

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO

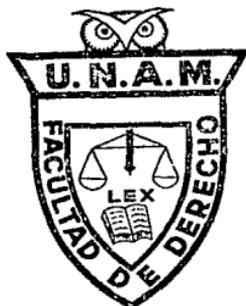
LA FORMA Y LAS FORMALIDADES EN LOS
CONTRATOS CIVILES

T E S I S

Que para obtener la
LICENCIATURA EN DERECHO

presenta

LINO RODRIGUEZ RODRIGUEZ



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA GENERAL DE
EXAMENES Y TITULACIONES

México, D. F.

1988



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LA FORMA Y LAS FORMALIDADES EN LOS
CONTRATOS CIVILES

Introducción	Páginas I
--------------------	--------------

CAPITULO PRIMERO

La forma en los actos jurídicos y en los contra-
tos.

I.	Del acto jurídico en general	2
II.	Elementos de existencia y de validez de los contratos	7
III.	El consentimiento para la existencia del contrato y la forma de expresarlo	30
	1.- Consentimiento expreso y tácito	45
	2.- El problema del silencio	48

CAPITULO SEGUNDO

Los formalismos o formalidades como requisito -
de validez del contrato.

I.	Los formalismos o formalidades como requisito de validez en el contrato	52
II.	Formalismos ad solemnitatem y ad probationem	68
III.	Los formalismos como elemento de prueba sin afectar la validez del contrato	73
IV.	Distinción entre formalismos y publicidad	76
V.	Clasificación de los contratos por sus formalismos	79

CAPITULO TERCERO

Evolución de los formalismos en los Códigos --

Civiles del Distrito Federal.

I.	Los formalismos en el Código Civil del - Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1870	84
II.	Los formalismos en el Código Civil del - Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1884	88
III.	Los formalismos en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia fede- ral de 1928	95
IV.	Los formalismos en la Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980	122

CAPITULO CUARTO

Sanción por falta de forma y formalidades en --

los contratos y su convalidación.

I.	Sanción por falta de forma y formalida- des del contrato y la manera de convali- darlo	129
II.	Acción para obtener las formalidades --- omitidas al celebrar un contrato y excep- ción de nulidad por falta de formalida- des en el contrato	137
III.	Acción de nulidad por falta de formalis- mos en un contrato y contrademanda de -- otorgamiento de formalismos	140
IV.	Efectos de la convalidación al otorgarse los formalismos debidos al contrato	146
	Conclusiones	150
	Bibliografía	156

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

El hombre, en todos los actos de su vida, busca --- siempre la seguridad. El saber a que atenerse en lo futuro, -- es uno de sus anhelos, derivado de su estado natural de inseguridad a que está expuesto.

Es por eso que entre otras cosas, ha creado varias_ instituciones que le favorecen y cuya finalidad es satisfacer su deseo de seguridad.

El Derecho es una de las instituciones creadas por_ el hombre para asegurar sus intereses y crear un ambiente de confianza entre sus semejantes. Se ha considerado que el De-- recho tiene como objetivo realizar la seguridad jurídica. Es_ decir, lograr el orden y la estabilidad sociales.

Varias son las ramas del Derecho que entre sus dis-- posiciones, otorgan seguridad al hombre. Entre éstas encontra-- mos al Derecho Civil, del cual, uno de sus objetivos es regu-- lar la situación jurídica del ser humano en relación con sus_ semejantes en un plano de igualdad. En estas relaciones del - ser humano con sus semejantes, entre otras instituciones que_ regula el Derecho Civil, encontramos a los contratos. Ese --- acuerdo de voluntades de los sujetos para crear o transmitir_ derechos y obligaciones con consecuencias jurídicas, es la -- manifestación más exacta de la relación del hombre frente a - sus semejantes dentro del Derecho Civil.

Al estar en este plano de igualdad, cada persona va a tratar de asegurarse frente a la otra, ya que los tiempos - modernos imponen al hombre la desconfianza frente a sus seme--

jantes y máxime cuando se pone de por medio sus bienes.

Es en este momento cuando el Derecho Civil incorpora a sus normas una serie de requisitos a cumplir y que llevan como fin asegurar los intereses de las personas.

A este conjunto de requisitos dentro del Derecho Civil, se les han llamado: forma, formalidades, formalismos o solemnidades de los contratos.

El motivo por el cual exponemos el presente trabajo es que en la práctica del Derecho Civil y en especial de los contratos civiles, nos llamó la atención el sinnúmero de requisitos que se exigen para considerar a un contrato válido dentro del derecho. La lentitud con la que se cumple con estos requisitos, el estancamiento de algunas operaciones por culpa de estos requisitos que exige la ley.

Dentro del aspecto teórico, nos movió a escribir el presente trabajo, la preocupante confusión que existe entre los términos forma, formalismos o formalidades y solemnidad. El como se utilizan tan a la ligera como sinónimos estos términos.

Es por eso, que el objetivo que se persigue con la presente tesis es plantear la diferencia entre el significado de forma, formalismos o formalidades y solemnidad. La ubicación de cada figura dentro de los contratos, su naturaleza jurídica de cada una de ellas y su importancia dentro de los contratos civiles.

Es también objetivo de la presente tesis sugerir algunas soluciones, dentro de los contratos sujetos a excesivos requisitos para su validez, para hacer menos complicado el cum

plimiento de estos requisitos sin arriesgar la seguridad jurídica por conseguir una mayor celeridad en las operaciones.

Para el estudio de la forma y las formalidades es importante saber en donde se encuentran ubicadas y es por eso que dentro del primer capítulo de la tesis, estudiamos al contrato con sus distintos elementos de existencia y sus requisitos de validez, para ubicar a la forma y a las formalidades dentro del lugar que les corresponde en los contratos.

Posteriormente hacemos una distinción entre lo que significa forma, formalismos o formalidades y solemnidad y la importancia de cada figura dentro del contrato, su naturaleza jurídica y su relación con las otras figuras, planteando con esto la teoría de la forma y las formalidades.

Mas adelante hacemos un recorrido histórico a través de los Códigos Civiles que rigieron al Distrito Federal - en el siglo pasado, para saber como contemplaba cada uno de ellos a la forma y las formalidades dentro de cada contrato que regulaban. Hasta llegar a nuestro actual Código Civil, en el cual proponemos algunas reformas para agilizar el trámite de los requisitos que exige el Código para la validez de determinados contratos.

Para concluir la presente tesis exponemos que sucede cuando en un contrato faltan la forma o los formalismos, como sanciona la ley esta situación y como se puede subsanar.

Es pues, el presente trabajo, no una destrucción de la teoría de la forma en el contrato, sino una reordenación de toda esta teoría con un nuevo nombre: La teoría de la forma y las formalidades en los contratos.

Es importante apuntar, que durante el transcurso de la elaboración del presente trabajo, fuéron publicadas una -- serie de reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de contratos y específicamente en cuanto a los requisitos para que el contrato sea válido, motivo por el cual tuvimos que retomar el trabajo y actualizarlo, incorporando las nuevas reformas a todo lo escrito, por ser de vital importancia para el presente trabajo.

CAPITULO PRIMERO

LA FORMA EN LOS ACTOS JURIDICOS Y EN LOS CONTRATOS

I. DEL ACTO JURIDICO EN GENERAL.

II. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ DE LOS ---
CONTRATOS.

III. EL CONSENTIMIENTO PARA LA EXISTENCIA DEL ----
CONTRATO Y LA FORMA DE EXPRESARLO.

1.- CONSENTIMIENTO EXPRESO Y TACITO.

2.- EL PROBLEMA DEL SILENCIO.

CAPITULO PRIMERO

LA FORMA EN LOS ACTOS JURIDICOS Y EN LOS CONTRATOS.

I.- DEL ACTO JURIDICO EN GENERAL.

Hablar de forma como exteriorización del consentimiento para crear o transmitir derechos y obligaciones es hablar de elementos de existencia y requisitos de validez del contrato. Este es un acto jurídico generador de ciertas consecuencias jurídicas, razón por la cual comenzaremos el presente estudio por la noción general de lo que es el acto jurídico, para posteriormente entrar en el estudio del contrato con sus correspondientes elementos y requisitos.

Nos dice el maestro Gutiérrez y González: "La norma jurídica se elabora para regir la conducta humana, pero sólo en aquellos casos que el mismo derecho considera que esa conducta debe producir consecuencias jurídicas, no todas las conductas humanas producen consecuencias jurídicas; hay también ciertos hechos de la naturaleza que el derecho, al relacionar los con los seres humanos, les atribuye ciertas consecuencias jurídicas."(1)

Para el autor la fuente primordial más amplia de donde brotan las obligaciones son los hechos naturales y los hechos del hombre que produzcan consecuencias jurídicas.

En el campo de las obligaciones con la palabra fuente se designa al manantial de donde brotan los derechos de crédito o derechos personales o las obligaciones.

Como principio se puede afirmar que todas las obli-

(1) Derecho de las Obligaciones, p. 100.

gaciones tienen su fuente en los hechos jurídicos, en su doble división: actos y hechos jurídicos stricto sensu.

Se han elaborado varias doctrinas para describir -- que son los hechos jurídicos, sin embargo la que orientó a -- nuestro Código Civil fue la francesa, conocida como clásica, -- bipartita o del acto jurídico.

Esta doctrina estima que al lado de los fenómenos -- de la naturaleza que no producen efectos de derecho, se tie-- nen a los hechos jurídicos que son los que producen efectos -- de derecho.

Esos efectos pueden consistir en la creación, modi-- ficación, transmisión o extinción de obligaciones y derechos.

Los hechos jurídicos lato sensu son todas las con-- ductas humanas o ciertos fenómenos de la naturaleza que el -- derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas.

Los hechos jurídicos lato sensu se clasifican en:

- 1.- Actos jurídicos y
- 2.- Hechos jurídicos en sentido estricto.

Para los efectos del derecho privado se debe enten-- der como acto jurídico: La manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o ex-- tinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto -- deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad.

Para el maestro Rojina Villegas, acto jurídico es:-- "Una manifestación de voluntad que se hace con la intención -- de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocí-- das por el ordenamiento jurídico."(2)

(2) Derecho Civil Mexicano, Tomo Quinto, V. I, p. 168.

De los conceptos dados se desprende que el acto jurídico está integrado por dos elementos:

- 1.- Uno psicológico, voluntario, personal y
- 2.- Otro representado por el derecho objetivo.

Por esto, un efecto de derecho no se producirá en ausencia de cualquiera de esos elementos. Si falta la voluntad no se puede producir el efecto por el solo derecho objetivo; y por el contrario si falta éste, aunque se dé la voluntad tampoco se producirá el acto, porque en este caso el derecho no le reconoce efectos jurídicos. De aquí resulta que los actos jurídicos son las conductas del hombre en que hay una manifestación de voluntad, con la intención de producir efectos de derecho, siempre y cuando la norma sancione las consecuencias deseadas por el autor y esa manifestación de voluntad.

Pero los actos jurídicos, en cuanto al número de voluntades jurídicas que intervienen en su formación se clasifican en:

- 1.- Unilaterales y
- 2.- Bilaterales o plurilaterales.

Los actos jurídicos unilaterales son aquellos en que interviene para su formación una sola voluntad o varias pero concurrentes a un idéntico fin. Por ejemplo, el testamento, el cual precisa de una sola voluntad para su confección, la del otorgante.

Los actos jurídicos plurilaterales son aquellos que para su formación requieren de dos o más voluntades que buscan efectos jurídicos diversos entre sí. Por ejemplo: en un contrato de compra venta se persiguen fines complementarios -

El acto jurídico, de acuerdo con el concepto que -- del mismo se dió, precisa de dos elementos básicos:

- 1.- Una o más voluntades jurídicas,
- 2.- Que esa o esas voluntades tengan como finalidad producir una consecuencia sancionada por el derecho, que se persiga un objeto.

Sino se dan estos dos elementos, la voluntad o voluntades y el objeto, no se podrá crear un acto jurídico.

Según el maestro Rojina Villegas hay un tercer elemento de existencia en los actos jurídicos: "el reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto. Si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho que estén amparadas por el ordenamiento... Por esto la voluntad debe condicionarse a los requisitos ya enunciados o previstos en las -- normas jurídicas."(3)

Una vez que el acto existe, por reunirse las voluntades o presentarse la voluntad y referirse a un objeto, se precisan otros requisitos para que el acto valga. Así, la ley ha establecido que no basta la creación de un acto, sino que se requieren además que la voluntad o voluntades que en el -- intervienen sean de personas conscientes de lo que hacen, de personas capaces.

Pero no basta que las partes sean capaces, se requiere además que externen su voluntad de manera libre y nunca forzada.

(3) Derecho Civil Mexicano, T. I, p. 333.

Se busca también, para que el acto valga, además de intervenir en él voluntades capaces y libres, que sea lícito el objeto, así como el motivo que les guíe o el fin perseguido y acorde a las buenas costumbres de la época.

Por último, una vez que esas voluntades capaces y libres persigan un objeto, se guían por un motivo o persiguen un fin lícito, se debe exteriorizar al mundo del derecho con los formalismos que éste determina.

Se desprende de lo anterior, que la ley exige cuatro requisitos para que un acto valga, y son:

- 1.- Voluntades capaces,
- 2.- Voluntades libres (no vicios de la voluntad),
- 3.- Licitud en el objeto, motivo o fin y
- 4.- Las voluntades se externen con las formalidades prescritas por la ley.

II.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS.

Como ya dijimos anteriormente, el contrato es un -- acto jurídico y como tal creador de consecuencias jurídicas -- por lo tanto, toca en este apartado estudiar de manera específica al contrato, con sus elementos de existencia y sus requisitos de validez.

Empezaremos dando algunos conceptos de contrato.

Definición de Colin y Capitant: "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, ya sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; -- sea modificar relaciones preexistentes; sea en fin extinguirlas."(4)

El maestro Rojina Villegas nos dice: "El contrato -- se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es la especie dentro del género de los convenios; el convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y -- derechos reales o personales; por lo tanto el convenir tiene -- dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos; y otra negativa, modificar o extinguir. -- Dentro de la terminología jurídica se ha hecho una distinción entre contratos y convenios en sentido estricto; al contrato -- se le ha dejado la función positiva, es decir, el acuerdo de --

(4) Citados en: BORJA SORIANO MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, T.I., p. 129.

voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones y al convenio en sentido estricto le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones. El convenio lato sensu, comprende ambas funciones."(5)

Podemos decir entonces que el contrato es un acto jurídico plurilateral que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones reales o personales.

Ahora bien, el contrato, como acto jurídico, tiene una serie de elementos estructurales y precisa, además, de -- ciertos requisitos para que, una vez nacido, pueda surtir la plenitud de sus efectos jurídicos.

Del concepto de contrato se obtienen los siguientes elementos de existencia:

- 1.- El acuerdo de voluntades o consentimiento,
- 2.- El objeto.

Y aunque no se incluyen en el concepto se tienen:

- 3.- Excepcionalmente la solemnidad
- 4.- Y aunque nuestro Código Civil actual no la contempla, pero si los de otros países y la doctrina, tenemos a la causa.

Además de estos elementos, como ya se dijo, hay determinados requisitos que la ley exige para la validez del -- contrato, y son los siguientes:

- 1.- Capacidad de las partes que intervienen en el contrato.
- 2.- Voluntades de esas personas libres o exentas de vicios.

(5) Op. cit., p. 374.

3.- Licitud en el objeto, motivo o fin del acto que se celebra.

4.- Observancia de las partes de las formalidades - prescritas por la ley para su validez.

A).- ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO.- Ahora estudiaremos, en particular, cada uno de los elementos del contrato, empezando por los de existencia, advirtiendo desde este momento que será un breve estudio de dichos elementos.

1).- EL CONSENTIMIENTO.- En este momento solo se dará un concepto del mismo, ya que es objeto de estudio más profundo en el apartado siguiente, por ser parte medular de la presente tesis.

El consentimiento como elemento de existencia del contrato: "consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, - siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior."(6)

El maestro Gutiérrez y González nos da como concepto válido tanto para el contrato como para el convenio: "Consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades tendientes a la producción de efectos de derecho, siendo necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior."(7)

2).- EL OBJETO.- Recordemos que este término produce confusión ya que es un elemento que debe ser estudiado en

(6) BORJA SORIANO, MANUEL, Op. cit., p. 141.

(7)Op. cit., p.160.

materia de obligaciones, pero como el contrato es una de las fuentes principales de las obligaciones, trasladaremos el objeto a la materia contractual.

Para Planiol, a propósito de la materia contractual el objeto tiene tres significados:

"1.- Es objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Este es el objeto directo del contrato, o sea que éste tiene por objeto inmediato el crear o transferir derechos u obligaciones."

"2.- Es objeto también la meta que persigue, la deuda que con el contrato se crea: esto es, la conducta del deudor que consiste en dar, hacer o no hacer; la obligación tiene por objeto una conducta de hacer, dar o no hacer; y esto - que es objeto único de la obligación se considera también como un objeto mediato o indirecto del contrato."

"3.- El objeto finalmente, la cosa misma."(8)

3).- LA SOLEMNIDAD.- Los contratos, como ya se apuntó, requieren de dos elementos de existencia; consentimiento y objeto, pero de manera eventual la ley en algunos contratos establece un elemento más: la solemnidad.

"La solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles, que rodean o cubren a la voluntad de los que contratan y que la ley exige para la existencia del acto. El efecto de esta forma, es darle existencia al acto -- jurídico, y así por el contrario por su falta, por ministerio de ley, la voluntad de los que desean contratar no produce -- los efectos deseados y el acto no existe."(9)

(8) Tratado Elemental de Derecho Civil, T. I, p. 32.

(9) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Op. cit., p. 194.

La solemnidad será tratada en el capítulo siguiente cuando se estudien los formalismos ad solemnitatem.

4).- LA CAUSA.- Como ya se apuntó anteriormente, -- éste es un elemento de existencia de los contratos que no contempla nuestro Código actualmente, pero que sí la contemplan Códigos de otros países y la doctrina jurídica; por tanto, no está por demás dar el concepto de este elemento de los contratos.

La causa constituye un caso especial entre los elementos esenciales y de validez de los contratos. La causa ha sido y es un elemento muy discutido en la formación de éstos, de tal manera que se trata de investigar si es un elemento -- esencial o de validez o bien si no es un elemento ni para la existencia ni para la validez del contrato.

La doctrina clásica de la causa considera indispensable distinguir tres clases de causa: a) la causa final o -- causa propiamente dicha; b) la causa impulsiva o motivo de--- terminante de la voluntad y c) la causa eficiente.

De estas tres causas, sólo la causa final es la que se menciona como elemento esencial o de validez del contrato. Respecto a la impulsiva o a la eficiente, declara la doctrina clásica; que nada tienen que ver con el problema de la validez de los contratos; que por lo tanto al referirse simplemente a la causa, se sobreentiende que es a la final y nunca la impulsiva o la eficiente.

"La causa final es el fin abstracto, rigurosamente idéntico en cada categoría de contratos, que en forma neces-

ria se proponen las partes al contratar."(10)

B).- REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO.- En las -- líneas anteriores se expuso como el contrato requiere de va-- rios elementos para existir. Pero no es suficiente que un ac-- to exista, sino que requiere además de ciertos requisitos pa-- ra producir sus efectos. Así que, no basta que el contrato -- reúna sus elementos de existencia, precisa además de requisi-- tos para alcanzar su validez y producir sus efectos normales.

El artículo 1795 del Código Civil, interpretado a -- contrario sensu, establece los requisitos o elementos de va-- lidez de los contratos:

"Art. 1795.- El contrato puede ser invalidado:"

"I.- Por incapacidad legal de las partes o de una -- de ellas;"

"II.- Por vicios del consentimiento;"

"III.- Porque su objeto, o su motivo o fin, sea --- ilícito;"

"IV.- Porque el consentimiento no se haya manifes-- tado en la forma que la ley establece."

Para el maestro Gutiérrez y González la redacción -- del artículo 1795 del Código Civil, no es la apropiada, ya -- que en el mismo no se enumeran los requisitos para que el con-- trato sea válido, sino que, lo que enuncia son las causas por las cuales puede resultar invalidado un contrato, contrarian-- do el sistema que sigue el Código. (11)

De haber seguido el mismo sistema negativo de este -- artículo 1795, el Código, cuando determina los elementos de -- existencia del contrato, debió decir que el contrato será de-- clarado inexistente si le falta el consentimiento y el objeto.

(10) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Op. cit., p. 465.

(11) Cfr.- Op. cit., p. 198.

Nos dice el mismo maestro Gutiérrez y González que:
"Así también debió hacerlo en cuanto a los requisitos de validez, y decir:"

"El contrato para ser válido requiere que:"

"I.- Las partes que lo celebran sean capaces;"

"II.- La voluntad de las partes no este viciada;"

"III.- El objeto, motivo o fin sea lícito;"

"IV.- El consentimiento se exprese en la forma que la ley establece."(12)

1).- PRIMER REQUISITO DE VALIDEZ DEL CONTRATO, LA CAPACIDAD.- "La capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y de deberes y hacerlos valer."(13)

Hay dos especies de capacidad o como le llama el -- maestro Borja Soriano; dos grados en la capacidad: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.(14)

a).- La capacidad de goce es la aptitud jurídica -- para ser sujeto de derechos y deberes.

b).- La capacidad de ejercicio es la aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer por sí mismo los derechos que se tengan y para asumir por sí mismo deberes jurídicos.

Regla sobre capacidad en materia contractual.- La -- regla en esta materia nos la dan los artículos 1798 y 1799 -- del Código Civil. El primero de los artículos dispone:

(12) Op, cit., p. 198.

(13) Ibidem., p. 278.

(14) Cfr.- Op. cit., p. 27.

"Son hábiles para contratar todas las personas no -
exceptuadas por la ley."

El segundo determina:

"La incapacidad de una de las partes no puede ser -
invocada por la otra en provecho propio, salvo que
sea indivisible el objeto del derecho o de la obli-
gación común."

Al tratar, el Código, esta materia no lo hace de --
una manera apropiada pues, no tiene un capítulo debidamente -
formado con todas las disposiciones que regulan la capacidad_
y la incapacidad.

Cuando indica que todas las personas son hábiles --
para contratar, excepto aquellas que la ley determina como --
incapaces, debiera enseguida señalar quienes son incapaces.

Por tanto, para saber quién es incapaz, es preciso_
remitirse a otros libros y capítulos diversos del ordenamien-
to civil, así de la incapacidad nos habla su artículo 450, el_
cual lo encontramos entre las normas relacionadas a la tutela.

En ocasiones la ley establece que determinadas per-
sonas no pueden tener ciertos derechos, creando así una inca-
pacidad de goce, o bien la ley determina que, teniendo esos -
derechos, les está vedado ejercitarlos por sí, de donde resul-
ta la incapacidad de ejercicio.

2).- SEGUNDO REQUISITO DE VALIDEZ DEL CONTRATO, LA_
VOLUNTAD DE LAS PARTES NO DEBE ESTAR VICIADA.- Es necesario -
para que el contrato sea válido, que ninguna de las voluntades
que intervienen en la formación del consentimiento estén vi-
ciadas.

Es necesario saber cuáles son los vicios de la vo-
luntad y cuáles sanciona la ley.

Concepto de vicio.- Según el maestro Gutiérrez y --
González: "Se puede entender por vicio, la realización incom-
pleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia_
de una institución."(15)

La doctrina clásica considera que los vicios de la_
voluntad son: Error, dolo, mala fe, violencia y lesión.

El Código Civil, considera como vicios del consen--
timiento al error, la violencia y el dolo en su artículo 1812
el cual dispone:

"El consentimiento no es válido si ha sido dado por
error, arrancado por violencia o sorprendido por -
dolo."

Asumiendo la consideración que hace el maestro Gu--
térrez y González, nos adherimos a su opinión cuando dice --
que: "Los vicios de la voluntad son los siguientes:"

"1.- El error;"

"2.- La violencia;"

"3.- La lesión:"

"Y como materias especiales, relacionadas con el --
error, se tiene:"

"a) La mala fe, como forma de mantener en el error_
fortuito y"

"b) El dolo, como forma de llevar al error."(16)

En ese orden procederemos al estudio de cada uno de
los vicios del consentimiento, incluyendo dentro del error al
dolo y la mala fe.

(15) Op. cit., p. 225.

(16) Ibidem., p. 226.

a).- EL ERROR.- Concepto: "El error es una creencia no conforme con la verdad, un estado psicológico en discordancia con la realidad objetiva, una noción falsa."(17)

"Este es una creencia contraria a la realidad: es - decir un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aparta del conocimiento científico."(18)

El error puede producirse en la mente humana por -- dos caminos: de una manera espontánea, sin que intervenga para nada otra voluntad que la induzca al error; y cuando la -- provoca un sujeto tercero o parte del acto. Resulta así el -- error fortuito, en donde nadie induce a la falsa creencia de la realidad, y el motivado donde se realizan maquinaciones -- para hacer caer en el error, o bien, siendo fortuito, se mantiene en él.

Ahora veremos los distintos tipos de error que existen en cuanto a la materia sobre la cual recaen.

El error de cálculo o de aritmética.- Este tipo de error, como su nombre lo indica, es el que se comete en una operación aritmética. Este error conforme a la ley no afecta la vida del contrato, sino que solo da derecho a su rectificación.

El error de hecho.- Este error reviste tres grados - que generan diversas consecuencias y este error puede ser:

- i).- De hecho obstáculo;
- ii).- De hecho nulidad y
- iii).- De hecho indiferente.

(17) Ibidem., p. 227.

