tanto en sí como respecto a sus efectos jurídicos. Es obvio que si dichos órganos sólo existen en principio "se estará en presencia de una nulidad del acto jurídico y no de una inexistencia"³⁸.

Podemos decir adheriéndonos a la conclusión de algunos tratadistas que la noción de inexistencia no depende de un artículo de la ley, ni de un Código, antes bien, se impone a ellos. Por mala que sea la técnica del Código, en tanto esté llamada a regular nuestras relaciones jurídicas, no podemos rebasarla para movernos en el campo sin obstáculos de la técnica, guiados exclusivamente por principios de orden filosófico.

Consideramos ahora, cada uno de los elementos, tal como han surgido a la doctrina que les ha sido adversa, y de la que les ha reconocido generosamente tanta fuerza.

Falta de Consentimiento, el acto jurídico se considera como un acto de voluntad y por lo mismo el consentimiento es la clave de todo vínculo jurídico.

³⁷ JOSSELAND: "Tratado de droit civil positif français", 2a. ed., pág. 92 citado por GEORGES LUTZESCO: Teoría y Práctica de las Nulidades, 7a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1993, pág. 187.

³⁸ BONNECASE: op. cit.: pág. 141, citado por GEORGES LUTZESCO: Ibid. pág. 187.

Partiendo de la idea de que la falta de voluntad implica la falta de concordancia entre la voluntad interna y la voluntad externa, distinguiremos dos situaciones, que sólo difieren una de otra, en algunos matices, y que nos harán comprender mejor en qué medida la doctrina de la inexistencia es incorrecta. Se trata por una parte, de la falta de voluntad como consecuencia de la falta de capacidad de raciocinio; y por otra, de la falta de voluntad que es consecuencia directa e inmediata de circunstancias exteriores que han interpuesto una barrera infranqueable entre los dos estados de la voluntad de una de las partes, o entre las voluntades de las dos partes contratantes, diremos algunos ejemplos:

En la primera categoría puede citarse el caso del niño de corta edad, del idiota, o de la persona que se haya en estado completo de ebriedad.

En la segunda, habitualmente se alude a la concurrencia de error-obstáculo, después mencionaremos esto mas detalladamente. Por ahora haremos notar simplemente que en el primer caso, el proceso de la voluntad desaparece completamente; en el segundo, sólo hay una falsedad o engaño que destruye toda la cohesión de sus elementos. Y esto tiene interés desde el punto de vista de la sanción aplicable.

Falta de consentimiento por incapacidad de raciocinio. Es indudable sostener que el acto de voluntad del niño de corta edad, del enajenado y de la persona que se encuentra en completo estado de ebriedad, carecen de todo elemento de raciocinio.

Materialmente, físicamente, si se quiere, existe la manifestación de la voluntad externa. Pero no basta decir sí, o poner su firma. Es necesario que entre el hecho de decir si o de firmar y el proceso interno, previo a la conclusión del contrato, exista una simetría; es preciso que el gesto o la firma sean el reflejo de un razonamiento válido, en una palabra, es necesario que la voluntad tenga un substracto interno.

La falta de consentimiento a consecuencia de un error-obstáculo.

El problema del error-obstáculo provoca toda una serie de dificultades tanto en relación con el desacuerdo que el error origina entre la voluntad interna y su manifestación exterior, como en relación con el conflicto que puede resultar de la falta de coordinación entre los elementos de las dos voluntades que deben concurrir a fin de llegar a la conclusión de la obligación de carácter bilateral, o de un consentimiento jurídico.

Así sucede en tres casos muy parecidos, pero que no se confunden: el error sobre la naturaleza del contrato, el error sobre la identidad del objeto de la obligación, y el error sobre la causa, con esto damos una breve explicación al error-obstáculo y otros casos de error que vician el consentimiento de las partes.

La falta de objeto, el acto de voluntad sólo es completo en tanto que entra en contacto con un objeto material. No basta, que se dé forma a las voluntades de las partes, es necesario, además, que su representación exterior esté

vinculada a un hecho real, a una cosa jurídicamente reconocida y que revista de una forma material.

La naturaleza del objeto parece vincularse, en más de un aspecto, al mismo criterio que la manifestación de la voluntad. Porque en aquél como en ésta se necesita, al menos aparentemente, de alguna cosa que revista un aspecto material, o cuando menos, tendiente a transformar la prestación en alguna cosa apreciable desde el punto de vista patrimonial.

Cuando el acto jurídico está desprovisto de objeto, se tendrá que considerar como un acto inexistente y en consecuencia, la aplicación de la teoría de la nada; esto lo manejan algunos tratadistas pero en la actualidad los tratados modernos en su mayoría y la jurisprudencia, mencionan en lugar de la aplicación de la teoría de la nada; la aplicación de la teoría de las nulidades.

Falta de Causa. La causa sirve de enlace entre la manifestación de voluntad y el objeto del contrato: entra en contacto con la voluntad desde su fase preparatoria, así como desde las primeras deliberaciones, hasta su conjugación en el acto jurídico, o mejor dicho, hasta la exteriorización de la voluntad interna y aclara también en gran medida, la trayectoria de la realización del objeto, principalmente en materia de contratos bilaterales.

Diremos que no es erróneo decir que faltando la causa, la relación obligacional se halla amenazada de desaparecer; es, en cierta forma, el elemento de cohesión, el elemento que une entre sí a las partes del vínculo jurídico.

Otra vez entramos al conflicto sobre que sanción debe aplicarse a un acto desprovisto de causa. Los partidarios de la teoría del acto inexistente tratan de sacar ventaja. Pero todos sus esfuerzos, están condenados a no hallar ningún eco en las resoluciones jurisprudenciales y menos aún en la obra de los autores que permanecen fieles a la tradición.

En nuestro punto de vista, el acto de voluntad será destruido por medio de la nulidad cuantas veces se compruebe la ausencia total de causa. Ni la jurisprudencia ni la doctrina moderna se inclinan por los postulados de la teoría de la inexistencia.

La Falta de Forma. Al aspecto material del acto jurídico puede algunas veces aumentarse el elemento forma, y la teoría orgánica toma de esta manera su expresión más viviente y completa, debiendo revestir toda apreciación, en su plenitud, la consideración del acto. Por esto la teoría de la nada no tendrá ninguna dificultad en introducirse cuando el acto de voluntad no se haya expresado, por razones de la más diversa índole, en la forma establecida por la ley.

Sólo que la decadencia continua del formalismo no es completamente favorable a la tesis de la inexistencia, porque si es cierto que en todo momento sólo se encuentran simples fragmentos de la solemnidad de otras épocas, debe, implícitamente, optarse por la sanción menos dura a fin de salvar lo que todavía es susceptible de salvación.

Para concluir, diremos que la falta de forma, bajo todos sus aspectos, no coexiste con la teoría de la nada; que el antiguo aforismo *forma dat esse réi* queda indisolublemente vinculado a la teoría de las nulidades absolutas, tanto más que la forma va, por costumbre, acompañada de los elementos de la noción de orden público, que en opinión de todos los autores está a salvo de toda intervención por parte de la inexistencia. De modo que la atmósfera, en cierta forma vaporosa, del acto orgánico debe ceder ante la presión de las nulidades puramente legales, ya que de cualquier manera que sea, desprovista la inexistencia del apoyo de los textos, queda sin efectos ante la doctrina tal como desde hace mucho tiempo había sido rechazada total y categóricamente por la jurisprudencia.

B).- LA INEXISTENCIA Y SUS EFECTOS.

Ahora veremos a la inexistencia respecto de los efectos jurídicos que pretende producir.

El acto jurídico jamás se ha alejado del campo de las sanciones legales, ya se trate de la falta de un elemento de orden intelectual, o de un elemento de orden material. De modo que hasta cierto punto habría la posibilidad de inclinarse a desechar la discusión en torno a sus efectos jurídicos. En efecto para qué investigar sobre una materia que se sabe por anticipado que el resultado será negativo.

Pero el interés del problema es demasiado evidente para que puedan rechazarse de plano los argumentos sobre los que tanto se ha escrito, y en los cuales la doctrina ha puesto, durante tantos años, sus esperanzas.

Volviendo a las características del acto inexistente, se dice que no produce efectos jurídicos, porque desde que le falta un elemento orgánico, produce su inexistencia.

Conforme a lo anterior, a la falta de uno de los elementos del acto jurídico, sobreviene la nulidad absoluta o la nulidad relativa, según la naturaleza del bien protegido. Llevando este problema al campo de la teoría de las nulidades, resulta que el primer carácter de la inexistencia sufrirá las consecuencias que de esto se derivan. Y, en la teoría de las nulidades, veremos que desde el momento en que se someta a este principio en tanto el acto no sea declarado nulo por el juez, es plenamente eficaz, y que por lo mismo estará vinculado no a la nulidad en sí misma, sino a los efectos de la acción de nulidad.

Aún admitiendo que la teoría de la inexistencia funcione regularmente, es indiscutible, sin embargo, que el acto inexistente produce cuando menos un efecto jurídico, el de vincular a las partes por las situaciones de hecho que nazcan de su ejecución voluntaria.

Según el otro rasgo de la inexistencia, opera de pleno derecho, sin ninguna intervención judicial. La teoría de la inexistencia encuentra un punto de

apoyo, al mencionar que para qué se recurre a la intervención de un juez si el acto carece de validez desde su nacimiento.

Aquí tendremos que aceptar que la intervención es necesaria en caso de controversia, pero el papel del juez se reduce únicamente a la declaración de inexistencia. Por ejemplo, si el comprador ha pagado el precio de una venta inexistente y el vendedor rehusa cumplir su obligación, el juez no anulará una venta que no existe, sino constatará la inexistencia y ordenará la restitución del precio indebidamente pagado.

Desde luego, aquí encontramos un pequeño problema, porque conforme a la teoría del acto inexistente, el juez se dice que únicamente constata la ruptura del vínculo obligacional, en tanto que tratándose de nulidad absoluta el juez tendrá que resolver. Aquí muchos tratadistas han querido encontrar una diferencia, pero realmente, es únicamente un juego de palabras, porque resolviendo o constatando, ejerce siempre las atribuciones de una competencia que sería imposible encerrar en estas sutilezas. Y esto lo podemos apreciar que al declarar el juez la nulidad no distingue entre nulidad absoluta y relativa, sino que por ejemplo, al declarar la nulidad del acto de un menor, celebrado sin cumplirse las formas habilitantes, el juez no hace sino comprobar por una parte, el vicio, y por otra, la opción del incapacitado.

Para aclarar este punto Georges Lutezco 'afirmó que la inexistencia en su época donde estaba en pleno apogeo, no existía ninguna diferencia entre la

inexistencia y la nulidad absoluta, en uno y otra cosa, el papel del juez es idéntico³⁹.

Por cuanto a las demás características, la teoría de la inexistencia, según varios tratadistas se encuentra casi en el mismo plano que la teoría de las nulidades absolutas: el acto inexistente no puede ser convalidado por confirmación ni por prescripción; sus defectos orgánicos son demasiado graves para que la voluntad de las partes o el transcurso del tiempo las borre, esto según nuestro criterio, no es absolutamente cierto.

Desde luego, no es cierto que un acto inexistente no pueda ser confirmado. Por ejemplo, un acto en que falta completamente el consentimiento: una persona que esta absolutamente embriagada, o un niño de corta edad, han firmado un contrato, puede impedirseles ejecutar este contrato, o impedirles confirmarlo expresamente el día en que desaparezca el vicio que afectó el consentimiento. Tocamos este punto para explicar que en un acto inexistente, puede ser confirmado en casos muy extremos, pero este caso es puramente teórico, ya que el problema de la confirmación no se presenta en la actualidad al amparo de la teoría de la inexistencia, sino bajo el de la teoría de las nulidades, en el ejemplo citado anteriormente, la confirmación será posible, por la fundada razón de que la falta de consentimiento y la incapacidad, están sancionadas por la nulidad relativa, lo mismo pasa cuando falta la forma en un contrato. Finalmente, el acto en que falte el objeto o la causa podrá ser confirmado o inválido, según el grado de la nulidad que el juez aplique atendiendo a las circunstancias de hecho.

³⁹ Cfr. GEORGES LUTEZCO: *op. cit.* p. 231.

Desde el punto de vista de la imprescriptibilidad, no se puede prolongar la duración de las imperfecciones de los actos inexistentes, porque se les daría mucha importancia. Esto sin anticipar juicio alguno sobre las soluciones jurisprudenciales y la prescriptibilidad, basta decir por ahora que la prescripción adquisitiva sirve para frustrar los efectos del acto inexistente en caso de que haya sido ejecutado.

