

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

**Algunas Consideraciones sobre
la Forma como Elemento de Va-
lidez en los Contratos, Según el
Código Civil para el Distrito y Te-
rritorios Federales.**

*TESIS que para obtener el título de
Licenciado en Derecho presenta*

Justino López Mercado

MEXICO, D. F. ()
1955



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

D

A MIS PADRES.

A MARIA GUADALUPE.

A MIS HERMANOS.

AL SR. LIC. TOMAS NORIEGA.

AL SR. LIC. MANUEL G. ESCOBEDO.

“Un derecho nace cuando concurren todos los supuestos a los cuales el Ordenamiento Jurídico condiciona el nacimiento de aquél. En tanto falte uno de estos requisitos, este derecho no ha nacido aún, pero no es raro que en tales casos se admita ya un efecto (efecto preliminar), sobre el cual se desarrolla el derecho al cumplirse los requisitos ulteriores. Lo mismo ha de decirse de la modificación y extinción de los derechos, a propósito de las cuales se dan también grados preliminares que son correlativos a los grados de desarrollo de los derechos”. (1).

Tal es la doctrina sustentada por Enneccerus Kipp-Wolff, en su Tratado de Derecho Civil. Y así nos encontramos con que la razón para que origine el derecho, para que nazca, no es sólo el simple hecho, la exclusiva modificación del mundo material, sino que siempre será necesario entender conectado correlativamente a este elemento material uno segundo que es la ley, la concurrencia del supuesto jurídico, para llegar a la generación del derecho. Así nos lo dice Coviello cuando habla de que se llaman hechos jurídicos todos los “acontecimientos” (elemento material), a los que el “derecho objetivo” (elemento ley) atribuye como consecuencia la adquisición, la pérdida o la modificación de un derecho subjetivo y este segundo autor vuelve a sostener la tesis de que la voluntad del hombre no basta, por ella, para producir consecuencias jurídicas, a la vez que afirma también la tesis antagónica, es decir, que si el hecho por sí mismo no produce consecuencias jurídicas, la ley, considerada también sola, nunca ha podido tomarse en cuenta como generadora de tales efectos y ella solo los producirá si llega a existir la conjunción entre el precitado ordenamiento y el hecho material.

Los hechos materiales, hechos simples que no llegan a generar efectos jurídicos, que no hacen nacer derechos y obligaciones, salta a la vista que no serán materia de la Ciencia del Derecho, pues esta únicamente se ocupará de aquellos hechos que conjugándose con el supuesto jurídico, llenando los requisitos del ordenamiento produzcan consecuencias dentro del campo jurídico, hagan nacer derechos y obligaciones.

Como sabemos, algunas teorías dividen los hechos, entendiéndolos en la generalidad, en hechos jurídicos y hechos simples, teniendo como pauta para verificar la distinción la voluntariedad, que se encuentre o no después de analizarlos, es decir, se llaman hechos jurídicos a aquellos que traen aparejada voluntad, los que se componen de “hechos de la vida del espíritu y hechos externos”, en otras palabras podremos afirmar que estos

hechos son meras manifestaciones de voluntad; ahora bien, se denominan hechos simples los demás que, sin llegar a hacer manifestaciones de voluntad, engendran derechos y obligaciones.

Esta teoría ha sido blanco de críticas que aducen que todo hecho, sea o no manifestación de voluntad que genere efectos jurídicos, es hecho jurídico y que los demás que no llegan a producir los señalados efectos serán puramente materiales, más sin llegar a interesar, por ningún motivo, a la esfera de la juricidad.

La conducta humana, según Eltzbacher, comprende los hechos de la vida anímica del hombre, a solas o junto con otros hechos que dependen de ella. Pero, volvemos a insistir, para hablar así, desde un punto de vista jurídico, sería necesario que probáramos la existencia de disposiciones de derecho que se refieren a la esfera total de la conducta.

Pues bien, como hemos dejado asentado, para que exista un efecto jurídico deben existir: un ordenamiento jurídico, proposiciones jurídicas abstractas y un supuesto de hecho; estos dos elementos, supuesto de hecho y ordenamiento jurídico, son las causales del efecto jurídico. Así es como se puede llegar a llamar supuesto de hecho al conjunto de requisitos que la ley, el ordenamiento jurídico, reconoce como fundamento de una consecuencia jurídica, de un efecto de derecho.

Se han llegado a obtener diversas divisiones de estos hechos jurídicos de que tratamos, autores hay que los han dividido en hechos simples y complejos ya sea el caso de que consten de uno solo o de varios elementos de hecho, es decir, cuando un solo elemento de hecho produzca efectos jurídicos podrá hablarse de hecho simple y si al contrario, son varios los elementos de hecho los productores de efectos se hablará de hecho complejo, cuando no pueda nacer la consecuencia jurídica sin la realización de esos varios elementos de hecho. En hechos positivos y negativos también se les divide, así como en hechos que puedan llegar a producir: adquisición, modificación y pérdida de un derecho. Por último hemos de recordar una división de los hechos jurídicos en voluntarios e involuntarios o naturales y entre aquellos se distinguen los lícitos y los ilícitos. Estos hechos voluntarios a los que acabamos de aludir son los que otros juristas denominan actos jurídicos y todavía otros más, matizándolos negocios jurídicos.

Existen quienes afirman que aquellos que llamamos hechos jurídicos y nacen de un modo automático, en los cuales analizándolos detenidamente no podrá encontrarse voluntad humana, reciben el nombre de supuestos legales, mientras que los otros que nacen como consecuencia de un definido acto de voluntad se denominan negocios jurídicos. En fin, otros autores, de la envergadura de Bonnacase (2), y Colin et Capitant (3), dividen los hechos jurídicos *latu-sensu* en actos jurídicos y hechos jurídicos en sentido especial.

Capitant afirma que el acto jurídico es "una manifestación exte-

rior de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor porque el derecho sanciona esa voluntad" (4). Volvemos a encontrarnos en esta definición conceptos conocidos que ya hemos descubierto con antelación, es decir, nos encontramos con que la voluntad, un acto volitivo, crea, modifica o extingue una obligación o un derecho, con intención de hacerlo así, pero no autónomamente llevará a cabo esa creación, modificación o extinción, sino que lo hace con ayuda del ordenamiento jurídico que así lo establece.