(18) BORJA SORIANO, MANUEL, Op. cit., p. 246.

i).- Error de hecho obstáculo.- Impide la existencia del contrato, pues es tan grave y de tal magnitud, que en verdad no se puede decir que se haya integrado el consentimiento y al no integrarse éste, falta uno de los elementos de existencia del contrato.

Este error puede recaer sobre la naturaleza del contrato, y entonces se habla de error "in negotio", se presenta cuando cada una de las partes que pretende celebrar un contrato, cae en el error de creer que celebra un contrato diverso del que piensa celebrar la otra. No hay por lo mismo coincidencia de voluntades y no se puede integrar el consentimiento.

También puede recaer sobre la identidad del objeto, y se habla de "error in rem", lo hay cuando las partes caen en error respecto de la identidad del objeto materia de la prestación del contrato; cada uno supone que la operación versa sobre una cosa distinta, lo que da por resultado que no haya coincidencia de voluntades, y el error impedirá que se forme el consentimiento.

ii).- Error de hecho nulidad.- Este no impide la formación del consentimiento; no obstante ello, le permite pedir a quién en él incurrió, la anulación del contrato.

El artículo 1110 del Código Napoleón dispone:

"El error no será causa de nulidad de un contrato sino cuando recaiga en la substancia misma de la cosa que constituye su objeto. No es causa de nulidad cuando recaiga sobre la persona con quien se tiene la intención de contratar salvo que la consideración de esa persona sea la causa principal de la convención."

Se estudia en Derecho Francés, respecto de esta norma, lo que se conoce como:

- 1.- Error sobre la substancia y
- 2.- Error sobre la persona.

1.- Error sobre la substancia.- Nos dice el maestro Gutiérrez y González: "La idea de lo que entiendo por substancia del acto, quien incurre en error, es una cuestión de hecho que tiene que resolver el juez en cada caso de controversia; pero se puede decir que substancia es la cualidad de la cosa cuya existencia ha sido considerada por las partes como requisito del contrato."(19)

2.- Error sobre la persona.- En términos generales se puede afirmar que no interesa con quien se celebra un contrato: "Así los comerciantes no les interesa saber quién les va a comprar o quién les va a vender, les interesa obtener -- buenos precios en sus operaciones, sin distinguir persona."-- (20)

No obstante hay contratos que se celebran en atención a determinada persona y en este tipo de actos sí interesa saber con quién se celebrarán.

iii) Error de hecho indiferente.- "Este error es el que recae sobre cualidades secundarias del objeto, sobre motivos no determinantes de la voluntad. Este error no invalida el contrato, porque la ley no dispone que produzca su nulidad."(21)

(19) Op. cit., p. 231.

(20) Ibidem., p. 232.

(21) BORJA SORIANO, MANUEL, Op. cit., p. 249.

b).- LA MALA FE.- Se dijo anteriormente que al error se llega por una o ambas partes, de las que intervienen en la celebración de un contrato, en forma espontánea, ignorando -- una de ellas o ambas, según sea el caso, que existe error en la voluntad de una o de las dos partes.

Pero hay ocasiones en que, al celebrarse el contrato una de las partes está enterada del error en que ya se encuentra la otra parte. ¿Qué debe hacer en este caso el que se percata del error de su co-contratante? Pues de acuerdo a la buena fe, debe hacerselo saber para que ya no se celebre el contrato, o si desea celebrarlo sea con plena conciencia de lo que hace. Sin embargo, esto no siempre sucede, y así sabiendo o conociendo el error en que se encuentra la otra parte, error fortuito, la que sabe del error no se lo hace saber y lo deja llevar adelante el contrato, ya manteniéndose indiferente o haciéndose disimulado del error, o bien inclusive puede llevar su malevolencia a realizar diversas maquinaciones para mantener en el error fortuito a su contraparte.

En este caso se está en presencia de lo que técnicamente se conoce como mala fe en materia de contratos y consiste, como se aprecia, en la disimulación del error fortuito, o en las maquinaciones tendientes a mantener en ese error.

Resulta del anterior concepto que la mala fe presenta dos especies:

i).- Mala fe pasiva: Que consiste en la disimulación del error en que de manera fortuita se encuentra la contraparte, y

ii).- Mala fe activa: Que consiste en que conociendo el error fortuito de la contraparte, se realizan además ma--

quinaciones para mantener en ese error.

c).- EL DOLO.- En ocasiones al celebrar el acto, -- una de las partes está en error, no porque haya caído fortuitamente en él, sino porque, por el contrario, fue llevada o -- inducida a ese error por su co-contratante, o bien por una -- persona ajena al acto jurídico a celebrar.

En ese caso, se habla de dolo en el contrato y se -- le imputa a la persona que induce o lleva a la otra a caer en el error.

La ley determina en su artículo 1815:

"Se entiende por dolo en los contratos cualquiera -- sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes..."

Para nosotros: "Dolo es el conjunto de maquinaciones empleadas para inducir al error y que determinan a la persona para dar su voluntad o para darla en situación desventajosa en la celebración de un acto jurídico."(22)

d).- LA VIOLENCIA O INTIMIDACION.- Según el artículo 1299 del Código Civil de 1884: "Hay intimidación cuando se emplea fuerza física o amenazas que importan peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del que contrata, de su cónyuge o de sus ascendientes o descendientes."

El actual Código Civil nos dice en su artículo 1819 que:

(22) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Op. cit., p. 250.

"Hay violencia cuando se emplea la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, - la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo -- grado."

Como se ve, la intimidación a que se refería el antiguo Código es la misma que la violencia de que trata el nuevo, el primero se coloca dentro del punto de vista del paciente, o sea de aquel cuyo consentimiento esta viciado, y el segundo en el del agente. "En realidad no es la violencia misma sino el temor, su efecto ordinario, el que altera la voluntad el que vicia el consentimiento."(23)

También en relación a este precepto, el maestro Gutiérrez y González cita a Bejarano al decir: "Debe agregarse a este precepto que en verdad el empleo de la fuerza física - ya contra una de las partes en el acto, ya contra terceras -- personas, no puede, ni debe estimarse como el que vicia la voluntad, pues un elemento psicológico como es la voluntad, no puede ser viciada por un hecho físico, la violencia, sin caer en una ficción jurídica, no solo innecesaria sino perjudicial y únicamente puede ser viciada por causas psíquicas el error y el temor, la substitución de la violencia por el temor, no solo sería nociva, sino que señalaría un campo de aplicación más vasto a los vicios de la voluntad para alcanzar los fines de la Ciencia Jurídica."(24)

(23) BAUDRY-LACANTINIERIE citado por BORJA SORIANO, MANUEL, - Op. cit., p. 256.

(24) Op. cit., p. 256.

e).- LA LESION.- Nos dice el maestro Gutiérrez y -- González citando a Demontes: "La lesión es el perjuicio que - un contratante experimenta, cuando en un contrato conmutativo, no recibe de la otra parte un valor igual al de la prestación que suministra. Este perjuicio nace, pues, de la desigualdad_ de los valores y del daño que causa parece un atentado a la - idea de justicia."(25)

Para el maestro Gutiérrez y González: "La lesión es el vicio de la voluntad de una de las partes, originado por - su inexperiencia, extrema necesidad o suma miseria, en un con- trato conmutativo. Pero ese vicio de la voluntad de una de -- las partes debe producir el efecto de que la otra parte obten- ga un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado_ a lo que ella por su parte se obliga, pues si el contrato se llega a otorgar bajo ese estado de inexperiencia, extrema ne- cesidad o suma miseria, pero no resulta la desproporción en - las prestaciones, no se dará la lesión."(26)

El mismo Gutiérrez y González critica a Demóntes en su definición de lesión al decir: "Seguir este concepto de lo que es la lesión resulta equivocado, ya que, más que definir_ la lesión como un vicio de la voluntad lo hace como un efecto de dicho vicio, es decir, el perjuicio experimentado de que - habla Demóntes no es el vicio, sino el efecto producido por - dicho vicio."(27)

(25) Ibidem., p. 260.

(26) Ibidem., p. 261.

(27) Ibidem., p. 262.

Diversas teorías buscan explicar como opera la lesión, unos la consideran como un vicio de la voluntad, en tanto que otros la estiman como un vicio objetivo del contrato y otras más la estiman en ambos aspectos, esto es, vicio subjetivo de la voluntad y vicio objetivo del contrato.

i).- La lesión como vicio subjetivo de la voluntad.- Cuando una persona acepta en un contrato conmutativo, recibir una prestación notoriamente desproporcionada a lo que ella por su parte se obliga, obedece sin duda a que su voluntad está viciada, pues nadie en pleno uso de conciencia y libremente acepta una prestación muy inferior a la que da a menos que desee realizar una liberalidad y así lo diga. Quiere decir ello que está viciada la voluntad del sujeto y ya se ha dicho que una voluntad en esta situación no puede engendrar un contrato eficaz.

ii).- La lesión como vicio objetivo.- No interesa que la voluntad haya estado viciada o no al integrarse el consentimiento en un contrato; lo que repugna es la notoria desproporción en las prestaciones de donde resulta que la lesión es un vicio objetivo del contrato. Línea que seguía el Código Civil de 1884 al disponer en su artículo 1658:

"Solo hay lesión cuando la parte que adquiere da dos tantos más a la que enajena o recibe dos tercios menos del justo precio o estimación de la cosa."

Por otra parte el artículo 1660 del mismo ordenamiento disponía:

"La acción para pedir la rescisión dura cuatro años."

iii).- La lesión como vicio objetivo-subjetivo.- --
Para que se produzca la lesión se necesita que haya una desproporción manifiesta entre la prestación y la contraprestación, como puede ser: intereses excesivos, si se tratara de un préstamo o precio exagerado o insignificante si se trata de una compra venta. Pero además de esa desproporción objetiva debe darse un elemento subjetivo a saber, la explotación de la penuria, la inexperiencia o ligereza de la otra parte o suma necesidad.

A este sistema pertenecen los Derechos Suizo y Alemán que a su vez inspiraron el Código Civil de 1928 y así del Suizo se consideraron los artículos 21 y 30 fracción 2a. y -- del Alemán su artículo 138. El artículo 17 del actual Código Civil dispone:

"Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; -- obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente -- desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre -- pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.- El derecho concedido en este artículo dura un año."

3).- TERCER REQUISITO DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS, LA LICITUD DEL OBJETO, MOTIVO O FIN.- Conforme al texto de la fracción III del artículo 1795 del Código Civil se debe estudiar:

- a).- El objeto lícito y
- b).- Motivo o fin lícito.

En el estudio del objeto como elemento de existencia de los contratos se dió su triple significado.

Para que exista dicho elemento, el objeto, se requiere, cuando se trata de la prestación de una cosa, que la misma exista en la naturaleza, sea determinada o determinable y esté en el comercio, así lo dispone el artículo 1825 de Código Civil.

Ahora bien, cuando el objeto consiste en prestar -- un hecho, conforme al artículo 1827, debe ser posible y lícito.

"Desde luego que sí es característica de existencia del objeto, que el hecho o abstención sean posibles, física o jurídicamente, pero no es de la esencia del objeto su licitud. La licitud en el objeto no es un elemento, es solo un requisito de validez que exige la ley, ya que no obstante que sea -- ilícito, no deja de ser objeto posible del contrato, independientemente de las consecuencias que de ello derivan."

"Un hecho o abstención imposibles, no pueden permitir la formación del contrato en que se pretendiera fueran -- objeto, en cambio un hecho o abstención ilícito si pueden, no obstante su ilicitud, participar como elemento esencial del contrato." (28)

De lo expuesto resulta, que no basta que el hecho -- que debe prestar el deudor o la abstención que debe cumplir -- sea solamente posible, sino que además debe de ser lícito, entendiéndose el Código como lícito; todo lo que va conforme a -- las leyes de orden público o las buenas costumbres.

Se desprende este concepto, a contrario sensu, del artículo 1830 del Código, que dispone:

(28) Ibidem., p. 213.

"Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes - de orden público o a las buenas costumbres."

Es preciso hacer un análisis de los dos casos de -- ilicitud, establecida por el artículo 1830, esto es:

i).- Lo que va contra la ley y

ii).- Lo que va contra las buenas costumbres.

i).- Hechos o abstenciones ilícitas por ir en contra de la ley.- Debemos indicar que no todos los hechos o abstenciones que van contra la ley son ilícitos, pues existen diversos tipos de leyes, a saber:

a) Supletorias o permisivas,

b) Prohibitivas y

c) Preceptivas.

Y una vez que se determine frente a que tipo de ley se produce una conducta, se podrá precisar si ella es lícita o ilícita.

a).- Leyes supletorias.- Son las que se establecen para regir las conductas humanas cuando los sujetos que las producen, no han previsto todas las consecuencias de su proceder. La ley supletoria se aplica cuando es omisa la o las voluntades que crean un acto; suplen el silencio de los que realizan una conducta, y por lo tanto sólo rige esta ley en defecto de declaración expresa; de ahí que si se realiza o se pacta una conducta contraria a lo que este tipo de ley supone no se está realizando un hecho ilícito.

b).- Leyes prohibitivas.- El Estado se ocupa de regular las relaciones esenciales; por lo mismo tiende a reprimir

la voluntad de los particulares en aquellas manifestaciones -- que pueden ser dañosas al orden y convivencia social. Por -- ello restringe la libertad de las personas en sus actos de voluntad, pero lo hace, no en una forma general, sino excepcional. De ahí que cuando la ley considera que algo puede transformar el orden jurídico si se dejara al libre arbitrio de la voluntad individual, de manera expresa y terminante establece una prohibición.

Las prohibiciones, en consecuencia, sólo pueden resultar de una expresión formal de la ley, no podrán suponerse de otra manera, salvo que la naturaleza de la institución lo haga ver en forma implícita.

Pero no todos los actos que pugnan contra estas leyes recibirán el mismo castigo o sanción, pues si bien es -- cierto que se tratará en todos los caso de conductas ilícitas también lo es que todas las normas prohibitivas no buscan la tutela de los mismos intereses.

c).- Leyes preceptivas.- La actividad del Estado no se agota en establecer prohibiciones, también recurre a las -- leyes preceptivas en donde ordena la observancia de conductas determinadas; preceptua u ordena la observancia de conductas -- que se deben observar en atención al orden social, y si los -- particulares celebran un contrato que tenga por objeto una -- conducta contraria o que tienda a alterar las situaciones tuteladas por esas leyes, estarán realizando una convención con objeto ilícito.

ii).- Hecho o abstención ilícitos por no estar conforme a las buenas costumbres. El artículo 1830 declara ilícito no solo lo que va contra la ley, sino también lo que

atenta contra las buenas costumbres.

"La razón básica, fundamental que la ley tuvo para hacer la remisión a las buenas costumbres, es la de que ella no puede regular todos los casos que se presenten en las sociedades y que en un momento determinado se consideran reprobables; por lo tanto si sólo fuera ilícito lo expresamente previsto por la ley, o ésta se tendría que estar reformando a cada momento para establecer nuevos catálogos de hechos ilícitos, o bien multitud de actos reprobables que colocan contra los principios que respeta la organización social, no se podrían estimar ilícitos."

"Lo que sucede es que la consideración de ilícito - por un hecho o una abstención contra las buenas costumbres la sienta el legislador como una norma subsidiaria a las prohibiciones legales, para cubrir aquellos vicios que se forman con la evolución de la sociedad y que como anoto, la ley no puede estar previniendo día a día."(29)

Concepto de buenas costumbres.- "Son el conjunto de hábitos, prácticas o inclinaciones observados por una agrupación humana en un lugar y momento determinado y las cuales -- deberá atender el juzgador para sancionar el acto."(30)

En conclusión, el determinar que un hecho o una -- abstención, que constituyen el objeto de un contrato, son ilícitos por ir en contra de las buenas costumbres, quedará sujeto a un recto criterio judicial, que variará de pueblo a pueblo, de época a época y de región a región de un mismo país.

(29) FERRARA, FRANCISCO, Teoría del Negocio Ilícito en el Derecho Civil Italiano, p. 24.

(30) PLANIOL, MARCEL, Op. cit., p. 314.

b).- El motivo o fin lícito.- Es preciso determinar qué se entiende por motivo o fin para después aplicarle el calificativo de ilícito, ya que a ello se refiere el artículo 1795 fracción II del Código Civil.

Es aplicable a este respecto, todo lo que se anotó con relación a la licitud, por ir de acuerdo con la ley y las buenas costumbres y lo que es ilícito y pugna en esos conceptos.

Sobre este punto puede considerarse que el motivo o fin, es la razón contingente, subjetiva y por lo mismo variable de individuo a individuo que lo induzca a la celebración del acto jurídico.

Duguit ha dicho: "En todo acto de voluntad hay un motivo determinante, y éste es precisamente el fin del acto jurídico, que es el acto de voluntad considerado." (31)

El Código vigente, siguiendo estas ideas de Leon Duguit, estableció en la fracción III del artículo 1795, precisamente, que el contrato puede ser invalidado porque el motivo o fin sea ilícito, y en su artículo 1831 agraga para reafirmarlo que el motivo o fin determinante de la voluntad de los que contraten, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

(31) Citado en: BORJA SORIANO, MANUEL, Op. cit., p. 270

III.- EL CONSENTIMIENTO PARA LA EXISTENCIA DEL CONTRATO Y LA FORMA DE EXPRESARLO.

En el anterior apartado analizamos los elementos de existencia y los requisitos de validez de los contratos, reservandonos el estudio del consentimiento, como elemento de existencia y la forma, como requisito de validez. La razón es sencilla, puesto que el tema de la presente tesis lo constituye la forma y las formalidades o formalismos, estos conceptos van íntimamente ligados al consentimiento, ya que al hablar de forma en el contrato, nos referimos al modo de expresar el consentimiento para integrar el contrato y al referirnos a formalismos nos estaremos refiriendo a las normas establecidas por la ley o por los contratantes, que señalan cómo se debe hacer constar el consentimiento de las partes, para que el contrato sea válido. Pero estas ideas se irán comprendiendo mejor a medida que avance el estudio de la presente tesis.

En las siguientes líneas estudiaremos al consentimiento, para posteriormente estudiar la forma de expresarlo, consecuentemente plantearemos el problema central en torno al cual gira el presente estudio y el cual es: distinguir entre forma y formalidades en los contratos.

"El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior."(32)

(32) BONECASSE, citado en: CAPITANT, Derecho Civil, T. II, -- p. 236.

Se aprecia de este concepto, que no obstante que el consentimiento es un elemento de existencia, no se presenta como algo unitario, como algo simple en su constitución, sino que reporta un contenido compuesto, es decir, que se forma de dos o más voluntades.

Esas dos voluntades que al unirse generan el consentimiento reciben los nombres de: la primera, propuesta, oferta o policitud y la segunda se denomina aceptación.

A).- Estudio de la policitud, propuesta u oferta.- Concepto de policitud: "Es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, tácita o expresa, hecha a persona presente o no presente determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el proponente, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad."(33)

De este concepto se obtienen los siguientes elementos:

1.- Es una declaración unilateral de voluntad.- La ley sanciona como obligatoria la oferta o policitud que se hace para celebrar un contrato; aunque no se haya aceptado aún. Surte el efecto de mantener firme esa voluntad y la sanciona como productora de consecuencias de derecho.

2.- Es recepticia.- La declaración de voluntad no surtirá sus efectos, de integrar el consentimiento, hasta que no se recibe y funciona con la aceptación.

(33) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Op. cit., p. 161.

3.- Es tácita o expresa.- Quiere decir que la voluntad del policitante o persona que hace una oferta, debe expresarse de tal manera, que el destinatario de la propuesta sepa de manera verbal o por escrito lo que se le propone o bien -- por signos indubitables sepa cuáles son las prestaciones del oferente.(34)

4.- La policitación puede ser hecha a persona presente o no presente.- Puede proponer el policitante la celebración de un contrato a una persona que se encuentre en su presencia, en el mismo sitio, o bien, puede hacer la proposición a una persona no presente, a través de los medios conocidos para transmitir el pensamiento, carta, telégrafo u otro similar.

5.- Puede ser hecha a persona determinada o indeterminada.- La propuesta para celebrar un contrato, no es esencial que se haga a una persona determinada; bien puede hacerse a toda una colectividad y cualquiera de sus miembros puede aceptar esa propuesta.

6.- La policitación debe tener los elementos esenciales del contrato que quiera celebrarse.- El proponente debe manifestar qué tipo de contrato desea celebrar y determinar en su declaración todos los elementos esenciales del mismo contrato, pues si no estuvieran todos los elementos, no se obligará, sino que estará haciendo una simple invitación para contratar, pero no será una policitación en sentido técnico - jurídico.

(34) A esto nosotros le llamamos la forma de la policitación.

7.- La policitud debe ser hecha en forma seria y con el ánimo de cumplir en su oportunidad.- El oferente debe tener intención de que su propuesta lo obliga a cumplir en su oportunidad lo que ofrece; debe tener la intención de producir los efectos de derecho que él desee respetar.

B).- Estudio de la aceptación.- Como se anotó, el consentimiento no se forma sólo con la policitud, sino que precisa de otro elemento estructural, como es la aceptación.

Aceptación es: "Una declaración unilateral de voluntad mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, policitud u oferta, o bien, con mayor amplitud el concepto se puede dar diciendo: que es una declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente, seria, lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta y se reduce a un sí."(35)

De lo anterior se obtienen los siguientes elementos:

1.- La aceptación es una declaración unilateral de voluntad.- La aceptación, igual que la propuesta, si se le estima en forma independiente, es en un sentido jurídico una declaración unilateral de voluntad y produce efectos jurídicos autónomos, aún cuando no conozca el oferente o policitante, de la aceptación que integra el consentimiento.

2.- La aceptación puede ser expresa o tácita.- La aceptación que se haga de la propuesta, puede externarse de manera expresa o de una forma tácita.(36)

(35) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Op. cit., p. 166.

(36) Lo que llamamos la forma de la aceptación.

3.- La aceptación debe ser hecha a persona determinada.- La aceptación sólo se puede hacer respecto de la persona que hizo la policitud, propuesta u oferta.

4.- La aceptación se hace a persona presente o no presente.- Si bien es cierto que la aceptación sólo puede hacerse respecto de una persona determinada, también es cierto que esa persona a quien se le hace saber la aceptación no necesita forzosa y necesariamente estar presente.

5.- La aceptación debe ser seria.- El aceptante debe llevar la intención de que su declaración de voluntad produzca efectos de derecho que desee respetar y que quiera cumplir.

6.- La aceptación debe ser lisa y llana.- Debe contener las mismas bases de la propuesta, de lo contrario, si lleva otras de más o de menos, ya no será aceptación, sino -- una nueva policitud.

7.- La aceptación implica la adhesión a la propuesta.- Solo se puede referir a lo que contiene la propuesta, no puede llevar ni más ni menos y debe ser hecha precisamente con relación a la propuesta de que se trate.

8.- La aceptación se reduce a un sí.- Es consecuencia con todo lo anterior, que la aceptación al no poder llevar ni más ni menos, se pueda reducir a una afirmación, a un simple sí.

Una vez que se hace una policitud y se le adhiera una aceptación, el consentimiento se integra, y si hay ad

más un objeto, el contrato se perfecciona.

Ahora bien, para que el consentimiento se perfeccione debe ser expresado de alguna manera o de algún modo.

"El consentimiento en los contratos debe expresarse por cualquier medio que revele cuál es la voluntad de los contratantes. La exteriorización de la voluntad es indispensable para que se forme el consentimiento en los contratos. Si la voluntad no se exterioriza, es decir, si hubiera una reserva mental, no podría constituirse el contrato, cuando esa reserva mental afectara a los elementos indispensables de cada contrato."(37)

De la anterior opinión se desprende que el consentimiento debe ser expresado de alguna forma, debe exteriorizarse, no debe quedar en la mente del autor. A esa exteriorización de la voluntad le llamamos: forma de externar la voluntad para integrar el consentimiento.

Es en este punto en donde planteamos el problema en torno al cual gira el presente estudio, pues por una parte el Código Civil en su artículo 1796 nos dice:

"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por la ley..."

Esto también lo explicamos en líneas anteriores, -- que para integrar el consentimiento deben haber dos o más voluntades. Pero esas voluntades o consentimiento deben externarse de alguna forma para que salgan a la luz del mundo ju--

(37) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Op. cit., p. 510.

rídico y no se quede en la mente del autor.

Ahora bien, con las ideas expuestas sabemos que si hablamos de consentimiento, es porque ya hubo dos o más voluntades que se han exteriorizado para integrar el consentimiento, luego entonces ya hubo una o dos exteriorizaciones de voluntad que integran el consentimiento. Lo que queremos aclarar con esto, es que, desde el momento en que hablamos de consentimiento es porque ya se han exteriorizado las voluntades de alguna forma. La forma existe por ser el medio o el vehículo por el cual se exterioriza esa idea, ese querer interno de contratar, ya sea que el autor lo haya hecho de manera oral, escrita o mediante signos inequívocos que revelen su voluntad o ese querer contratar.

Por otro lado, el Código Civil nos dice en su artículo 1795:

"El contrato puede ser invalidado:"

"I a III..."

"IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

Aquí el artículo nos habla de un requisito de validez del contrato, cuya ausencia provoca la nulidad relativa del mismo. Es en este punto en donde entra en conflicto la exposición. Por un lado sabemos que para que un contrato se perfeccione debe haber dos o más voluntades que integren el consentimiento y un objeto. Esas voluntades necesariamente deben externarse de alguna forma, si no, no hay consentimiento y consecuentemente no habrá contrato, por faltar un elemento de existencia del mismo. Entonces ¿por qué la ley nos ubica a la forma como un elemento de validez del contrato? Si hemos estu

diado que la forma es un elemento necesario para que exista la voluntad jurídica y consecuentemente el consentimiento.