Por último, la inexistencia tiene otro punto de vista el de las personas que tienen derecho a prevalerse de ella. Se menciona, que vicio del acto inexistente puede aprovecharse a todo interesado, pero creemos que esto no se lleva en la vida práctica, porque para obtener un provecho de una irregularidad, es necesario conocerla, y aquí encontramos esa dificultad para aplicarlo a la vida diaria, por ejemplo, es muy difícil de comprobar por un tercero que la obligación contraída por alguien, fue hecha en estado de ebridad o que carece de causa, y aunque esta controversia se llevara judicialmente por un tercero, si la parte que se obligó declara abiertamente que consintió con pleno conocimiento y que su obligación tuvo una causa, esto no puede dudarse, este es el motivo por el cual los terceros interesados están tan restringidos, por el hecho mismo de que al descartar la inexistencia, la jurisprudencia recurre a la sanción legal.

En resumen, nos encontramos ante la imposibilidad de separar la inexistencia de la estructura íntima del acto jurídico-organismo; estamos de grado o por fuerza, obligados a rechazar sus efectos prácticos. Y todavía si se hace abstracción de los defectos de su construcción orgánica, no podrá negarse que

bajo cualquiera de sus caracteres, el número de las excepciones supera la extensión de la regla. Esta es la prueba más evidente de que lo que es lógico, no en todo caso es susceptible de seguir el ritmo de las circunstancias de hecho. Ahora bien, las nulidades están llenas de circunstancias que acompañan a la celebración del acto jurídico. Teniendo el juez la obligación de apreciarlas, actuando siempre dentro de la ley, no podrá despreciarlas; las admitirá o rechazará sin optar por una u otra teoría, cuando el interés de la sociedad esté mejor protegido con o sin su conservación.

II.- CONCEPTO DE NULIDAD.

El fundamento de la nulidad. La nulidad es un concepto único y califica una relación que se establece entre la norma de derecho y la realización efectiva de un acto con el que se pretende la consecución de determinados efectos jurídicos. Esta calificación tiene una importancia trascendental: En principio, supone la desaprobación del ordenamiento jurídico para la vigencia del acto irregular en relación al exacto y, por ende, para negarle la producción de los efectos pretendidos, el ordenamiento rehusa su protección y ordena incluso la destrucción misma del acto, si es el caso extremo, o a la simple privación provisional de los efectos hasta en tanto no se decida sobre su rehabilitación.

Por tanto, la nulidad es radicalmente distinta a la inexistencia. Ella no se cuestiona acerca de la existencia del acto, ni se detiene en analizar su conformación estructural; más bien, opera como un acto jurídico, que en la mayoría de los casos, llega a producir sus efectos. Con esto apreciamos que, en

efecto, la inexistencia y la nulidad comprendiendo aquí la Relativa y la Absoluta, se configuran como conceptos diversos, en pocas palabras sus dominios son ajenos uno al otro, y encontramos que en el campo de la inexistencia la cuestión que siempre se plantea es bajo la forma que si el acto existe o no existe, y en el campo de las nulidades el problema se reduce a la validez o invalidez que excluye cualquier cuestionamiento acerca de la existencia del acto. En la inexistencia nada se ha producido y sólo acudimos al auxilio de un razonamiento lógico y evidente para constatar, la ausencia de algo jurídico, que no llegó a ser más que un hecho una expectativa de acto con relevancia jurídica. En el caso de los nulidades el acto sí existe. Y es por eso que la ley efectúa el análisis del acto para verificar su validez o invalidez según las exigencias legales; cuando se llega a pronunciar, la nulidad afecta directamente la producción de las consecuencias de derecho que tal acto debía engendrar. Así pues, al parecer, la figura podría constituir una forma de protección hacia el orden jurídico para evitar la transgresión impune de sus prescripciones. Con esto no queremos decir que la falta cometida sea repudiada por el derecho y expulsada de todo ordenamiento jurídico, si no mas bien, se pretende que el sistema jurídico funcione con un mecanismo de equilibrio entre el cumplimiento de sus normas y la alteración de sus exigencias. Pero esto no supone la intención de extinguir por completo un conjunto, pues precisamente se dispone de procedimientos técnicos de recuperación que, bajo ciertos requisitos, reconducen el acto irregular a su plena conformidad o por lo menos, en el peor de los casos, provocar su aislamiento con el objeto de que finalmente aparezca como invalidado frente al sistema jurídico. El ordenamiento jurídico forma así un todo armónico y coherente entre el cumplimiento y la infracción de sus disposiciones.

Sin embargo, es cierto que el sistema se complica con algunos extremos rigurosos que la realidad misma de la vida del derecho plantea, y es cuando tiene que recurrir a la justicia, a la equidad a los principios generales del derecho, buena fe, usos, y costumbres que por su carácter abstracto, tiene mayor flexibilidad frente a circunstancias concretas.

Después de esta explicación, podemos decir que el acto que sea nulo o inválido, pertenece al ámbito del derecho, no estamos hablando de un concepto no-jurídico, ni del antiderecho, todo lo contrario estamos hablando de derecho y, como se toman éstos conceptos para determinar su validez o invalidez, por lo mismo tienen cabida en el marco jurídico. Todavía no podemos dar una clara explicación, ya sea de la teoría o del concepto de nulidad, y mencionaremos para tratar de esclarecer este punto lo siguiente. "Este fundamento debe encontrarse más bien en la relación de inidoneidad que entonces se produce entre la actitud volitiva y fáctica de los sujetos intervinientes y el medio técnico por ellos empleado para aspirar a la producción de consecuencias con relevancia jurídica que efectivamente permitan el alcance de sus objetivos socio-económicos⁴⁰".

Si nuestro derecho civil, lo que persigue principalmente es la relación entre los sujetos en un campo estrictamente privado con el objeto de proteger a la persona en sí misma y sus intereses de orden moral y patrimonial como son el derecho contractual, los derechos reales, las sucesiones, entonces debe

⁴⁰ JOSÉ ANTONIO MARQUÉS GONZÁLEZ: "Teoría General de las Nulidades": 1a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1992, p. 237.

existe una gran complejidad en los sistemas de derecho lo cual hace que todos tengan sus límites, lo trataremos de ejemplificar basándonos en nuestro Código Civil, vemos, que se menciona que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y que no se requiere nada más sino en el caso de formas expresamente exigidas y se encuentra en el artículo 1796 del mencionado Código; también dice que una vez que tales contratos se llevan a cabo, obligan a una serie de consecuencias que rebasan lo exclusivamente pactado y que no tienen otro fin que asegurar el máximo respeto y la mayor equidad a ambas partes; ahora cada contratante se obliga en la forma y términos que aparezca que quiso obligarse, artículo 1832; que los contratantes pueden estipular las cláusulas que crean convenientes, artículo 1839; y que en caso de duda, la consideración esencial reside en el hecho de que los actos deban surtir sus efectos, artículo 1853 e incluso se podrán crear formas de contratos que se podrán regir por sus propias estipulaciones siempre que estas no atenten al bien público ni al orden de la sociedad.

Es por eso que alguna parte de la doctrina, considera que, en efecto, la nulidad no pueda refutarse como una sanción en contra de los autores del acto irregular, es la consecuencia lógica de una equivocada elección del medio, el sistema ni siquiera reacciona ante el hecho. Tampoco es exacto, decir que la nulidad deja al acto sin efecto, porque lo que pasa es que las consecuencias que buscaban las partes no se podrán llevar a cabo, en virtud de que no se pudo actualizar el supuesto de hecho necesario previsto en el tipo legal. En cambio, los efectos que si van a producirse son aquéllos en que la norma imputa al distinto acto efectivamente verificado por las partes. Se eliminan los efectos negociables

acto efectivamente verificado por las partes. Se eliminan los efectos negociables y se colocan los efectos legales que atañen al acto diversamente producido. La nulidad, no deja sin efectos al acto: hace que se produzcan, pero son distintos de aquéllos que la intención de la voluntad de las partes hubieran querido obtener.

A).- LAS NULIDADES EN NUESTRO CODIGO CIVIL.

Empezaremos dando una breve explicación de la situación en que se dividen las nulidades en nuestro Código Civil. Por lo menos en cuatro lugares presenta nuestro Código una agrupación precisa de las nulidades. La primera, se refiere al título sexto, de la inexistencia y de la nulidad, en materia obligacional. La segunda, a los matrimonios nulos e ilícitos, que abarca una extensa serie de preceptos en comparación con los escasos que se dedican, en el primer grupo, a la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos en general. La tercera agrupación se refiere a las nulidades, revocación y caducidad de los testamentos, que se encuentra en el Capítulo IX del libro de sucesiones. La cuarta se encuentra en el último apartado del libro tercero, sobre la rescisión y nulidad de las participaciones hereditarias.

Enmarcando este contexto legislativo, de inexistencias, nulidades y demás, se encuentra el criterio básico en la materia que encuentra su expresión legal en el artículo 8o. del Código y menciona. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

Fuera de ello, el problema de las ineficacias, se pulveriza en una multiplicidad de preceptos legales. Con frecuencia, estas disposiciones rebasan aquéllos lineamientos que forzosamente deben tenerse en la materia.

Existe una confusión desde la propia terminología con que la ley menciona los casos de ineficacia, a pesar que el legislador intentó hacer una clara distinción, que es por demás doctrinal, de las nulidades absolutas y relativas, pero luego no vuelve a referir ninguna hipótesis para esta distinción, en realidad creemos que no era su función hacerla, ya que la ley con establecer la nulidad que afecte a un acto, no es necesario que precise si es absoluta o relativa, por eso creemos que no debió haber distinguido en los artículos 2225, 2226 y 2227 de nuestro Código Civil.

La terminología que utiliza nuestra ley lleva una gran variedad de expresiones. Usualmente se dice, que el acto no es válido, y un vocablo común para determinarlo sería que es un acto nulo, que ya hemos visto en el artículo 8o. reconociendo la fuerza expresiva en el término.

Leyendas que la ley utiliza en forma reiterada son los de que el acto no produce efecto, quedará sin efectos, hace cesar sus efectos. También, a veces, dice que tal condición o cláusula se tendrá por no puesta, por no escrita o sin ningún valor. Todas estas expresiones pueden tener un valor equivalente al significado de los vocablos, nulo o inexistente. De hecho, así es en muchas ocasiones, pero en otras adoptan un cierto significado que alguna parte de la

doctrina juzga más restringido, y ello provoca un cambio radical en el esquema teórico que busca su precisa ubicación.

Si el panorama se presenta como muy confuso, podemos ver por encima de toda esta disparidad terminológica, la idea clave que está por debajo a todas estas distintas expresiones es siempre la misma, a saber, la mayor o menor idoneidad del acto para la producción de los efectos que le son específicamente atribuibles en una situación normal, es decir, ajustada a su regulación legal precisa. Y esta es la consideración angular que puede prestar unidad y conferencia a todo el esquema.

B).- CONSECUENCIAS DE LA NULIDADES.

Primero diremos que la nulidad se utiliza de forma indistinta tanto para designar el vicio, como su consecuencia. Esto se toma en cuenta a partir de ver a las nulidades desde el punto de vista objetivo que atiende a una consideración unitaria y consecuente de la equivocada elección del medio técnico que la ley proporciona, con el despliegue de efectos entonces relacionados con esta elección, tomando también en consideración el punto de vista subjetivo partiremos de las previsiones socio-económicas de los contratantes y luego una producción inesperada de efectos.

El primer punto de vista lo consideraremos como impersonal y responde a las previsiones de la dogmática legal: se trata de un supuesto de hecho que actualiza una hipótesis normativa, y la producción de efectos no es otra cosa que

la consecuencia lógica de la subsunción en el tipo. El segundo punto de vista, se refiere a las previsiones negociables de los autores del acto. Y es en este punto donde el concepto de frustración negocial alcanza el relieve teórico que hace posible la explicación del fenómeno de la ineficacia. Esta ineficacia se traduce en la relación de disparidad existente entre la intención de los negociantes y un resultado jurídico no enteramente querido o diverso del propuesto.

Tratemos de dejar delineado la distinción entre el supuesto de hecho en el tipo normativo y la necesaria producción de efectos, con independencia de la satisfacción negocial de los otorgantes y la adecuada elección del tipo legal, esta consideración creemos que es clave para el desarrollo, posterior del concepto y de sus repercusiones en el campo de la ineficacia negocial, bajo ciertos acontecimientos con mayor rigidez científica, que la antigua construcción doctrinal de la nulidad.