Los autores que estamos aludiendo, subdividen los actos jurídicos en unilaterales y bilaterales, estos últimos también llamados convenios. En el caso de que un convenio cree o transmita la obligación, se llega a denominar "contrato" (5); la subdivisión, de los hechos la efectúan de una manera dualista en voluntarios e involuntarios y otra vez, aquéllos, en lícitos e ilícitos.

Para estudiar cuál de los dos elementos, la voluntad o la ley, es el que origina esencialmente los efectos de derecho se han elaborado teorías entre las que más destacan la llamada clásica, la de Duguit y la de Bonnacase. La primera de las mencionadas se inclina por creer a la voluntad, como el principio de generación de los efectos de derecho y llegan a declarar sus postuladores que el elemento esencial de todo acto jurídico es la voluntad del autor, es decir, la voluntad forma la obligación y el derecho se convierte en fuerza creadora de ella, agregando que la ley no interviene sino para sancionar esa obra, esto en el caso de los actos jurídicos porque en cuanto a los hechos jurídicos, en sentido estricto, los efectos de derecho, afirman, son creados por el ordenamiento.

Duguit analiza el acto de voluntad que dice, estructura al acto jurídico, encontrando que primero "el espíritu se representa diversas cosas que puede querer o no, se representa los efectos de derecho que se producirán si desea tal o cual cosa", es lo que se denomina el momento de la concepción; después el sujeto pone y opone los diferentes objetos posibles de su deseo y los efectos que el derecho objetivo les atribuye, es la deliberación; llegando hasta la parte final, parte de ejecución en la cual se decide y ejecuta su decisión (6). Pero toda esa energía no puede llegar a poner en movimiento sino a sus propios órganos que acaban por consistir en la declaración de la intención a la cual "el derecho objetivo puede atribuir algunos efectos de derecho". El efecto de derecho, afirma Duguit, no tiene por causa eficiente la voluntad, dicho efecto se producirá por aplicación del derecho objetivo.

Acercándonos ahora a Bonnacase notaremos que juzga el acto y el hecho jurídico teniendo por función el poner en movimiento, ya sea en contra o a favor de una o varias personas, bien una regla de derecho, bien una institución jurídica, pero observamos aquí, que mientras el autor del acto tiende directamente y con toda intención a este resultado, el autor

del hecho "lo sufre", sin embargo, el acto jurídico no es, en sí, génesis de efectos de derecho, pues considerada la voluntad humana en sí misma, esto lo habíamos dejado ya asentado, es impotente en el dominio del derecho, no se considerará desempeñado un papel sino sobre el fundamento y dentro de los límites legales. Ahora bien, la que se puede considerar como una función mediata del acto y del hecho jurídico, es crear situaciones jurídicas concretas. Es conveniente entonces, recordar que la situación jurídica abstracta es aquella originada por una regla de derecho desde que se dicta caracterizándose en que se encuentra desprovista de consecuencias meramente prácticas para sus beneficiarios. La situación jurídica abstracta es una simple manera de ser, desde el punto de vista estrictamente teórico, mientras que la situación jurídica concreta es una realidad positiva, es, se dice, la ley funcionando en provecho de una determinada persona, y esta situación ha de tener como punto básico un hecho o un acto jurídico el cual es el que ha puesto en movimiento a la ley.

Se ha afirmado que semejante a la tesis de Bonnecase es la admitida por el principal autor de la Escuela Vienesa, Hans Kelsen, ya que hace la distinción entre el hecho condicionante y el hecho condicionado o consecuencia jurídica. Habla Kelsen de una norma jurídica primaria y de otra secundaria; es decir, él encuentra que un hecho jurídico puede descomponerse en un hecho condicionante y en las dos clases de normas jurídicas que hemos arriba señalado la primaria y la secundaria. En la norma jurídica primaria encuentra el autor un "deber ser", siendo pues una situación abstracta, mientras que en la secundaria se encuentran consecuencias de derecho, si la conducta se llega o no a realizar. Si relacionamos esta idea con el acto jurídico, se nos hace resaltar que el hecho jurídico es siempre un hecho condicionante que hace poner en movimiento una norma de derecho para que produzca determinadas consecuencias. Sin embargo, argúyese y nosotros lo creemos así, que en el fondo esta teoría es semejante a la elaborada por Bonnecase, porque en las dos se encuentra que el acto o hechos jurídicos, son hechos condicionantes y la norma, que tiene en potencia las consecuencias jurídicas, es la primaria.

Ahora bien, al referimos concretamente a los actos jurídicos creemos nuestro deber el considerar en nuestro estudio la división que distingue tres grupos: Declaraciones de Voluntad, Actos de Derecho y Actos Contrarios a Derecho. Volvemos a descubrir aquí que fijarnos en el concepto de voluntariedad, puede ser muy útil para entender y estudiar esta división, puesto que se puede, a simple vista, reconocer que existen dos grupos antagónicos dentro de esta teoría de dividir los hechos estudiados y los cuales son en primer lugar aquellos en los cuales la declaración de voluntad va encaminada a una consecuencia jurídica, y, en segundo lugar el grupo formado por los actos contrarios a derecho en los cuales las consecuencias siempre serán desventajosas para el autor y, se entiende, por eso que di-

chas consecuencias jamás son deseadas por el mencionado sujeto, autor del acto.

Así pues, nos encontramos en un extremo los actos en los cuales el autor tiene el firme deseo de generar consecuencias jurídicas y, en el otro polo se localizan aquellos actos en los que su autor no desea como es explicable entender, la generación en consecuencias que al fin y al cabo van a llegarse a producir. Ha llegado el momento de que fijemos nuestra atención en el tercero de los grupos, a que estamos aludiendo y que nos resta por situar en la división a la que actualmente dirigimos nuestra atención. Creemos pues, que el mencionado tercer grupo se encontraría en el medio de estos extremos que acabamos de señalar, es decir, esta última clase de actos serán aquellos que determinan, por pura necesidad, consecuencias jurídicas con independencia de la voluntad, es decir, se originan consecuencias jurídicas sin tomar en cuenta si han sido deseadas o no y es así como en ellos el efecto jurídico producido queda en un segundo plano en la conciencia (7). Estos últimos actos se les ha denominado actos de derecho o actos jurídicos en el sentido estricto.