Por otro lado sabemos que existen contratos que se celebran de manera verbal, aún cuando la ley exige para su validez que se realicen por escrito y aún así si las partes están cumpliendo con sus obligaciones, que al externar su voluntad ellos mismos se plantearon, ¿Podemos decir que el contrato es nulo por falta de forma? Claro que no, pues desde que los contratantes externaron su voluntad dieron una forma a esas voluntades.

También sabemos que el contrato no es el papel en el cual quedan asentadas las voluntades de los contratantes, al celebrar el acto jurídico. Ese papel no es más que un medio para probar la existencia del contrato. Pues recordemos que contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones. Entonces, para el Código Civil, el contrato no es el papel en el cual quedan asentadas las voluntades, sino el mismo acuerdo de voluntades de las partes.

Todo esto lo apunto pues, si el contrato es un acuerdo de voluntades y un objeto, esas voluntades debieron externarse de alguna manera. Esto es, de alguna forma, nacieron a la vida jurídica tomando una forma específica para integrar el consentimiento y posteriormente el contrato.

De todo esto concluimos que la forma es un elemento de existencia del consentimiento y no un requisito de validez del contrato, pues todo contrato tiene una forma y ésta es la manera en que se externó la voluntad de los contratantes.

Ahora bien, en nuestra opinión, lo que el legislador quiso decir al referirse a forma en la fracción IV del artículo 1795 del Código Civil, son los formalismos o formalidades que debe revestir el contrato, esto lo entenderemos mejor a medida que vaya avanzando el presente estudio.

Con el siguiente ejemplo que damos quedará mejor comprendido lo que hemos expuesto.

Si vemos en el periódico que se vende una casa, nos dirigimos al domicilio del vendedor, le preguntamos el precio y le decimos que la compramos y en ese momento le entregamos la cantidad de dinero del precio y se nos entregan las llaves de la casa. En ese momento se ha perfeccionado el contrato, ya que hay acuerdo de voluntades sobre el objeto y por tanto ha nacido el contrato.

En este contrato hubo una forma de exteriorizar la voluntad; el primero, el vendedor ofreció su casa en venta mediante una forma escrita, el periódico; el comprador manifestó su voluntad de querer comprar mediante la forma oral, se pusieron de acuerdo en precio y objeto y se perfeccionó el contrato en forma oral. Ya hubo contrato aún cuando no se realizó en escritura pública como lo exige la ley.

¿Podemos decir que el contrato no es válido por falta de forma? Forma la hubo, tal es así que las dos partes se pusieron de acuerdo y contratáron, pues los dos externaron su voluntad.

Ahora que la ley les exige que ese contrato conste en escritura pública, no es otra cosa que cumplir con un formalismo jurídico para darle seguridad al acto realizado.

A nuestra manera de ver, el consentimiento puede extermarse de la manera que deseen las partes. Esto es, que la forma del consentimiento puede ser cualquiera, siempre y cuando sea un medio idóneo para externar la voluntad.

Entonces, concluimos que forma del consentimiento puede ser cualquiera siempre y cuando sea idóneo para integrarlo y formalismos o formalidades los consideramos como el requisito de validez del contrato, mediante el cual queda asentada esa manifestación de voluntad o consentimiento, para seguridad jurídica de los contratantes.

Este es el problema que planteamos mediante la presente tesis, a continuación estudiaremos por separado a estas dos figuras jurídicas; la forma y las formalidades o formalismos, para hacer más patente su distinción.

Gramaticalmente y según el diccionario Larousse forma significa: Figura exterior de los cuerpos. La palabra forma, en los actos jurídicos y en los contratos provoca confusión por tener diversas acepciones dentro de las doctrinas generales. Algunas veces por forma se entiende el continente del acto jurídico como un elemento extraño a él; otras como un elemento inherente al acto, ya sea de existencia, validez y otras simplemente como un medio de prueba.

Para poder entender el término de lo que es forma y dada la diversidad de acepciones de este término, no vemos en la necesidad de hacer un análisis filosófico de su contenido. Según Aristóteles (37 bis.), el ser en tanto ser consta de dos elementos: materia y forma. La primera, es aquella de lo que está hecho, aquello de que consta o se compone algo. --

La segunda o sea, la forma, es una noción que procede del campo de la geometría y significa la figura en el sentido corriente de la palabra, el contorno o el perfil. Sin embargo para Aristóteles, la forma es lo determinante para que la materia se organice y sea lo que es; es el fundamento de la unidad y del sentido de la cosa, de tal manera que no hay materia sin forma, ésta es la idea por la que una cosa es tangible.

Aplicando los anteriores conceptos al campo del derecho y en especial al de los actos jurídicos y contratos, encontramos que todo acto humano consta de los dos mencionados elementos del ser: materia y forma. La materia es el objeto de la voluntad interna del sujeto; la forma, su expresión por medio de signos verbales, escritos o por la realización u omisión de conductas. Esto significa que no hay acto jurídico ni contrato que no tenga forma, pues ésta constituye un elemento de existencia de la voluntad.

Después de analizar la esencia de la forma, queda más firme nuestra tesis de que la forma es un elemento necesario para la formación del consentimiento por ser el medio por el cual se exterioriza la voluntad y que puede ser en una forma escrita, oral o por medio de signos inequívocos que la hagan presumir.

Ahora toca analizar algunos conceptos que de forma han dado diversos autores en derecho.

El maestro Rojina Villegas, más que darnos una definición de lo que es forma, nos dice cuándo va a ser invalidado el contrato, haciendo la aclaración que su concepto es más bien aplicable a lo que son los formalismos y formalidades, -

pues dice: "Es un elemento de validez en los contratos, que la voluntad se manifieste con las formalidades, que en cada caso exige la ley, es decir, si la voluntad no se manifiesta con las formalidades legales, el contrato está afectado de nulidad relativa."(38)

Es notable la confusión que se tiene entre lo que es forma y lo que son los formalismos y como se usa tan a la ligera como sinónimos a la forma y a los formalismos.

El maestro Borja Soriano dice: "Ya sabemos que para que haya un contrato válido no basta el consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades, sino que es necesario, que éstas -- tengan una manifestación exterior, la manifestación de consentimiento es un elemento extrínseco del contrato, lo que constituye la forma de él."(39)

El maestro Borja Soriano vuelve a ubicar a la forma como elemento de validez del contrato, y más aún, dice que para que el contrato sea válido debe exteriorizarse el consentimiento, cuando sabemos que si se habla de consentimiento es -- porque ya hubo una manifestación exterior de voluntades, o -- sea que si hay consentimiento es porque ya hubo forma, por -- ser ésta un elemento de aquel.

El maestro Gutiérrez y González dice: "La forma en el derecho civil y dentro de éste, en el contrato, se le puede entender como la manera en que debe externarse o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley."(40)

(38) Ibidem., p. 516.

(39) Op. cit., p. 210.

(40) Op. cit., p. 200.

Este concepto es el que más se acerca al que más -- adelante daremos, pero la crítica que se le hace es que, a la forma, el autor la coloca dentro de los requisitos de validez del contrato.

Para el autor argentino Armando V. Silva: "El problema de las formas en los actos jurídicos se refiere a la expresión de la voluntad, o en forma específica, a la declaración de dicha voluntad en el campo del derecho, cuando se persiguen consecuencias vinculantes."(41)

Este autor ubica a la forma en el lugar que realmente le corresponde, al decir que la forma se refiere a la expresión de la voluntad, definitivamente lo que venimos sosteniendo.

El autor italiano Domenico Barbero, al hablar de -- forma dice: "Cualquier actitud que revista el valor de manifestación negocial, no puede menos que tener una modalidad -- exterior. En este sentido, todas las manifestaciones tienen una forma y esa forma no significa más que el modo, cualquiera que sea, con tal de que sea naturalmente idóneo, como la manifestación se hace."(42)

Para el autor español José Castán Tobeñas: "Forma -- del negocio jurídico en general, es el medio mediante el cual se produce y se exterioriza la declaración de voluntad, en este sentido amplio la forma se identifica con la declaración -- de voluntad, ya que sin forma ésta no puede existir."(43)

(41) En: Enciclopedia Jurídica OMEBA, T. XII, p. 460, Voz.- "forma".

(42) Sistema de Derecho Privado Italiano, T. I, p. 456.

(43) Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, V. II, p. 540.

José Puig Brutaun, también autor español, nos dice:
"La forma es la expresión del propio ser de los fenómenos jurídicos, la manifestación sensible de su propia existencia."
(44)

Para la autora Elena Pérez Duarte, forma son: "Los requisitos externos o aspectos de expresión de los actos jurídicos. En la teoría del negocio jurídico, se entiende por forma lato sensu, la manera en que éste se realiza, así todos los negocios jurídicos tienen forma. En sentido estricto se entiende por forma a la realización por escrito del acto de que se trata."(45)

Por último damos la definición de forma que a nuestro juicio es la más apegada a las ideas que hemos expuesto y que es la que da el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo. Para él, la forma se puede definir como: "El signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico y del contrato."(46)

Consideramos que el anterior concepto es el más acertado, puesto que el mismo autor al tratar sobre la forma, hace una distinción entre ésta y los formalismos, pero sin entrar a fondo en el estudio de la forma.

(44) Fundamentos de Derecho Civil, T. II, p. 173.

(45) En: Diccionario Jurídico Mexicano, T. IV, p. 226, Voz. "forma".

(46) Derecho Notarial, p. 63.

Desglosando el anterior concepto, podemos entender_ que forma es el conjunto de signos o el signo (entendiendo -- por signo un indicio o una señal) por los cuales se hace con_ tar o se exterioriza la voluntad. En efecto al hablar de for_ ma dentro del contrato nos referimos a la manera de exterio-- rizar la voluntad, ya sea de manera verbal, escrita o por la realización u omisión de conductas, pero siempre con el ánimo de exteriorizar esa voluntad interna. Al manifestarla le es-- tamos dando forma a la voluntad y por tanto estamos perfeccio_ nando el consentimiento en el contrato.

Recordemos que el consentimiento se compone de dos_ elementos: la oferta o policitudión y la aceptación. Dijimos_ también, que estos dos elementos no son otra cosa que una de_ claración de voluntad jurídica y como tal debe tener una for_ ma para su exteriorización, para poder integrar el consenti_ miento.

Así, cuando una persona ofrece en venta un producto colocán_ dole un anuncio con el signo de pesos y su precio, no_ es otra cosa más que la forma de su policitudión, la forma de se querer interno de realizar la venta y si otra persona lle_ ga, ve el producto en venta y le dice al policitante "lo com_ pro", con esas palabras le está dando forma a su voluntad in_ terna de querer realizar esa compra y por tanto se han inte_ grado el consentimiento y el contrato.

Se podría pensar que el consentimiento consta de -- dos formas y desde luego, ya que el consentimiento consta de dos declaraciones de voluntad, y por lo tanto debe constar de dos formas, una de la policitudión y otra de la aceptación. -

Pero para hacer menos complicado este concepto preferimos hablar de forma del consentimiento.

Al hablar de formalismos o formalidades, nos colocamos en el campo del consentimiento ya integrado, o sea, las voluntades ya manifestadas o exteriorizadas, y por tanto los formalismos van a ser los requisitos que la ley exige para la validez del contrato, o como simple elemento de prueba o como una seguridad jurídica para los agentes del contrato, pero esto será objeto de estudio en el siguiente capítulo.

Una vez aclarado lo anterior, diremos que la manifestación de voluntad puede llevarse a cabo válidamente por distintos medios. La forma normal de manifestar la voluntad es mediante la palabra o la escritura; pero no únicamente la palabra o la escritura constituyen las formas de manifestar la voluntad, además el lenguaje mímico, la ejecución de ciertos actos, gestos o señas también constituyen una forma válida, en ciertos contratos, para la exteriorización de la voluntad.

1.- CONSENTIMIENTO EXPRESO Y TACITO.- En todo consentimiento una o ambas o todas las voluntades se van a manifestar de manera expresa o tácita, para perfeccionar el consentimiento.

La exteriorización de la voluntad va a ser, en algunos contratos, de manera expresa, ya sea mediante la palabra o mediante la escritura, en otros se va a exteriorizar la voluntad mediante señas, gestos o actos que revelen o hagan presumir esa voluntad.

Además la voluntad puede manifestarse tácitamente - sin recurrir a la escritura, lenguaje mímico o a la palabra- hasta con que se ejecuten ciertos actos que necesariamente -- supongan la manifestación de voluntad, aunque no se lleve a - cabo gesto o señal alguna, para que la ley considere en ciertos contratos que se ha manifestado válidamente la voluntad y se ha integrado el consentimiento.

Un ejemplo de esto nos lo da el maestro Rojina Villagas al decir: "En el contrato de arrendamiento existe lo - que llamamos tácita reconducción, cuando vencido el plazo con tinúa el arrendatario en el uso de la cosa, sin oposición del arrendador; este acto de no oponerse por parte del arrendador implica una manifestación tácita de su voluntad para que se - prorrogue el contrato de arrendamiento. No se trata de la ma- nifestación del consentimiento por medio del lenguaje mímico, sino de una conducta en el arrendador, que no se opone, ni le exige la entrega de la cosa, la ley supone entonces que existe el consentimiento tácito para la prórroga del contrato de arrendamiento."(47)

Bajo el Código Civil vigente se reconocen las dos - formas del consentimiento: El expreso y el tácito, el artícu- lo que los define es el 1803, el cual dispone:

"El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es - expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escri- to o por signos inequívocos. El tácito resultará - de hechos o de actos que la presuman o que au- toricen a presumirlo, excepto en los casos en que - por ley o por convenio la voluntad debe manifes- - tarse expresamente."

(47) Op. cit., p. 512.

Bajo el Código Civil de 1884 se discutía si se aceptaba el consentimiento tácito. En primer lugar no había un artículo que dijese, como el 1303 del Código vigente, que el consentimiento podrá expresarse en forma tácita o expresa; y además, había un precepto que indicaba que sólo aquel que tuviera imposibilidad física para expresar su voluntad por la palabra o por la escritura, podría recurrir a signos indubitables.

De aquí que algunos comentaristas del Código Civil de 1884, como Miguel S. Macedo hicieran la siguiente deducción; que sólo se aceptaba el consentimiento tácito cuando no pudiera expresarse por la palabra o por la escritura la voluntad de los contratantes, pero que la ley entonces sí reconocía el consentimiento tácito, más no como forma de manifestación de voluntad en cualquiera persona, sino sólo en aquellos que estuvieran imposibilitados para hablar (los mudos) y que no supieran escribir, de tal manera que ni en una ni en otra forma pudieran manifestar su voluntad. Ya tenía un alcance muy restringido el consentimiento tácito, como forma de manifestación de la voluntad para los mudos que no supieren escribir.(47 bis.)

En contra de esta interpretación, el maestro Borja Seriano dice: "Aunque hay la opinión de que este artículo excluye el consentimiento tácito, a mi modo de ver, sólo se refiere al consentimiento expreso, por el cual exige que se hable o que se escriba y en caso de imposibilidad, admite que se empleen otros signos, que son también parte del consentimiento expreso, según hemos visto. Por lo mismo no quiero ex-

(47 bis.) Cfr.- Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Promulgado el 31 de Marzo de 1884, p. 50.

cluir el consentimiento tácito, que en ninguna parte lo prohíbe."(48)

Esta interpretación era de vital interés bajo el Código anterior, porque resultaría que en ciertos contratos, -- como la venta de bienes muebles, en los que no se exige formalidad alguna, bastaría con expresar la voluntad según el maestro Borja Soriano en forma expresa por la palabra, la escritura o signos indubitables, o en forma tácita por la ejecución de actos necesariamente reveladores de esa voluntad, y este contrato podría llevarse a cabo ejecutando simplemente actos que implicaran una posibilidad física de hablar o escribir.

En el Código Civil vigente, en su artículo 1803, -- como ya se vió, se acepta con toda claridad la declaración de voluntad expresa y tácita y determina los caracteres de uno y de otro de acuerdo con la doctrina.

2.- EL PROBLEMA DEL SILENCIO.- Se presenta, por último un problema que consiste en determinar si el silencio es una forma de manifestar la voluntad, que pueda tener válidamente consecuencias jurídicas. Este problema se ha suscitado aplicando aquel adagio de que "el que calla otorga", es decir da su conformidad. Sin embargo, este adagio, no es cierto jurídicamente: en derecho, el que calla no otorga; el silencio no es ninguna manifestación o forma de manifestar la voluntad.

El que guarda silencio simplemente se abstiene de revelar su voluntad; no lo hace en forma expresa ni en forma tácita, y el derecho no puede deducir consecuencias del simple silencio de las partes.

(48) Op. cit., p. 212.

Sin embargo, el maestro Ortíz Urquidi nos dice: ---
"Se expresa en nuestra ciencia, el principio relativo a esta
cuestión, con la siguiente fórmula o regla: El que calla no -
dice nada, en acatamiento a lo cual el artículo 2054 del Códigi
go Civil dispone:"

"Cuando el deudor y el que pretende substituirlo fi
jan un plazo para que manifieste su conformidad --
con la substitución, pasado el plazo sin que el --
acreedor haya hecho conocer su determinación se --
presupone que se rehusa."(49)

Sin embargo en el propio Código existen preceptos -
en los que acoge la regla opuesta, o sea, el que calla otorga
tal es el caso de los artículo 1669 y 2547 que disponen:

"Cuando alguno tuviera interés en que el heredero -
declare si acepta o repudia la herencia, podrá pe-
dir, pasados nueve días de la apertura de esta, --
que el Juez fije al heredero un plazo, que no exce-
derá de un mes, para que dentro de él haga su de-
claración, apercibido de que si no lo hace se ten-
drá la herencia por aceptada."

"El contrato de mandato se reputa perfecto por la -
aceptación del mandatario. El mandato que implica
el ejercicio de una profesión se presume aceptado,
cuando es conferido a personas que ofrecen al pú-
blico el ejercicio de su profesión, por el solo --
hecho de que no lo rehuse dentro de los tres días
siguientes..."

Pero, ¿qué en las hipótesis contempladas por estos
dos últimos artículos, el silencio en realidad, no equivale a
un consentimiento tácito? Creemos que el maestro Borja Soriano
resuelve satisfactoriamente el problema cuando considera el -
caso previsto en el artículo 2547, afirma: "El silencio en sí
mismo no produce la aceptación del contrato sino por las con-

diciones en que el silencio se presenta y en virtud de los --
cuales se realiza una aceptación tácita."(50)

En efecto, consideramos que el silencio no es una --
forma de manifestar la voluntad, pues la forma es la manera --
de exteriorizar la voluntad, el querer interno de contratar y
mediante el silencio, es obvio que no se exterioriza dicha --
voluntad. El querer interno se queda ahí dentro, sin que la --
voluntad se conozca en el plano del derecho.

Con esto se da por concluido el presente capítulo,--
en el cual se expuso, que siendo el consentimiento un elemen-
to de existencia del contrato, se compone de dos o más decla-
raciones de voluntad, las cuales deben exteriorizarse del al-
guna manera y esta exteriorización la llamamos forma: La for-
ma del consentimiento o de las declaraciones de voluntades --
del contrato. Como tal hemos considerado como un elemento de_
existencia a la forma, para integrar el consentimiento.

También se apuntó que las formas para manifestar --
esas voluntades pueden ser de manera expresa o tácita, pero --
nunca a través del silencio.

En el capítulo siguiente trataremos a las formali-
dades o formalismos como elemento de validez del contrato y --
su diferencia con lo que llamamos forma.

(50) Op. cit., p. 211.

CAPITULO SEGUNDO

LOS FORMALISMOS O FORMALIDADES COMO REQUISITO DE --
VALIDEZ DEL CONTRATO.

I. LOS FORMALISMOS O FORMALIDADES COMO REQUISITO DE
VALIDEZ EN EL CONTRATO.

II. FORMALISMOS AD SOLEMNITATEM Y AD PROBATIONEM.

III. LOS FORMALISMOS COMO ELEMENTO DE PRUEBA SIN --
AFECTAR LA VALIDEZ DEL CONTRATO.

IV. DISTINCION ENTRE FORMALISMOS Y PUBLICIDAD.

V. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS POR SUS FORMA-----
LISMOS.

CAPITULO SEGUNDO

LOS FORMALISMOS O FORMALIDADES COMO REQUISITO DE VALIDEZ DEL CONTRATO.

I.- LOS FORMALISMOS O FORMALIDADES COMO REQUISITO DE VALIDEZ DEL CONTRATO.

Toca en este capítulo el estudio de los formalismos o formalidades que debe revestir un contrato para que sea válido en derecho.

Ya se dijo en el anterior capítulo, cual es la diferencia entre forma y formalidades o formalismos. Recordemos - que forma es el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes del contrato. Pues bien, una vez que dos o más personas - se han puesto de acuerdo en contratar, es decir, han manifestado sus voluntades de querer obligarse de alguna forma, ese acto o contrato existe, aunque las partes contratantes, no -- hayan hecho constar en algún documento sus voluntades de contratar, y tan existe que en un momento dado se puede probar - su existencia.

Pensemos en un contrato de arrendamiento verbal, en el cual arrendador y arrendatario han manifestado su voluntad de querer contratar de una manera verbal, se han puesto de -- acuerdo sobre localidad arrendada, precio o monto de la renta y tiempo del arrendamiento, pero no lo han hecho constar en -- ningún documento. En un momento dado, que alguna de las partes ya no quiera cumplir con dicho contrato, ¿en base a qué - le iba a exigir su contraparte dicho cumplimiento? Se podría_

pensar que la contraparte podría demandar en juicio el cumplimiento de dichas obligaciones, pero para que al juicio se le dé entrada, debe exhibirse el contrato base de la acción, o sea el documento donde consten esas obligaciones que asumieron las partes. Al no hacerlo, la parte demandante va a tener que promover un juicio preparatorio, por medio del cual va a tratar de probar que existe una relación contractual, con las obligaciones que demanda su cumplimiento, ya sea que lo pruebe arrancándole confesión a su contraparte o mediante testimoniales, pero tendrá que acreditar dicha relación contractual.

De todo esto, podemos decir que: No obstante que el contrato existe, porque hubo un acuerdo de voluntades que se pusieron de acuerdo sobre determinado objeto para contratar, dicho contrato debe constar en algún documento para que en un momento de conflicto se pueda acreditar las obligaciones que contrajeron los contratantes o como un instrumento que pueda ser oponible a terceros, para que éstos reconozcan que entre las partes se celebró determinado acto jurídico, o como seguridad jurídica de las partes, para que en un momento de conflicto, puedan probar fehacientemente a que se obligó cada una de ellas.

A todo este conjunto de requisitos que debe revestir un contrato, ya sea porque se lo exija la ley a los contratantes o porque éstos los acuerden entre sí, les llamamos formalismos o formalidades del contrato.

Es importante apuntar que estas formalidades las establece la ley para determinados contratos, y cuando esto sucede, es importante revestir al contrato de dichas formali-

dades, de lo contrario por disposición de ley el contrato ---sera nulo. Es decir, que cuando la ley disponga que un contrato debe revestir determinado formalismo, dichos formalismos -se vuelven un requisito de validez del contrato, pues su inobservancia acarrea la nulidad del contrato.

Ahora bien, las partes pueden acordar que en un contrato al cual la ley no le exige ningún formalismo en especial se le revista de los formalismos que la misma ley exigiría para otros actos, con tal de tener amplia seguridad jurídica de que ese acto se va a cumplir. Así, en una compra venta de un bien mueble, en el cual el Código Civil no exige ningún formalismo para su validez, las partes, tomando en cuenta el precio, calidad o antigüedad de la cosa, pueden acordar --que al contrato se le revista de formalidades, como pudiera --ser que se hiciera constar por escrito privado o público inclusive, más que nada, para tener una seguridad jurídica.

Así tenemos que el contrato existe cuando las partes han manifestado su voluntad de querer contratar, es decir hay consentimiento. El cual ha sido externado de alguna forma, ya sea de manera oral, escrita o mediante signos que hagan suponer el consentimiento. Ese contrato ya existente, en algunas ocasiones debe revestir algunos formalismos o formalidades que la ley exige a las partes, para darle mayor seguridad a éstos. Esos formalismos deberán ser observados necesariamente por los contratantes, de lo contrario, su contrato será nulo relativo, por no observar un requisito de validez -que la ley señala.

También las partes pueden revestir de formalismos -

un contrato, en el cual la ley no exigía ninguno para su validez, para tener mayor seguridad; pero esto será por mutuo consentimiento de los contratantes.

Es después de analizar lo anterior, cuando queda mejor explicada la distinción que hacemos entre forma y formalismos o formalidades. Toda vez que la forma es el modo o los medios por los cuales se exteriorizan las voluntades para integrar el consentimiento en un contrato, siendo ésta necesaria o vital para que se pueda manifestar la voluntad e integrar el consentimiento, y no como tradicionalmente le han llamado, un elemento de validez del contrato, sino un elemento de existencia del consentimiento. Ya que como se ha expuesto, son los formalismos o formalidades los que merecen llamarse requisito de validez del contrato, los cuales pueden o no presentarse en un contrato, dependiendo de si los exige o no la ley o si lo acordaron o no los contratantes.

Lo que queremos dejar asentado es que: En cualquier contrato, sea de la especie que sea, existe la forma, ha revestido necesariamente una forma en el consentimiento, Y puede o no revestir formalismos, según lo exija o no la ley o lo acuerden o no los contratantes.

Nos toca ahora analizar el concepto de formalismos o formalidades.

Gramaticalmente y según el diccionario Larousse, la palabra formalidad hace referencia a la condición necesaria para la validez de un acto jurídico y formalismos significa apego excesivo a las formalidades, es por eso que los usamos como sinónimos.