Entonces no sería correcto hablar de nulidad en el sentido de carencia de efectos, porque se tiene en la hipótesis una cumplida eficacia de la normativa legal, que de esta forma recibe el acto irregular y lo incorpora al sistema convirtiéndolo en un elemento que no daña la estructura. En cambio si es permisible hablar de nulidad en el sentido de frustración de la intención de la voluntad socio-económico de los otorgantes que no escogieron el medio apropiado para lograr sus objetivos.

Todo esto se explica, por ejemplo, que el hecho de que algunas veces se escoja de manera deliberada una formalidad impropia para la realización de una

operación de compra-venta de un bien inmueble. Tal actitud revela la intención de ambos contratantes a dicha convención legal para asegurar la prestación del consentimiento, garantizar un eventual estado de posesión, asegurar el pago del precio, continuar ostentado el dominio ante terceros, o cancelar una inscripción de hipoteca. Todos estas posibilidades en la práctica cotidiana, se muestran como infinitas, después de esto podemos mencionar que la nulidad configura su naturaleza estructural bajo la idea de sanción y de la actitud represiva del orden normativo, en el ejemplo citado las partes ajustan la normatividad legal a sus deseos y ambos cumplen el acto como si fuera válido. La irregularidad presente en el acto no refleja sino el cumplido deseo de las partes en sus pretensiones negociables. Esto permite libremente a los particulares en el sistema de las nulidades y que posibilita el dinamismo de la iniciativa individual a través de combinaciones negociables que no excluyen la utilización de negocios fiduciarios o simulados, porque su regulación continúa operando en el contexto del sistema general del derecho. La nulidad entonces no es como opina la vieja doctrina, sobre la irrelevancia legal del acto, la nada jurídica.

Existe en este problema dos puntos de vista, el extrínseco e intrínseco por la doctrina. Ambos conducen a resultados distintos por la misma naturaleza del análisis.

Vista la nulidad en forma objetiva, no es ni una sanción ni una recompensa; es un conjunto de variables que responden específicamente a las circunstancias del negocio y decide en consecuencia: unas veces destruyendo el

acto y otras, preservando lo que de él pueda conservarse en beneficio de las partes.

Con esto damos una explicación de las múltiples excepciones que conforman el sistema de las nulidades y el régimen de ajuste de la autonomía de las voluntades. En efecto, en una invalidez se sancionará la menor infracción a sus disposiciones, con la pérdida absoluta de efectos, y la total inutilidad del negocio promovido por las partes sería inconcebible, y provocaría el desquiciamiento de las relaciones económicas y sociales que tienen lugar entre los particulares en el marco del derecho civil.

La nulidad debe procurar tener la menor intervención en los negocios o actos jurídicos, y únicamente intervenir para salvaguardar el interés social, las consideraciones del bien público y el respeto a las buenas costumbres.

Es en la esfera de los negocios y de los actos jurídicos, donde se expresa con mayor frecuencia la libre voluntad de las partes que el propio ordenamiento jurídico concede a los sujetos de derecho. Es, por tanto, en este preciso campo donde tiene lugar el fenómeno de la nulidad, porque algunas veces la voluntad de las partes aún cuando tienen libertad, se encuentran limitados por el derecho con respecto al interés social, al orden público y al respeto de las buenas costumbres, y cuando la voluntad de las partes son contrarias a esta produce su nulidad.

La legislación mexicana se refiere a estas formas de la nulidad, o de la ineficacia, agrupándolos de un modo esquemático que distingue, conceptualmente entre una nulidad absoluta y otra relativa.

III.- NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.

A).- NULIDAD ABSOLUTA.

Existe un punto de distinción en nuestro sistema jurídico para separar los conceptos de nulidad absoluta y relativa.

La nulidad absoluta expresa su acción en la improductividad de los efectos propios del acto, aunque en esto se muestra mucha rigidez, porque realmente sí se producen efectos, aunque sean provisionales.

Para definir exactamente a la nulidad absoluta podemos decir; "es aquella sanción que se establece en contra de los actos jurídicos ilícitos para privarlos de efectos"⁴¹ considerando que con esta definición; no nos identifica en definitiva la figura, sino que más bien la caracteriza.

Nuestra legislación la define en su artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal: 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.

⁴¹ ROJINA VILLEGAS: Op.cit., p. 333.

De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o prescripción.

El juez que se encuentre ante un litigio tendrá pues necesidad de efectuar el examen de las causas, de los efectos y de las condiciones en que ha resultado el acto para establecer en definitiva su nulidad y el grado que pueda alcanzar, en suma el estudio de las consecuencias del acto es lo que habrá de aportar la pista para determinar el carácter de la nulidad.

Sin embargo, resulta que el principio rector es la Exposición de Motivos del Código, en la afectación de leyes prohibitivas o de interés público. Tal intención se reitera en el artículo 8o. cuando afirma que los actos ejecutados en contra del tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos. Esta nulidad es indiscutiblemente absoluta.

Los artículos 2225 y 2228 del Código Civil establecen las causas de nulidad Absoluta o Relativa del acto, seis de ellas son causas específicas de nulidad Relativa. La séptima causa, que se hace consistir en la ilicitud del objeto, fin o condición del acto, es genérica a ambos fenómenos. En consecuencia, no existe, una causa especial o exclusiva de nulidad absoluta.

De modo que la nulidad absoluta se constriñe a una sola causa, que no tiene el carácter de exclusiva, es ambivalente, que depende de la apreciación del legislador y que en definitiva tiene que cumplir todos los requisitos del artículo

2226 del Código Civil para constituirse, ya que en cualquier otro caso se dará lugar a la nulidad Relativa.

NULIDAD ABSOLUTA O RELATIVA

La nulidad absoluta y relativa se distingue 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 ambas el acto produce provisionalmente sus efectos, los cuales se destruyen retroactivamente cuando los tribunales pronuncian la nulidad.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. XIV, Pág. 212 A.D. 5526/57.- Luis Mendez Vaca.-
Unanimidad de 4 votos.

Vol. XVII, Pág. 184 A.D. 6442/57.- María del refugio.- 5
votos.

Vol. XXII, Pág. 35 A.D. 3346/58.- Guillermo Freyria.-
Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXVI, Pág. 155 A.D. 2216/58.- Profirió Romos
Romero.- 5 votos.

Vol. XXXI, Pág. 79 A.D. 3932/58.- Angeles de Vargas
Amalia.- 5 votos.

Apéndice 1975 tesis Jurisprudencial Número 246.- Cuarta Parte.- TERCERA SALA.- pág. 771.

Ahora, daremos lo que consideramos como las causas de la nulidad Absoluta. Empezaremos hablando como lo menciona nuestro Código Civil sobre la ilicitud en el objeto.

En el artículo 2225 de nuestro Código Civil menciona: 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.

Hay ilicitud en el objeto cuando el hecho positivo o negativo, que precisamente constituye el objeto del contrato, sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, artículo 1827 y 1830 del Código Civil.

Existe también ilicitud en el objeto en los casos de disposición administrativa, renta o gravamen de los bienes de menores, incapacitados o ausentes, por parte de sus legítimos representantes.

Seguiremos dando algunos ejemplos de nulidad absoluta y diremos que concurre, en ilicitud la violación de las limitaciones que tiene el usuario y el que posee el derecho de habitación, para enajenar, gravar o arrendar su derecho artículo 1051 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 2276 del citado Código, afirma que los magistrados, los jueces, el ministerio público, los defensores oficiales, los abogados, las procuradores y los peritos, no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que tengan sobre los citados bienes, en todos estos casos puede darse la nulidad absoluta.

Mencionaremos otras casos de nulidad absoluta con respecto a la ilicitud en la renuncia, diremos que no se puede renunciar a disposiciones expresas por la ley, por citar un caso, el derecho de recibir alimentos no puede renunciarse artículo 321 del Código Civil.

Es preciso establecer "como principio el hecho de que los contratantes no pueden convenir en que el acto sea firme y válido y para sus efectos renuncian a las acciones de nulidad y al plazo para su ejercicio"⁴².

Después de mencionar lo anterior cabe decir que no puede renunciarse en ningún caso a la acción de nulidad cuando ésta es absoluta o contra del interés público, porque la acción de nulidad es imprescriptible, por tanto no hay plazo para su ejercicio. En suma, porque la invalidez del contrato no se evita con la voluntad de las partes, sino con la debida estructuración de sus elementos, no olvidando que los contratos pueden convenir algunas renunciaciones que no afecten al interés público, ni perjudique derechos de terceros.

⁴² JOSE ANTONIO MARQUÉS GONZALEZ: op. cit., p. 253.

Por último en esta ilicitud en el objeto. También hay nulidad absoluta en los casos de simulación relativa, es decir cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su carácter real artículos 2181, 2182 y 2358 del Código Civil por que lo que se ha hecho aparecer como verdadero no es tal, puesto que el propósito efectivamente perseguido ha sido realizado en un acto paralelo, precisamente oculto por aquél y que desde luego puede continuar como válido en tanto no viole ninguna disposición.

La segunda causa de nulidad absoluta proviene de la ilicitud en el motivo o fin determinante de la voluntad de los contratantes, el fin o motivo no debe ser contrario a las leyes de orden público ni a los casos expresos en donde el Código Civil se ha ocupado de los actos que muestran ilicitud en el fin o motivo.

Un caso sería el consignado en el artículo 605 del multicitado Código donde nulifica todo convenio entre tutor y pupilo, ya mayor o emancipado, relativo a la administración de la tutela o a las ventas mismas, en tanto no transcurra un mes desde la rendición de cuentas. En este caso, el fundamento reside en el deseo del legislador de evitar una intención ilícita en el tutor para perjudicar a su ex-pupilo.

El artículo 2604 del Código Civil que se refiere al contrato de mandato sanciona la ilícita intención del mandatario que, sabiendo que el contrato se ha extinguido, negocia con un tercero que ignora el término de la procuración, dicho acto no obliga al mandante, y por tanto debe reputarse nulo, aunque desde luego

pueda dar lugar al establecimiento de la responsabilidad resultante por la conducta ilícita del procurador.

Por último, el régimen de ilicitud en la condición del acto se encuentra en los artículos 1943 y 1944 del Código Civil en donde reiteran la nulidad de la obligación en el caso de que contenga condiciones prohibidas por la ley o que atenten contra las buenas costumbres, además de las imposibles de hacer, dar y lo mismo sucede cuando el cumplimiento de la condición estipulada depende exclusivamente de la voluntad del deudor, ya que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse el arbitrio de uno de los contratantes como se ve en el artículo 1797 del Código en cuestión.

Ahora hablaremos de la acción de nulidad Absoluta, esta es una acción personal que tiene por objeto impedir los efectos jurídicos de un acto nulo.

Las personas que tienen derecho a intentar esta acción de nulidad, son todos aquéllos que puedan justificar un interés jurídico, necesariamente deberán estas personas probar la existencia de un interés legítimo y que este interés se encuentre protegido por la ley.

Para determinar contra quienes puede ejercitarse la acción de nulidad, se tiene que recurrir a la naturaleza jurídica de la nulidad.

Desde nuestro punto de vista diremos que la nulidad absoluta, no afecta a las personas sino a los efectos, o dicho de otra manera, a las actividades ilícitas

que las partes han llevado al contenido del contrato. Claro que este resultado sólo se alcanza a través de las personas que han otorgado el acto jurídico, pero estas sirven como un medio y no como un fin.

Con esto podemos llegar a dar una conclusión sobre esta nulidad Absoluta, diciendo que la obligación sin causa, o con una falsa causa, o con causa ilícita, no puede tener ningún efecto, en esta norma existe una sanción de carácter automático, pero como lo hemos visto en este capítulo la noción de nulidad va más allá de ese simple contexto debido a su flexibilidad y esta puede dividirse y afectar el acto sólo en aquellas partes en que los contratantes han violado la ley.

Hemos también podido comprobar que la nulidad no concierne al acto in se sino a sus efectos jurídicos, esto es válido tanto para el objeto como para la causa ilícita.

Por último mencionaremos que la nulidad como lo hemos dicho no se dirige contra las personas, sino contra los efectos del acto. Este es su fin esencial, pero se sirve de las personas, ya sean partes o terceros, para asegurar el respeto a la ley.

B).- NULIDAD RELATIVA.

Empezaremos, transcribiendo algunos artículos de nuestro Código Civil para poder entender esta nulidad relativa, tendremos que hacer alusión al artículo

2226 donde menciona la nulidad absoluta por regla general no impide en 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, este artículo hicimos mención para poder entender el siguiente artículo 2227 que a la letra dice: La nulidad relativa es cuando no reúne todas los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos. Por último transcribiremos el artículo 2228 del mencionado Código, en donde se puede ver un análisis de las causas que dan origen a esta nulidad, tales causas son las siguientes: 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.