NEGOCIO JURIDICO

Creemos que al tratar este apartado, de nuestro estudio hemos por necesidad de acudir en primer lugar a Nicolás Coviello por ser quien en nuestro concepto, trata este asunto con casi meridiana claridad. Así pues nos encontraremos con que Coviello nos dice (8), que el concepto de Negocio Jurídico es muy controvertido no sólo por lo que mira a la determinación de su característica esencial, sino también en cuanto a determinar su comprensión. Hace falta, pues, una noción precisa y clara de Acto y de Negocio Jurídico, agrega el autor a que nos referimos y solo, dice la doctrina alemana, teniendo en cuenta los caracteres comunes que presentan varios hechos jurídicos voluntarios, ha elaborado este concepto para estudiar así cuáles son reglas comunes a tales hechos y construir la teoría general. Cree el autor italo que estamos citando, que conforme a la opinión dominante, el Negocio Jurídico sería la manifestación de voluntad encaminada a producir consecuencias jurídicas, esto es, a hacer que nazca, se modifique o se extinga una relación jurídica.

Así pues, si la mencionada doctrina alemana es la que ha llegado a elaborar la más sólida de las teorías generales sobre el Negocio Jurídico, necesario será fijar un poco más detenidamente nuestra atención en sus conceptos .

De esta manera nos encontramos con que la tesis que nos ocupa sostiene que el derecho concede a la persona una potencialidad suficiente como para llegar a formar por su propia voluntad exteriorizada, sus relaciones jurídicas, poniéndolas así en armonía con las necesidades e inclinaciones propias de la persona, la cual se debe servir de una declaración,

exteriorización de la voluntad dirigida a un efecto jurídico. Dicha declaración, sola o en unión de otras es reconocida como el punto inicial o base del efecto jurídico deseado y a este supuesto de hecho total, deseado o puesto en juego con la voluntad, se le llama Negocio Jurídico.

Es así como esta corriente de derecho define el precitado negocio, tomándolo como un supuesto de hecho, que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el Ordenamiento Jurídico reconoce como base para producir el efecto, calificado ya de efecto deseado.

Analizando los elementos con que se construye la definición anterior, encontramos como concepto esencial de ella: "la declaración de voluntad" esto es, una exteriorización de la voluntad dirigida a provocar una consecuencia jurídica.

Este primer elemento, la declaración de voluntad deberá dirigirse hacia un objetivo el cual consistirá en la constitución, extinción o modificación de una relación jurídica. De esta manera es como Henle exige "la declaración de que el sujeto activo que la hace provoque con ella una consecuencia jurídica". No es indispensable desde un punto de vista absoluto que la precitada declaración se tenga que referir a la totalidad de las consecuencias que el negocio pueda producir inmediata o mediatamente pues esto es lógico, nos parece, que en muchos casos sea imposible de referir, ya que ni siquiera se pueden conocer todas esas consecuencias. Afirman los autores de la Escuela a que nos hemos acercado, que la declaración de la voluntad de negocio es, sencillamente, la exteriorización de esa voluntad, la cual requiere siempre la voluntad de obrar.

La exteriorización, a la que estamos aludiendo, debe de estar sujeta a ciertos y especiales requisitos y, naturalmente, la conducta externa tendrá que ser tal que permita inferir de ella una determinada voluntad de negocio, pues de lo contrario no podríamos hablar de exteriorización y para hacerlo efectivamente debe de existir en el sujeto que la lleva a cabo una conciencia plena de esa exteriorización, una conciencia clara y precisa de la declaración, solo así, insistimos, podremos llegar a hablar de que existe la tantas veces mencionada "exteriorización de voluntad".

El segundo de los elementos esenciales que en la definición de Negocio Jurídico a que nos estamos refiriendo podemos encontrar, es la sanción por el Ordenamiento Jurídico o sea, que únicamente existe un Negocio Jurídico válido, si el derecho positivo le da facultad para que se produzcan, con efectividad las consecuencias a cuya constitución está dirigida la declaración de voluntad que comentamos.

Hemos de fijarnos, volviendo a Nicolás Coviello que encuentra una clase de elementos a los que denomina esenciales y los cuales, dice son todos los que concurren a formar un Negocio Jurídico en general y, los necesarios, los indispensables, para tener un determinado tipo de negocio, de tal manera que la falta de alguno de ellos implicaría, automáticamente, la falta del propio Negocio Jurídico.

Así pues, afirmaremos por último, los elementos esenciales son los que, en estricto sensu son verdaderos requisitos del negocio, pues son los que, como acabamos de apuntar, vienen a formar el mencionado Negocio Jurídico.

Clasificación de los Negocios Jurídicos.

Los negocios jurídicos, como es fácil suponer, han sido objeto de multitud de estudios dividiéndolos en variadas clases y tomando en cuenta diversos puntos de vista, es pues, nuestra intención tratar aquí las clasificaciones que hemos creído, las de mayor importancia.

En primer lugar, los Negocios Jurídicos en relación a los elementos de hecho que los generan, se distinguen en Unilaterales y Bilaterales o Contratos (9).

Son denominados Negocios Unilaterales aquellos en los que no es necesaria sino la voluntad de una sola parte para hacer surgir las consecuencias jurídicas. Así es como, podemos decir, aquí sólo encontraremos propiamente hablando, la declaración de voluntad de una sola de las partes.

Los Negocios Bilaterales se caracterizan porque contienen declaraciones de voluntad que han de ser hechas con reciprocidad y correlatividad de dos o más partes, provocando determinadas relaciones jurídicas.

Otra división de los Negocios que en la actualidad nos ocupan, toma en cuenta el tiempo en el cual se llegan a perfeccionar dichos Negocios Jurídicos y es así como encuentra, que existen negocios "entrevivos" o "por causa de muerte", clara división que no necesita de explicaciones ya que sabemos que los negocios por causa de muerte son los que provocan las relaciones jurídicas que sobreviven a un sujeto de ese mismo negocio

Por exclusión podemos decir que todos los demás negocios, que no quedan comprendidos en la subdivisión que acabamos de apuntar se considerarán como negocios "entrevivos".