En materia de contratos, el autor que nos da un concepto de lo que son los formalismos, es el maestro Bernardo - Pérez Fernández del Castillo, el cual dice: "Son el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan como se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato."(51)

Para nosotros más bien sería: El conjunto de normas establecidas por la ley o por las partes, que señalan como se debe hacer constar la voluntad de las partes, para la validez del contrato.

En efecto, ya se apuntó que el contrato, como acuerdo de voluntades, existe cuando las voluntades se manifestaron de alguna forma, conste o no en instrumento; pero para su validez, en ocasiones requiere que se cumplan con determinados formalismos, con los cuales, lo que se persigue es hacer constar dichas voluntades o dicho consentimiento.

Es importante no confundir el contrato, como acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, con el documento donde se hace constar dicho acuerdo de voluntades. Ahí radica la problemática, puesto que al pensar que el contrato es el documento, pensamos que su forma es que dicho documento sea público o privado. Nosotros hemos aclarado cuándo hay contrato y cuál es su forma. Entonces el documento donde se hace constar dicho contrato, sea público o privado no es otra cosa que dar cumplimiento a los formalismos que la ley exige para que dicho contrato sea válido, pero el contrato ya existe y junto con él su forma.

(51) Op. cit., p. 68.

Ahora vamos a analizar la razón de ser de los formalismos y porque no solamente se confía en el consensualismo de las partes.

El hombre en todo lo que realiza, busca la seguridad y esa finalidad en el campo del derecho da lugar a un principio jurídico que siempre el legislador trata de introducir en su obra: el de seguridad jurídica.

Los hombres desconfían, o se sienten inseguros cuando sus operaciones quedan sujetas a la simple palabra, sin ningún documento o formalidad en donde consten de manera fehaciente.

A los hombres, no les basta en principio el solo consentimiento en los actos jurídicos, sino que buscan dar forma fija a las voluntades. Estiman, como dice la sabia filosofía popular "a las palabras se las lleva el viento", significando con ello que celebrar operaciones verbales puede tener el resultado posterior de una negación del acto por cualquiera de los que en él intervinieron, que estime que ya no le conviene sostener su posición inicial.

Frente a esta idea de seguridad jurídica, preocupa hondamente a los hombres otro problema: el de la celeridad jurídica.

Si las partes sujetan a múltiples formalidades sus operaciones, deben necesariamente sacrificar tiempo; pues el cumplir con las formalidades lo requiere e implica.

Así, se tiene frente a frente dos situaciones: o celeridad jurídica, con más o menos inseguridad en las operaciones, o seguridad jurídica con su consecuente lentitud.

Esto ha dado lugar a que las legislaciones adopten sistemas que tratan de conjugar los dos principios para dar celeridad a las operaciones sin perder la seguridad jurídica.

Cuanta razón tiene el maestro Gutiérrez y González al señalar: "Cabe afirmar que será posible el consensualismo y triunfará la celeridad jurídica en aquellos medios en donde los hombres sean capaces de hacer honor a su palabra, y en donde impere la buena fe en las transacciones; por el contrario será necesario el formalismo en donde la virtud del respeto a la palabra sea menos firme, y los hombres desconfíen unos de los otros."(52)

Por desgracia, esta época crea para el Derecho Civil un serio conflicto, pues por una parte la celeridad, característica de la era moderna, es cada vez mayor y el ansia de riqueza por la otra, implica recurrir a todos los medios por ilícitos e inmorales que sean y la necesidad de contrarrestarlos por medio de formalismos. Y así, se plantea el problema crucial de: seguridad o celeridad jurídica. La gente tiende a obtener la segunda sin menoscabo de la primera - lo que reporta un grave y serio problema.

Esto lleva a que los legisladores civiles adopten el consensualismo o el formalismo.

Consensualismo.- Se da este nombre a la tesis que pretende que los actos jurídicos existan y se perfeccionen por el mero acuerdo de las voluntades, sin necesitar que éstas se plasmen en documento alguno; basta el solo consenti---

(52) Op. cit., p. 201.

miento para que el contrato se perfeccione y surta sus efectos jurídicos plenos.

A este criterio se opone la sentencia popular: "las palabras se las lleva el viento"

Formalismo.- Esta tesis, por el contrario, busca -- siempre que la voluntad de las partes se fije en un documento de tal manera que el acto no exista, no se perfeccione o no surta plenamente sus efectos, hasta en tanto no se cumpla con las formalidades que marca la ley.

En el capítulo siguiente analizaremos el criterio -- seguido por cada uno de nuestros Códigos Civiles. Por ahora, haremos una breve referencia a los formalismos o formalidades a través de la Historia del Derecho Civil.

Los formalismos han ido variando espacial y temporalmente, de acuerdo con las técnicas legislativas. Su evolución en cierta manera está conectada con la cultura del hombre. En un principio los formalismos eran fundamentalmente religiosos. Se hacían a través del sacerdote que intervenía como elemento mágico de toda contratación.

Posteriormente, en el Derecho Romano, adquieren un matiz de tipo civil. En este Derecho de existencia fecunda y prolongada, hay un cambio de los formalismos, del inicio al fin de su vigencia. Si al principio eran rudimentarios y complicados, al final se simplificaron. Esta evolución no basta para sostener que este derecho fue formalista, que la modificación en los formalismos hacia una mayor simplicidad no los hizo desaparecer. Y como Bonnacase afirmó: "Si el formalismo

acaso no se originó en el Derecho Romano, en cambio en él --- floreció con un vigor particular."(53)

Como ejemplo de la evolución de los formalismos a través del tiempo, están los modos de transmisión de propiedad que van de la mancipatio a la in jure cessio y de ésta a la traditio.

La mancipatio (53 bis.) era un procedimiento que sólo podían efectuar los ciudadanos romanos comerciantes. Tenía por objeto la res mancipi. Se celebraba en presencia de cinco testigos romanos, de un portabalanza, una balanza y un trozo de bronce (randusculum). El que habría de adquirir la propiedad (mancipio accipiens) golpeaba uno de los platos de la balanza con el trozo de bronce, como símbolo del precio, y al mismo tiempo pronunciaba una fórmula solemne afirmando que la cosa la hacía suya.

La in jure cessio tuvo un origen procesal. Se trataba de un juicio ficticio. Quien enajenaba y quien adquiriría comparecían delante del pretor del tribunal de Roma y del presidente de las provincias. La cosa debía estar presente y sobre ella el adquirente ponía la mano y afirmaba ser el propietario. A continuación el magistrado preguntaba al cedente si no había oposición. Si éste no protestaba, el magistrado declaraba propietario al adquirente.

La traditio constaba de formalismos que en un principio consistieron en la entrega física del bien, con la intención del enajenante de transmitir la propiedad y del comprador de adquirirla.

(53) Elementos de Derecho Civil, T. II, p. 239.

(53 bis.) Cfr.- BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN, Compendio de Derecho Romano, p. 62.

Posteriormente la entrega fue simbólica per cartam o mediante la cláusula vendidit et tradidit (vendió y entregó).

En la traditio, existen tres elementos: la entrega física de la cosa; la intención por parte del enajenante de transmitir la propiedad de la cosa vendida y la voluntad del adquirente de adueñársela; y por último, la justa causa o causa eficiente de la transmisión, que normalmente era el contrato.

"Este desarrollo de las formalidades en el Derecho Romano, indudablemente se debe a que el romano era un pueblo materialista. No podían considerar que la sola voluntad de las partes creara obligaciones y transmitiera derechos de propiedad. Era necesario confirmar esa voluntad con actos exteriores para poder convencerse y probar por medio de signos sacramentales que había acuerdo de voluntades, pues se daba poca importancia a los aspectos espirituales."(54)

"Después, en el propio Derecho Romano, se comenzaron a introducir excepciones, a saber: Los contratos reales (mutuo, comodato, depósito y prenda) en los que tan sólo se exigía la entrega de la cosa, y los contratos consensuales (venta, arrendamiento, sociedad y mandato) en los que la obligación nacía del consentimiento, independientemente de los formalismos. Por último, con la admisión de los pactos y los contratos innominados, se notó una evolución del formalismo hacia el consensualismo; pero siempre considerándose como regla general el primero y sólo como excepción el segundo.

(54) BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN, Compendio de Derecho Romano, p. 64.

Durante la Edad Media, el Derecho Germánico introdujo ciertos formalismos simbólicos distintos de los de Derecho Romano."(55)

"En cambio, el Derecho Canónico interesado por lo espiritual, preocupado por los aspectos interiores de la voluntad, concedió mayor importancia a la intención de las partes, al consentimiento expresado, sin necesidad de sujetarse a formalidades, lo que dió paso al consensualismo."(56)

El Derecho Romano influyó mucho en la cultura jurídica occidental. Sin embargo, algunos pueblos regulados por él sufrieron invasiones de los germanos, que no habían logrado la evolución cultural que para entonces tenían los pueblos latinizados. Con ello se cayó otra vez en el primitivismo formalista, donde las solemnidades, en algunos casos de tipo religioso, adquirirían la mayor importancia.

En esa época, los pueblos regulados por el Derecho Romano, se bifurcaron en dos ramas: romana y germánica. La primera influída entonces por el consensualismo del Derecho Canónico, se dividió a su vez en francesa y española.

"Antiguo Derecho Español.- En el antiguo Derecho Español se establece en el Ordenamiento de Alcalá, que pasa a la Novísima Recopilación, el consensualismo puro en los contratos, en virtud de que la ley de Alcalá se dice que en los contratos existe obligación, independientemente de la forma o solemnidad que se hubiera empleado; que de cualquier manera en que parezca que quiso uno obligar, resultará obligado sin

(55) BORJA SORIANO, MANUEL, Op. cit. p. 214.

(56) PEREZ F. DEL CASTILLO, BERNARDO, Op. cit., p. 70.

que sea necesaria una estipulación, que quiere decir promesa con cierta solemnidad. Expresamente en el Ordenamiento de Alcalá se suprime la estipulación del Derecho Romano, y se reconoce lo que después, en el Derecho moderno, se enuncia diciendo que el consentimiento en los contratos consensuales se perfecciona por la simple manifestación de voluntades, sin --requerir formalidad alguna para su expresión."(57)

Antiguo Derecho Francés.- En el antiguo Derecho -- Francés (57a.) también se reconoce en principio el consensualismo. Sin embargo, encontramos que a través del derecho consuetudinario se siguen observando gran número de formalismos del Derecho Romano. Por lo menos la costumbre en la redacción de los contratos, es siempre la de observar en parte esas formalidades del Derecho Romano. Se mantiene en cuanto a la enajenación de las cosas, la solemnidad consistente en la traditio, pero poco a poco la traditio real se vuelve virtual y -- simbólica hasta llegar al principio moderno del Código Napoleón, que suprime esta formalidad en la enajenación de cosa -- cierta. Para los contratos reales el antiguo Derecho Francés -- también conserva la formalidad consistente en la entrega.

En el Código Napoleón (57 b.) no se enuncia, al hablar de elementos de validez de los contratos, a los formalismos como un requisito para que el contrato surta sus efectos legales: simplemente el artículo respectivo del Código (1108)

(57) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Op. cit., p. 521.

(57 a.) Cfr.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Op. cit., p. 522.

(57 b.) Cfr. Ibidem., p. 522.

dice que, para la validez de los contratos se requiere, primero, consentimiento; segundo, capacidad; tercero, objeto y cuarto, una causa lícita.

Sin embargo, en el Código Napoleón, aunque no se menciona las formalidades como elemento de validez para los contratos en general, en la reglamentación que en particular hace de determinados contratos, principalmente de los traslativos de dominio, exige la formalidad escrita, y en el contrato de donación no sólo se exige como requisito de validez, si no como una solemnidad, es decir, el contrato será inexistente si la donación no se formula por escrito en los términos -- que establece el Código Civil francés.

Proyecto de García Goyena.- Es en el proyecto del Código Español de don Florencio García Goyena (57 c.) en donde se menciona, al enunciar los requisitos de validez en el contrato, a la forma como un elemento nuevo respecto de la enumeración del Código Napoleón. Se explica, en este proyecto, que el consensualismo puro del Ordenamiento de Alcalá y de la Novísima Recopilación no era una garantía eficaz ni una seguridad en los contratos; que principalmente la forma en el derecho moderno ya no es un simple símbolo, como aconteció en el Derecho Romano; que la forma es indispensable para la seguridad de los contratantes, para que consten de una manera auténtica las voluntades, porque existen problemas de interpretación respecto de las obligaciones de las partes y el alcance jurídico de los términos en que cada parte quiso obligarse.

Se había considerado como una evolución, comparando el Derecho Romano con el moderno, suprimir los formalismos --

(57 c.) Cfr.- Ibidem., p. 523.

como símbolo que era en ocasiones completamente inútil; pero, sí se acepta en todos los casos que la expresión de la voluntad puede hacerse libremente, sin requerir en ciertos contratos que conste por escrito, habrá un motivo constante de inseguridad en los contratantes, porque se dejaría a la memoria - infinidad de datos que necesariamente originarían después conflictos o controversias. Por esto en el proyecto del Código - Español de García Goyena se vuelve a los formalismos, pero ya no como símbolo del Derecho Romano, sino como un principio de orden, de seguridad y de garantía para los contratantes.

"No obstante, conforme pasa el tiempo se nota un -- retorno hacia el formalismo y la solemnidad. Actualmente en -- muchas legislaciones existe una marcada tendencia a las formg lidades, a pesar de que sus Códigos consagren, en artículo -- expreso, el consensualismo. La opinión de la doctrina es va-- riada para referirse a estas transformaciones."(58)

Autores como Bonnacase, consideran que no debe ha-- blarse de un renacimiento del formalismo de los actos jurídi-- cos del Derecho Civil sino más bien de su supervivencia, y -- agrega: "El Derecho Civil moderno, nunca ha repudiado de una_ manera general el formalismo ya que simplemente lo ha restrin_ gido, por lo demás con fines múltiples."(59)

Miguel S. Macejo, dice: "Ha prevalecido la teoría - de bastar el simple consentimiento para dar por perfecciona-- dos los contratos. Sin embargo las legislaciones modernas, -- que han comprendido que existe un grande interés en prevenir_

(58) Ibiden., p. 522.

(59) Op. cit., p. 239.

los pleitos y asegurar ciertos bienes por su mayor importancia, han sancionado el precepto de que determinadas especies de obligaciones deben constar precisamente en cierta forma, y que en consecuencia no son válidas si se otorgan en forma diferente."(60)

"El formalismo en nuestras civilizaciones adelantadas tiende a renacer para dar más seguridad en las transacciones, por una parte, y por otra para proteger ciertas clases sociales, en fin, para permitir operaciones jurídicas más rápidas."(61)

Otros autores como Luis Díez-Picazo y Antonio Guillón, sostienen que el formalismo pretende el cumplimiento de ciertas finalidades prácticas, que resumen de la manera siguiente:

- "1) Obtener claridad en lo que concierne a las circunstancias de la conclusión de un negocio (fecha) como a su contenido."
- "2) Garantizar la prueba de su existencia."
- "3) Tutelar a las partes previniéndolas contra precipitaciones y decisiones poco meditadas."
- "4) Servir de vehículo para alcanzar una publicidad del negocio haciendo que sea reconocible por los terceros."
- "5) Evitar en lo posible las nulidades negociables -

(60) Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil del Distrito Federal, p. 79.

(61) DEMOGUE citado en : BORJA SORIANO, MANUEL, Op. cit., p. 217.

por la intervención de técnicos."(62)

Planiol citado por Puig Peña, nos dice: "El exceso - de cultura produce así efectos análogos a los de la simplicidad y de la ignorancia de los pueblos antiguos. La solemnidad de los actos jurídicos reaparece pronto en todas partes con - formas nuevas bajo los nombres de autenticidad, registro, --- transcripción. Esto no es simbolismo: es la desconfianza."(63)

En la actualidad, a diferencia del Derecho Romano, - la supervivencia o renacimiento del formalismo obedece a razones diferentes: "La forma (formalidad) se exige en nuestros - días no porque se atribuya a las palabras en sí o a las fórmulas escritas o pronunciadas con determinada fuerza propia, - sino por otros motivos: interés público en evitar litigios, - dotar de precisión a las obligaciones asumidas y de seguridad a ciertos bienes de mayor importancia, inducir a mayor reflexión a las partes contratantes."(64)

Estamos completamente de acuerdo con la opinión de los autores mencionados, pensamos como ellos que la tendencia de las legislaciones modernas para sujetar la celebración de los actos jurídicos a un sinnúmero de formalismos, busca ante todo preservar una de las finalidades del derecho: la seguridad jurídica.

(62) Sistema de Derecho Civil, T. II, p. 506.

(63) En: PUIG PEÑA, FEDERICO, Tratado de Derecho Civil Español, p.40.

(64) SANCHEZ MEDAL, RAMON, De los Contratos Civiles, p. 41.

II.- LOS FORMALISMOS AD SOLEMNITATEM Y AD PROBATIONEM.

Los formalismos han sido clasificados en ad solemnitate y ad probationem.

Los formalismos ad solemnitate son aquellos que --son necesarios para la existencia del acto jurídico o contrato (la solemnidad). Su falta produce la inexistencia del mismo.

A esta formalidad suele llamársele de substancia:-- "porque esta formalidad en los actos jurídicos es substancia, de tal manera que no existen sino se sujetan a la forma (formalidades) ordenada."(65)

Asimismo, Carrara dice: "El legislador al percibir la forma ad solemnitate (formalismos ad solemnitate) la --- prescribe con carácter obligatorio: como un elemento esencial del negocio, de tal suerte que no nacen, no se crean derechos y obligaciones entre las partes, si la forma (formalidad) no ha sido observada."(66)

En la Doctrina Clásica de las obligaciones y del acto jurídico, se reconoce a la solemnidad como un elemento de existencia del acto jurídico y así algunos autores consideran que en el contrato, además de objeto y consentimiento se requiere un tercer elemento, eventualmente en algunos contratos y que es la solemnidad.

Nos dice el maestro Gutiérrez y González: "La solemnidad es el conjunto de elementos de caracter exterior, sen--

(65) DIEZ-PIGAZO, LUIS Y GUILLON, ANTONIO, Op. cit. p. 506.

(66) Citado en : PEREZ F. DEL CASTILLO, BERNARDO, Op. cit., - p. 73.

sibles, que rodean o cubren a la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto.- El efecto de esta forma (formalidad), es darle existencia al acto jurídico y así por el contrario por su falta, por ministerio de ley, - la voluntad de los que deseen contratar no produce los efectos deseados y el acto no existe."(67)

Con relación a la solemnidad, que para nosotros es un formalismo elevado al grado de elemento de existencia, podemos decir que no es un elemento constante en todos los contratos, como lo son el objeto y el consentimiento. Inclusive algunos autores ni siquiera la mencionan como elemento de existencia en los contratos, sino solo como elemento de existencia en algunos actos jurídicos, como el matrimonio y el testamento.

Con relación al matrimonio, se dice que es el clásico acto solemne, al margen de cualquier consideración de tipo religioso, y otros le llaman el contrato solemne por excelencia. Todo esto ha sido materia de infinidad de discusiones, - principiando por establecer, si el matrimonio es un contrato o no lo es, desde luego hay opiniones en pro y en contra, de nuestra parte, y con base en los estudios de derecho de familia, realizados en la Facultad, consideramos que el matrimonio no es un contrato, por tanto no entra en materia discutir si es un contrato solemne o no.

De los contratos solemnes, o mejor preferiríamos llamarlos, los contratos sujetos a solemnidades, de éstos nos

(67) Op. cit., p. 194.

habla el autor Miguel Angel Zamora y Valencia (68), para el referido autor, un contrato sujeto a solemnidades es: El mutuo subrogatorio. Dispone el artículo 2059 del Código Civil:

"Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato."

Y nos dice el autor que si no se le da esa forma o solemnidad específica al contrato, no se producen las consecuencias previstas expresamente en la norma, aunque pueden producirse otras.

Para el autor, el contrato de prenda es otro ejemplo de contrato solemne, el artículo 2360 del Código dispone:

"El contrato de prenda debe constar por escrito.... No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta la certeza de la fecha por el registro, escritura pública o de alguna manera fehaciente."

El mismo autor dice que si bien es cierto que, si en el contrato de prenda no consta la certeza de la fecha, no es oponible a terceros, pero si al deudor prendario.

En nuestra opinión, los contratos que el autor llama solemnes, no lo son, puesto que el mismo autor nos dice: "Lo que significa que la falta de forma en los contratos solemnes, no origina la inexistencia del contrato, sino sólo que no se produzcan los efectos determinados señalados en la

norma para tal acto o sea que son inexistentes esos efectos, aun cuando se produzcan otros diversos. En estos casos se califica al contrato de solemne, no porque la forma sea un elemento esencial, ... sino porque si no se satisfacen todos los signos sensibles que la ley le exige, no se producen exactamente las consecuencias previstas por ella."(69)

De esta opinión se desprende que: los contratos que el autor denomina como solemnes, no lo son, puesto que, como se dijo, la solemnidad es un formalismo elevado al grado de elemento de existencia y como tal, si falta en algun contrato en el cual lo requiera la ley, este contrato por ministerio de ley sería inexistente.

Pero en los contratos que nos da el autor como ejemplo de contratos solemnes, el mismo admite, que el no cumplir con los formalismos previstos por la ley, no origina la inexistencia del contrato, sino sólo que no se producen los efectos determinados señalados en la norma.

Para nosotros, estos ejemplos que da el autor de contratos solemnes, no son otra cosa, más que formalidades -- que la ley exige para que el contrato sea válido, pero de ninguna manera una solemnidad, pues aún en su ausencia, el acto existe y produce efectos de derecho. Y una característica --- principal del acto inexistente es que, no produce ningún efecto de derecho.

En nuestra opinión, en el Derecho Mexicano no encontramos ningún contrato solemne, ya que la ley en ningún contrato exige determinado formalismo cuya ausencia determinaría

(69) Ibidem., p. 55.

la inexistencia del contrato.

Por otro lado, los formalismos ad probationem son - las formalidades que no son necesarias ni para la existencia_ ni para la validez del acto jurídico, sino solo para probarlo en forma eficaz.

El contrato es válido aunque no se cumplan con estos formalismos. Esto se comprenderá mejor, cuando se estudie el_ siguiente apartado.

III.- LOS FORMALISMOS COMO ELEMENTO DE PRUEBA SIN AFECTAR LA VALIDEZ DEL CONTRATO.

En ocasiones el Código Procesal exige que los contratos consten por escrito, para que puedan ser debidamente probados, o bien para que se dé entrada a una demanda en que se invoque un determinado contrato. Si éste no consta por escrito, según disposiciones del Código Procesal o Mercantil el Juez no debe dar entrada a esa demanda.

En estas cosas la ley requiere la formalidad escrita, no como elemento de validez en la expresión del consentimiento, sino simplemente como un elemento de prueba.

Por ejemplo, no puede intentarse una demanda de tergencia excluyente de dominio respecto de bienes muebles, si no se presenta el título que justifique la propiedad de los bienes muebles.

Supongamos que el tercerista compró los objetos muebles, respecto de los cuales intenta la demanda, la ley exigirá una formalidad al contrato de compra venta de esos bienes muebles, no obstante que el Código Civil y el de Comercio no requieren para la compra venta de esa clase de bienes formalidad alguna.

El contrato de compra venta de esa clase de bienes, cualquiera que fuera su valor, es jurídicamente válido aún cuando se haya hecho de manera verbal, o bien aún cuando se haya recurrido al consentimiento tácito, porque el comprador haya tomado la mercancía y depositado el precio: y no obstante la validez civil o mercantil de este contrato, si llega el

momento en que el comprador reclame la propiedad de esos bienes mediante demanda de tercería excluyente de dominio, tiene que justificar la existencia del contrato exhibiendo el título relativo a la compra venta. Por esto es conveniente establecer la distinción entre los formalismos como requisito de validez del contrato y la formalidad como simple elemento de prueba.

El maestro Rojina Villegas plantea otro problema -- relacionado con el tema: "Las excepciones oponibles después de sentencia o de convenio judicial que tengan los efectos de sentencia, deben constar en instrumento público o en documento judicialmente reconocido en autos."(70)

Supongamos que la excepción que se opone después de dictada la sentencia, es la de novación. Esta jurídicamente no debe constar en escritura pública ni en documento judicialmente reconocido. Es válido el contrato de novación si consta de manera expresa (Art. 2215 c.c.), por ejemplo, en una carta: lo único que requiere el Código Civil es que la novación conste expresamente, pero cuando se hace valer la novación como excepción después de dictada la sentencia, debe exhibirse o la escritura pública en que conste o un documento judicialmente reconocido por las partes; sino se presenta alguno de estos instrumentos, el juez de plano rechazará la excepción --- opuesta y es que en este caso el derecho procesal exige un -- requisito de formalidad, no para la validez civil del contrato, sino para su justificación y procedencia en juicio.

(70) Op. cit., p. 518.

Para el maestro Borja Soriano: "no basta que un contrato se celebre efectivamente, sino que es necesario que pueda demostrarse su existencia, especialmente a un Juez, y para ello debe tenerse un medio de prueba de que se celebró el contrato. La materia de la prueba en España, Francia e Italia -- está regida por los Códigos Civiles; en México lo está por el Código de Procedimientos Civiles."(71)

Entre los medios de prueba se encuentran el documento privado y el documento público. El primero es el escrito -- que redactan y firman los contratantes para hacer constar en él el contrato que han celebrado y las condiciones del mismo. El documento público es el que está autorizado por un funcionario público, especialmente por un notario, que por delegación del Estado, tiene fe pública, de manera que lo que se -- asevera que ha pasado ante él debe creerse, a menos que fuere legalmente declarada su falsedad.

(71) Op. cit., p. 213.

IV.- DISTINCION ENTRE FORMALISMOS Y PUBLICIDAD.