Después de esta breve introducción al tema daremos paso al estudio en específico de las causas de la Nulidad Relativa.

Empezaremos con la ilicitud en el objeto, en el motivo o fin en la condición del acto. Esta es una causa genérica a ambas clases de nulidad. Sin embargo, la ilicitud casi siempre contraviene a una ley prohibitiva o de interés público, en cuyo caso constituiría una nulidad Absoluta, pero creemos que existe la ilicitud que afecte el acto sin presuponer, al mismo tiempo, un motivo de contravención al orden público. A veces, la ilicitud sólo alcanza relevancia en el ámbito jurídico de las partes contratantes, sin que trascienda su irregularidad a terceros.

Podíamos poner como ejemplo: aquél en que existiese una lesión en perjuicio de uno de los contratantes, fenómeno que indudablemente origina la nulidad relativa por estar especificado así en el artículo 2228 del Código Civil, pero que analizado, en realidad constituye primero un acto ilícito, hay ilicitud en el fin de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1831 y 17 del Código Civil, y aunque no afecte, por lo menos en forma directa el orden público de todas formas vulnera el contenido del artículo 1830 del Código mencionado, por su generalizada definición.

El artículo 2163, del Código Civil que se refiere a la nulidad de los actos celebrados por el deudor en perjuicio de sus acreedores, así como los artículos 2172 y 2173 del mismo Código, que tratan de la anulabilidad del pago anticipado hecho por deudor insolvente y de la preferencia indebida de créditos, constituyen otro ejemplo de ilicitud en el motivo o fin que a pesar de ello, no provoca una acción de nulidad absoluta.

Con respecto a esto el jurista JOSE ANTONIO MARQUEZ GONZALEZ menciona en efecto la ley reitera el empleo de la palabra anulación en el sentido de posibilidad, insiste en la necesidad de que la acción deba establecerse a petición del acreedor burlado; subtrae de sus consecuencias al tercero poseedor de buena fe; tiene un efecto relativo sólo en favor de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos y, por

último, posibilita su extinción una vez que el deudor satisface la deuda, recupera su solvencia o presta garantía suficiente⁴³.

Así, aunque el axioma es claro de que todo hecho ilícito es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, y no sea posible la presencia de un hecho ilícito con la no alteración del orden público, hemos visto con el análisis anterior que a veces la realidad puede imponerse a la formulación normativa abstracta.

Pasaremos a otras causas de nulidad relativa como serían falta de forma, error, dolo, violencia, lesión e incapacidad.

La falta de forma legal, siempre que no constituya un caso de solemnidad porque sino sería inexistente, provoca la nulidad relativa del acto artículo 2228 en relación con el 2231 del Código Civil.

Nuestra legislación se ocupa de la Nulidad Relativa por ausencia de forma legal específica en varios casos dispersos a lo largo del Código Civil. En efecto, se prevé expresamente el seguimiento de cierta forma artículos 1796, 1832 y 1834, en la constitución de capitulaciones matrimoniales artículo 185 y 210, división de bienes inmuebles artículo 978 y ausencia probable de forma en el acto real oculto por el simulado o aparente artículo 2182. Además cada contrato dispone de preceptos aplicables en su expresión formal.

⁴³ Cfr. JOSE ANTONIO MARQUEZ GANZALEZ op. cit., p. 272.

Los vicios del consentimiento como otra causa de nulidad.

La existencia de vicios en el consentimiento como podría ser el error, dolo y la violencia, dañan la voluntad, pero su existencia no puede ponerse en duda, y esto provoca la nulidad del acto. Esta nulidad sólo puede invocarla quien la ha sufrido artículo 2230, también puede convalidarse cuando cese la anomalía, artículo 2233, o cuando no se haya intentado la acción necesaria artículo 2236 y 2237 del Código Civil todos estas son nulidades relativas, en el Código Civil se hace mención especial de los vicios del consentimiento, el artículo 1812 menciona que el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancada por violencia o sorprendido por dolo.

Existen en el Código Civil artículos que se ocupan del error en específico, el artículo 363 afirma la anulabilidad del reconocimiento hecho por un menor que ha sufrido error. Del mismo modo, es nula la transacción sobre un negocio que ya esté decidido judicialmente por sentencia que causa ejecutoria siempre que sea ignorado por los interesados, son algunos casos en el Código que hace mención al error en especial.

Conforme al dolo, cabe mencionar que el artículo 363 antes citados, contempla la posibilidad de que el menor haya sufrido un engaño y con esto acarrearía una nulidad relativa del acto de reconocimiento, esta acción es imprescriptible.

La doctrina intenta distinguir entre el dolo y la mala fe, esta distinción la encontramos en el artículo 1815 del Código Civil, pero a ambos los consideramos como vicios del consentimiento cuya sanción es semejante.

Respecto con la mala fe se equipara con el dolo, y la sanción sería también de una nulidad relativa, en forma expresa el Código menciona los siguientes artículos 2122, 2434,256, 2164 y 2169 son los que se ocupan en específico de la mala fe y algunos otros dispersos en nuestro Código Civil.

Como último vicio del consentimiento mencionaremos a la violencia, ya hemos dicho que el artículo 1818, consagra su procedencia general como causa de invalidez, en relación con el artículo 2228 que identifica en concreto las especies de nulidades. Por su parte el artículo 1823 establece: si habiendo cesado la violencia, o siendo conocido el dolo, el que sufrió la violencia o padeció del engaño ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios, por último diremos que la reclamación por la presencia del vicio prescribe a los seis meses, artículo 2237 del multicitado Código Civil.

La lesión con lo dispuesto en el artículo 2228 se trata de una nulidad relativa hubo muchas controversias al respecto, pero ahora se expresa la procedencia de la nulidad relativa en el caso del artículo 17 del Código Civil.

Acerca de la incapacidad, la consideraremos como la última causa de nulidad relativa; esta incapacidad debe ser decretada por la propia ley. Según esto, originan incapacidad la minoría de edad, el estado de interdicción, la locura,

el idiotismo, la imbecilidad, la sordomudez en analfabetos, la ebridad consuetudinaria y el consumo habitual de drogas, enervantes.

La acción de nulidad relativa, podríamos darle otra terminología para no confundirla con la acción de nulidad Absoluta, pero como en las sentencias y el Código sólo hablan de acción de nulidad emplearemos este término. La naturaleza personal de la acción de nulidad Relativa es más que la acción de nulidad Absoluta, pero en cuanto a su objeto es el mismo.

Las personas que tienen derecho a prevalecerse de la nulidad relativa es mucho más restringida que la de la nulidad Absoluta, por la razón de que aquí la sanción atiende a una persona o a un cierto número de personas limitativamente determinados, ya sea esta de un incapacitado o la de su representante o tutor que puede intentar esta acción de nulidad. Con relación en contra de quien puede intentarse la acción de nulidad, diríamos que puede ejercitarse contra el autor del vicio o de aquél que se ha aprovechado de la ignorancia o inexperiencia de la víctima, o en contra del acreedor.

Respecto de las causas de improcedencia de esta acción de nulidad, tendríamos que mencionar: "la prescripción, en cada caso en particular, también por una parte existe la confirmación expresa o tácita de parte del protegido; y por otra parte, la imposibilidad material del actor de restituir lo que ha recibido; hay también la excepción derivada del dolo del incapacitado; y finalmente, la

excepción resultante de la garantía que es el corolario indispensable de ciertos actos"⁴⁴

Por último mencionaremos que la excepción de nulidad, es el medio de que dispone la víctima para defenderse contra la demanda de ejecución formulada por el acreedor, cuando haya sido entablada antes de la expiración del plazo señalado para la prescripción de diez años, o cuando se haya interpuesto después de este plazo.

La jurisprudencia ha resuelto por ejemplo, que el menor podrá invocar la nulidad aún después de la expiración del plazo de prescripción de la acción de nulidad, pero siempre por vía principal y no por vía incidental o de reconvención. Ha precisado, por otra parte, que la excepción está vinculada a la protección de la posesión. Este es su carácter esencial, que adquirirá toda la importancia que merece si se agrega que la excepción sólo tendrá valor en tanto que el acto no haya sido ejecutado. Con esto concluiremos que, en suma, las explicaciones dadas cuando hablamos de las excepciones aplicables a las nulidades Absolutas, deberán invocarse aquí con toda razón. Nos referimos, sobretudo, a su carácter imprescriptible.

Como hemos analizado, el tratamiento que se le da a las nulidades lo encontramos en nuestro Código Civil, y por supletoriedad también es aplicable a nuestra legislación mercantil.

⁴⁴ GEORGES LUTZCO: op. cit., p. 333.

" CAPITULO CUARTO "

**ANALISIS Y EFECTOS DE LA SIMULACION EN LOS CONTRATOS
MERCANTILES.**

I.- LA SIMULACION DE ACTOS JURIDICOS.

A).- Formas de Simulación.

B).- Prueba de la Simulación.

II.- EFECTOS DE LA SIMULACION.

A).- Acción y Excepción de la Simulación

**III.- Propuesta Sobre la Necesidad de Una Debida Reglamentación de la
Simulación de Actos Jurídicos en Materia Mercantil**

CONCLUSIONES

" CAPITULO CUARTO "

ANALISIS Y EFECTOS DE LA SIMULACION EN LOS CONTRATOS MERCANTILES.

I.- LA SIMULACION DE ACTOS JURIDICOS.

Primero daremos diversos puntos de vista sobre el concepto de simulación.

La simulación en su sentido gramatical, significa acción de simular, es decir, de representar una cosa fingiendo lo que no es, por lo tanto, la simulación es una conducta hipócrita, contraria a los dictados de la buena fe y que, en consecuencia, debiera ser sancionada severamente.

Ferrara la define así, el acto simulado es aquél que tiene una apariencia contraria a la realidad, bien porque no existe en absoluto, bien porque es distinto de como aparece⁴⁵.

Para Trabucchi el acto simulado, es el contraste entre lo que se quiere y lo que se declara es conocido y también concordantemente querido por los sujetos que interviene en el negocio⁴⁶.

Spencer Vamprè la define a la simulación "como toda declaración engañosa de voluntad, para producir efectos diversos del ostensiblemente

⁴⁵ FERRARA: "La simulación de los negocios jurídicos". Trad. esp. Madrid. p. 60 la Ed. citado por Rafael de Pina: op. cit. p. 224.

⁴⁶ TRABUCCHI: "Istituzioni di Diritto Livile". Padua, 1957 p. 139. dePino ibid p. 224.

indicado con intención de violar derechos de terceros o disposiciones de la Ley"⁴⁷.

Planiol y Ripert expresan: hay simulación, cuando se hace conscientemente una declaración inexacta o cuando se cumple una convención aparente, cuyos efectos son modificados, suprimidos o descartados por otra, contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta⁴⁸.

Después de ver los puntos de vista de diferentes tratadistas modernos, diremos que el acto simulado consiste en el acuerdo de partes, de dar una declaración de voluntad, diferente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar, ya sea en perjuicio de una ley o de terceros, llamándose simulación al vicio que afecte ese acto.

Entonces cuando los contratantes llevan a cabo el acto simulado, realizan un negocio jurídico sólo aparente, con interés de efectuar otro distinto, simulación relativa, o no verificar ninguno simulación absoluta.

De acuerdo a nuestro Código Civil la simulación la define en su artículo 2180 de la siguiente forma: Es simulado el acto en que las partes declararon o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellos.

⁴⁷ SPENCER VAMPRE: "Manuale di Diritto Civile" T.I. p. 60, citado por HECTOR CAMARA: Simulación en los Actos Jurídicos, 2a. Ed. Editorial Roque Depalma, Buenos Aires 1958, p. 27.

⁴⁸ PLANIOL Y RIPET op. cit. p. 33 citado por *ibid.* p. 27.

Daremos ahora una vez dada las diferentes definiciones del acto simulado y la simulación en general, los elementos constitutivos del acto simulado, y son los siguientes:

- a).- El acuerdo entre las partes.
- b).- El propósito de engañar, ya sea en perjuicio de terceros o de la ley.
- c).- La disconformidad consciente entre la voluntad y la declaración.

a).- Acuerdo de partes, como primera condición es primordial para la simulación la conformidad de todas las partes contratantes; no basta que alguna manifieste la declaración en desacuerdo con su íntimo pensamiento, sino que es imprescindible que el otro contratante formule la suya igualmente fingida y en inteligencia con el primero. La ficción supone una relación, una relación bilateral entre los que efectúan el negocio, quienes cooperan juntos en la creación del acto aparente, en la producción de la falsa imagen constitutiva del acto simulado.

b).- La intención de engañar, es otra condición para la existencia de este vicio, ya sea esta en perjuicio de terceros o de la ley, que las partes deben tener al realizar el acto.