Una tercera división con que hemos de encontrarnos es aquella que sostiene como criterio diferenciativo el fin al que tienden los Negocios Jurídicos y, es así, como ahora nos encontramos con que se subdividen en negocios de "derecho familiar" o de "derecho patrimonial"; estos últimos se subdividen a su vez en negocios de "Eficacia real" (aquellos que producen la trasmisión de un derecho real) o de "eficacia personal" u "obligatorios" (que origina el nacimiento, la modificación o la extinción de una cierta obligación).

Aún debemos dejar apuntado, que existe una segunda subdivisión importante de los negocios de "derecho patrimonial" y es aquella que descubre la existencia de negocios "a título gratuito" y negocios a "título oneroso". Estos últimos son aquellos que confieren una ventaja a cambio de una contraprestación, que, se dice, debe constituir la compensación del enriquecimiento, todo lo cual debe ser voluntad de las partes. Lo contrario

de estos últimos negocios tratados son los que hemos señalado como a "título gratuito", es decir, aquellos en los que una persona dispone de su patrimonio o lleva a cabo una prestación sin obtener algún equivalente, sin compensación o enriquecimiento por su parte.

Por último vamos a tomar en cuenta aquél, criterio que establece la diferencia en los Negocios Jurídicos por la distinta función económica que encuentra en ellos. Según este último criterio llegamos a dividir, otra vez, de una manera dualista los negocios en "de simple administración del patrimonio" y los llamados "de disposición del patrimonio". Los de "administración" son los que llevan en sí la tendencia, en principio, a la conservación del patrimonio y por ello se dice que son actos de mera y simple administración. Los negocios que se han de denominar de "disposición", son aquellos actos que excediéndose de una simple administración pueden llegar a acarrear una pérdida o disminución del tal patrimonio, característica que, como dejamos señalado, nunca podrá encontrarse en los negocios de administración.

INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS

Hasta este momento, cuando hemos tratado los actos jurídicos lo hemos hecho pensando en que siempre producirán sus consecuencias, sus efectos, normalmente pero hay que reparar en que, si pensamos lógicamente no todos esos actos pueden llegar a obtener la perfección y por lo tanto no se pueden llegar a obtener de una manera automática y regular las mismas consecuencias y los mismos efectos, siempre. Las aludidas consecuencias han de variar relativamente a la falta de perfección que contenga el acto y, aún, debemos de situarnos en el caso de que la imperfección llegue a ser de tal manera importante que por ella no se pueda hablar de un acto jurídico, ni aún imperfecto.

Es ésta la razón por la cual se han elaborado multitud de teorías explicativas de la existencia y validez de los precitados actos. Este como bien sabemos, es un campo inmenso de especulaciones, por lo que nos encontramos aquí con una enorme diversidad de ideas y una gran cantidad de tesis, por lo que respecta a la existencia, inexistencia y nulidad de los actos jurídicos.

Toca en el orden trazado para desarrollar este estudio, el descubrir en este momento la llamada Doctrina Clásica.

Lo primero que hemos de afirmar, va encauzado nuestro estudio dentro de los lineamientos de esa Doctrina Clásica a la que acabamos de aludir, es que, clasifica nuestros actos en inexistentes y nulos, subdividiendo dualmente estos últimos en nulos absolutos y nulos relativos de una manera clara y precisa.

La clasificación de los actos en inexistentes y nulos nace al tomar en cuenta la vida misma del acto. El acto inexistente, se afirma y más

adelante: habremos de corroborar; no es sino la nada; el acto nulo sí existe, existirá defectuoso, viciado, pero sí existe.

Cuando nuestra doctrina divide a los actos en nulos absoluta y relativamente, toma en cuenta, es su criterio diferenciador, el grado de ineficacia con que se afecta el acto a causa de esa nulidad, tomando siempre en cuenta, como lo acabamos de señalar que siendo ineficaces, siempre existen.

ACTO INEXISTENTE.

Encontramos que Planiol (10) afirma que se está ante un acto inexistente, cuando el acto analizado no contenga los elementos de hecho que establece o supone su naturaleza o su objeto, elementos sin los cuales no se puede entender su existencia; así pues si a ese acto le hace falta lo que hemos denominado elemento esencial y llega a ser, se dice, una mera apariencia sin ninguna realidad, será el clásico auto inexistente. Es decir estrictamente hablando no se puede pensar que haya ningún acto, puesto que lo único que hemos de encontrar, claro que jurídicamente hablando, será la nada.

Se ha dicho que las características clásicas de un acto inexistente, son las de que todo aquel que tenga algún interés jurídico, pueda invocar la inexistencia del acto, debemos fijar nuestra atención en que no cualquier sujeto puede hacer la invocación sino sólo aquellos que tengan un verdadero interés jurídico; además se toma como característica de esta clase de actos, que no requieran para que se tomen como tales, es decir, como inexistentes, una declaración judicial, bastando únicamente con la demostración de la inexistencia para que esta se reconozca.

Ahora bien, si pensamos con lógica, llegaremos a la conclusión de que la nada, por sí sola, nunca, en ningún tiempo, puede convertirse en algo, hemos de insistir en lo que dijimos en que ni con el transcurso del tiempo podrá esta nada convertirse en acto y es por eso que el acto actualmente estudiado nunca podrá llegar a serlo desde un punto de vista jurídico pues el tiempo nunca llega a dar validez a lo que en la realidad no existe.

En último lugar habremos de fijarnos en una característica correlativa a la que inmediatamente antes señalamos.

La ratificación de lo que se ha señalado como acto inexistente no puede tener ninguna consecuencia puesto que la nada, lo que no existe, no se puede confirmar y no se puede hacer que se generen consecuencias por esa nada.

NULIDAD.