El jurista italiano Alberto Trabucchi, considera que: "mientras la forma (formalidad) es el modo de exteriorización de la voluntad, la publicidad busca los procedimientos para -- permitir que los terceros conozcan la existencia de algunos -- hechos, de situaciones jurídicamente relevantes, o bien, el -- contenido de negocios judiciales."(72)

Dice que el efecto directo de la forma (formalidad) es el de adquirir el derecho, mientras que la publicidad busca conservarlo. Pero también reconoce que aunque generalmente la publicidad tiene eficacia declarativa, pues el acto jurídico existe independientemente y antes de ser conocido por la sociedad, existen ocasiones que tiene eficacia constitutiva, porque el derecho no surge sino ha sido observada la formalidad o forma de publicidad.

Acepta que tanto la forma (formalidad) como la publicidad imponen determinados procedimientos para darse.

Para este autor la inscripción es una forma de publicidad declarativa, que permite obtener seguridad o mayor eficacia en el acto ya perfeccionado. Pero también dice, que en el derecho italiano, la publicidad de la propiedad de los bienes muebles, se da mediante la posesión.

Distingue entre la forma cuando es exigida ad substantiam y la publicidad. La primera es cuando la forma (formalidad) es un elemento constitutivo del negocio, requisito pa-

(72) Citado en: PEREZ F. DEL CASTILLO, BERNARDO, Op. cit., -- p. 75.

ra la existencia jurídica de la voluntad, unas veces para resaltar al sujeto la importancia del acto que le van a obligar algunas otras, para preconstituir una prueba. Mientras que la publicidad sirve para llevar a conocimiento de la colectividad y en especial de los terceros interesados, el contenido de los negocios realizados.

En el Distrito Federal, la inscripción de los actos en el Registro Público de la Propiedad tiene un efecto meramente declarativo, el contrato vale plenamente independientemente de su inscripción. Así lo dispone la Corte en la siguiente Jurisprudencia:

"JURISPRUDENCIA 255. REGISTRO PUBLICO, EFECTOS DE -- LA INSCRIPCION HECHAS EN EL.- Las inscripciones hechas en el Registro Público de la Propiedad tienen efectos declarativos y no constitutivos, de tal manera que los derechos provienen del acto jurídico declarado pero no de la inscripción, cuya finalidad es dar publicidad al acto y no constituir el derecho."
"Apendice al Semanario Judicial de la Federación,- 1917-1935, Cuarta Parte, Tercera Sala."

De acuerdo con el Código Civil, fundado en su artículo 3005:

"Sólo se registrarán:"

"I.- Los testimonios de escrituras o actas notariales u otros documentos auténticos;"

"II.- Las resoluciones y providencias judiciales que consten de manera auténtica;"

"III.- Los documentos privados que en esta forma fueren válidos con arreglo a la ley, siempre que al -- calce de los mismos haya la constancia de que el -- notario, el registrador, el corredor público o el -- Juez competente se cercioraron de la autenticidad -- de las firmas y de la voluntad de las partes. Dicha constancia deberá estar firmada por los mencionados fedatarios y llevar impreso el sello respectivo."(*)

(*) Esta última fracción fue reformada, con motivo de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el siete de enero de 1988.

Pero, ¿Qué pasa si un contrato, de los cuales la ley exige se haga su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, no se inscribe? La respuesta la encontramos en la siguiente tesis.

"REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD, EFECTOS DE LOS CONTRATOS NO INSCRITOS EN EL.- Cuando se trata de actos por los cuales se crean, modifican, extinguen o transmiten derechos reales sobre inmuebles, tales actos producen todos sus efectos ante las partes, aunque no se inscriban, pero los mismos, si no están inscritos, no pueden surtir efectos contra un tercero que tiene inscritos en el Registro Público de la Propiedad, a su nombre, un derecho real sobre el inmueble."
"Quinta Epoca, Suplemento de 1956, Pag. 414, A.D. 9768/50."

Con la anterior tesis entendemos que el contrato al cual la ley exige que sea inscrito en el Registro Público, y no se hace así, es válido entre las partes que contrataron, pero no surtirá efectos contra tercero que tenga inscrito a su nombre un derecho real sobre el objeto del contrato. Suponemos entonces, que si es oponible, el contrato celebrado y no inscrito, frente a cualquier tercero que no tenga ningún derecho sobre el objeto del contrato.

Esto se reafirma con la siguiente tesis, en la cual se nos da la definición de tercero para efectos registrales.

"TERCERO PARA EFECTOS REGISTRALES.- Tercero para los efectos registrales es el titular de derechos reales que están también inscritos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio."

"Quinta Epoca, Tomo CXXII, Pag. 513, A.D. 5750755."

V. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS POR SUS FORMALISMOS.

En cuanto a los formalismos, los contratos se han clasificado históricamente en: solemnes, reales, consensuales y formales.

1.- CONTRATOS SOLEMNES.- Se designa con el nombre de contratos solemnes a aquellos que la ley somete a cierta formalidad que prescribe bajo pena de inexistencia del contrato. El consentimiento de las partes es necesario para la perfección de estos contratos, como de todos los otros, pero no basta: no tiene valor alguno a los ojos de la ley sino se ha manifestado con los formalismos prescritos por ella. En ausencia de estas formalidades, el mismo contrato es inexistente.

En realidad en nuestro Derecho vigente, no existen contratos solemnes, como ya se apuntó al tratar los formalismos ad solemnitatem. Pues el Código Civil sólo reconoce la solemnidad en el testamento y el matrimonio. En un tiempo, otras legislaciones como la francesa consideraron solemnes a los contratos cuya formalidad exigida era la notarial.

En la legislación Española (73), se regulan como solemnes, los siguientes actos jurídicos y contratos:

- a) Reconocimiento de hijos naturales.
- b) Adopción.
- c) Donación de inmuebles.
- d) Emancipación.
- e) Testamentos.

(73) Cfr.- PEREZ F. DEL CASTILLO, BERNARDO, Op. cit., p. 76.

- f) Capítulos matrimoniales.
- g) Enfiteusis
- h) Sociedad.
- i) Compromiso.
- j) Hipoteca.
- k) Hipoteca mobiliaria.

2.- CONTRATOS REALES.- Son los contratos que se perfeccionan con la entrega de la cosa. En Roma, como contratos reales, se clasificaban: la prenda, el depósito, el mutuo y el comodato. En el Código Civil para el Distrito Federal de 1884, estos contratos se conservaron como reales, así se observa en la transcripción de los artículos correspondientes:

"Art. 1776.- El contrato de prenda sólo puede producir efectos por la entrega de la cosa empeñada y permanencia en poder del acreedor, a no ser que éste la pierda sin culpa suya, ó que la prenda consista en frutos, según lo dispuesto en los artículos siguientes."

"Art. 2545.- El depósito en general es un acto por el cual se recibe la cosa ajena con la obligación de custodiarla y restituirla en especie, sin facultad de usarla ni aprovecharse de ella."

El mutuo y comodato están definidos en un solo artículo.

"Art. 2661.- Bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesión gratuita por tiempo y para objetos determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligación de restituir ésta en especie; y toda concesión gratuita ó á interés, de cosa fungible con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso el préstamo se llama comodato, y el segundo, mutuo."

En el vigente Código Civil para el Distrito Federal el único contrato real es el de prenda, sin embargo, conforme

a las disposiciones del Código, no se requiere la entrega física del bien para el perfeccionamiento del contrato, basta la entrega jurídica y que el deudor pueda quedar facultado para conservar físicamente el bien en su poder, los artículos - 2858 y 2859 del Código Civil, establecen:

"Para que se tenga por consentida la prenda deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente.-- Se entiende entregada al acreedor jurídicamente la prenda, cuando éste y el deudor concienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra tercero, debe inscribirse en el Registro Público.-- El deudor puede usar de la prenda que quede en su poder en los términos que convengan las partes."

3.- CONTRATOS CONSENSUALES.- Los contratos consensuales son aquellos para cuyo perfeccionamiento basta solo el consentimiento de las partes. Poco importa que no se haya extendido escrito alguno: el escrito puede tener importancia -- desde el punto de vista de la prueba del consentimiento, si una de las partes niega su existencia: pero no es necesario para la formación del contrato cuya base es el mero consentimiento. En principio, los contratos son consensuales (Art. -- 1796 del c.c.) en nuestro derecho. Esta regla sufre excepción por los contratos formales.

4.- CONTRATOS FORMALES.- La ley señala que para la validez de estos contratos, se manifieste la voluntad de acuerdo con los formalismos en ella establecidos. Por ejemplo: en escrito privado, escritura pública o por procedimiento administrativo.

A estos formalismos se les ha denominado como la -- "forma de valer".

En sentido amplio, todos los contratos son formales, porque requieren de una forma para exteriorizar la voluntad.- La ley establece, para la validez de algunos contratos, determinada formalidad, mientras que para otros, no señala ninguna en especial.

Nosotros consideramos más propio hablar de contrato con libertad de formalidades y contrato con formalidades obligatorias. Así opina Gual Vidal al expresar: "El acto jurídico no formal, o sustraídos de la obligación de una forma (formalidad) absoluta, es pues, una manifestación de voluntad más o menos libre respecto a la forma de su expresión: pudiéndose designar con las palabras forma (formalidad) libre y forma -- (formalidad) no libre, por una parte la carencia de formas--- (formalidades) y por otra el formalismo de los actos jurídicos."(74)

Una vez determinados los contratos solemnes, consensuales, formales y reales, podemos hacer la oposición entre los tres últimos. Parte de la doctrina clasifica los consensuales en oposición a los reales y formales. El maestro Rojina Villegas dice: "Cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición a real, simplemente se indica que no necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo. -- Cuando se dice que un contrato es consensual en oposición a formal, se considera que existe por la simple manifestación verbal del consentimiento, sin requerir una forma escrita, pública o privada para la validez del acto."(75)

(74) Citado en: PEREZ F. DEL CASTILLO, BERNARDO, Op. cit., p. 79.

(75) Op. cit., p. 33

CAPITULO TERCERO

EVOLUCION DE LOS FORMALISMOS EN LOS CODIGOS CIVILES
DEL DISTRITO FEDERAL.

I. LOS FORMALISMOS EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO_
FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE --
1870.

II. LOS FORMALISMOS EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO
FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE -
1884.

III. LOS FORMALISMOS EN EL CODIGO CIVIL PARA EL ---
DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA
LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1928.

IV. LOS FORMALISMOS EN LA LEY DEL NOTARIADO PARA EL
DISTRITO FEDERAL DE 1980.

CAPITULO TERCERO

EVOLUCION DE LOS FORMALISMOS EN LOS CODIGOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL.

I... LOS FORMALISMOS EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL - Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870.

Hasta antes del Código Civil de 1870, se siguieron observando las disposiciones del Derecho Español, de la Novísima Recopilación, en cuanto al régimen de los contratos en general, y por esto, existió el consensualismo puro del Ordenamiento de Alcalá, hasta el año de 1870. A partir del Código Civil de 1870, se consagra en un principio moderno aquel consensualismo del Ordenamiento de Alcalá.

Este Código fue aparentemente consensualista, pero de sus preceptos se desprende que se trata de un Código formalista.

Sentó el principio del consensualismo en su artículo 1392, que disponía:

"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme á la buena fe, al uso ó á la ley."

En su exposición de motivos, al comentar este artículo, se señala:

"El artículo 1392 consigna el principio absoluto de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. En este particular la comisión siguió el espíritu de la ley - la., título 10., libro X de la Novísima Recopilación, y lo ha desarrollado, estableciendo en el artículo 1546, que desde la

perfección del contrato, el riesgo de la cosa es de cuenta de quien adquiere y en el 1552, que la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición. La adopción de este sistema pondrá fin a las complicadas cuestiones sobre pertenencia de los frutos de la cosa, producidos y percibidos antes de la tradición. La sencilla aplicación de axioma de que la cosa fructificada para su dueño, reducirá en lo futuro las cuestiones de averiguar la fecha del contrato; pues de allí se transfiere el dominio, y como consecuencia el derecho de hacer suyos los frutos el que adquiere la cosa."

Los artículos mencionados en este párrafo disponen:

"Art. 1546.- Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, es de cuenta del acreedor el riesgo de la cosa, aun cuando ésta no le haya sido entregada."

"Art. 1552.- En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica; salvo convenio en contrario."

Por otro lado, el artículo 1395 establece los requisitos para la validez del contrato:

"Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones:"

"1a. Capacidad de los contrayentes;"

"2a. Mutuo consentimiento;"

"3a. Objeto lícito."

Nótese como en los requisitos de validez del contrato no se enumera a los formalismos o formalidades que debe revestir el contrato.

No obstante que en el Código Civil de 1870, se enun-
cia el consensualismo puro, después cuando se reglamentan los
diferentes contratos en particular, se contradice el consen--
sualismo, para exigir determinados formalismos en ciertos con-
tratos y que a continuación estudiaremos.

En el contrato de fianza (art. 1826) se exigía que_
constara de manera expresa y limitarse a los términos preci--
sos en que esté constituida.

La prenda (art. 1905) no surtía sus efectos contra_
tercero, sino constaba en instrumento público.

La antícresis era nula sino constaba en escritura -
pública (art. 1928).

El contrato de hipoteca, solamente podía ser consti-
tuído en escritura pública (art. 1799)

El contrato de depósito (art. 2666), el deponente -
debía hacer constar por escrito la cantidad, clase y demás --
señas específicas de la cosa depositada y firmada por el de--
positario.

La donación podía hacerse verbalmente o por escrito
(art. 2722), pero no podía hacerse donación verbal más que de
bienes muebles (art. 2723), y sólo producía efectos la dona--
ción verbal si el valor de la cosa no excedía de doscientos -
pesos, si el valor de la cosa excedía de ese precio la dona--
ción debería otorgarse en escritura pública (art. 2725), y si
la donación era de bienes raíces, solamente podía hacerse la_
donación en escritura pública y no producía sus efectos si no
era debidamente registrada (art. 2726)

El contrato de seguro era nulo sino se otorgaba por

escrito, en escritura pública (art. 2835).

Disponía que el contrato de compra venta no requería formalidad alguna para su validez, sino cuando recaía sobre bienes inmuebles (art. 3056). La venta de inmueble, cuyo valor no excediera de quinientos pesos se debía otorgar en instrumento privado firmado por comprador, vendedor y dos testigos (art. 3057). Si el valor del inmueble excedía de quinientos pesos, el contrato se otorgaba en escritura pública. Y la venta de inmuebles no producía efectos contra terceros sino era registrada (art. 3061).

Para la permuta, eran aplicables los preceptos de la compra venta, en cuanto a sus formalismos.

El contrato de arrendamiento debería otorgarse por escrito cuando la renta rebasaba trescientos pesos anuales (art. 3079).

Con estos ejemplos, nos damos cuenta de que, el consensualismo que consagraba el Código Civil de 1870, no era del todo absoluto.

II.- LOS FORMALISMOS EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL
Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884.

Este Código, en materia de formalismos, varía en relación al de 1870. Deroga el principio del consensualismo al establecer en el artículo 1276, correspondiente al 1392 del Código de 1870, lo siguiente:

"Los contratos legalmente celebrados obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso ó a la ley."

Miguel S. Macedo, al comentar esta disposición, dice que es suficiente para contrariar el principio del consensualismo: "Desde el momento que se sanciona este precepto, es inexacto el principio de que todo contrato es consensual y -- que por lo mismo se perfecciona por el simple consentimiento, independientemente de las formalidades externas."(76)

El artículo 1279 regulaba los requisitos de validez del contrato:

"Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones:"

"I. Capacidad de los contrayentes;"

"II, Mutuo consentimiento;"

"III. Que el objeto materia del contrato sea lícito;"

"IV. Que se hay celebrado con las formalidades externas que exige la ley."

El mismo autor, al interpretar este artículo, expre-

(76) Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Promulgado el 31 de Marzo de 1884, p. 79.

sa: "Como hemos dicho, al determinar formalidades externas especiales para ciertos contratos, el legislador se ha propuesto evitar litigios y pone a salvo, fuera de toda duda y de todo ataque, los derechos que ha creído de mayor importancia, - como son los de propiedad raíz, ó que ha considerado más expuestos á abusos, como los de seguros, etc. A fin de proteger este interés social, se ha establecido formas especiales y -- necesarias, que no pueden ser modificadas ni dispensadas por contrato. Para dar sanción a este precepto, ha sido necesario declarar nulos los contratos celebrados sin respetarlo, que es lo que se ha hecho al adicionar el artículo en cuestión."- (77)

El maestro Jacinto Pallares, en su artículo titulado "De los contratos Solemnes" afirma que en la redacción de este artículo del Código Civil de 1884: "Las formalidades externas ad probationem adquirieron el carácter de condiciones esenciales para la validez y existencia de un contrato como lo son las de capacidad de los contrayentes, el mutuo consentimiento y la licitud en el objeto materia del contrato... El legislador no logró el propósito de asimilar absolutamente -- los contratos solemnes con los que no lo son, porque no cuidó de reglamentar en todas sus consecuencias el principio sancionado en el artículo 1279. Así, no estableció que en virtud de ese precepto, los contratos que carecen de solemnidades legales, ni son susceptibles de ratificación, ni la nulidad se subsana por la prescripción y el cumplimiento voluntario, ni deja de ser exclusiva de los contratantes la acción y excepción

(77) Ibidem., p. 79.

de nulidad no deja de ser preciso hacer valer esa nulidad por vía de acción y excepción."(78)

Pero, ¿las formalidades establecidas en el artículo 1279, son solemnitatis causa? No, por lo siguiente:

1.- El artículo 1679, establecía que la ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de formalidades o solemnidad en cualquier tiempo en que se hagan, extingue la acción de nulidad.

"Art. 1679.- La ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo en que se hagan, extinguen la acción de nulidad; exceptuándose los casos en que la ley expresamente dispone lo contrario."

2.- El artículo 1674, da a las nulidades el carácter de excepciones o acción respectivamente, es decir, de acción de hecho o de derecho que debe someterse a un debate judicial.

"Art. 1674.- La acción y excepción de nulidad competen a las partes principales y a sus fiadores: - exceptuándose aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa."

3.- No hay disposición expresa que excluya a los contratos nulos por falta de formalidades en la aplicación de esos preceptos.

Bastan esos preceptos, para que esas formalidades no deban considerarse solemnitatis causa y para que tome legítimo asiento en nuestro derecho toda la teoría y doctrina relativa a la ratificación tácita o expresa de los contratos nulos.

(78) En: Revista de Legislación y Jurisprudencia, p. 15.

los por ese defecto y a los demás medios de justificar esa nulidad.

En efecto, en los contratos solemnes no es posible, que el cumplimiento voluntario extinga la acción de nulidad, - por lo tanto, se concluye que la formalidad establecida por - el Código Civil de 1884, no es solemnitatis causa.

Por otro lado, en el Código de 1884, no hay posibilidad de elevar a la forma legal el contrato que no se otorgó conforme a los formalismos del Código, Según Miguel S. Macedo el contenido de los artículos 1276 y 1279 de este Código, hace insostenible la doctrina alegada en la práctica de que: -- "El contrato celebrado sin las formalidades externas prescritas por la ley, da acción para reclamar que se llenen esas -- formalidades, y una vez llenadas, para reclamar el cumplimiento del contrato. Conforme a estos artículos solo son obligatorios los contratos legalmente celebrados, y no son válidas, - sino las obligaciones contraídas en la forma exigida por la - ley."(79)

Durante la vigencia del Código Civil de 1884, rigió también el Código de Procedimientos Civiles del mismo año. El cual en su artículo 80. establecía:

"Ninguna acción, sea real ó personal, puede intentarse sino se acompaña el título legal que la acredite en todos los casos en que el Código Civil exige para la validez de los contratos que se otorguen en escritura pública ó en escrito privado: -- los jueces desecharán de plano toda acción de esta clase que se intente sin ese requisito, bajo la -- pena de sus pensión de uno á seis meses."

Según el maestro Jacinto Pallares, por este artículo:

(79) Op. cit., p. 80.

"Podría parecer que todos los contratos son solemnes y que respecto de ellos ha desaparecido la filosófica y universal distinción entre probationis y solemnitatis causa. Pero prácticamente la distinción subsiste porque el Código no puede exigir que se presente el documento; cuando habiéndose confirmado el contrato nulo por falta de forma (formalidad) la acción se funda en esa confirmación; cuando el vicio de forma proviene del dolo del obligado que de alguna manera pretenda aprovecharse de las ventajas de hecho derivadas de actos del coestipulante que obro de buena fe."(80)

En ninguno de los Códigos se estableció el derecho para elevar a la forma legal el contrato que se hubiese celebrado sin sujetarse a la formalidad establecida por la ley.

Este Código invierte el sistema del anterior, del consensualismo puro y contradictorio de aquella legislación, se pasa al formalismo en principio, porque todo contrato requiere para su validez, según el Código de 1884, las formalidades externas que en cada caso exija la ley, y además se establece que todo contrato a plazo por más de seis meses, y por valor de doscientos pesos o más debe constar por escrito.

Posteriormente, en el régimen de los contratos en particular, se estatuyen las mismas formalidades que había exigido el Código de 1870 para los contratos traslativos, para el arrendamiento, la hipoteca, la sociedad; pero ya no existe la contradicción que aquel Código establece entre sus reglas generales y las particulares de cada contrato, como se vera a continuación.

(80) Op. cit., p. 17.

La fianza no se presumía debía constar expresamente (art. 1711).

El contrato de anticresis era nulo si no constaba por escrito (art. 1811).

La prenda tenía que constituirse por escrito y si el valor de la obligación pasaba de quinientos pesos, en escritura pública (art. 1787).

La hipoteca solo podía ser constituida en escritura pública (art. 1856).

El contrato de sociedad debería hacerse constar en escritura pública si su capital social excedía de trescientos pesos (art. 2225).

El mandato podía ser escrito o verbal (art. 2346). El mandato escrito podía otorgarse en escritura pública o en escrito privado (art. 2346).

En el contrato de depósito se obligaba al deponente a hacer constar en escrito firmado por el depositario, la cantidad, clase y demás señas específicas de la cosa depositada, (art. 2548).

La donación podía ser verbal o por escrito (art. 2606). No podía hacerse donación verbal más que de bienes muebles cuyo valor no excediera de doscientos pesos, si excedía de esa cantidad la donación tenía que constar en escritura pública (art. 2607). Cuando la donación recaía sobre bienes raíces, se tenía que hacer constar, siempre, en escritura pública y no producía efectos hasta que no era debidamente registrada (art. 2706).

El contrato de seguro era nulo si no se otorgaba --

por escrito (art. 2706).

El contrato de compra venta sólo requería formalidad cuando recaía sobre bienes inmuebles. La venta del inmueble cuyo valor no excedía de quinientos pesos, se hacía constar en escrito privado firmado por el vendedor, comprador y dos testigos (art. 2921). Si el valor del inmueble excedía de quinientos pesos debería constar en escritura pública (art. 2924).

Con excepción del precio, era aplicable todo lo relativo de la compra venta a la permuta, en cuestión de formalismos (art. 2936).

El contrato de arrendamiento tenía que otorgarse -- por escrito, cuando la renta pasara de cien pesos anuales, - (art. 2947).

III. LOS FORMALISMOS EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1928.

En materia de formalismos, el Código Civil de 1928, sigue al de 1870, que a su vez se inspiró en la Novísima Recopilación, pues en ambos se establece el principio del consensualismos.

La intención del legislador del Código Civil vigente, fue retornar al principio consensualista del de 1870, que había derogado el de 1884. En la exposición de motivos del -- proyecto del Código actual, se establece:

"Por lo que a la forma (formalidades) toca, se procuró, en cuanto fue posible, suprimir las formalidades que hacían necesaria la intervención de notarios o de otros funcionarios públicos para que el contrato se legalizara, haciendo así más expeditas y económicas las transacciones, y solo se -- exceptuaron los casos en que para la formación de la historia de la propiedad y seguridad del régimen territorial se exigió la inscripción de los actos en el Registro Público."

Dos son los artículos del Código Civil vigente, cuyo antecedente histórico se haya en el artículo 1392 del Código Civil de 1870, establecen el principio del consensualismo:

"Art. 1796. Los contratos se perfeccionan por el -- mero consentimiento, excepto aquellos 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."

"Art. 1832. En los contratos civiles cada uno se -- obliga en la manera y términos que aparezca que -- quiso hacerlo, sin que para la validez del contrato se requiera formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley."

Si bien de la exposición de motivos del Código Civil y del contenido de los artículos transcritos, se podría -- concluir: que la regla en materia de formalismos, es la libertad de formalidades, sin embargo, en materia de contratación el Código deroga el principio del consensualismo al establecer formalidades para casi todos los contratos.

A continuación estudiaremos las formalidades, que -- la ley exige para cada contrato, el estudio se hará de acuerdo al orden que sigue el Código Civil en materia de contratos.

1) EL CONTRATO DE PROMESA.- "Es aquel por virtud -- del cual una o ambas partes se obligan a celebrar un contrato determinado en cierto tiempo." (81)

La ley exige que el contrato de promesa se otorgue -- por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo (art. 2246). La falta de esta formalidad acarrearía la nulidad relativa de este contrato, porque cualquiera de las partes y en cualquier -- momento pueden convalidar el contrato, cumpliendo con los formalismos que les exige la ley.