Al cumplir el acuerdo simulado, al dar apariencia de vida a lo que no tiene realidad alguna o tiene otra diferente, los autores no actúan por simple capricho sino con propósito de engañar a las personas, quienes tienen por real dicha apariencia; esta característica da la razón de ser a la simulación.

c).- En tercer lugar, la simulación supone la disconformidad intencional entre las partes; es decir, voluntaria, querida por los contratantes.

El acto simulado es la consecuencia de un proceso donde hay deliberación de los autores, siendo este rasgo el que le distingue del error, en el cual también existe disconformidad entre los contratantes, pero involuntaria casual, para ampliar un poco más, sobre estos elementos me permito transcribir la jurisprudencia sustentada por la H. TERCERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

2393 SIMULACIÓN.- Existe simulación cuando se hace un convenio aparente, regido por otro celebrado a la vez y manteniendo en secreto. Francisco Ferrara, en su obra "La simulación de los negocios jurídicos", define ésta como la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo. Así, doctrinariamente, se infiere que la figura jurídica de la simulación se integra por la reunión de los siguientes elementos: 1.- Una disconformidad o divergencia entre la voluntad y su declaración; 2.- Que dicha disconformidad o divergencia entre la voluntad y su declaración, sea intencional, querida o consciente; 3.- Que esa disconformidad o divergencia entre la voluntad y su declaración, además de

querida, intencional o consciente, sea de acuerdo entre las partes que quieren y declaran cosa diversa a la querida; 4.- Que se cree, por la reunión de los anteriores elementos, un acto aparente y, por último, 5.- Que dicho acto sea creado con el fin de engañar a terceros. Como se ve, en la simulación existe el acuerdo de los contratantes, es decir, su consentimiento para celebrar el acto aparente, o sea, el declarado, y el real, el interno, lo querido o deseado, que es ocultado y rige las obligaciones contraídas por aquéllos. De ahí que quienes celebran un acto simulado se esfuercen en cubrir la simulación, y quienes lo impugnan, tienen que demostrarlo por hechos anteriores, concomitantes o posteriores al contrato de lo que puede inferirse presuntivamente esa simulación.

Amparo directo 3969/1970. Florentino Hernández Villalobos. Septiembre 28 de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Mariano Ramírez Vázquez. 3a. SALA. Séptima Época, Volumen 57, Cuarta Parte, pág. 21, visible en la Jurisprudencia y Tesis sobresalientes 1974-1975. Actualización IV Civil. p. 1220.

A).- Formas de Simulación.

La simulación presenta varias formas, diversas maneras, siendo sus especies tan numerosos, que sólo atenderemos a las más importantes y frecuentes que puedan surgir en nuestro sistema jurídico.

"La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquéllas para quienes en realidad se constituyen o transmiten"⁴⁹.

Después de esta explicación, diremos que estudiaremos las formas de simulación por separado y veremos que existe la mas importante en nuestro punto de vista, y es la Simulación Absoluta y Relativa; luego la simulación lícita e ilícita y por último la simulación total o parcial, aclarando que en nuestro sistema jurídico sólo existe la simulación relativa y absoluta, pero como algunos tratadistas mencionan otras divisiones, las anotaremos para tratar de entender un poco más la simulación y sus formas.

Desde el punto de vista de su naturaleza íntima, la simulación puede asumir dos formas: absoluta y relativa. Esta clasificación es adoptada por nuestro codificador en el artículo 2181 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, diciendo: La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

Para dar una pequeña explicación de lo antes expuesto diremos que la simulación absoluta es la verificada en un contrato que nada tiene de real; como

⁴⁹ HECTOR CAMARA. op. cit. p. 85.

cuando un deudor para sustraer los bienes a sus acreedores, los vende a una persona que se encarga de conservárselos. Ahora en el caso de la simulación relativa es la empleada para dar a un contrato real una diversa apariencia que oculta su verdadero significado; tal es la de una donación disfrazada bajo la forma de venta.

"Planiol, denomina simulación propiamente dicha la que en nuestro sistema jurídico, la conocemos con el nombre de simulación absoluta, donde se presenta el acto simulado como algo completamente ficticio, que esconde la nada y disimulación, la que señalamos como simulación relativa. Agregando que la desfiguración es total cuando se oculta la naturaleza del acto bajo otra forma, y parcial cuando se disimula alguna de las condiciones solamente⁵⁰.

Trataremos de dar a continuación en forma más específica el significado de la simulación Absoluta.

La simulación es absoluta cuando las partes no quieren en realidad concluir ningún negocio, deseando solamente la declaración y no sus derivaciones o sus consecuencias.

El negocio jurídico simulado en forma absoluta, al cual algunos tratadistas nombran como fantasma, negocio ilusorio, inexistente jurídicamente, es decir nulo por falta de sustancia; es un continente sin contenido que no puede ser saneado por ningún otro acto jurídico.

⁵⁰ PLANIOL, op. cit. p. 622 citado por *Ibid* p. 87.

Los objetivos de las partes al efectuar el acto con simulación absoluta son innumerables, aunque casi siempre fraudulentos produciendo la disminución ficticia del patrimonio o el crecimiento aparente de las deudas, para frustrar la garantía de los acreedores impidiendo que perciban sus créditos; esta es un arma peligrosa de los deudores en bancarrota poco escrupulosos, que utilizan en las formas más diversas y estudiadas para conseguir la simulación del acto.

Podríamos citar numerosas hipótesis de ficción. El caso más común es el deudor que ante una inminente ejecución y cargado de obligaciones a fin de burlar a sus legítimos acreedores, transfiere simuladamente los bienes a un tercero.

Es posible también la simulación absoluta en algunos contratos reales, especialmente el depósito, comodato, así como también se emplea mucho en el contrato de prenda, con lo cual puede quedar con la posesión de las cosas el deudor, figurando los bienes como propiedad de un tercero.

Los contratos de enajenación a título gratuito casi no se usan como formas de simulación absoluta, porque resulta notoriamente inadecuado que cualquiera en estado de insolvencia y en momentos de ser ejecutado por los acreedores, empiece hacer donaciones, saltando a la vista su propósito fraudulento. aunque después se traten de cubrir argumentando que esas donaciones eran la recompensa de servicios o el cumplimiento de un deber, esto en la práctica, es poco usual pero cuando se da siempre origina la simulación

absoluta del acto, sin poder argumentar razones favorables el que lleva a cabo la simulación.

Ahora, mencionaremos algunos casos de simulación que son muy difíciles de comprobar como tales, diremos que las situaciones más frecuentes de simulaciones por aumento del pasivo, constituyen el otorgamiento de letras y títulos a la orden, con relación a obligaciones reales, resultando casi imposible o muy difícil la prueba del engaño.

Este procedimiento se encuentra en auge en la época presente en materia de quiebras, donde el comerciante caído en insolvencia trata de sacar el mejor partido de su angustiosa situación, haciendo repercutir su estado en los acreedores, aparentando deudas elevadas para obtener la aprobación de un acuerdo favorable, o bien constituyendo sobre sus mejores bienes créditos con privilegios especiales, para que después de un tiempo vuelvan a su poder. Estos actos se hacen generalmente tan bien, que resulta casi imposible demostrar esta simulación, y por ende su prueba resulta inoperante.

Después de esta breve explicación sobre la simulación absoluta y de dar unos ejemplos al respecto, citaremos el artículo 2182 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, en su primera parte, donde menciona que la simulación absoluta no produce efectos jurídicos, nos menciona o podemos interpretarlo, que una vez que el juzgador determine que un acto o negocio se encuentra en el supuesto de la simulación absoluta, este no producirá efectos

jurídicos, la nada, nada produce y quedaría sin efecto el acto que fue simulado y no podrá convalidarse este acto con ningún otro.

Con esto damos por terminado el estudio de la simulación absoluta y pasaremos al estudio de la simulación relativa.

La Simulación Relativa.

Hay simulación relativa, cuando frente al acto ficticio las partes están de acuerdo en concluir un acto diverso, distinto, ya sea con otra forma, modalidad, persona u otra cosa.

En esta situación, a diferencia de la simulación absoluta, existen dos actos: uno aparente, ostensible, que sirve de capa al otro, real, efectivo, denominado acto velado, escondido, disimulado etc., que se puede efectuar por varios motivos.

El acto aparente carece de fuerza obligatoria; en cambio, el convenio oculto, afecta los intereses de terceros o no infringe la ley tiene plena eficacia.

El negocio ficticio constituye el artificio que sirve para engañar al público, ocultando la realidad, lo que de verdad las partes han querido efectuar.

Algunos estimaban que los actos jurídicos con esta forma de simulación, debían ser declarados íntegramente nulos, pero esta opinión, no fue seguida por los autores, a pesar que normalmente esta simulación es ilícita, ya que siempre ha

sido permitido a las partes para cumplir sus fines económicos, escoger los medios lícitos que creyeran mas convenientes. En conformidad al principio general de la libertad de las convenciones.

Pueden existir motivos para ocultar al público un negocio, por lo cual las partes tienen libertad, cuyos límites son la violación de la ley o los derechos de terceros. Puede argumentarse que dichos negocios chocan con los principios morales, que ordenan a las partes ser leales en sus convenios; más conocemos que jurídicamente algunos actos no concuerdan exactamente con los ideales éticos.

La eficacia de la simulación lícita la podemos apreciar en la legislación argentina en el artículo 958 del Código Civil Argentino: "Cuando en la simulación relativa se descubriere un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser este anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a terceros. Otro precepto que tomaremos de la legislación argentina es el artículo 501 donde menciona, que la obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera. Atendiendo a nuestra legislación la segunda parte del artículo 2182 del Código Civil vigente en el Distrito Federal menciona: descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, este acto no será nulo si no hay ley que así lo declare" con esto intentaremos dar las bases para poder entender esta simulación relativa.

Los requisitos para la validez del acto simulado, podríamos decir que después de la noción general que hemos dado de la simulación relativa, expondremos los requisitos para que el acto viciado tenga validez.

Hemos mencionado que en el contrato simulado hay dos negocios: uno aparente, inexistente, que sirve de envoltura a otro real que si reúne ciertas condiciones, tiene plena eficacia en el campo del derecho.

Constituyendo el primer negocio algo ilusorio, una mera apariencia a fin de ocultar el acto auténtico, no tiene ninguna importancia desde el punto de vista legal, por lo cual debemos hacer abstracción de él y fijarnos únicamente en el negocio disimulado a fin de examinarlo comprobando si contiene los presupuestos esenciales para su existencia y validez.

Para que el acto oculto logre vida es necesario el libre consentimiento de las partes, quienes deberán tener capacidad para realizarlo; asimismo requiere objeto lícito y causa legítima para obligarse, reuniendo las condiciones de forma exigidas por la ley para cualquier contrato si es que este subsiste.

Así, podríamos mencionar un ejemplo de encubrimiento, "de un préstamo con garantía hipotecaria se encubre, bajo un contrato de venta con pacto de retroventa, el segundo acto es nulo por falta de el consentimiento, pues las partes en ningún momento lo quisieron, en cuanto al préstamo con garantía hipotecaria, exigiendo la ley, formalidades especiales para su constitución, valdrá como un simple contrato de mutuo. Mencionaremos que en el Código Civil Italiano

dispone expresamente que el contrato disimulado para su validez llenará los requisitos que le son propios, por último diremos que en la simulación relativa los actos no valdrán en el carácter aparente que tuviere, pero sí con su carácter verdadero, siempre que como tales pudieran valer.

Ahora daremos lo que consideramos la clasificación por su fin mediato; que puede ser lícita e ilícita.

Los móviles que guían a las partes para realizar los actos aparentes son múltiples, pudiendo clasificarlos por su fin mediato, su fin inmediato, en simulaciones lícitas e ilícitas.

Como sabemos, el fraude es lo más común en los actos simulados; no obstante, también son posibles las simulaciones inocentes y hasta con objetivos generosos.

Héctor Cámara señala: que el móvil al cual obedece la simulación, puede ser de valor moral muy distinto: ya es a la exigencia del fisco que se intenta sustraer, en tanto que otras veces el ocultamiento se explica muy simplemente por el deseo de no poner al público al corriente de los negocios privados o de evitar indiscreciones; ya quizá es motivada por la modestia y el desinterés de un benefactor que quiere conservar el anónimo y substraerse mediante una persona interpuesta a las expresiones de reconocimiento de aquéllos a quienes ha gratificado⁵¹.