Fuera de los casos en los que no se puede hablar siquiera de un acto jurídico defectuoso y no se puede hablar, porque, como lo hemos se-

ñalado hasta la saciedad no existe dicho acto jurídicamente hablando, afirma la Teoría Clásica, podemos encontrar ahora si, actos jurídicos viciados, defectuosos, incompletos pero existentes, efectivos aunque esa efectividad sea un tanto cuanto efímera, como posteriormente lo podremos estudiar, pero después de todos estos actos si han de producir algún o algunos efectos jurídicos, estos actos en última instancia, si son efectivos.

El defecto o el vicio que podemos descubrir en un acto de la categoría que ahora estudiamos, puede llegar a ser de menor o mayor importancia de determinada calidad y es esta importancia o calidad del defecto a que estamos aludiendo, la pauta para determinar el grado de nulidad que afecta al acto jurídico, siendo de esta manera como se llega a comprender la dualidad que se ha establecido cuando se habla de actos nulos, es decir, la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

Entremos pues, al estudio directo de esta clase de actos. Sabemos que existen ordenamientos legales que tienen como fin principal la protección del orden público y tutelan el bien social antes que el individual, que el particular, mandando o prohibiendo según sea el caso, de una manera tajante, sin dejar lugar a duda sobre su mandato o prohibición; éstas leyes son las que propiamente se han denominado de Orden Público. Por otra parte encontramos leyes en las que resalta su fin inmediato dirigido primordialmente hacia el bien individual, es decir, protegen inmediatamente ese bien particular aunque, es lógico y lo sabemos, su fin mediato sea el de proteger los intereses sociales. Es aquí en donde encontramos ordenamientos que tutelan a cierto tipo de personas, otorgándoles determinados privilegios.

Ahora bien, si algún acto jurídico se ejecuta en contraversión directa a la primera clase de leyes descritas, a las leyes de Orden Público, desobedeciendo así un mandato o una prohibición contenida en dicha ley, el acto no podrá subsistir puesto que se topará con un interés social que pugnará porque a ese acto se le restrinjan o se le anulen sus efectos, puesto que ellos serán una afectación al Orden Público, necesario de mantener para la convivencia social. Es así como afirmamos que nuestro acto se hallará afectado de nulidad absoluta.

En esta clase de actos, se nos afirma existe la voluntad con intención y aún el objeto, pero al tener un vicio en su fin viola normas de interés público y así su finalidad se tiñe de ilicitud.

En cambio, si el acto en cuestión, infringe el ordenamiento legal que arriba hemos colocado en segundo lugar, no existirá un interés del calibre del anterior, pues, cuando más, se llegarían a lesionar los intereses de ciertas y determinadas personas que, aunque lleguen a ser una considerable cantidad, nunca harán que se logre la conversión de ese interés en social y, es así, que no se solicitará con tanta presión, como antes, que sean anulados la totalidad de los efectos que se hayan producido; entonces, en este caso, llegamos a afirmar que nos encontramos ante un acto afectado

por nulidad pero relativamente siendo, la causa de esta nulidad, un vicio existente en el interior mismo del acto.

A los actos estudiados en primer lugar se les denomina Actos Nulos de Pleno Derecho y a los segundos, Actos Anulables. Aquellos al ser nulos de pleno derecho no han de requerir declaración judicial alguna, sino que requieren comprobación de esa calidad para que así sean considerados. Cuando existe controversia sobre la validez del acto nulo de pleno derecho, de manera que esa nulidad se ponga en duda, opina Planiol que sí será necesario litigar, siguiendo el principio de que nadie podrá hacerse justicia por sí mismo, pero hemos de tomar en cuenta, que la declaración judicial sólo comprobará la nulidad sin que haya necesidad de que la decrete.

Por el contrario si la nulidad que afectara al acto estudiado fuera relativa, se necesitaría una sentencia de autoridad judicial, ahora si no sólo comprobando sino decretándola, para poder privar de su efectividad al acto aludido y es así, insistimos que no sólo se comprueba en este caso la nulidad, sino que tomando en cuenta las razones expuestas por las partes en controversia, el juez decidirá si decreta o no la nulidad del acto, privándolo o no, de alguno o algunos de sus efectos.

Otra diferencia que podríamos descubrir entre esta clase de nulidades, resalta al fijarnos que el acto afectado por nulidad absoluta no puede llegar a poseer cualidades tales como la facultad de ser confirmado y la de prescribir, pues hemos entendido que ni la voluntad de las partes, ni el tiempo podrían llegar a anular el defecto que contiene el acto, puesto que ese defecto o vicio no se encuentra en el interior mismo de él, sino que viene de fuera, del Orden Público y la Voluntad o el tiempo no pueden hacer que varíe, nada más a su favor, el interés social.

Hasta estos momentos hemos seguido de cerca a la llamada Teoría Clásica Sobre la Nulidad y ahora creemos necesario que para llegar a normar nuestro criterio será debido estudiar otras teorías sobre el mismo punto.

Bonnecase, en su doctrina sobre las nulidades, se adhiere a la Teoría Clásica en cuanto afirma que la distinción esencial de los actos es la dualista, que señala actos inexistentes y actos nulos y aún notamos que sale en defensa de la teoría aludida contra la crítica que autores han hecho de ella, cuando afirman que es una teoría "demasiado sistemática y de círculos cerrados", pues para él "es inútil insistir sobre lo bien fundado de la Teoría Tradicional con relación a la técnica jurídica".

Sin embargo, el autor al que nos estamos refiriendo se aparta de la mencionada Teoría Clásica cuando afirma que únicamente debe hablarse de inexistencia y nulidad pues, dice, estas dos nociones dominan toda la materia. Es decir, para él, no debe existir lo que llega a ser la división tripartita de la doctrina anterior, de inexistencia nulidad absoluta y nulidad

relativa, dejando sin división a la nulidad que debe de tratarse como un apartado general.

Este autor parte de lo que llama el punto de vista orgánico para llegar al conocimiento de la inexistencia o nulidad de un acto jurídico, lo cual significa, según dice el análisis del acto tomando en cuenta la naturaleza de las cosas tal como se presenta en el momento, en su estado de vigencia.

Distingue esta tesis en el acto jurídico, determinados elementos a los que denomina Orgánicos o Específicos, los que pueden ser ya psicológicos, ya de orden material. El elemento psicológico en el acto lo vamos a encontrar en la manifestación de voluntad, mientras que el elemento material lo llegan a constituir el objeto y las solemnidades.