2) EL CONTRATO DE COMPRA VENTA.- "Es aquel por vir- -- tu del cual, una persona llamada vendedor se obliga a entre--

(81) ZANORA Y VALENCIA, MIGUEL ANGEL, Op. cit., p. 70

gar una cosa o a documentar la titularidad de un derecho, a la otra parte contratante, llamada comprador, quien como contraprestación se obliga a pagar un precio cierto y en dinero, y produce el efecto traslativo de dominio respecto de los bienes materia del contrato."(82)

En los contratos de compra venta de bienes muebles el Código Civil no exige ningún formalismo para hacer constar la voluntad de los contratantes. Es la ley Federal de Protección al Consumidor, la que nos señala algunos formalismos respecto de la compra venta de bienes muebles, más que nada para seguridad del consumidor y tratar de evitar los litigios entre consumidor y proveedor. En las compra ventas de bienes muebles a crédito, la ley impone al proveedor la obligación de hacer constar por escrito dicha compra venta, en la que conste: precio del bien, plazo a pagar, número de pagos a realizar, los intereses que cause, etc. (art. 20 l. p. al c.).

También dispone la misma ley, que la venta a domicilio deberá constar en contrato escrito que deberá reunir determinados requisitos (art. 47 l. f. p. al c.).

Los contratos de compra venta respecto de bienes inmuebles son contratos con formalidades obligatorias puesto que las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda del equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma canti-

(82) Ibidem., p. 82.

dad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante Notario, Juez competente o Registro Público de la propiedad, según dispone el primer párrafo del artículo 2317 del Código Civil, fracción que fue reformada en las reformas al Código Civil de fecha siete de enero de 1988.

Es de hacer notar que antes de que entraran en vigor dichas reformas, teníamos planteado el problema en la presente tesis, de lo que representaba el anterior primer párrafo del artículo 2317 del Código Civil, pero que con motivo de dichas reformas, quedó en parte sin efecto, ya que la presente tesis había sido concluída antes de que entraran en vigor dichas reformas y toda vez que son reformas medulares para el presente trabajo, se hizo necesario reformarlo, pero no está por demás dejar asentado lo que se había planteado, para posteriormente analizar dichas reformas, su alcance y aplicación en la práctica.

El derogado primer párrafo del artículo 2317 del Código disponía: Que la enajenación de bienes inmuebles cuyo valor convencional no exceda de quinientos pesos, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante notario, juez de paz o Registro Público de la Propiedad.

Estos eran los formalismos que debería revestir el contrato de compra venta respecto de bienes inmuebles cuyo valor no excediera de quinientos pesos. Hasta antes de las actuales reformas al Código Civil, este artículo 2317 en su -

primer párrafo era inoperante, pues sabido es por todos que ningún inmueble puede estar valuado en dicha cantidad. Este artículo 2317, ahora reformado, anteriormente había quedado reformado por el artículo 14 transitorio de la Ley del Notariado de 31 de diciembre de 1945, en los términos del artículo 54 de la misma ley, dicho artículo 54 de la Ley del Notariado, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1966 (ley abrogada actualmente), quedó reformado en los términos siguientes:

"Art. 54. La enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor convencional sea mayor de quinientos pesos y la constitución o transmisión de derechos reales estimados en más de esa cantidad o que garanticen un crédito mayor de la cantidad mencionada, para su validez deberán constar en escritura ante notario, salvo los casos excepcionales a que se refieren los artículos 2317 y 2917 del Código Civil para el Distrito Federal."

Vemos con esto, que se trató de limitar la facilidad con que podían celebrarse los contratos de compra venta, agregando una formalidad más; la notarial y dejando solo para las operaciones menores de quinientos pesos la formalidad del contrato privado, que en aquella época aún los había.

Pero posteriormente, al reformarse la Ley del Notariado y dar paso a la vigente Ley de 1980, el artículo 78, -- dispone:

"Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor, según avalúo bancario sea mayor de treinta mil pesos y la constitución o transmisión de derechos reales estimadas en más de esa suma o que garanticen un crédito mayor a esa cantidad deberán constar en escritura ante notario, salvo los casos excepcionales a que se refieren los artículos 730, 2317 y 2917 del Código Civil para el Distrito Federal."

Con este artículo de la Ley del Notariado, prácticamente todas las enajenaciones de bienes inmuebles deberían y así era, constar en escritura pública, es decir constar en la formalidad notarial.

Aparentemente esta disposición era perfecta, con ello se lograría la seguridad jurídica del acto, pero nosotros lo planteábamos como problema por las siguientes razones: Con estas reformas el único funcionario que podía dar fe del contrato que se celebraba, era el notario. Ya no ante el Juez Mixto de Paz o ante los funcionarios del Registro Público de la Propiedad, pues hasta antes de las reformas del 7 de enero de 1983, ningún inmueble por pequeño que fuera, tenía un valor comercial menor de treinta mil pesos. Con esto nos veíamos en la necesidad de acudir ante un notario para cumplir con los formalismos que marcaba la ley, al celebrarse la compra venta de inmuebles.

Pero el notario exige demasiados requisitos para dar la formalidad al contrato y elevarlo a la calidad de escritura pública, haciendo con esto, más difícil las transacciones entre los particulares.

Pongamos un ejemplo real de aquella época: Dos personas se presentaban ante el notario, para celebrar un contrato de compra venta sobre un inmueble, un predio pequeño de doscientos metros cuadrados de superficie, al entrevistarse con el notario, éste les empieza a mencionar todos los requisitos que deberían reunir para celebrar dicho contrato. Empezando por el antecedente, el cual debería estar inscrito en el Registro Público de la Propiedad, ya que sin dicho requisi

to, no se podía celebrar la operación. Y si el vendedor tenía como antecedente sólo un contrato privado de compra venta ratificado ante Juez de Paz, de hace veinte años, ¿Que pasaba?, que no se podía celebrar el contrato, porque el antecedente no estaba inscrito en el Registro Público y los contratantes se limitaban a celebrar un contrato privado, sin ratificación ni inscripción, puesto que el notario ponía obstáculos para la contratación.

Planteabamos esto, porque en la zona sur de la ciudad de México, más específicamente en las circunscripciones territoriales del Departamento del Distrito Federal en Xochimilco, Milpa Alta, Iztapalapa, Tlalpan y Tláhuac, nos encontramos con el problema de que, la mayoría de los propietarios de inmuebles, amparan su derecho de propiedad en un contrato privado de compra venta ratificado ante el Juez Mixto de Paz de su Delegación. En cuyo contenido aparece un valor convencional del predio de quinientos pesos o menos, contrato a todas luces válido, pues fueron celebrados durante la vigencia del artículo que lo permitía y cuando el valor del inmueble era precisamente ese.

Lo que pasa es que hasta antes de las reformas del 7 de enero de 1988, estas personas no podían transmitir la propiedad de sus inmuebles, porque la mayoría no se encuentran inscritos en el Registro Público de la Propiedad. Y al acudir ante un notario, para celebra algún contrato de compra venta, éste se negaba a su celebración, puesto que no se reunían los requisitos que se les exigía. Ocasinando con ésto, que las transacciones de compra venta de esta zona, fueran --

muy restringidas, limitándose las personas a la transmisión - de la propiedad solo bajo un contrato privado sin ratificación ni inscripción.

Con esta situación, no se podía hacer ningún trámite, como por ejemplo ante la Tesorería del Distrito Federal, pues siempre se exige el contrato ratificado ante Juez Mixto de Paz o escritura pública o sentencia judicial que decrete - la propiedad, no pudiéndose pagar impuesto de traslado de dominio con un simple contrato privado, ni hacer trámites necesarios para el pago del impuesto predial, ni mucho menos la - inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

Este problema lo expusimos hasta antes de las reformas del 7 de enero de 1988 al Código Civil, ya que fueron una de las causas que nos movieron a escribir la presente tesis. Toda vez que conocemos el problema que se sucita en esta zona de la ciudad.

Antes de dichas reformas, nosotros exponíamos como solución a todo el problema planteado, la reforma al artículo 2317, para trasladarlo a la realidad tomando en cuenta la siguiente propuesta: Toda enajenación de bienes inmuebles, cuyo valor, según avalúo comercial, no sea mayor del resultado de multiplicar un día de salario mínimo general en el Distrito Federal por cinco y elevado el resultado al año, se podrá otorgar en contrato privado, firmado por los contratantes y - dos testigos, cuyas firmas se ratifiquen ante Juez Mixto de Paz o Juez Civil de primera instancia, según su competencia - en razón de su cuantía. Las operaciones que excedan de esa cantidad deberán constar en escritura pública otorgada ante nota

rio público.

La cantidad que propusimos para determinar si un -- contrato debía otorgarse en contrato privado o en escritura -- pública, no la inventamos ni la tomamos al azar; se tomó de -- la exención al impuesto sobre adquisición de bienes inmue-- bles, que hace la Ley de Hacienda del Distrito Federal en su -- artículo 23.

La razón de lo anterior fue, que si el mismo Depart-- tamento del Distrito Federal hace una exención de ese impue-- to sobre dichas operaciones, ¿Por qué no tomarla, si no afec-- ta ni al Estado la cuantía de dichas operaciones? .

Ahora bien, como lo mencionamos al principio del -- estudio del presente contrato, hubo reformas al Código Civil, precisamente sobre la materia que nos ocupa, ya que fue refor-- mado el artículo 2317 del Código, el cual contiene los forma-- lismos que debe revestir el contrato de compra venta. Cuando -- estas reformas fueron publicadas en el Diario Oficial de la -- Federación, la presente tesis estaba concluida, razón por la -- cual nos vemos en la necesidad de reformarla para actualizar-- la, comparando las reformas con nuestra opinión y se vera, -- como son muy parecidas. También veremos el alcance y limita-- ciones de dichas reformas.

Como dijimos en anteriores párrafos el Código Civil fue reformado en algunos de sus artículos. Dichas reformas -- fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el -- jueves siete de enero de mil novecientos ochenta y ocho, entre otros artículos fue reformado el 2317 en su primer párrafo y -- que a la letra dice:

"Art. 2317.- Las enajenaciones de bienes inmuebles, cuyo valor de avalúo no exceda al equivalente a -- trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal -- en el momento de la operación y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante Notario, -- Juez competente o Registro Público de la Propiedad."

Como se desprende de la lectura de este nuevo párrafo del artículo 2317, coincide en mucho con la solución que -- proponíamos al problema que planteamos, sólo que la cantidad que debe tomarse en cuenta para determinar si un contrato se le da la formalidad privada o pública, varía en mucho con lo -- propuesto. Pensamos que el legislador se "quedó corto" al tomar en cuenta dicha cantidad, puesto que no deja un margen muy -- amplio para que se puedan realizar las operaciones que la realidad requiere.

Al momento en que se escribe la presente tesis, la -- cuantía máxima que debe tener una operación de compra venta -- para que pueda otorgarse en contrato privado es la de dos millones novecientos veinte mil pesos. Ciertamente es muy reducido el número de predios que en la actualidad tienen ese valor. Por eso decimos que las actuales reformas al artículo -- 2317 son muy limitativas y que se debería dar un margen más -- amplio para adecuar a la realidad esta buena disposición del -- Código.

Es por eso que seguimos sosteniendo nuestra proposición anterior, de reformar el artículo 2317, para aumentar la cuantía a tomar en cuenta para que la operación de compra venta se otorgue en contrato privado, siendo ésta la de multipli

car un día de salario mínimo vigente en el Distrito Federal al momento de la operación, por cinco y elevarlo al año, es decir por trescientos sesenta y cinco veces.

Con esto se alcanzaría un mayor margen para realizar operaciones de compra venta, con mayor facilidad.

Desde luego aplaudimos la buena intención del legislador por las anteriores reformas, ya que es un paso hacia la canalización de las operaciones estancadas, por lo obsoleto -- que ya resultaba la aplicación del anterior artículo 2317. Pero, desde luego, se puede mejorar esa disposición, tomando en cuenta la opinión que aquí hemos planteado.

Otro artículo que tiene que ver con los formalismos de la compra venta de inmuebles, es el artículo 2321 del Código Civil y que también fué reformado, por motivo de las reformas publicadas el 7 de enero de 1988, y que a la letra dice:

"Tratándose de bienes ya inscritos en el Registro y cuyo valor no exceda de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, cuando la venta sea al contado podrá formalizarse haciéndola constar por escrito en el certificado de inscripción de propiedad que el registrador tiene la obligación de expedir al vendedor a cuyo favor estén inscritos los bienes. La constancia de la venta será ratificada ante el registrador, quien tiene obligación de cerciorarse de la identidad de las partes y de la autenticidad de las firmas, y previa la comprobación de que están cubiertos los impuestos correspondientes a la compraventa realizada en esta forma, hará una nueva inscripción de los bienes vendidos en favor del comprador."

Este artículo 2321, es parecido al anterior, solo -- que varía en cuanto a la cantidad de la operación, ya que el anterior artículo 2321, disponía que la operación que no excediera de cinco mil pesos podría otorgarse con los formalismos que marca y marcaba el mencionado artículo.

Pero, el artículo 2321, anterior, se había derogado en el año de 1947 por la ley del Notariado, a pretexto de la seguridad jurídica.

¿Qué va a pasar ahora? ¿Volvera la Ley del Notariado a derogar esta nueva disposición? Desafortunadamente, pensamos que esta nueva disposición será de difícil aplicación, ya que a la fecha no tenemos noticia de que ni anteriormente, -- cuando estaba vigente el artículo 2321, ni actualmente con el nuevo ya reformado, se haya aplicado esta norma.

Recordemos que actualmente existe el artículo 78 de la vigente Ley del Notariado de 1930, que dispone que las enajenaciones de inmuebles cuyo valor, según avalúo bancario sea mayor de treinta mil pesos deberá constar en escritura pública. ¿Que pasa con esta disposición de la Ley Notarial? Está -- en total desacuerdo con las actuales reformas, puesto que como lo planteamos anteriormente, en la actualidad se puede celebrar una compra venta y hacerla constar en instrumento privado, siempre y cuando el valor de dicha operación no exceda de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal. Cantidad que actualmente rebasa, y en mucho los treinta mil pesos que marca la ley del Notariado.

Este problema queda resuelto de la siguiente manera: Las mismas reformas al Código Civil del 7 de enero de 1938, -- en su artículo tercero transitorio dispone: "Se derogan todas las disposiciones que se opongan al presente decreto.". Con esto creemos que queda resuelto el problema, se derogan las -- disposiciones del artículo 78 de la Ley del Notariado, por ir--

en contra del nuevo artículo 2321 del Código Civil.

Otro de los artículos que resultó reformado el 7 de enero de 1988 fué el 2320, el cual dispone:

"Si el valor de avalúo del inmueble excede de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo -- general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, su venta se hará en escritura pública, salvo lo dispuesto por el artículo 2317."

El anterior artículo 2320 disponía que si el valor del inmueble excedía de quinientos pesos se haría constar en escritura pública el contrato de compra venta.

Siguiendo con el tema, diremos que el principio general respecto a las formalidades de los contratos de compra venta de bienes inmuebles, es que deben constar en escritura pública, salvo las excepciones que a continuación veremos.

Cuando el valor del inmueble no rebasa trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de la operación, se otorgará en instrumento privado, con las formalidades que ya hemos estudiado.

Las excepciones que marca el artículo 2317 en su -- segundo y tercero párrafo, así como el cuarto. Estos dos últimos agregados al artículo 2317 con motivo de las reformas del 7 de enero de 1988.

Según dispone el segundo párrafo del artículo 2317 del Código Civil: Si el contrato lo celebra el Departamento -- del Distrito Federal como vendedor, respecto de terrenos o casas para la constitución del patrimonio familiar o para personas de escasos recursos económicos y el valor no excede de la cantidad que resulte de multiplicar por tres mil seiscientos

cincuenta el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en la época en que se celebre el contrato (art. 730), éste puede otorgarse en escrito privado, sin los requisitos de testigos o de ratificación de firmas.

Los dos párrafos agregados al nuevo artículo 2317, disponen: En los programas de regularización de la tenencia de la tierra que realice el Departamento del Distrito Federal sobre inmuebles de propiedad particular, cuyo valor no rebase el que señala el artículo 730 de este Código, artículo visto, anteriormente, es decir se refiere a las operaciones que no rebasen la cantidad que resulte de multiplicar tres mil seiscientos cincuenta por un día de salario mínimo general en el Distrito Federal, los contratos que se celebren entre las partes, podrán otorgarse en las mismas condiciones a que se refiere el párrafo anterior, es decir, sin necesidad de testigos ni ratificación de firmas y en escrito privado.

El cuarto párrafo dispone que: Los contratos a que se refiere el párrafo segundo, así como los que se otorguen con motivo de los programas de regularización de la tenencia de la tierra que realice el Departamento del Distrito Federal sobre inmuebles de propiedad particular, podrán también otorgarse en el protocolo abierto especial a cargo de los notarios del Distrito Federal, quienes en esos casos reducirán en un cincuenta por ciento las cuotas que correspondan conforme al arancel respectivo.

El protocolo abierto especial lo veremos más adelante al tratar las formalidades notariales de los contratos.

Otra excepción a la regla, nos la da la Ley del Ing

tituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajado--
res la cual dispone en su artículo 43: que todos los contra--
tos y operaciones relacionadas con los inmuebles a los cuales
son destinados los recursos del Instituto, así como la consti--
tución del régimen de propiedad en condominio de los conjun--
tos que financie el Instituto, podrán hacerse constar en docu--
mentos privados ante dos testigos e inscribirse en el Registro
Público de la Propiedad, con la constancia del registrador so--
bre la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las par--
tes. En la práctica no se aplica lo anterior, se acude ante --
notario público y se hacen constar en el protocolo abierto --
especial, el cual vemos más adelante.

3) EL CONTRATO DE PERMUTA.- "Es aquel por virtud --
del cual, una de las partes se obliga a entregar una cosa o a
documentar la titularidad de un derecho a la otra parte con--
tratante, quien como contraprestación se obliga a entregar -
otra cosa diversa o a documentar la titularidad de otro dere--
cho a la primera y que produce el efecto traslativo de domi--
nio respecto de los bienes que son materia del contrato."(83)

En este contrato, si el objeto son bienes muebles,-
el contrato es libre en cuanto a sus formalismos, las partes_
pueden darle al contrato la formalidad que deseen.

Si existe la transmisión de dominio de uno o más --
bienes inmuebles, el contrato debe cumplir con los formalis--
mos que para la compra venta exige la ley.

(83) Ibidem., p. 127.

4) EL CONTRATO DE DONACION.- "Es aquel por virtud del cual una persona llamada donante se obliga a entregar gratuitamente a la otra llamada donatario, una parte o la totalidad de sus bienes presentes, debiéndose reservar lo necesario para vivir según sus circunstancias y que produce el efecto - traslativo de dominio respecto de los bienes que sean materia del contrato."(84)

El contrato de donación lo clasificamos como un contrato de formalidades obligatorias, pues en este contrato, la ley siempre exige una formalidad mínima para su validez.

Cuando la donación recae sobre bienes muebles: Si el valor de los mismos no excede de doscientos pesos, puede hacerse en forma verbal (art. 2343); Si excede de doscientos pesos, pero no de cinco mil pesos, debe hacerse por escrito; Si el valor de los bienes donados es mayor de cinco mil pesos el contrato debe otorgarse en escritura pública (art. 2344).

En estos artículos se le nota lo viejo al Código --- Civil, nuestra opinión es que se reforme el Código y cuando se refiera a cantidades, lo haga tomando como base el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, para que no lo rebase el tiempo, como se hizo con el contrato de compra venta y sus reformas de fecha 7 de enero de 1988.

La donación que recae sobre bienes inmuebles, deberá otorgarse con las mismas formalidades que para su venta -- exige la ley, con todos los formalismos y excepciones que ya estudiamos en el contrato de compra venta.

(84) Ibidem., p. 127.

5) EL CONTRATO DE MUTUO.- "Es aquel por virtud del cual una persona llamada mutuante se obliga a entregar a la otra llamada mutuuario, una suma de dinero u otros bienes fungibles, quien se obliga a restituir en cierto plazo, otro tanto de la misma especie y calidad y que produce el efecto traslativo de dominio respecto de las cosas que constituyen el objeto del contrato."(85)

Este contrato es libre en cuanto a sus formalismos, puesto que las partes pueden pactar libremente la manera de hacer constar el consentimiento, ya que la ley no impone ningún formalismo. Pero en la práctica, y tratándose de préstamo de dinero, se hace constar por escrito el contrato.

6) EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.- "Es aquel por virtud del cual una persona llamada arrendador se obliga a conceder temporalmente el uso o goce de un bien a otra persona llamada arrendatario, quien se obliga a pagar como contraprestación, un precio cierto."(86)

La regla general en materia de formalismos, es que el contrato de arrendamiento debe constar por escrito, cuando la renta exceda de cien pesos anuales (art. 2406).

Por otro lado, con motivo de las reformas al Código Civil en esta materia, publicadas el día 7 de febrero de 1985 en el Diario Oficial de la Federación y que entraron en vigor al día siguiente de su publicación, se dispuso: que el contra

(85) Ibidem., p. 144.

(86) Ibidem., p. 156.

to de arrendamiento debe otorgarse por escrito, y la falta de esta formalidad se imputará al arrendador (art. 2448 F). Con_ lo cual concluimos que todo contrato de arrendamiento debe -- constar por escrito, sea cual fuere el monto de la renta.

Si la renta excede de cinco mil pesos anuales y el predio fuere rústico, el contrato debe otorgarse en escritura pública (art. 2407).

Si el plazo pactado en el contrato excede de seis - años o hay anticipos de rentas por más de tres, las partes de ben inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad para - que surta sus efectos contra terceros (art. 3042), para lo -- cual debe constar en documento auténtico (art. 3005).

7) EL CONTRATO DE COMODATO.- "Es aquel por virtud - del cual una persona llamada comodante se obliga a conceder - en forma gratuita y temporal el uso de una cosa no fungible a otra llamada comodatario, quien se obliga a restituirla indi- vidualmente al término del contrato."(87)

Para este contrato, el Código Civil, no exige ningun na formalidad, por lo tanto es un contrato con formalidad li- bre y los contratantes podrán hacer constar su consentimiento de la manera que ellos quieran.

8) EL CONTRATO DE DEPOSITO.- "Es aquel por virtud - del cual una de las partes llamada depositario se obliga a -- recibir una cosa mueble o inmueble que la otra parte llamada_

(87) Ibidem., p. 173.

depositante le confía, para conservarlo y restituirla cuando éste se lo pida o a la conclusión del contrato."(88)

La ley no establece ninguna formalidad para la validez de este contrato, por lo que los contratantes pueden escoger libremente la formalidad que quieran para hacer constar su voluntad.

9) EL CONTRATO DE MANDATO.- "Es aquel por virtud del cual una persona llamada mandatario se obliga a ejecutar por cuenta de otra llamada mandante, los actos jurídicos que ésta le encarga."(89)

Para este contrato, la ley siempre exige una formalidad para su validez.

Sólo puede celebrarse verbalmente el contrato si el interés del negocio para el que se concede no excede de doscientos pesos (art. 2556), pero debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para el que se otorgó (art. 2552).

Si el interés del negocio excede de doscientos pesos pero no llega a cinco mil pesos, debe constar el contrato en escrito privado ante dos testigos, sin que se requiera la ratificación de firmas (art. 2556).

Debe constar en escritura pública o en documento -- privado firmado ante dos testigos y ratificadas las firmas -- del otorgante y testigos ante Notario, ante juez o ante autoridad administrativa ante quien se vaya a hacer valer el docu

(88) Ibidem., p. 182.

(89) Ibidem., p. 195.

mento: cuando sea general; cuando el interés del negocio para el que se confiere llegue a cinco mil pesos o exceda de esa cantidad, y cuando los actos que debe ejecutar el mandatario, a nombre del mandante, deban constar para su validez en escritura pública conforme a la ley (art. 2555)

10) EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES.- "Es aquel por virtud del cual una persona llamada profesional o profesor se obliga a prestar un servicio técnico - en favor de otra llamada cliente, a cambio de una retribución llamada honorario."(90)

Este es un contrato de formalidades libres, puesto que la ley no exige ninguna para la validez del contrato, por tanto, los contratantes pueden hacer constar el consentimiento de la manera que deseen.

11) EL CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO.- "Es aquel por virtud del cual, una persona llamada empresario se obliga a realizar una obra con materiales propios y tomando a su cargo la dirección y el riesgo de la misma, para la otra parte - llamada dueño, quien se obliga a pagarle una remuneración." (91)

Si el contrato se refiere al ajuste cerrado de la obra en cosa inmueble cuyo valor sea más de cien pesos, para su validez debe otorgarse por escrito (art. 2618) y para que el empresario tenga derecho a exigir aumento en la retribu---

(90) Ibidem., p. 208.

(91) Ibidem., p. 214.

ción como consecuencia de un cambio en los planos, diseños o directrices de la obra, debe el dueño autorizar esos cambios por escrito y con expresa designación del precio (art. 2627).

En todos los demás casos no se exige ninguna formalidad por la ley.

12) EL CONTRATO DE HOSPEDAJE.- "Es aquel por virtud del cual una persona llamada hostelero se obliga a proporcionar a otra llamada huésped, albergue a cambio de una retribución, comprendiéndose o no, según se estipule, los alimentos y otros servicios y bienes relacionados con el albergue."(92)

Para este contrato la ley no exige ninguna formalidad para su validez, por lo tanto es un contrato con libertad de formalidades.

13) EL CONTRATO DE ASOCIACION CIVIL.- "Es aquel por virtud del cual, dos o más personas convienen en reunirse de una manera que no sea enteramente transitoria, para la realización de un fin común lícito y que no tenga un carácter preponderadamente económico y que origina la creación de una persona jurídica diferente a la de los contratantes."(93)

La manera de exteriorizar o hacer constar el consentimiento en este contrato, no es libre, ya que la ley exige que se celebre por escrito.

En términos generales, el contrato de asociación --

(92) Ibidem., p. 219.