⁵¹ HECTOR CAMARA. *op. cit.* p. 110.

En nuestros Códigos no se mencionó nada al respecto, es por eso que nos tenemos que basar en otras legislaciones como es la Argentina, que menciona en su Código Civil en el artículo 957, que la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.

La simulación ilícita, es la más común, ya que su finalidad tiene por objetivo mediato lesionar los derechos de terceros o la ley. Esta clase de simulación si esta reprobada por la ley.

La última clasificación que daremos, es por su extensión ya sea parcial o total, esta realmente es de menor interés y toma por punto de vista la extensión o amplitud del vicio en el contrato; según este, será total o parcial.

La simulación es parcial cuando recae no sobre la naturaleza del acto sino sobre una cláusula accesoria o elemento incidental, como la condición, plazo, precio, etc: lo que es frecuente para evitar pagar altos impuestos.

La simulación es total cuando afecta íntegramente al negocio, viciándolo en su esencia, como si se realiza una venta con simulación absoluta; en este caso, el vicio cae en el contrato por completo.

En la simulación parcial, probada la falta de veracidad de una cláusula, el acto en sí será perfectamente válido, ya que es la expresión de la voluntad de las partes efectuarlo, pudiendo ejercitarse sus derechos y obligaciones, debiendo los

contratantes ajustarse al precio real, abonando el impuesto y penas correspondientes a su infracción más daños y perjuicios que se llegaren a causar.

Al contrario, cuando el acto se encuentra viciado por simulación total cae en su integridad, es totalmente nulo, nada subsiste.

Para aclarar un poco más lo anteriormente expuesto, citaremos la jurisprudencia siguiente:

SIMULACIÓN RELATIVA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUANAJUATO).- Si en el escrito de demanda el actor dijo que en realidad se pactó como precio de la compraventa una cantidad determinada, pero a instancias de la demandada se asentó en la escritura que el precio era una cantidad menor, tal cosa constituye una simulación parcial del acto jurídico celebrado, conforme a lo que estatuye el artículo 1671 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, mismo que establece que ésta se da cuando "las partes declaran o confiesas falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas"; así pues, el contrato es válido y sólo nula una de las convenciones.

Amparo directo 6245/75. Constantino Alcántar Zavala. 28 de Julio de 1977. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Séptima Época: Vols. 103-108, Cuarta Parte, Pág. 175. 3a. SALA. Séptima Época en Materia Civil, Tomo

Número 3, visible en la Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes
1917-1990 de las Épocas 5a., 6a., 7a. y 8a., p. 790.

B).- Pruebas de la Simulación.

Empezaremos por explicar el carácter de la prueba, como requisito de la prueba para el éxito de la acción se exige que sea asertiva, plena y convincente; en la duda, debe estarse por la subsistencia del acto, por su realidad, porque lo normal es que todos los negocios en la vida de relación se presumen realizados en forma, como mencionan algunas tratadistas, en la duda hay que estar por la realidad para no crear un estado de permanente inquietud en cuanto a las relaciones económicas.

Ahora pasaremos analizar la prueba entre partes de la simulación distinguiendo la simulación lícita e ilícita, por considerar que los medios probatorios son diversos según se trate de cada una.

La simulación lícita, respecto a la prueba de la simulación inocente o no contraria a la ley hay dos conceptos: la primera que exige la presentación de la prueba literal para demostrar el vicio interpartes. El otro concepto, es contemporáneo, sostenido principalmente por los tratadistas italianos, admite cualquier género probatorio para acreditar el defecto legal por los contratantes, creemos que para este tipo de simulación tendremos que enfocarnos al primer concepto dado, por ser de mayor equidad y justicia social en razón a esta simulación.

En cambio en la simulación ilícita, todos los tratadistas en general admiten, cualquier medio de prueba cuando la simulación es fraudulenta, sin distinguir que la aleguen las partes o terceros, en estos casos se utiliza mas comúnmente las testimoniales y presuncionales como pruebas.

Sobre la contraprueba, sus principios se basan, en los de mayor libertad porque en esta contraprueba, se pueden valer de todos los medios conocidos en el derecho procesal para tratar de demostrar la realidad del acto impugnado, sin ninguna limitación, en relación con los medios probatorios.

Ahora pasaremos al estudio de la prueba presuncional, para la validez de esta prueba, su único requisito es que sea plena y convincente, ya que si las conjeturas sólo suscitan dudas o sospechas sobre la veracidad del acto no tendrá plena validez esta prueba para ser considerada por el juzgador.

Previo al estudio de las presunciones, estudiaremos el concepto de la causa simulada. Podemos decir que es el interés que lleva a las partes a formalizar el contrato simulado; o sea, el por qué del engaño.

La Prueba Presuncional, en la simulación depende única y exclusivamente de la prudencia del juez, no pueden darse reglas fijas, mecánicas, siendo la mejor guía el común sentido, la práctica de la vida y el conocimiento de la astucia de los hombres.

Los requisitos de las presunciones, son muy sencillos y son que estas: Las presunciones deben ser graves, precisas y concordantes. Para ser graves deben revestir tal grado de probabilidad que el ánimo del juzgador se traduzca en certeza moral.

A continuación pondremos una jurisprudencia respecto a los presuncionales.

SIMULACIÓN, PRUEBA DE LA, MEDIANTE PRESUNCIONES: Dada la especial naturaleza de la simulación y el interés de las partes en mantener en secreto la celebración del acto jurídico deseado, por regla general resulta refractaria a las pruebas directas por lo que debe acudirse a las presunciones para acreditar su existencia.

Amparo Directo 642/80. Francisco López Rodelo. 2 de julio de 1981. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes. Séptima Época: Vols. 151-156, Cuarta Parte. Pág. 286. visible en la jurisprudencia de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA precedentes sólo lo más importantes de la Séptima Época en Materia Civil.

3a. SALA.- 1917-1990, Tomo 3, del Apéndice recopilación del Semanario Judicial de la Federación de las Épocas 5a., 6a., 7a. y 8a. p. 789.

Las Presunciones en relación a la Simulación Absoluta.

En la Simulación Absoluta lo que se tiene que demostrar es la causa simulandi, el por qué de la ficción, que normalmente se encuentra en el interés de disminuir la pena común de los acreedores, por la proximidad de una ejecución forzosa por ejemplo.

Conocida la causa simulandi, que indujo a los contratantes para realizar la operación, una de las presunciones consideradas de más importancia es el parentesco y amistad íntima de los contratantes, es muy lógica, por ser elemento conservador de la simulación el secreto, y nadie puede mejor reservarlo que el pariente comprometido en su reputación y aún en su conveniencia en el negocio que concurre a formar.

Otra presunción son los deducidos de la naturaleza y cuantía de los objetos transferidos. Por ejemplo, en la enajenación de los mejores bienes, o, tal vez, los de más interés en conservar, podía ser mirada como índice revelador de la apariencia, porque es ilógico que una persona se desprende de sus bienes más valiosos sin causa alguna; presunción agravada cuando se enajenan en bloque, o por ventas sucesivas pero separadas, lo que no es muy natural, conforme al orden regular de las cosas.

Constituye también gravísima conjetura de simulación, la falta de ejecución del contrato, por ejemplo, realizado un contrato de compraventa, lo natural es que cambie la situación material de las partes referente a su objeto; de

lo contrario, claramente se aprecia que no ha habido mutación en su posición de hecho, que la modificación jurídica no ha salido del papel.

Pasaremos al estudio de las presunciones en la Simulación Relativa.

En la Simulación Relativa hay ciertas presunciones que llevan al ánimo del juzgador la convicción de que el acto ostensible es simplemente aparente, careciendo de otro objeto que esconder el negocio real.

Podríamos señalar que esto se llevan a cabo mediante contratos, que se efectúan entre una persona y algún pariente preferido, también que los precios que se estipularon sean muy bajos y la falta de motivo para que el enajenante venda, juntando todo estos puntos se podría demostrar que este contrato es simulado y podrían servirnos de pruebas todas estas presunciones.

II.- EFECTOS DE LA SIMULACIÓN.

Conocemos en este capítulo los efectos producidos por la declaración de simulación, problema que depende del concepto y naturaleza del acto mismo; por ende, conexo al de las relaciones entre la voluntad y declaración.

Daremos algunos puntos básicos para entender el desarrollo de este tema:

El acto aparente es nulo, no teniendo efecto alguno.

El acuerdo secreto produce plenas consecuencias; regla que sufre ciertos limitaciones cuando atente contra los derechos de terceros y el orden público.

Los efectos de la acción entablada por las partes, para la declaración de simulación, es idéntico al que se estableció en el derecho romano: la verdad debe prevalecer sobre las falsas apariencias.

Los efectos en la Simulación Absoluta, siendo el acto aparente completamente nulo, los contratantes una vez declarada la invalidez son colocados retroactivamente en la situación anterior, es como si nada hubiera sucedido.

Entre los contratantes, todos los derechos y obligaciones adquiridos en virtud del negocio irreal resultan efímeros, porque no han nacido, cayendo las eventuales adquisiciones del negocio simulado, no pueden extinguirse sus derechos, porque todo queda como si nada hubiera pasado.

El acto no puede ser confirmado por las partes, ya que el negocio jurídico es inexistente, por consecuencia no se puede confirmar la nada.

Los efectos en la Simulación Relativa no son tan severos.

En esta forma del vicio hay aparentemente una doble voluntad. Aparte del acto ficticio, destinada a engañar a terceros, existe otro que traduce la voluntad real de las partes; el primero es nulo, según hemos visto, como producto

de una intención no seria, mientras el segundo tendrá eficacia, si la simulación reúne las condiciones de validez.

Los principios aplicables, son los mismos que en la simulación absoluta, con la única variación que aquí el acto secreto no destruye el aparente sino que lo modifica simplemente, viniendo a crear obligaciones positivas diferentes de las que parecían resultar; la acción de simulación absoluta es de declaración negativa, mientras la de simulación relativa es de declaración a un mismo tiempo negativa y positiva.

Por consiguiente, en el contrato aparente, existiendo manifestación sin voluntad es totalmente estéril mientras en el acto disimulado hay declaración con contenido real, que puede quedar intacta sobreviviendo a la nulidad del negocio ficto.

Una vez apartado el negocio jurídico aparente, siempre ineficaz, en la simulación absoluta o relativa, descornado el velo que ocultaba el vínculo jurídico real contraído clandestinamente por las partes, este será indudablemente válido si llena las condiciones legales formales y sustanciales para su plena existencia y tendrá los mismos efectos que si se hubiera realizado abiertamente; descubriendo el acto real que oculta la simulación relativa, este acto no será nulo si no hay ley que así lo declare, párrafo segundo del artículo 2182 del Código Civil vigente.

Los efectos de la acción intentada por terceros, los principios son los mismos que en la acción intentada por las partes.

A continuación daremos una jurisdicción al respecto.

SIMULACIÓN, EFECTOS DE LA DECLARACION DE NULIDAD POR. (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). Independientemente de que la parte demandada no hubiera estipulado con anterioridad devolverle al actor las cantidades que percibiera como consecuencia del convenio simulado celebrado entre ellos, dicha parte estaba obligada a devolver o restituir todo aquello que hubiese recibido, de conformidad con lo establecido por el artículo 2117 del Código Civil del Estado de Veracruz, que dice: "Luego que se anule un acto simulado se restituirá la casa o derecho a quien pertenezca con sus frutos e intereses, si los hubiere".

Amparo directo 1886/74. Luis Rangel Correa. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Séptima Época: Vol. 73, Cuarta Parte. p. 137. visible en el Apéndice de Recopilación del Semanario Judicial de la Federación de las Épocas 5a., 6a., 7a. y 8a. de la 3a. SALA. 1917-1990, Tomo 3, p. 788.

Con esto dimos una pequeña explicación de los efectos de la simulación apoyándonos en la jurisprudencia por la falta de una debida reglamentación en nuestro Códigos.

A).- Acción de Simulación.

El acto jurídico ficticio, según sea la clase de simulación que lo afecte, puede dar lugar a la nada o a otro negocio de naturaleza diversa del que exteriormente aparece realizado.

Este estado de hecho contrario al jurídico, crea en los interesados la necesidad de ejecutar una acción, resultando evidente que debe existir alguna defensa que deduzca consecuencias jurídicas de la ficción del contrato, para reconocer o declara que no se ha realizado ninguno o que se ha formalizado otro en cambio del aparente.

Formas de alegar la simulación.