Al faltar uno de los elementos arribados el acto será inexistente al no encontrar en él un elemento orgánico. Este acto no puede engendrar en su calidad de jurídico, ningún efecto ni puede ser objeto de confirmación o prescripción pues, nos encontramos con la nada.

Ahora bien, se ha dicho que el acto jurídico que tratamos no tiene poder para originar ninguna consecuencia "pero los hechos materiales a los que se rehusaría la calificación de actos jurídicos" pueden producir un efecto de derecho. Ocurre lo contrario en el caso del acto nulo, aun en el afectado por nulidad absoluta ya que antes de que haya una decisión judicial puede producir efectos puesto que en este caso hemos de admitir, que sí existe algo y no la nada como en el inexistente.

La nulidad de un acto, para la tesis que estudiamos, se reconoce en que uno de sus elementos orgánicos, voluntad, objeto o forma, no se ha realizado con la debida perfección, o bien el fin perseguido por los autores se encontrará condenado por la ley o por el orden social; es de esta manera como la teoría tratada llega a efectuar la división radical entre inexistencia y nulidad. Se insiste aquí en que no hay que despremiar la distinción de nulidades por interés social y nulidad por interés privado o individual, pero Bonnecase opina que no hay razón para que se ligue en demasía la noción de nulidad a la limitación de las personas que pueden prevalerse de la nulidad, pues esta noción debe ser mucho más amplia. Acepta el autor estudiado la noción de la nulidad absoluta fijada por la Doctrina Clásica; es decir, dicha nulidad es la que tiene entre sus características la de poder ser invocada por todos los interesados inconfirmable, imprescriptible y que una vez pronunciada, decretada en sentencia, no ha de dejar ningún efecto detrás de ella. Deduce de aquí que la nulidad relativa es toda aquella que no corresponde rigurosamente a la noción de nulidad absoluta, tal como inmediatamente antes se acaba de enunciar. Cuando no se presentan las características que perfilan la nulidad absoluta, sino sólo alguna o algunas de ellas, entonces, debe clasificarse a ésta nulidad como relativa.

Hasta aquí hemos seguido la doctrina elaborada por Bonnecase

apegada, podemos decir, en su parte más esencial a la teoría clásica, sin embargo, creemos, esta es nuestra obligación apuntar que existen autores que han desechado esas bases a las que hemos aludido y, atacando directamente a la Doctrina Clásica, elaboran su propia teoría, partiendo de principios diversos. Entre los autores que han elaborado, con brillantez, doctrinas sobre las nulidades, uno de los que nos ha parecido que ha logrado dar a su estudio una importancia decisiva es René Japiot.

El susodicho autor, Japiot, divide a su teoría en varios apartados. La primera parte, el prefacio, considera la necesidad de estudiar con detenimiento, lo que va a formar la segunda sección de su estudio: la naturaleza del fin de la nulidad, o idea del fin; estudia pues el medio en que la nulidad se genera, las causas y la naturaleza de aquélla llegando por último a una conclusión, que forma en la última parte de su teoría.

En lo que ha formado la primera parte del estudio de Japiot, se crítica intensamente a la teoría tradicional, afirmando que se aparta de la realidad cuando establece determinados apartados o divisiones, meramente teóricos y cuando en ellos, de una manera tajante, se llega a incrustar cualquier caso que se presente; es decir, dentro de la inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, se hacen entrar a todos los actos jurídicos imperfectos, agregando, que si bien existen casos a los que se puede denominar "tipo", también se dan otros en los que se encuentran características especiales y que los harán imposibles de encajar en una de las divisiones clásicas. Afirma nuestro autor que "como la rigidez de la teoría clásica no responde a las exigencias tan variadas de las especies concretas, en presencia de las cuales se encuentra la práctica, es a propósito de cuestiones más particulares, donde el interés de nuestra materia revela de una manera más palpable su carácter de actualidad" y, sigue diciendo, "en razón, no se sabe el por qué los diversos problemas y situaciones han de ser solidarios, porque por ejemplo, declarándose a priori inseparables las cuestiones de confirmación y de extensión de la nulidad, el derecho por una parte de renunciar a invocar la nulidad en esa hipótesis concreta con tal persona determinada, dependería del número más o menos importante o considerable de individuos que podrían prevalerse de la nulidad; las soluciones de la teoría clásica termina afirmando, son absolutas en demasía" (11).

La naturaleza del fin en la nulidad nos la hace conocer el autor, afirmando que la nulidad es una sanción, que no tiene otra utilidad ni razón de ser que asegurar la observancia de la regla que sanciona, para que si esta es violada se pueda reparar de la mejor manera posible dicha violación, preservando contra las consecuencias de ellas los intereses que la regla violada protege.

Agrega el precitado autor, que establecer, como lo hace la teoría clásica, dos clases de normas, las de interés público y las de interés privado, es desconocer el conjunto y lo complejo de los intereses que forman

la vida jurídica y así cree que es punto menos que imposible, tratar de resolver todos los problemas llevando a cabo la división referida tantas veces.

Ligada esta noción sobre el fin de la nulidad, encuentra Japiot el estudio sobre el medio. Afirma que llegaría a constituir solamente una visión parcial de la nulidad el no tomar en cuenta el medio, dentro del que se ha de generar esa nulidad y, de esta manera, estudiarlo.

Nos encontramos aquí ante la necesidad de conocer a aquellos sujetos a los que llega a afectar la nulidad pues no siempre han de ser, matemáticamente, los mismos, sino que en veces afectará a ciertas personas, mientras que en otras repercutirá esta nulidad en un conjunto de sujetos y esta es la razón por la cual habrá que estudiar, en cada caso, los intereses afectados y tratar de armonizarlos de la mejor manera sin tomar en cuenta a la nulidad, exclusivaemnte como una sanción por vicio de la voluntad, violación de normas prohibitivas o defecto de forma.