(93) Ibidem., p. 228.

puede celebrarse simplemente por escrito sin necesidad de --- testigos, pero si las partes desean que la asociación surta - efecto contra terceros, deberán inscribir el contrato en el - Registro Público de la Propiedad (arts. 2673 y 3071) y para - poderlo inscribir, el contrato debe constar en documento autén- tico, es decir, en escritura pública (art. 3007). Si el contra- to no se inscribe, surtirá efectos entre las partes, pero no - contra terceros.

14) EL CONTRATO DE SOCIEDAD CIVIL.- "Es aquel por - virtud del cual dos o más personas se obligan a combinar sus - recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común - lícito y posible, de carácter preponderantemente económico, - pero que no constituya una especulación comercial y que ori- gina la creación de una persona jurídica diferente a la de -- los contratantes."(94)

El contrato de sociedad es de formalidades obliga- torias, porque la ley exige que en todo caso conste por escri- to.

Si en la celebración del contrato se transmiten big- nes que para su enajenación deba otorgarse escritura pública, deba otorgarse con esa formalidad (art. 2690).

Para que el contrato surta efectos contra terceros, tendrá que ser inscrito en el Registro Público de la Propie- dad (arts. 2694 y 3071) y por lo tanto se requiere que conste en documento auténtico, escritura pública.

(94) Ibidem., p. 243.

15) EL CONTRATO DE APARCERIA RURAL.- "Es aquel por virtud del cual, una de las partes llamada dueño se obliga a entregar a la otra parte llamada aparcerero, un bien rústico -- para que lo cultive, o un cierto número de animales para que los cuide y alimente, a fin de repartirse los frutos en la -- forma convenida."(95)

Este contrato para su validez, debe otorgarse por escrito, sin necesidad de testigos ni de ratificación de firmas, en dos ejemplares, uno para cada parte (art. 2740).

16) LOS CONTRATOS DE JUEGO Y APUESTA.- "Son aquellos por virtud de los cuales, una de las partes se obliga -- hacia la otra, a dar una cosa o a prestar un servicio si se -- realiza un hecho o si se prueba un acontecimiento ignorado -- por ambos, y para el caso de que no se realice el hecho o -- pruebe el acontecimiento, la segunda queda obligada para con la primera a la misma o equivalente prestación."(96)

En estos contratos no se impone ninguna formalidad para su validez, por tanto son contratos con libertad de formalidades.

17) EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA.- "Es aquel por virtud del cual, una persona se obliga a pagar una pensión durante la vida de una o más personas a cambio de la propiedad de una suma de dinero o de un bien mueble o inmueble estima--

(95) Ibidem., p. 254.

(96) Ibidem., p. 260.

dos que desde luego le transmite la otra parte contratante."-(97)

Este contrato debe constar por escrito para su validez.

Si al deudor de la pensión se le transmite la propiedad de un bien inmueble, el contrato debe constar, para su validez, en escritura pública (art. 2776).

18) EL CONTRATO DE FIANZA.- "Es aquel por virtud -- del cual, una de las partes llamada fiador se obliga ante la otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación determinada, para el caso de que un tercero, deudor de éste último, no cumpla con su obligación."(98)

El contrato de fianza es de formalidad libre, pero normalmente se debe hacer constar en forma expresa, o sea en forma escrita. En la práctica es normal que cuando se afianza obligaciones emanadas de un contrato, se dé a la fianza los mismos formalismos que para la validez de tal contrato exige la ley.

19) EL CONTRATO DE PRENDA.- "Es aquel por virtud -- del cual, una persona llamada deudor prendario constituye un derecho real del mismo nombre sobre un bien mueble, determinado y enajenable, en favor de otra llamada acreedor prendario, a quien se le deberá entregar real o jurídicamente, para garantizar el cumplimiento de una obligación y que le da derecho al acreedor de persecución y en caso de incumplimiento de

(97) Ibidem., p. 266.

(98) Ibidem., p. 279.

la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación en el grado de prelación que señale la ley, y que obliga al acreedor a la devolución del bien, en caso de cumplimiento de la obligación garantizada."(99)

El Código Civil dispone que el contrato de prenda debe constar por escrito y si se celebra en documento privado deben formularse dos ejemplares, uno para cada contratante.

Para que la prenda pueda ser oponible a terceros, debe de tener fecha auténtica. Y para que sea cierta la fecha debe ser celebrado en escritura pública o certificar las firmas ante notario.

20) EL CONTRATO DE HIPOTECA.- "Es aquel por virtud del cual, una persona llamada deudor hipotecario, constituye un derecho real del mismo nombre sobre un bien, generalmente inmueble, determinado y enajenable, en favor de la otra parte llamada acreedor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor del bien gravado y le da derecho al acreedor, de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señale la ley."(100)

El contrato de hipoteca siempre debe constar por escrito.

La regla general es que el contrato debe constar en escritura pública, (art. 2917 en relación con el 2317 y 2320).

(99) Ibidem., p. 289.

(100) Ibidem., p. 303.

Las excepciones a la regla general son las siguientes:

La hipoteca cuyo valor de avalúo no exceda al equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación; podrá otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante Notario, Juez competente o Registro Público de la Propiedad.

La hipoteca otorgada con motivo de la enajenación de terrenos o casas por el Departamento del Distrito Federal para la constitución del patrimonio familiar, cuando el valor del inmueble no exceda de la cantidad que resulte de multiplicar por tres mil seiscientos cincuenta el importe del salario mínimo vigente en el Distrito Federal, el día de la celebración del contrato, puede celebrarse en documento privado sin los requisitos de testigos o de ratificación de firmas.

21) EL CONTRATO DE TRANSACCION.- "Es el contrato -- por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, -- dan por terminada una controversia presente o previenen una futura."(101)

La ley exige que la transacción se celebre por escrito si tiene como finalidad prevenir controversias futuras y el interés del negocio excede de doscientos pesos (art. 2945).

Después de analizar cada uno de los contratos, re--

(101) Ibidem., p. 311.

ferentes a los distintos contratos que contempla nuestro Código Civil, podemos concluir que: Todos los contratos son formales, en cuanto que, de alguna u otra manera necesitan de -- una forma para exteriorizar su consentimiento los contratantes.

El Código exige determinados formalismos para algunos contratos, y en concreto esos formalismos son: que el contrato conste por escrito, ya sea privado o público. La formalidad escrita de los contratos privados, está regida de una manera general por el artículo 1834 del Código Civil, el cual dispone:

"Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos deben ser firmados por todas las -- personas a las cuales se imponga esa obligación.-- Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo -- hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó."

Las formalidades para la escritura pública nos las da la Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980, que será objeto de estudio en el siguiente apartado.

IV. LOS FORMALISMOS EN LA LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1980.

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1980 e inició su vigencia sesenta días después de su publicación, de acuerdo con el artículo 10. transitorio.

Los formalismos notariales están regulados por la Ley del Notariado para el Distrito Federal. Según el Código Civil, en los contratos donde se exige la formalidad notarial o en escritura pública, para algunos contratos, se debe celebrar ante notario y dejar asentado el contrato en una escritura pública.

Según la ley del Notariado en su artículo 60, nos da su definición de lo que se entiende por escritura pública y dispone:

"Para los efectos de esta ley, se entiende por escritura cualquiera de los siguientes instrumentos públicos:"

"I. El original que el notario asiente en el libro autorizado, conforme al artículo 46 de este ordenamiento, para hacer constar un acto jurídico, y que contenga las firmas de los comparecientes y la firma y sello del notario."

"II. El original que se integre por el documento en que se consigne el acto jurídico de que se trate, y por un extracto de éste que contenga sus elementos esenciales y se asienta en el libro autorizado."

"El documento deberá llenar las formalidades que señala este capítulo, ser firmada en cada una de sus hojas y al final por el compareciente y el notario llevar el sello de éste en los expresados lugares, y agregarse al apéndice con sus anexos. El extracto hará mención del número de hojas de que se compone el documento, y relación completa de sus anexos y será firmado por los comparecientes y el notario. La autorización definitiva y las anotaciones marginales se harán sólo en el libro del protocolo."

Después de leer este artículo y resumiendo, podemos decir que: "Escritura pública es el documento original asentado en el protocolo por medio del cual se hace constar un acto jurídico y que lleva la firma y sello del notario."(102)

Las formalidades de la escritura pública son las -- siguientes:

Debe ser redactada en castellano por el notario, -- expresará el lugar y fecha en que se extiende la escritura, -- el nombre y apellidos del notario y el número de la notaria.

Antes de continuar con las formalidades de la escritura pública, conviene mencionar que es el notario y cuales -- son sus funciones.

Notario es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autentificar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignent los actos -- y hechos jurídicos (art. 10 1. del n.).

Continuando con los formalismos de la escritura pública y para una mejor comprensión de ésta, la estudiaremos -- según su estructura normal y la cual se compone de: Proemio, -- antecedentes, clausulado, representación, generales, certificaciones y autorización.

EL PROEMIO.- Aquí se determinan los elementos del -- acto jurídico o contrato, los cuales son: El lugar de otorgamiento del instrumento; la fecha, las personas que intervienen y la calificación del contenido del instrumento.

Dentro de las personas, que intervienen en la escritura pública cabe señalar a:

(102) PEREZ F. DEL CASTILLO, BERNARDO, Op. cit., p. 203.

El sujeto.- Es la persona que se ve afectada en su patrimonio en virtud del otorgamiento de una escritura.

Parte.- Es la persona o personas que ostentan una misma prestación en una escritura.

Otorgante.- Es quien da el consentimiento al firmar la escritura.

Concurrente.- Es quien no se obliga dentro del instrumento notarial, asiste sólo a su otorgamiento.

Compareciente.- En la fe de hechos, el compareciente es la persona que teniendo o no interés jurídico, le pide al notario su actuación.

ANTECEDENTES.- La parte de la escritura donde se relacionan y describen los títulos que dieron origen al derecho del enajenante se llaman antecedentes. En los antecedentes se van a describir las características del bien materia del contrato, tanto en su aspecto jurídico como en el físico.

CLAUSULADO.- El clausulado del contrato es el elemento medular del mismo, porque en él se concreta su objeto, se especifica lo deseado por las partes, se establece la finalidad económica del contrato y se satisfacen las necesidades jurídicas de los contratantes. En éste se determina la expresión del consentimiento que recae sobre el objeto del contrato.

REPRESENTACION.- Una institución de frecuente uso en la práctica notarial es la representación, que constituye una parte de la estructura de la escritura pública cuando una persona actúa a nombre de otra. Puede definirse a la represen

tación, como la facultad que tiene una persona de actuar, --- obligar y decidir en nombre y por cuenta de otra.

GENERALES.- La Ley del Notariado requiere que en el instrumento notarial se enuncien una serie de datos de quienes intervienen en una escritura o acta notarial. Estos son las - llamadas generales que comprenden algunos de los atributos de la personalidad, como son: Nombre y apellidos, fecha de nacimiento, estado civil, lugar de origen, nacionalidad, profe--- sión y domicilio.

CERTIFICACION.- En la certificación, el notario --- concreta la función notarial al caso particular. Es la parte donde manifiesta el contenido de su fe pública; que es: fe de la existencia de los documentos relacionados con la escritura, fe de conocimiento; de la lectura y explicación y fe de otorgamiento de la voluntad.

LA AUTORIZACION.- La autorización de la escritura - es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico, quien ejerce sus facultades como fedatario - público, da eficacia jurídica al acto de que se trate, permite, en el caso de un hecho, que las circunstancias asentadas_ produzcan los efectos de prueba plena.

La escritura pública va a quedar asentada en el pro tocolo, el cual es: El libro o juego de libros autorizados -- por el Departamento del Distrito Federal en los que el nota-- rio, durante su ejercicio, asienta y autoriza con las formalidades de la Ley del Notariado, las escrituras y actas notaria les que se otorguen ante su fe (art. 42 1. del n.).

Otro instrumento importante del notario es el apéndice, el cual es: La carpeta en la que se depositan los documentos que tienen relación o son parte de las escrituras o -- actas y que es considerado como parte del protocolo (art. 56_1. del n.).

Otro instrumento importante de conocer es el acta notarial, ya que en la práctica es confundida con la escritura pública. "Acta notarial es el instrumento original en el que el notario hace constar bajo su fe uno o varios hechos -- presenciados por él, y que éste asienta en un libro del protocolo a su cargo a solicitud de parte interesada y que autoriza mediante su firma y sello."(103)

Entre los hechos que deben consignarse en el acta notarial, encontramos:

a) Notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos de documentos mercantiles;

b) La existencia, identidad, capacidad legal y comprobación de firmas de personas identificadas por el notario;

c) Hechos materiales;

d) Declaraciones de una o más personas que, bajo -- protesta de decir verdad, efectúen respecto de hechos que les consten, propios o de quien solicite la diligencia;

e) La existencia de planos y sus detalles, fotografías y otros documentos;

f) Entrega de documentos y

g) En general toda clase de hechos, abstenciones, -- estados y situaciones que guarden las personas y cosas que -- pueden ser apreciados objetivamente.

(103) Ibidem., p. 103.

Con esto hemos visto los formalismos que disponen - el Código Civil y la Ley del Notariado para que los contratos sean válidos. A continuación analizaremos que sucede cuando - no se cumplen con los formalismos que la ley requiere para que un contrato sea válido y la forma de subsanar tal carencia.

CAPITULO CUARTO

SANCION POR FALTA DE FORMA Y FORMALIDADES EN LOS --
CONTRATOS Y SU CONVALIDACION.

I. SANCION POR FALTA DE FORMA Y FORMALIDADES DEL --
CONTRATO Y LA MANERA DE CONVALIDARLO.

II. ACCION PARA OBTENER LAS FORMALIDADES OMITIDAS -
AL CELEBRAR UN CONTRATO Y EXCEPCION DE NULIDAD_
POR FALTA DE FORMALIDADES EN EL CONTRATO.

III. ACCION DE NULIDAD POR FALTA DE FORMALISMOS EN_
EL CONTRATO Y CONTRADEMANDA DE OTORGAMIENTO DE
FORMALISMOS.

IV. EFECTOS DE LA CONVALIDACION AL OTORGARSE LOS --
FORMALISMOS DEBIDOS AL CONTRATO.

CAPITULO CUARTO.

SANCION POR FALTA DE FORMA Y FORMALIDADES EN LOS CONTRATOS Y SU CONVALIDACION.

I.- SANCION POR FALTA DE FORMA Y FORMALIDADES DEL CONTRATO Y LA MANERA DE CONVALIDARLO.

Es conveniente, en este capítulo, hacer un recordatorio sobre la teoría de la inexistencia y las nulidades que sigue nuestro sistema jurídico civil, para estar en posibilidad de determinar cuál será la sanción por la falta de forma y por la falta de formalidades en los contratos, para posteriormente saber como se pueden convalidar.

"En relación con la inexistencia y las nulidades, - el Derecho mexicano sigue la tesis de Julián Bonnecase, en el actual código, ya que los dos anteriores códigos se adhirieron a la Teoría Clásica."(104)

INEXISTENCIA.- Para Bonnecase (105), la inexistencia se presenta cuando al acto jurídico le faltan uno o todos sus elementos orgánicos o específicos (de existencia), o sea los elementos esenciales de definición. Estos elementos son de dos clases:

1.- Uno psicológico, que se representa por la manifestación de voluntad del autor del acto, o el acuerdo de voluntades, consentimiento, si son dos o más partes.

2.- Los materiales, que pueden ser de dos formas:

(104) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Op. cit., p. 128.

(105) Cfr.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Op. cit., p. 128.

- a) El objeto del acto y
- b) La solemnidad.

Si falta uno solo de estos elementos, el acto será inexistente, por estar desprovisto de un elemento orgánico o específico (de existencia).

Características de la Inexistencia:

1.- El acto jurídico inexistente no engendra, en su calidad de acto jurídico, ningún efecto cualquiera que sea.

2.- No es susceptible de convalidarse por confirmación ni por prescripción.

3.- Todo interesado, cualquiera que sea, tiene derecho para invocarla.

4.- No es necesaria una declaración judicial de --- inexistencia.

El Código Civil vigente hizo eco en los conceptos de Bonnacase, y en su artículo 2224 dispuso:

"El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción su inexistencia puede invocarse por todo interesado."

NULIDAD.- Hay nulidad, cuando el acto jurídico se ha realizado imperfectamente en uno de sus elementos orgánicos, aunque éstos se presenten completos.

Así, la nulidad del acto se reconoce en que la voluntad, el objeto o las formalidades, se han realizado de manera imperfecta, o también en que el fin perseguido por sus autores está, sea directa o expresamente, condenado por la ley o implícitamente prohibidos por ella, porque contrarían el orden social.

Clasificación de las nulidades.- Bonnacase (106) -- hace una doble clasificación de ellas, y las distingue como:- de interés general y de interés privado, así tenemos:

- 1.- Nulidad absoluta o de interés general, y
- 2.- Relativa o de interés privado.

Características de la nulidad absoluta.- Esta nulidad reposa sobre el supuesto de la violación a una regla de orden público, y al decir de Bonnacase (107), difiere de la tesis clásica en que no se asimila a la inexistencia, sino -- por el contrario, permite al acto producir todos sus efectos_ mientras no es destruído, y tiene las siguientes caracterís-- ticas:

- 1.- Puede invocarse por cualquier interesado;
- 2.- No desaparece por la confirmación del acto, ni_ por prescripción;
- 3.- Necesita ser declarada por la autoridad judi--- cial;
- 4.- Una vez declarada, se retrotre en sus efectos,- y se destruye el acto.

Características de la nulidad relativa.- Encuentra_ su caracterización, según Bonnacase (108), por un método de - exclusión enunciado en forma simplista, es decir: es relativa toda nulidad que no corresponde rigurosamente a la noción de nulidad absoluta.

(106) Cfr.- Ibidem., p. 131.

(107) Cfr.- Ibidem., p. 132.

(108) Cfr.- Ibidem., p. 133.

De esta manera resulta ser nulidad relativa toda -- aquella que no cumpla con las características de la absoluta, y tienen sólo como semejanza ambas nulidades, el que una vez declaradas por la autoridad judicial, el acto impugnado es integral y retroactivamente destruido.

Las nulidades en el Código Civil vigente.- Las clasifica siguiendo la tesis de Bonnacase, en absolutas y relativas y sienta el principio general sobre las mismas en el -- artículo 80., al disponer:

"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."

Nulidad absoluta en el Código Civil vigente.- Se -- adhiere el Código a la doctrina que se viene exponiendo, y de acuerdo con las características fijadas, determina en su artículo 2226:

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

Nulidad relativa en el Código Civil vigente.- Tam-- bién en su artículo 2227, el Código observa el mismo sistema de exclusión de Bonnacase para fijar este tipo de nulidad:

"La nulidad es relativa cuando no reúne todos los -- caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos."

Se complementa esta regulación, en los artículos --

2228 a 2242, y consigna en diversas partes de su cuerpo, casos de nulidad así como sus consecuencias.

En conclusión en el Derecho mexicano, el acto nulo existe, pero uno de sus elementos se realizó de manera imperfecta, ya sea porque el objeto que se persigue sea ilícito; - porque la voluntad de los sujetos que intervienen en él no -- sea libre; no sean capaces; no den cumplimiento a los formalismos que exige la ley, o uno se aproveche del otro para obtener un lucro indebido.

Después de analizar la teoría de la inexistencia y las nulidades que sigue nuestro Código, estamos en posibilidad de determinar que pasa cuando en un contrato se ha omitido -- cumplir con los formalismos o formalidades que exige la ley e inclusive que sucede cuando no haya forma en el contrato.

Empezaremos por la ausencia de forma en los contratos; recordemos que forma es el signo o conjunto de signos -- mediante los cuales se exterioriza la voluntad de los agentes del contrato para integrar el consentimiento. Esa manera de -- exteriorizar la voluntad o forma, puede ser expresa o tácita, es decir mediante lenguaje verbal o escrito o por medio de -- mímica o con la realización de actos u omisiones y que de los mismos se presuponga esa manifestación de voluntad.

Dijimos que la voluntad interna del sujeto de querer contratar, debe manifestarse, exteriorizarse por alguno -- de los medios señalados, salir de la reserva mental para encontrarse en la vida jurídica. Dijimos que sino se exterioriza ese querer interno y se queda en la mente del sujeto, nunca se podrá saber su voluntad, por tanto no puede haber contrato.

Pues bien, tomando de nuevo estas ideas diremos; -- que en ausencia de forma en el contrato, es decir, que no se manifieste la voluntad de querer contratar de ninguna manera, el contrato no llega a existir, pues no hubo exteriorización de voluntad y consecuentemente no hay consentimiento y al faltar éste, que es un elemento de existencia del contrato, según nuestro Código, el acto o contrato será inexistente. Por tanto concluimos que a falta de forma en el consentimiento, - el contrato es inexistente por falta de consentimiento.

Ahora bien, ¿Qué sucederá si el contrato no se otorga con las formalidades o formalismos que exige la ley para su validez?

Como ya vimos en líneas anteriores el Código Civil vigente, sanciona a la falta de formalismos exigidos por la ley para su validez, con la nulidad del contrato.

"Art. 1795. El contrato puede ser invalidado:"

"I. Por incapacidad de las partes o de una de ellas;"

"II. Por vicios del consentimiento;"

"III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;"

"IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece." (Para nosotros, porque no se haya cumplido con los formalismos que la ley establece).

La falta de formalismos encuadran dentro de la nulidad relativa de acuerdo con el artículo 2228 del Código Civil que dispone:

"La falta de forma establecida por la ley (formalismos), sino se trata de actos solemnes, así como el error, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo."

Por su parte, el artículo 2227, indica cuando la nulidad es relativa:

"La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. --- Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos."

De los textos anteriores legales, concluimos: que un contrato en el cual no se cumplieron con los formalismos exigidos por la ley, está afectado de nulidad relativa. Recordemos que este tipo de nulidad presenta entre sus características, que puede desaparecer por convalidación del contrato por las partes. Esto es, que un contrato en el cual se omitió cumplir con los formalismos, puede ser convalidado si se purga esa deficiencia.

La convalidación del contrato puede hacerse por las partes, cuando de común acuerdo, convienen en darle al contrato la formalidad que la ley le exige para su validez.

El Código Civil actual, establece como novedad la acción pro-forma o sea el derecho de cualquiera de las partes para pedir judicialmente que el contrato celebrado se le den las formalidades que la ley le exige para su validez y en caso de no hacerlo el demandado, lo hará el juez en su rebeldía (art. 1833 c.c. en relación con el 27 del c. p. c.). De esta manera se convalida el contrato.

Esta manera de convalidar el contrato, la veremos en el apartado siguiente, por ahora concluiremos diciendo: -- que el contrato en el cual se omitió cumplir con las formalidades exigidas por la ley, se puede convalidar por acuerdo de los contratantes de manera voluntario o ejercitando la acción

pro forma, que otorga el Código Civil y el Código de Proce---
dimientos Civiles.

II. ACCION PARA OBTENER LAS FORMALIDADES OMITIDAS AL CELEBRAR UN CONTRATO Y EXCEPCION DE NULIDAD POR FALTA DE FORMALIDADES EN EL CONTRATO.

Como dijimos, el Código Civil vigente, establece -- como novedad la acción pro forma o sea el derecho de cualquiera de las partes para pedir judicialmente que el contrato se otorgue con las formalidades establecidas por la ley. Este derecho se encuentra asentado sustantivamente en los artículos 1833 y 2232 del Código Civil, y adjetivamente en el artículo 27 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

"Art. 1833. Cuando la ley exija determinada forma (formalidades) para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal."

"Art. 2232. Cuando la falta de forma (formalidades) produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley."

Por su parte, el artículo 27 del Código de Procedimientos civiles, dispone:

"El perjudicado por falta de título legal tiene acción para exigir que el obligado le extienda el documento correspondiente."

Nos dice el maestro Bernardo Pérez F. del Castillo: "La inclusión de los artículos 1833 y 2232, es una novedad de gran importancia en la legislación mexicana. Estas disposiciones están inspiradas en las ideas consignadas en el artí--

culo 1279 del reformado Código Civil español, a su vez procedente de la Novísima Recopilación, por último inspirado en el Ordenamiento de Alcalá.- Estos artículos protegen los ideales de equidad y justicia, pues si la voluntad ha sido manifestada por los contratantes éste produce provisionalmente sus efectos y da derecho a satisfacer los requisitos de formalidad establecidos por la ley y evita que la sanción vaya más allá del derecho que se protege."(109)

Esta acción pro forma se puede hacer valer a través del juicio ordinario civil, ante juez competente, ejercitando lo que llamamos la acción de otorgamiento y firma de contrato. Con esto, se está cumpliendo con los formalismos que la ley exige para la validez del contrato y evitamos la nulidad del mismo.

Excepción de nulidad por falta de formalidades en el contrato.- Nos dice el maestro Gutiérrez y González: "Si bien es cierto que la ley concede el derecho de exigir el otorgamiento de la forma (formalidades), también dá la llamada excepción de nulidad del acto; por ello cuando se pretende que una de las partes dé cumplimiento del contrato sin que haya cumplido con la forma prescrita, el demandado con la acción de cumplimiento del contrato, no para que cumpla con la forma, puede oponer la excepción de nulidad del acto."(110)

Así por ejemplo: dos personas celebran un contrato de compra venta sobre una casa, el contrato no se eleva a es-

(109) Op. cit., p. 88.

(110) Op. cit., p. 211.

critura pública como determina la ley, el comprador demanda la entrega de la casa al vendedor; éste podrá oponer la excepción de nulidad del acto, diciendo que: en efecto se celebró el contrato, pero no se cumplió con los formalismos exigidos por la ley, y por lo mismo se trata de un contrato nulo, y -- por ello se opone la excepción de nulidad con todas sus consecuencias legales.