La Simulación Absoluta o Relativa puede alegarse en juicio en forma concreta, por medio de acción, o por vía de excepción.

La acción de nulidad, según las normas de nuestro Código Civil, la simulación puede producir la nulidad del acto jurídico, por lo que la acción correspondiente declara su nulidad, esta acción bajo nuestro punto de vista es una acción declarativa, porque es de simple declaración, poniendo término a la incertidumbre de una situación jurídica que necesita ser judicialmente definida. El objeto, la finalidad de la acción sirve para determinar su naturaleza.

El fin de la acción de simulación, es la comprobación de la inexistencia de la relación jurídica aparente del negocio simulado, y en la simulación relativa,

de la existencia detrás de él de un negocio jurídico diverso, también podemos mencionar que esta acción de simulación es siempre normal.

Como lo hemos venido realizando, a continuación pondremos una jurisprudencia emitida por la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, para tratar de dar una mayor explicación a esta figura y por falta de una buena reglamentación de ésta en nuestros Códigos.

2394 SIMULACIÓN, ACCIÓN DE (MICHOACÁN).- Para la procedencia de la acción de simulación basta demostrar que las partes no tuvieron voluntad para celebrar el acto aparente, pues es por falta de voluntad o consentimiento por lo que la simulación produce la nulidad del acto simulado. No es necesario, para la procedencia de la acción, el que en el demandado sea insolvente, para la insolvencia es un requisito para la procedencia de la acción pauliana, pero no para la acción de simulación.

Sexta Época. Cuarta Parte: Vol. III. p. 180. A.D. 4403/1954. Procopio Pérez. Mayoría de 4 votos. 3a. SALA. Apéndice de Jurisprudencia 1975. CUARTA PARTE. p. 1053, visible en la Jurisprudencia y Tesis sobresaliente 1974-1975. Actualización IV Civil, sustentada por la 3a. SALA de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. p. 1221.

Continuando con nuestro capítulo mencionaremos que la acción de simulación, según el artículo 2183 del Código Civil vigente en el Distrito Federal a la letra dice: Pueden pedir la nulidad de los actos simulados los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la Ley o en perjuicio de la hacienda pública. Este artículo no debe interpretarse limitativamente, porque, también las partes pueden demandar la declaración de simulación, dado que el acto aparente, al que el artículo transcrito llama nulo, en realidad es inexistente.

Con relación a que las partes también pueden demandar la declaración de simulación existe Jurisprudencia al respecto, y es la siguiente:

2398 SIMULACIÓN, NULIDAD POR CAUSA DE.

Las partes que interviene en el acto simulado tienen también acción para pedir su nulidad.

A.D. 5526/1957.- Luis Vaca y Coag. Unanimidad de 4 votos. Sexta Época. Vol. XIV. Cuarta Parte. p. 212.

A.D. 5325/1957.- Fernando López. Mayoría de 4 votos. Sexta Época. Vol. XIV, Cuarta Parte. p. 260.

A.D. 6442/1957.- María del Refugio Espinosa Burgos. Unanimidad de 4 votos. Sexta Época. Vol. XVII. Cuarta Parte. p. 184.

A.D. 6405/1957.- J. Jesús >Camarena. 5 votos. Sexta Época. Vol. XXVII. Cuarta Parte. p. 100.

A.D. 94/1962.- Juana Hernández Vda. de Cota. Unanimidad de 4 votos. Sexta Época. Vol. LXIV. Cuarta Parte. p. 51.

JURISPRUDENCIA 349 (Sexta Época). p. 1051, Volumen 3a. SALA. Cuarta Parte. Apéndice 1917-1975; anterior Apéndice 1917-1965, JURISPRUDENCIA 331. p. 1007 (En nuestra Actualización I Civil. Tesis 2184, p. 1071), visible en la JURISPRUDENCIA y tesis sobresalientes 1974-1975. Actualización IV Civil, sustentada por la 3a. SALA de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. p. 1222.

De acuerdo con la doctrina moderna, podemos decir que la acción en declaración de simulación, aun en el caso de ser ejercida por los acreedores, llena un fin exclusivamente propio; su condición única es que la simulación alejada cause perjuicio a los acreedores; la única prueba que los acreedores deben producir, es la de la simulación y el perjuicio que les causa.

El perjuicio, por lo demás existe desde que se constate la insolvencia del deudor; desde el momento que el acreedor no pueda cobrarse íntegramente su crédito, la simulación, substrayendo aparentemente del patrimonio del deudor bienes que son su prenda y con cuyo importe podría cobrarse, esto le causa un perjuicio innegable.

La acción de simulación, puede ser intentada como le hemos venido expresando, y ahora conforme a la doctrina moderna, esta puede ser intentada, tanto por los acreedores anteriores como por los posteriores, la acción de

simulación también puede ser ejercida por los acreedores condicionales y, con mayor razón, por los acreedores a término.

Para terminar lo referente a la acción, tenemos que mencionar que, la acción en declaración de simulación, debe forzosamente dirigirse conjuntamente contra las dos partes otorgantes del acto simulado, en el entendido que el que promueva la acción sea un tercero perjudicado o el Ministerio Público, esta acción se tiene que promover a las partes que realizaron el acto simulado, porque este acto no fue unilateral, sino bilateral y se tendría que notificar a los dos partes, respecto de esa simulación, correrían el riesgo que se promueva un incidente de nulidad, por únicamente ejercitar la acción correspondiente para uno de los que llevaron a cabo el acto simulado.

Respecto de como quedaron los bienes o los derechos, una vez demostrado que el acto jurídico, elaborado fue simulado, tendremos que recurrir al Código Civil vigente en el Distrito Federal en su artículo 2184 primera parte que a la letra dice:

Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus fruto e intereses, si los hubiere.

Con esto hablamos de la restitución de la cosa o el derecho correspondiente a la persona que es la propietaria de estas cosas o derecho existiendo una excepción, la cual, la encontramos en el mismo ordenamiento antes citado en la segunda y tercera parte del artículo 2184 que menciona: pero si

la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución.

También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe.

Con esto hemos dado la acción de simulación por terminado la exposición de la simulación.

SIMULACIÓN, PRUEBA DE LA, MEDIANTE PRESUNCIONES: Dada la especial naturaleza de la simulación y el interés.

La simulación de los actos jurídicos como excepción, tomando en consideración el criterio que la doctrina unanimemente ha venido sustentado de que la excepción viene a constituir un derecho subjetivo de contradicción que todo demandado puede hacer valer de manera legítima y además la misma puede llegar a tener que llevarse a cabo su debida relgamentación en la materia mercantil una tascendental importancia.

En efecto, la simulación de los actos jurídicos considero que en la vida moderna y por los problemas de naturaleza preponderantemente económica que viene afectando con mayor frecuencia las actividades de toda índole a nuestro país y con debida utilización y no sólo en perjuicio de terceros, como procedió a reglamentarla el legislador en el Código Civil vigente en el Distrito Federal sino también en entero perjuicio de una de las partes que intervienen directamente en su celebración y desde luego en entero beneficio de su contratante, quien recurre a la utilización de la misma con el evidente

propósito de obtener mayores y mejores garantías o de plano mayores beneficios económicos que exceden y con mucho a los que originariamente se tenía derecho y que mediante la crisis momentánea de liquidez o de plano en la imposibilidad de satisfacer sus compromisos crediticios ya vencido o por vencer en un futuro inmediato, de aceptarla en los términos

La simulación de los actos jurídicos como excepción, tomando en consideración el criterio que la doctrina unánimemente ha venido sustentando de que la excepción viene a constituir un derecho subjetivo de contadicción que todo demandado puede hacer valer legítimamente en contra de todo aquel que promueve un procedimiento judicial en su contra, para destruir la acción intentada en el mismo, la institución jurídica de la simulación de los actos jurídicos estimo que puede y debe hacerse valer de manera legítima y además la misma puede llegar a tener su debida reglamentación en la materia mercantil.

En efecto, la simulación de los actos jurídicos considero que en la vida moderna y por los problemas de naturaleza preponderantemente económica que vienen afectando con mayor frecuencia las actividades de toda índole a nuestro país y con especial mención a la materia mercantil, ha sido objeto de una continúa e indebida utilización y no sólo en perjuicio de terceros, como procedió a reglamentarla el legislador en el Código Civil vigente en el Distrito Federal sino también en entero perjuicio de una de las partes que intervienen directamente en su celebración y desde luego en entero beneficio de su contratante, quien recurre a la utilización de la misma con el evidente propósito de obtener mayores y mejores garantías o de plano mayores beneficios económicos que exceden y con mucho los que originariamente se tenía derecho y que mediante la

imposición de esa artificialidad se constriñe a los deudores u obligados, personas físicas o morales, que se encuentran en verdaderas situaciones bien de crisis momentánea de liquidez o de plano en la imposibilidad de satisfacer sus compromisos crediticios ya vencidos o por vencer en un futuro inmediato, de aceptara en los términos en que los titulares de los derechos de crédito llegan a configurar aún cuando se encuentran totalmente alejados de la realidad, tal vez con la esperanza y anhelo de poder dar el debido cumplimiento a las obligaciones a su cargo que dentro de sus actuales posibilidades no pueden satisfacer pero que en un futuro cercano y con concesión de un plazo mayor se pueda lograr su debido cumplimiento.

Sin embargo, como se trata de una artificialidad elaborada seguramente con el fin de obtener mayores beneficios económicos en favor de quien la elaboró, lo más probable es que con el transcurso del tiempo el obligado que la acepto por las particulares circunstancias en que se encontraba en el momento de su celebración, se venga a dar cuenta del error en que maliciosamente se le hizo incurrir y llegue por lo tanto al conocimiento de la verdadera y triste realidad, respecto que esa falasia maquinada por su acreedor, tan sólo en apariencia contenía una solución, pero que era de carácter transitorio y toda vez que sus problemas económicos muy lejos de haberse llegado a resolver con la celebración del acto simulado, con el solo transcurso del tiempo se han venido agravando, al grado tal que inclusive ha llegado el momento de que si existe lo que trato de evitar o sea la imposibilidad superveniente de llegar a cumplir con el pago pactado algún día y como era la intención y finalidad originaria al aceptar la celebración en forma conciente del acto simulado, máxime que no obstante el pleno conocimiento de la misma por la parte que la concibió y la impuso tratará de utilizarla

precisamente para hacer efectivos los derechos mediante la correspondiente reclamación ante los órganos jurisdiccionales.

Ahora, que, en esos supuestos, es cuando considero que los afectados con la celebración de la simulación de los actos jurídicos, en que reitero inclusive tuvieron una participación directa, estarán en posibilidad de hacerla valer legítimamente como excepción, a los efectos de que acreditando en el juicio su existencia se determine en la sentencia definitiva que en su oportunidad se emita como necesaria sanción la improcedencia de las reclamaciones que se le hubieren formulado y al invalidarse el contrato o acto jurídico afectado con la simulación y en todo caso dejar a salvo los derechos del promovente del juicio para que los haga valer con relación al verdadero acto jurídico que originariamente los vinculó antes de la utilización de la simulación.