En la parte siguiente de esta teoría se reconoce que las causas de la inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa en la Doctrina Clásica, se han de encontrar respectivamente en la falta de un elemento esencial, la violación de una norma de interés público y, por último, en la incapacidad, los vicios de voluntad o un defecto de forma. Después de reconocer lo expuesto, niega que haya en esencia una base para establecer la dualidad de las nulidades, pues afirma que constituye uno de los más arduos problemas del derecho el investigar si en determinada situación han sido violadas normas que resguardan interés público o bien que impartan su protección directa a intereses privados. Hace ver, Japiot, que pueden existir normas con el carácter de prohibitivas que protejan un interés privado y viceversa, es decir, casos en los que el interés social no está resguardado, con exclusividad, por normas prohibitivas y agrega, que en estos casos la teoría clásica se puede encontrar desconcertada.

Es en esa crítica en la que se basa para suponer que se debe anular el criterio que sigue la teoría tradicional, y, en vez, de encajonar cada caso en una de las gavetas prefabricadas por la teoría clásica de las nulidades, estudiar cada uno de ellos refiriéndonos a la ley e investigar si existe o no prescripción y confirmabilidad deteniéndose en los caracteres para llegar a establecer, esto de conformidad con el ordenamiento jurídico, la mayor o menor ineficacia de que habrá de estar afectado el acto.

Concluye Japiot su teoría afirmando, que "todo concurre a descartar el procedimiento de soluciones en bloque practicado por la Doctrina Clásica; todo concurre a recomendar una teoría más especializada" y en esto hace hincapié a lo largo de su teoría, "esta especialidad, termina diciendo, aunque a primera vista parezca paradójica, es en cierto modo el rescate de la generalidad de nuestra teoría, porque ella se impone por la extensión misma de los intereses que queremos tener en cuenta, para establecer esta teoría más especializada, un solo procedimiento es practicable: el de

las soluciones distintas para cada problema”, lo cual, insistimos ha sido su principal preocupación en la exposición de su teoría.

Existen, como ya antes apuntábamos otros autores que también han hecho la crítica de la teoría clásica de las nulidades, muchos de los cuales situándose en igual o parecido punto de vista que Japiot, y así nos queda mencionar aunque sea instantáneamente, por la brillantez con que fué expuesta, la teoría de Piedelièvre.

Es así como Piedelièvre, comienza por atacar ese principio romano que afirma: “aquéllo que es nulo producirá efectos nulos”, puesto que, en algunos casos un acto nulo sí engendrará algunos efectos. Sigue estructurando su teoría cuando afirma que se debe estudiar y precisar el medio en el cual el acto nulo se realiza, recomendación que si hemos de recordar ya encontrábamos con Japiot, pues hay circunstancias que pueden hacer que se reduzca el efecto de la nulidad, circunstancias que pueden ser, por ejemplo, la buena fe y la protección a intereses de terceros.

LEGISLACION REFERENTE A NULIDAD E INEXISTENCIA EN NUESTRO DERECHO.

CODIGO DE 1928.—Al estudiar la Nulidad en nuestro Código Civil de 1928, nos encontramos con que el primer precepto que se refiere a nuestro tema es el artículo que lleva el número 8, el cual está situado dentro de las “Disposiciones Preliminares” y a la letra dice: “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”.

El Ordenamiento citado tiene su raíz en el artículo 7º del Código Civil de 1884, el cual, a su vez, no hace sino reproducir el que lleva el mismo número en el Código de 1870 y que dice: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa”.

A este respecto, en la exposición de motivos de los cuatro libros del precitado Código Civil de 1870, se manifiesta que “la renuncia de las leyes en general es perniciosa, por sus efectos: es inmoral, porque puede ser arrancada por la violencia u obtenida por el dolo; es absurda porque por ella se colocan, el que la pide y el que la hace, fuera de las reglas que la sociedad ha establecido. Es por tanto necesario el artículo que prohíbe dicha renuncia. Y como aún sobre la parcial se han agitado largas cuestiones entre los jurisconsultos, se ha admitido la opinión más general, que sin autorizar expresamente la renuncia de las leyes preceptivas, castiga con pena de nulidad la de las prohibitivas, a no ser que ellas mismas dispongan lo contrario, sea como regla general, sea como excepción que deba regir sólo en determinado caso”.

No especifica el artículo y al hablar de artículo nos estamos refiriendo aquí al estudiado exclusivamente en los Códigos de 70 y 84, a que clase de nulidad se está refiriendo por lo que se entiende que habrá que averiguar, correspondiendo al fin que se ha propuesto el legislador, la especie de nulidad que deberá entenderse.

Estos Códigos, el de 70 y 84 aparte de este precepto que hemos aludido contienen, el de 70 en su Libro Tercero un Título, el Quinto, denominado “de la rescisión y nulidad de las obligaciones” y el de 84, en el Capítulo II del Título V, del Libro III, se refiere a la nulidad de las obligaciones.

Ahora bien, nuestro actual Código habla ya en su artículo octavo, de las leyes prohibitivas o de interés público y notamos que estas palabras no existían en los preceptos de los códigos anteriores, sin embargo, de-

bemos hacer notar que en el artículo sexto, los dos Códigos anteriores emplean sinonimamente los términos leyes prohibitivas y de interés público, cuando dicen textualmente que “ni tiene eficacia alguna la renuncia de las leyes en general, ni en especial de las leyes prohibitivas o de interés público”.

El Código que actualmente rige, contiene en su libro IV “de las obligaciones”, un Título, que es el sexto, dedicado a la “inexistencia y a la nulidad” de dichas obligaciones, siguiendo de cerca la teoría de las Nulidades de Bonnecase y es así como podemos encontrar la distinción entre inexistencia y nulidad, primero y después entre nulidad absoluta y relativa y, esto lo encontramos en los artículos que a continuación citamos:

Artículo 2224.—“El acto jurídico inexistente por la 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”.

La inexistencia encontramos que se caracteriza aquí por la carencia de un elemento esencial y de efectos.

Artículo 2226.—“La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente cuando se pronuncié por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción”.

Es así como en este precepto se fijan los caracteres de la nulidad absoluta, mientras que el siguiente artículo se refiere a la nulidad relativa.

Artículo 2227.—“La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos”.