El comprador antes de exigir el cumplimiento del -- contrato, debió demandar del vendedor, el que se otorgara el contrato con las formalidades prescritas por la ley y nua vez logradas, proceder a exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acto.

II. ACCION DE NULIDAD POR FALTA DE FORMALISMOS EN EL CONTRATO Y CONTRADEMANDA DE OTORGAMIENTO DE FORMALISMOS.

En este apartado nos colocamos en el supuesto de -- que una de las partes en el proceso, demanda la nulidad el -- contrato porque no se cumplió con los formalismos para la validez del mismo, prescritos por la ley.

Este supuesto puede ocasionar un conflicto si una -- de las partes pretende hacer valer la nulidad relativa del -- contrato celebrado con omisión de los formalismos legales. -- Así, si una de las partes demanda la nulidad del contrato, la otra puede reconvenir su otorgamiento, de acuerdo con las formalidades omitidas. En este caso existen acciones opuestas; -- pro forma y nulidad.

Si una de las partes demanda judicialmente la nulidad del contrato (art. 2228), la otra parte, al ser emplazada a juicio, puede reconvenir el otorgamiento de la formalidad -- omitida (arts. 1833 y 2232), en cuyo supuesto debe prevalecer ésta última acción frente a la primera por respeto al principio de la conservación del contrato y también al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos.

Pero si dicho demandado no reconviene el otorgamiento de la formalidad, con su actitud pasiva y omisa se conforma prácticamente con dicha nulidad y se configura entonces en el fondo una retractación o revocación del contrato por parte de los dos contratantes, por parte del contratante que demanda, al intentar la acción de nulidad relativa por falta de -- formalidades, y también por parte del otro contratante por --

virtud de su conformidad tácita ya que no reconvino o intentó la acción pro forma. En este último caso, pues, aunque proceda la acción de nulidad no se quebranta ni el principio de la conservación del contrato ni tampoco el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, toda vez que tiene aplicación otro principio en el sentido de que el contrato -- que nace por mutuo consentimiento, puede también deshacerse o revocarse por mutuo disenso.

El maestro Bernardo Pérez F. del Castillo, al comentar lo anterior dice: "Considero que la declaración de nulidad resultaría injusta, pues piensese en el caso de una compra venta en la que se haya satisfecho la totalidad del precio y entregado el objeto, habiéndose transmitido la propiedad por efecto del contrato y que por capricho de la parte -- vendedora, se pida la nulidad del contrato y por no reconvenir el demandado la acción pro forma, se vea privado de su derecho de propiedad; la actuación judicial sería injusta, porque se olvidaría que la ley busca la vida del contrato a través de la convalidación. El legislador concedió la oportunidad para que los contratos viciados por falta de forma (formalidades) pudieran valer plenamente, mientras que, al declarar nulo el contrato, el juez olvida la intención del legislador, de permitir la eficacia del contrato, yendo la sanción más -- allá del derecho que protege."(111)

Y puesto que el presente capítulo trata de los formalismos desde un punto de vista procesal, ya que los hemos -

(111) Op. cit., p. 89.

visto como acción y excepción; conviene ver las Jurisprudencias y Tesis que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto al tema y que en un momento dado se pueden invocar para aplicarse al caso concreto.

"JURISPRUDENCIA 199. NULIDAD POR FALTA DE FORMA.--El cumplimiento voluntario de un contrato surte efectos de ratificación y extingue la acción de nulidad por falta de forma."

"Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, - 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala."

Esta jurisprudencia hace referencia a lo que llamamos convalidación del contrato por falta de formalismos, de manera voluntaria por los contratantes.

"CONTRATOS, ELEMENTOS DE LOS.-- Los elementos esenciales o de existencia de un contrato deben comprarse como previos a sus condiciones de validez y resultaría absurdo condenar a uno de los contratantes a que se le dé la forma legal, antes de que el acto surja a la vida jurídica."

"Sexta Época, Cuarta Parte, Vol, LXIV, p. 27, A.D.- 1470/61."

Resulta obvio lo que dispone esta tesis, puesto que los elementos de existencia del contrato son previos a los requisitos de validez, entre ellos las formalidades.

"CONTRATOS, FORMALIDADES DE LOS.-- Si bien en el artículo 1796 del Código Civil se establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza, son conforme a la buena fe, y el consentimiento puede ser expreso, cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos o tácito, cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, al tenor de lo que previene el artículo 1808, ello es, siempre que el contrato no deba revestir una forma establecida por la ley o que la voluntad deba manifestarse expresa y no tácitamente."

te, también en los casos que señala la ley."

"Sexta Epoca, Cuarta Parte, Vol., XLIX, pag. 31, -- A. D. 3112/60."

Esta tesis nos habla de cuando hay forma en el contrato y de cuando estamos frente a los formalismos del mismo, sabemos que hay forma en el contrato cuando la voluntad o el consentimiento se exterioriza y desde ese momento el contrato existe y obliga a las partes, pero sí se debe cumplir con determinados formalismos para la validez del contrato, éste no surte sus efectos hasta que no se dé cumplimiento a esos formalismos.

"CONTRATOS, MODO DE FORMALIZARLOS.- Si bien es verdad que de acuerdo con el artículo 1833 del Código Civil, basta que conste de manera fehaciente la voluntad de las partes para celebrar el contrato, para que cualquiera de los contratantes pueda exigir que se le dé la forma requerida por la ley, también lo es que no pueden desconocerse las estipulaciones establecidas en relación con la manera y -- los plazos en que deba formalizarse el contrato. -- Esto es, si las partes no han convenido ni manifestado nada al respecto, no hay duda de que, en aplicación del precepto de que se trata, cualquiera de ellas puede exigir en todo momento que se dé al -- contrato la forma legal, pero si, por el contrario existen estipulaciones referentes a la época en -- que la formalización debe efectuarse, es claro que dichas estipulaciones debieran respetarse."

"Sexta Epoca, Cuarta Parte, Vol. XLVIII, pag. 112, -- A.D. 2114/59."

Esta tesis nos hace referencia a la acción pro forma para cumplir con los formalismos en un contrato, en el -- cual se omitió cumplirlos y que la ley exige para su validez. Pero, también nos hace referencia a que si consta de manera -- fehaciente, que hay una fecha determinada para cumplir con -- esos formalismos, se debe respetar esa fecha, puesto que en -- circunstancias normales, la acción pro forma se puede intentar en cualquier momento.

"JURISPRUDENCIA 94. FORMA DE LOS CONTRATOS, FALTA - DE.- La falta de forma establecida por la ley para un contrato, sino se trata de actos solemnes, produce la nulidad relativa, no la inexistencia, y el juzgador, no puede tener en cuenta tal nulidad, si no se hace valer como acción o como excepción por los interesados."

"Sexta Epoca, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1935, Cuarta Parte, Tercera Sala."

La jurisprudencia nos hace referencia a la sanción por falta de formalidades en los contratos, y que es la nulidad relativa del contrato, ya que es un requisito de validez del mismo. Y sólo la puede tomar en consideración el juez si se hace valer como acción o como excepción, ya que es un requisito que esta nulidad se haga valer por los interesados a través de una acción o una excepción.

"JURISPRUDENCIA 97.- COMPRA-VENTA, LA FORMA NO ES ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LA.- Al lado de los documentos constitutivos o ad solemnitatem, existen -- los declarativos o ad probationem, y mientras que los primeros son aquellos sin los cuales el acto jurídico que en ellos se hace constar no puede nacer y se dice que son constitutivos del acto mismo como acontece verbigracia tratándose del acta de matrimonio, de la letra de cambio, el cheque, etc. en cambio, los segundos, ciertamente sirven para la demostración del acto o contrato que contengan, pero no excluyen la prueba de ese acto o contrato por otros medios entre las partes, como sucede -- precisamente tratándose de compra venta, puesto -- que no es en ella la forma elemento constitutivo, aunque puede serlo para su eficacia respecto de -- terceros, y tan no es la forma elemento constitutivo de la compra venta, que inclusive cuando exige la ley que el contrato se otorgue en escritura pública, la ineficiencia se purga, a pesar de la inoservancia de la forma, cuando voluntariamente lo cumplen los que lo celebran."

"Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, - 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala."

Esta jurisprudencia hace referencia a lo que se explico en el capítulo de los formalismos ad solemnitatem y ad

probationem, dijimos que los formalismos ad solemnitatem si son constitutivos del acto, tanto que si no se cumplen no --- existirá el acto.

En cambio, los formalismos ad probationem, son aquellos que sólo son necesarios para probar la existencia del -- contrato. Pero sino se cumple con estos formalismos, el acto_ existe, y puede ser probado por otros medios, puesto que los_ formalismos no son elemento constitutivo del contrato, y se - pueden cumplir esos formalismos, por las partes, en el momen- to que lo deseen hacer voluntariamente.

IV. EFECTOS DE LA CONVALIDACION AL OTORGARSE LOS FORMALISMOS DEBIDOS AL CONTRATO.

Cuando a un contrato, en el cual se omitió cumplir con los formalismos que le exige la ley para su validez, se le otorgan esos formalismos, es decir, se subsana esa deficiencia, dispone el artículo 2235 del Código Civil, que:

"La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo; pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero."

Estamos en el supuesto de un contrato en el cual se omitió cumplir con los formalismos exigidos por la ley, y las partes de mutuo acuerdo le otorgan esos formalismos para convalidar el contrato que anteriormente, para la ley, era nulo.

Otra cuestión que se plantea con relación a este tema es: ¿Cual es la naturaleza jurídica del contrato que resulta, cuando se cumplen con los formalismos exigidos por la ley, en su caso la escritura pública? ¿qué sucede? ¿existe un contrato con dos formalidades distintas? ¿es exclusivamente un medio de prueba de la convalidación? ¿se trata de una renovación o de una novación del contrato? ¿es la fijación del contrato informal? o ¿el otorgamiento con las formalidades establecidas por la ley, es constitutivo de un nuevo contrato? o ¿es simplemente el cumplimiento de una obligación de hacer?

Todo esto lo planteamos porque, cuando las partes contratantes celebran un contrato, por ejemplo, de compra venta de un inmueble, la ley exige que sea en escritura pública ante notario, pero los contratantes lo celebran en documento privado, para que en el momento se asegure la operación. Pos-

teriormente desean dar o cumplir con las formalidades que la ley les exige y acuden ante el notario para celebrar ante él el contrato, o mejor dicho para que conste en un documento -- público su voluntad. ¿Que pasa con la escritura que extiende el notario de ese contrato? ¿estamos frente a un nuevo contrato? Porque recordemos que hubo uno anterior constante en documento privado. A continuación se explicará cuál es la naturaleza de ese nuevo instrumento en el cual se hace constar el contrato y extendido por el notario.

Varias han sido las doctrinas que tratan de explicar el tema, veremos a continuación cada una de ellas.

1.- EL INSTRUMENTO PUBLICO COMO MEDIO DE PRUEBA.- -

Los seguidores de esta doctrina, como José María Chico Ortíz y Catalino Ramírez Ramírez (112), sostienen que el instrumento por el cual se le dan los formalismos o formalidades a un acuerdo previo, es única y exclusivamente un medio de prueba de la celebración del anterior. La relación jurídica nace por el simple consensualismo, sea expresado en forma verbal o escrita y surte todos sus efectos legales aunque no sean establecidas todas las formalidades de ley. De esta manera el contrato existe, es válido pero no se puede probar.

2.- LA RENOVATIO CONTRATUS.- La teoría del procesalista alemán Degenkolb (113), supera la teoría del medio de prueba. Considera que con la existencia de un convenio preliminar y consensual y el posterior otorgamiento del documento

(112) Citado en: PEREZ F. DEL CASTILLO, BERNARDO, Op. cit., - p. 120.

(113) Citado en: Ibidem., p. 121.

público, este último queda como un contrato reproductor o reproducido. Es la doctrina de la renovatio contractus.

3.- DOCTRINA ECLECTICA.- Otros autores como el profesor Meyer (114), adopten una posición intermedia. Es la doctrina ecléctica. Su opinión es que el documento reproductivo es probatorio

4.- UN SOLO CONTRATO CON DOBLE FORMA.- Es la doctrina elaborada por Carnelutti (115), quien a pesar de referirse únicamente al documento privado, tiene una contribución importante en este tema.

La elevación a las formalidades establecidas por la ley, no sólo sirve de prueba, sino también para lograr claridad y certeza. Es una declaración de verdad. Son dos formalidades de un solo acto. Para Carnelutti el segundo contrato es una nueva formalidad que da eficacia y claridad probatoria.

5.- CONTRATO DE FIJACION JURIDICA.- Es el autor Siegel (116) el que nos habla de esta doctrina denominada "contrato de fijación jurídica", nos dice que con el nuevo contrato se busca asegurar las relaciones jurídicas contra posibles excepciones. Este contrato no es un medio de prueba, pero tampoco es una nueva causa independiente de la obligación. Las partes al contratar lo que buscan es la firmeza jurídica.

(114) Citado en: Ibidem., p. 121.

(115) Citado en: Ibidem., p. 122.

(116) Citado en: Ibidem., p. 123.

6.- Nuestra opinión es que, en la práctica se presentan dos situaciones: cuando la escritura coincide con el contrato primitivo y cuando no existe esa coincidencia.

En el caso que tenga el mismo contenido, se tratará de una fijación del contrato, pues la escritura sólo ha dado más seguridad al acuerdo de partes, da un medio de prueba y satisface los requisitos legales de los formalismos, purgando el vicio que produciría su invalidez, todo esto en virtud de su coincidencia circunstancial.

En cambio al otorgarse una escritura pública en que varían las disposiciones, nos encontramos frente a un contrato nuevo que implica la renovación del anterior. En este último supuesto, el contrato sin formalismos sería útil para hacer valer la culpa in contrahendo o sea los contratos preliminares.

Consideramos que en el Derecho positivo mexicano en ocasiones funciona la teoría de la fijación del contrato y en otras, la renovatio contractus, con base en la opinión expuesta.

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

PRIMERA.- Es necesario señalar la distinción entre: forma, -- formalismos y solemnidad y ubicar cada uno de estos conceptos dentro de los elementos de existencia y los requisitos de validez de los contratos en particular y del acto jurídico en general.

SEGUNDA.- La forma es el signo o conjunto de signos por los cuales se exterioriza la voluntad del autor o las voluntades de las partes de un acto jurídico unilateral o bilateral. La forma es un presupuesto para hablar de la voluntad y del consentimiento; pues necesariamente estos deben expresarse de alguna manera, para hacerlos saber al mundo jurídico y no quedar sólo en una reserva mental.

TERCERA.- La exteriorización de la voluntad o el querer interno de contratar se puede hacer válidamente a través del lenguaje verbal o escrito o a través del lenguaje mímico, es decir, mediante gestos o señas o signos inequívocos, a lo que llamamos forma expresa de exteriorizar la voluntad. También por medio de actos u omisiones que hagan presumir la declaración de dicha voluntad. El silencio no constituye ninguna forma de exteriorizar la voluntad, ya que el que calla se abstiene de revelar su voluntad y la forma, por esencia, es la necesaria manera de exteriorizar la voluntad interna de los contratantes.

CUARTA.- El consentimiento es un elemento de existencia del contrato y se compone, necesariamente, de dos o más declaraciones de voluntad, las cuales deben exteriorizarse de alguna manera, a esta exteriorización le llamamos forma. Por ser necesaria la forma como exteriorización de la voluntad, en su ausencia no se integra el consentimiento y al no haberlo, el contrato no existe. Por tanto, la forma es una figura jurídica que ubicamos en un primer nivel para integrar el consentimiento y consecuentemente el contrato.

QUINTA.- Cualquier contrato, de los contemplados por nuestro Código Civil, tiene forma. Ya que ésta es indispensable para la declaración de voluntad y puede revestir o no formalismos para su validez, según lo disponga el mismo Código Civil.

SEXTA.- Los formalismos o formalidades son el conjunto de requisitos establecidos por la ley o por las partes, que señalan cómo se debe hacer constar el consentimiento de las partes contratantes, para la validez del contrato.

SEPTIMA.- Los formalismos en los contratos han sido establecidos por el legislador a través del tiempo, para obtener la seguridad jurídica buscada por los contratantes. Los formalismos excesivos van siempre en contra de la celeridad jurídica, de ahí que se crea un conflicto entre celeridad jurídica con más o menos inseguridad en las operaciones y la seguridad jurídica con la consecuente lentitud.

OCTAVA.- Los formalismos, sin exceso, son importantes en el contrato, ya que con ellos podemos obtener:

- a) Claridad en lo que concierne a las circunstancias de la conclusión del contrato como a su contenido;
- b) Garantizan la prueba de su existencia;
- c) Tutelan a las partes previniéndolas contra precipitaciones y decisiones poco meditadas;
- d) Sirven de vehículo para alcanzar una publicidad del contrato, haciendo que sea reconocible por los terceros y
- e) Evitar en lo posible la nulidad del contrato por la intervención de fedatarios, peritos en derecho que supervisan o dan forma legal al contrato.

NOVENA.- La solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles, que rodean o cubren al consentimiento de los que intervienen en el acto jurídico y que la ley exige para la existencia del mismo. Es un conjunto de formalismos elevados al rango de elemento de existencia. En nuestra legislación civil actual, no encontramos regulado ningún contrato solemne. Únicamente es aplicable a otros actos jurídicos.

DECIMA.- Mientras que los formalismos son los requisitos exigidos por la ley para hacer constar el consentimiento de los contratantes, la publicidad son los procedimientos que permiten que los terceros conozcan la existencia de esa voluntad.- La inscripción en el Registro Público de la Propiedad de un contrato, tiene meros efectos declarativos y su ausencia de -

ninguna manera afecta la validez del contrato ni su existencia, se precisa para que surta efectos contra terceros.

DECIMA PRIMERA.- En vez de la clasificación de los contratos, tomando en cuenta sus formalismos, en: solemnes, reales, consensuales y formales; proponemos la clasificación de contratos con libertad de formalismos y contratos con formalismos obligatorios.

DECIMA SEGUNDA.- En la actualidad y con las reformas al artículo 2317 del Código Civil, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 7 de enero de 1988, el legislador trató de actualizar dicho artículo, que ya resultaba anacrónico e inaplicable. Solo que, al establecer la cuantía que debe tomarse en cuenta para determinar si un contrato de compra venta debe otorgarse en contrato privado o en escritura pública, el legislador estableció una cantidad muy baja, que no del todo acarrea los beneficios que se pretendieron con dicha reforma.

DECIMA TERCERA.- No obstante las reformas al artículo 2317 de fecha 7 de enero de 1988, es necesario reformarlo nuevamente, para dar una mayor celeridad a las operaciones de enajenación de bienes inmuebles, sin arriesgar la seguridad jurídica, -- para lo cual proponemos que: La enajenación de bienes inmuebles cuyo valor, según avalúo comercial, no sea mayor del resultado de multiplicar un día de salario mínimo vigente en el

Distrito Federal al día de la operación por cinco y elevado - al año, y la constitución y transmisión de derechos reales -- que no rebasen esa suma o que garanticen un crédito que igualmente no rebasen esa suma, se podrán otorgar en contrato privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas --- firmas se ratifiquen ante Juez competente. Las operaciones que excedan de esa cantidad deberán constar en escritura pública, otorgada ante notario.

DECIMA CUARTA.- La ausencia de forma en el contrato, entendida como consentimiento exteriorizado, impide que se integre -- el consentimiento y por tanto el contrato resulta inexisten-- te. La falta de formalismos o formalidades, cuando la ley así los exige, para la validez del contrato, trae como consecuencia la nulidad relativa del mismo.

DECIMA QUINTA.- El contrato afectado de nulidad relativa por falta de formalismos, puede ser convalidado por las partes de manera voluntaria, otorgando al contrato los formalismos exigidos por la ley. También, cualquiera de los contratantes --- puede exigir que al contrato, que carece de formalidades exigidas por la ley, se le otorguen las formalidades debidas, -- ejercitando la acción pro forma.

DECIMA SEXTA.- La nulidad del contrato por falta de formalismos, puede ser invocada como excepción cuando a uno de los -- contratantes se le exija el cumplimiento del contrato al cual

no se le han dado las formalidades exigidas por la ley. Cuando la nulidad del contrato por falta de formalismos, se ejercita como acción, se puede contrademandar la acción pro forma, en cuyo supuesto el juzgador deberá emitir su fallo en favor del actor en la reconvención, aplicando el principio de conservación del contrato y de que nadie puede ir contra sus propios actos.

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

- 1.- BARBERO, DOMENICO, Sistema de Derecho Privado -- Italiano, vol. I, Tit. Original.- Sistema del -- diritto privato italiano, traductor.- Santiago - Solís Melando, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1967.
- 2.- BONNECASE, JULIEN, Elementos de Derecho Civil, - Traducción del Lic. José M. Cajica Jr., Edit. -- José M. Cajica Jr. S.A., Puebla, México, 1946.
- 3.- BORJA GORIANO, MANUEL, Teoría General de las --- Obligaciones, T. I, Edit. Porrúa, México, 1968.
- 4.- BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN Y BIALOSTOSKY, SARA, --- Compendio de Derecho Romano, Edit. Pax-México, - México, D.F., 1960.
- 5.- CASTAN TCHERAS, JOSE, Derecho Civil Español Común y Foral, T. I, vol. II, Edit. Reus, Madrid, 1952.
- 6.- COLIN, AMBROSIO Y CAPITANT H., Derecho Civil, -- T. II, Traducción de la 2a. Ed. francesa, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951.
- 7.- DE PINA, RAFAEL, Elementos de Derecho Civil Mexicano, T. III, Obligaciones Civiles, Edit. Porrúa México, 1968.

- 8.- FERRARA, FRANCESCO, La Simulación de los Negocios Jurídicos, Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Tít. Original.- Della simulazione die negozio giuridici, Edit. Revista de Dere-- Privado, Madrid, 1953.
- 9.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO, Derecho Civil, Edit. -- Porrúa, México, 1976.
- 10.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO, Introducción al Estudio - del Derecho, Edit. Porrúa, México, 1968.
- 11.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Derecho de las --- Obligaciones, Edit. Cájica, Puebla, México, 1971.
- 12.- LAFAILLE, HECTOR, Derecho Civil, T. VIII, vol. I, Contratos, Edit. EDIAR, Buenos Aires, Argentina,- 1951.
- 13.- MACEDO, MIGUEL S., Datos para el Estudio del Nuevo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, promulgado el 31 de Marzo de 1884, Documentos Oficiales Relativos al Reforma del Código Civil, Notas Comparativas del Nuevo Código con el Código de 1870, Imprenta Francisco Díez de León, 1884.
- 14.- MARGADANT S., GUILLERMO FLORIS, El Derecho Privado Romano, Edit. Esfinge, México, D.F., 1960.

- 15.- MARGADANT D., GUILLERMO FLORIS, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Edit. Esfinge, México, D.F., 1986.
- 16.- MAZEAUD, HENRI, LECN Y JEAN, Lecciones de Derecho Civil, Parte Tercera, vol. I, Los Principales Contratos, Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1962.
- 17.- ORTIZ URQUIDI, RAUL, Derecho Civil, Edit. Porrúa, México, 1982.
- 18.- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, Derecho Notarial, Edit. Porrúa, México, 1983.
- 19.- PLANIOL, MARCELO, Tratado Elemental de Derecho Civil, Ts. I y VI, Traducción de la 12a. Edición Francesa por el Lic. José M. Cájica Jr., Edit. - José M. Cájica Jr. S.A., Puebla, México, 1946.
- 20.- PUIG BRUTAUN, JOSE, Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, vol. II, Edit. Bosch., Barcelona, 1954.
- 21.- PUIG PENA, FEDERICO, Tratado de Derecho Civil -- Español, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.
- 22.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, T. I y T. V, vol. I y II, Edit. Porrúa, México, - 1930.

- 23.- RUGGIERO, ROBERTO, Instituciones de Derecho Civil, Traducción de Ramón Serrano Suñer y José - Santa-Cruz Teijeiro, T. II, vol. Primero, Instituto Editorial Reus, España, 1952.
- 24.- SALVAT, RAYMUNDO, Tratado de Derecho Civil Argentino, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1952.
- 25.- SANCHEZ MEDAL, RAMON, De los Contratos Civiles, Edit. Porrúa, México, 1978.
- 26.- VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO, Tratado de Derecho Civil Español, T. III, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, España, 1962.
- 27.- ZANCRA Y VALENCIA, MIGUEL ANGEL, Contratos Civiles, Edit. Porrúa, México, 1985.

L E G I S L A C I O N :

- 28.- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.
- 29.- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.
- 30.- Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal, Pub. D. O. 26 de marzo de 1928, Edit. Porrúa, 1987.

- 31.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Pub. D.C. 10. al 21 de septiembre de 1932, Castillo Ruíz Editores, 1987.
- 32.- Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, Pub. D. O. 31 de diciembre de 1982, --- Edit. Porrúa, 1987.
- 33.- Ley del Notariado para el Distrito Federal, Pub. D. O. 8 de enero de 1980, Edit. Porrúa, 1987.
- 34.- Ley Federal de Protección al Consumidor, Pub. -- D. C. 22 de diciembre de 1975, Edit. Porrúa, 1987.
- 35.- Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, Edit, Porrúa, 1987.

JURISPRUDENCIA Y TESIS :

- 36.- Apéndice al Semanario Judicial de la Federación_ 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS :

- 37.- Diccionario Jurídico Mexicano, T. IV, Edit. Porrúa, México, 1985.
- 38.- Diccionario Pequeño Larousse, Ediciones Larousse, México, D.F., 1975.
- 39.- Enciclopedia Jurídica OMEBA, Ts. IV y XII, Edit. DRISKILL Libros Científicos, Buenos Aires Argentina, 1980.