Consecuentemente con todo lo anterior, la debida reglamentación en materia mercantil de la simulación de los actos jurídicos considero que a la fecha no sólo resultaría necesaria sino hasta la indispensable y dado que por medio de la misma se podrían evitar los graves y cada vez mayores abusos que se vienen cometiendo con su indebida utilización, aprovechándose de que la misma por regla general es refractaria a la prueba directa, en virtud de que los que pretenden recurrir a la utilización de tal institución jurídica, tendrán el conocimiento de la sanción a la que pueden llegar a hacerse acreedores y dejarían por lo tanto de utilizarla como medio indebido de obtención de mayores beneficios, aprovechándose del estado de necesidad de sus deudores, que se ven en la necesidad de aceptarla en los términos que se les impone y con ello por lo tanto se evitarían ese tipo de abusos, pues ante la existencia del peligro inminente de que después de tramitado todo un procedimiento judicial, lejos de llegar a

obtener la totalidad de las prestaciones reclamadas como era su objetivo, vean frustradas sus indebidas pretensiones y no sólo eso sino además invalidado el convenio que artificiosamente hubiesen elaborado e impuesto a los obligados con los mismos y que evidentemente a pesar de su apariencia de validez es nulo por cuanto que resulta violatorio de la autonomía de la voluntad al impedir que se hubiese manifestado de manera libre y espontánea, sino que aprovechándose del estado de necesidad se comete un verdadero abuso que necesariamente lesiona la voluntad del obligado que en esas circunstancias y ante su debida reglamentación podría invocar como legítima excepción y lograr absoluta invalidación. En efecto, siendo la excepción el medio efectivo reconocido por la ley de enjuiciamiento para destruir las pretensiones que se trata de hacer efectivas por medio de las acciones intentadas en un procedimiento, resulta inconcusos que el enjuiciado que ante la trascendencia y monto de las reclamaciones que se le llegan a formular y fundamentar en un contrato o acto simulado, con el que evidentemente se le pretende privar de su patrimonio podría recurrir a su interposición, a los efectos de que una vez comprobada su existencia en caso concreto determinado se le sancione con su invalidación, para lo cual deberá desde luego a precisar los hechos en que fundamenta la existencia de la precisiada excepción de simulación, así como de los medios de convicción que acrediten su existencia y debida procedencia, debiéndose distinguir los casos en que se haga valer directamente por los interesados de aquellos en que se oponga por los terceros que resultaren afectados con la misma, en cuyo caso tiene una particular y destacada importancia la Prueba de Presunciones, quienes por lógica desconocen por ser totalmente ajeno a los mismos el acto simulado y como lo ha sustentado la H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION en su Tesis Jurisprudencial que visible en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmen 217-228 Sexta Parte, pág. 612, que a continuación transcribo:

**SIMULACION DEBEN ACREDITARLA FEHACIENTEMENTE
LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LA.**

La simulación es por regla general refractaria a la prueba directa, de tal manera que, para su demostración, tiene capital importancia la prueba de presunción. Este principio general obedece a que lo ordinario es que la nulidad por simulación la solicite un tercero, quien lógicamente es ajeno y desconoce el negocio simulado. Pero este principio general sufre en caso de excepción cuando las partes que intervienen en el acto que se simula piden su nulidad. En este supuesto como ellas son conocedoras del acto aparente tienen la obligación de acreditarlo fehacientemente.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO OCTAVO CIRCUITO.

Lo anterior, por cuanto que el tercero evidentemente se encuentra limitado para acreditar la existencia de simulación de actos jurídicos realizados por las partes que no sólo la concibieron sino que deliberadamente se eludieron para realizarla en su beneficio y en perjuicio de este tercero y por ello como se desprende del criterio jurisprudencial transcrito deberá necesariamente recurrirse para su comprobación debida a la Prueba Presuncional, que adquiere en esos casos una relevancia trascendental y deberá ser por lo tanto objeto de un minucioso estudio por parte del juzgador, pues la artificialidad creada por personas ajenas y extrañas al afectado con la misma sólo es conocida por ellas de tal manera que los indicios que acrediten la existencia de esa falsa apariencia pueden ser elementos suficientes para la demostración de la simulación que se haga valer como excepción.

Ahora bien, la simulación de los actos jurídicos considero que tiene una trascendental importancia cuando se opone por los directamente afectados con la misma, precisamente como excepción y esto por cuanto que, ante el agravamiento de la crisis económica de los deudores, los mismos se han visto en la necesidad de aceptar la celebración de convenios o contratos modificativos de los originariamente celebrados y que viene a constituir verdaderos actos simulados que les son materialmente impuestos por los acreedores, particularmente por las instituciones de crédito que recurren con suma frecuencia su utilización no sólo para obtener mayores y mejores garantías, sino sobre todo multiplicar sus beneficios económicos, a los que lógicamente no tiene ningún derecho y que mediante este artículo los obtendrá, constriñendo a las personas que por el estado de necesidad en que se encuentran, se ven obligadas a aceptarla, expresando aparentemente su voluntad con semejantes actos jurídicos simulados, con la esperanza de salvar su patrimonio y resolver cuando menos de manera inmediata los problemas que los angustian.

Sin embargo, como normalmente las condiciones que se imponen en esos contratos simulados sólo en apariencia también conllevan una solución a los problemas crediticios, al otorgarse sólo un mayor plazo pero con adeudos en cantidades mayores que lógicamente con el tiempo implican el aumento en los abonos mensuales y semestrales estipulados, resulta que como ya lo he manifestado con el tiempo también resultan imposibles despegarse y ante ello los acreedores tratarán de hacerlos efectivos mediante la ejecución forzada a través de los órganos de la jurisdicción.

Ahora que, es entonces cuando los obligados afectados considero, podrán legítimamente hacer valer esa simulación de actos jurídicos como excepción, a los

efectos de que acreditando su existencia, se declare como sanción a ese indebido e ilegal proceder de sus acreedores, la improcedencia de la reclamación incoada en su contra invalidándose el convenio afectado con la simulación para que en toda caso se formule la reclamación con base en el verdadero acto jurídico que los vinculo, y que se pretendió maliciosamente hacer desaparecer por medio del acto jurídico simulado.

III.- Propuesta Sobre la Necesidad de Una Debida Reglamentacion de la Simulacion de Actos Jurídicos en Materia Mercantil.

La propuesta es la siguiente :

Art. 78 Bis.- Deberá ser considerado como simulado todo acto en que las partes declararen o confiesen falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas.

Art. 81 Bis.- La simulación absoluta no produce efectos jurídicos; descubierto el acto real que oculta la simulación relativa ese acto no será nulo sino hay ley que así lo declare.

Art. 84 Bis.- La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

Art. 85 Bis.- Siempre será responsable de los daños y perjuicios el que propicie o invite a llevar a cabo la simulación de los actos jurídicos.

Art. 86 Bis.- La simulación de actos jurídicos no podrá convalidarse y menos podrá renunciarse de manera anticipada y podrá hacerse valer como acción o bien como excepción.

Art. 87 Bis.- Podrán pedir la nulidad de los actos simulados los terceros perjudicados con la simulación así como los directamente interesados, que resulten afectados con la misma cuando hubieren sido constreñidos a aceptar su celebración el Ministerio Público cuando ésta se cometa en transgresión de la ley o en perjuicio de la Hacienda Pública.

Art. 88 Bis.- Luego que se decrete la nulidad de un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca con sus frutos e intereses si los hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado de título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución.

También subsistirán los gravámenes que esten a favor de terceros de buena fe.

CONCLUSIONES

I.- La Simulación, la defino de acuerdo con lo expuesto en esta tesis, como el acto ficticio en que las partes declaran constantemente o confiesan falsamente lo que en realidad no existe, no ha pasado o no se ha convenido realmente entre ellas, creando un negocio o acto aparente, con interés de efectuar otro distinto, que produzca efectos jurídicos generalmente en perjuicio de terceros, pero que también puede ser en perjuicio de uno de los propios interesados, y que se ve constreñido ha aceptar su celebración.

II.- Consecuentemente con lo anterior, la simulación debe reglamentarse como un medio extintivo de obligaciones, y sancionar con la invalidez a los actos afectados con la misma, para evitar su utilización en los negocios mercantiles, y en virtud de que su comprobación determinará que de la misma podrán derivarse efectos jurídicos válidos.

III.- La simulación de los actos jurídicos, requiere por lo tanto de una debida reglamentación en nuestra legislación mercantil vigente, por ser la materia en que se incide con mayor frecuencia en la vida moderna, máxime que se considera que la reglamentación existente en materia civil es limitada y por lo tanto deficiente.

Lo anterior, por cuanto que es el caso de que como aparece de las disposiciones contenidas por el artículo 2183 del Código Civil, que la reglamenta, la misma es limitativa, dado que se refiere exclusivamente a los casos en que se lleva a cabo en perjuicio de terceros, y sin embargo es el caso de que de acuerdo con criterio definido por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, también puede ser invocada por los

propios interesados cuando son afectados con la misma lo que en la época actual y por la crisis económica que afecta a todos los sectores del país es muy frecuente y requiere por tanto su decidida y específica reglamentación.

IV.- Ahora bien, tomando en consideración la especial naturaleza de la misma, la simulación de los actos jurídicos, no podrá convalidarse ni menos aún ser objeto de confirmación, no podrá renunciarse de manera anticipada toda vez que através de la misma se infringe un elemento esencial de todos los contratos como es el del consentimiento, así como un principio general de derecho que es el de la buena fe que debe empezar en la celebración de los contratos.

V.- Consecuente con todo lo expuesto, la reglamentación de la simulación Jurídica en materia mercantil debe señalar en forma expresa, que la misma puede ser invocada, aún en forma directa por los interesados que resulten afectados en sus legítimos intereses con la misma, cuando se hubieren visto constreñidos por sus necesidades a aceptar su celebración y a llevarla a cabo; para no quedar en estado de indefensión, en que a la fecha se encuentran, de acuerdo con lo que al respecto y en forma limitada establece el Código Civil vigente de aplicación supletoria a la legislación mercantil.

VI.- La simulación de los actos Jurídicos, en la legislación mercantil debe reglamentar en sus disposiciones que la misma podrá hacerse valer bien, como acción o también como excepción, por parte de los interesados, o los terceros perjudicados y en contra todo aquel que la realizó con dolo, mala fe o se aprovechó del estado de necesidad del que tuvo que aceptarla; para evitar en lo posible que se siga utilizando.

VII.- La sanción que deberá establecerse para los casos en que se acredite la simulación de actos jurídicos deberá ser siempre la de decretar la nulidad bien absoluta o en todo caso relativa, según la trascendencia e importancia de los actos jurídicos irreales afectados con la misma y para que en todo caso las partes que intervinieron en ellos solamente queden vinculados de acuerdo con el acto jurídico real que artificiosamente se ocultó con el simulado.

VIII.- Respecto de los medios de convicción con los que pueda acreditarse la existencia de la simulación, en virtud que de principio la misma por su especial naturaleza, resulta ser refractaria a la prueba directa, deberán admitirse y desahogarse todas las pruebas con las que puede demostrarse su existencia, y su debido acreditamiento podrá derivar de las presunciones legales y humanas, que deberán ser analizadas valorizadas con especial detenimiento por el juzgador.

IX.- Independientemente de la Nulidad con que se afecten los actos simulados deberá establecerse, que de llegarse a acreditar que la misma se llevó a cabo a los efectos de obtener mayores beneficios económicos y garantías de la que se carecía, se sancione a la parte que la gestionó y obtuvo con el pago de los correspondientes daños y perjuicios, lo que evitaría la frecuencia en su utilización sobre todo por instituciones de crédito, a capricho y conveniencia con negocios jurídicos para obtener lo que en realidad no pudiera corresponderles ni legal ni moralmente.

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

1. CARLOS ALBERTO GHERSI: Contratos Civiles y Comerciales; Editorial Astrea. Buenos Aires 1990.
2. FELIPE DE J. TENA: Derecho Mercantil Mexicano; Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1974.
3. GEORGES LUTZESCO: Teoría y Práctica de las Nulidades; Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.
4. HECTOR CAMARA: Simulación de los Actos Jurídicos; Segunda Edición. Editorial Roque de Palma. Buenos Aires 1958.
5. IGNACIO GALINDO GARFIAS: Derecho Civil; Sexta edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1983.
6. JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ: Derecho Mercantil; 19a Edición. Eitorial Porrúa, S.A. México 1988.
7. JORGE BARRERA GRAFO: Instituciones de Derecho Mercantil; Editorial Porrúa, S.A. México 1989.
8. JESUS ZAMORA PIERCE: Derecho Procesal Mercantil; Primera Edición. Editorial Cardena, Editor y Distribuidor. México 1977.
9. JOSE ANTONIO MARQUEZ GONZALEZ: Teoría General de las Nulidades; Editorial Porrúa, S.A. México 1992.
10. MANUEL BORJA SORIANO: Teoría General de las Obligaciones; 10 edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1984.
11. MIGUEL ANGEL ZAMORA Y VALENCIA: Contratos Civiles; Segunda Edición. Editorial Porrúa. México 1985.
12. OSCAR VAZQUEZ DEL MERCADO: Contratos Mercantiles; Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1992.

13. RAFAEL DE PINA: Derecho Civil Mexicano; Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1966.
14. RAFAEL DE PINA VARA: Derecho Mercantil Mexicano; Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1974.
15. RAFAEL ROJINA VILLEGAS: Compendio de Derecho Civil (Introducción Personas y Familia); Vigésima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1984.
16. RAFAEL ROJINA VILLEGAS: Compendio de Derecho Civil (Contratos); 22a Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1988.
17. RAFAEL ROJINA VILLEGAS: Derecho Civil Mexicano; Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1985.
18. RAMON SANCHEZ MEDAL: De los Contratos Civiles; Novena Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1988.
19. ROBERTO L. MANILLA MOLINA: Derecho Mercantil; 27a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1990.
20. SERGIO T. AZUA REYES: Teoría General de las Obligaciones; Editorial Porrúa, S.A. México 1993.

LEYES Y CODIGOS

- Código de Comercio.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.