Fija este artículo la nulidad relativa por exclusión, es decir, cuando un acto nulo no contiene en sí las características que se señalan como propias de la nulidad absoluta, este será nulo relativamente. Además este artículo fija claramente la cualidad de que el acto que es afectado por la nulidad relativa siempre produce, aunque sea provisionalmente, sus efectos.

Artículo 2228.—“La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad, relativa del mismo”.

En este artículo señala nuestro Código algunos casos de nulidad relativa.

El artículo 1830 fija la ilicitud en un hecho, afirmando que “es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”. Al remitirnos al artículo 2225 encontramos que esa ilicitud puede producir tanto la nulidad absoluta como la relativa y que esto lo dispondrá la misma ley.

Artículo 2225.—“La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición

del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”.

Es este momento cuando nos encontramos con el problema de que si la ley no contiene expresamente la disposición a que se refiere el precitado ordenamiento 2225, tendremos por necesidad, que investigar la intención del legislador, es decir, si ha tratado de que se imponga una nulidad absoluta o de que ésta sea sólo relativa.

Así entendemos como es necesario llegar a calificar las leyes prohibitivas, “ya que, según la importancia de los fines que la ley se propone entender y según la naturaleza de la violación, la ley prohibitiva varía de intensidad y mide su sanción contra el acto ilícito. Ordinariamente la ley prohibitiva es impulsada por un interés general, de orden público, ésto es, tiene por objeto la protección del orden jurídico, y asume un carácter rígido e inflexible imponiendo la pena más grave de que puede disponer: la nulidad. Otras veces la violación es más leve, los intereses en juego son particulares y se refieren a determinadas personas que son en substancia los verdaderos jueces del daño que resienten por la violación; en éste caso la ley no quiere sustituirse a la voluntad privada, no quiere coactivamente hacer que se infiera la ineficacia del acto, sino que al contrario procura evitarlo en cuanto es posible, siendo la nulidad siempre el mal en la vía jurídica y una causa de perturbación en las relaciones económicas, entonces hace depender la ineficacia del contrato de la instancia o impugnación de las partes lesionadas; tenemos entonces la anulabilidad” (12).

Como podemos notar a simple vista nuestra ley sigue muy de cerca, como volvemos a repetir, la teoría que elaboró Bonnacase y si bien en los artículos que hemos estudiado se llega a delinear con claridad dicha tesis, no por eso es impertinente que aquí se transcriban los demás ordenamientos que encontramos en el título sexto de la primera parte, del Libro IV del Código Vigente, relacionado con la inexistencia y la nulidad.

Artículo 2229.—“La acción y la excepción de nulidad por falta de forma competen a todos los interesados.

Artículo 2230.—“La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz.

Artículo 2231.—“La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida”.

Artículo 2232.—“Cuando la falta de forma 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”.

Artículo 2233.—“Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de la nulidad, siempre que no concurra otra causa que invalida la confirmación.

Artículo 2234.—“El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación, o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad”.

Artículo 2235.—“La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero”.

Artículo 2236.—“La acción de nulidad fundada en incapacidad o en error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638. Si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fué conocido.

(Artículo 638.—“La acción para pedir la nulidad prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende”).

Artículo 2237.—“La acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por violencia, prescribe a los seis meses contados desde que cese ese vicio del consentimiento”.

Artículo 2238.—“El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo, si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo íntegramente subsistiera”.

Artículo 2239.—“La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado”.

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

Artículo 2241.—“Mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello que en virtud de la declaración de nulidad del contrato está obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte”.

Artículo 2242.—“Todos los derechos reales o personales transmitidos a tercero sobre un inmueble, por una persona que ha llegado a ser propietaria de él, en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual mientras que no se cumpla la prescripción, observándose lo dispuesto para los terceros adquirentes de buena fe”.

LA FORMA DE LOS CONTRATOS.—NUESTRO CODIGO CIVIL. ANTECEDENTES:

Al acercarnos para analizar detenidamente un contrato, encontraremos, como es de nuestro conocimiento, que está formado por ciertos ele-

mentos esenciales que lo estructuran.

Los elementos a que nos estamos refiriendo en el párrafo anterior son: a).—El consentimiento; b).—El objeto; c).—El fin o motivo y, en ciertos casos; d).—La forma del consentimiento.

Sobre este punto que estudia los elementos esenciales que se encuentran en la estructura de un contrato, nos encontramos con que existen diversos criterios al respecto, a través de distintas codificaciones.

El Código de Napoleón, por ejemplo, afirma que cuatro son las condiciones esenciales para la validez de un convenio y ellas son, primero: el consentimiento de la parte que se obliga; segundo: su capacidad de contratar; tercero: un objeto cierto que forma la materia de la obligación y cuarto: una causa lícita en la obligación.

El Código Portugués mientras tanto, afirma que sólo se requieren para que el contrato se califique de válido, las condiciones siguientes: a) capacidad de los contratantes; b) mutuo consentimiento y c) objeto posible. Notamos aquí, pues, que la Legislación Portuguesa reduce los elementos esenciales del contrato a tres.

García Goyena, en el Proyecto de Código Español asevera que “para la validez de los contratos son indispensables los requisitos siguientes: primero.—Capacidad de los contrayentes; segundo.—Su consentimiento; tercero.—Objeto cierto que sirva de materia a la obligación; cuarto.—Causa lícita de la obligación y quinto.—La forma o solemnidad requerida por la ley”. Aquí nos encontramos con que la Legislación Española ha encontrado en el contrato cinco elementos, tomando cuenta ya, en el Apartado Quinto, a la forma como uno de los elementos esenciales.

Nuestro Código de 1870, en su Artículo 1395 afirma que “para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones; primero: Capacidad de los contrayentes; segundo: Mutuo consentimiento y tercero: Objeto lícito”.

El Código de 1884 adiciona a ese precepto arriba aludido, tomando ya en cuenta a la forma, como elemento básico del contrato y así es como dice, en su artículo 1289, que “para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: primero.—Capacidad de los contrayentes; segundo.—Mutuo consentimiento; tercero.—Que el objeto materia del contrato sea lícito; cuarto.—Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley”.

Ahora bien, si llegamos hasta nuestro Código Vigente nos vamos a encontrar con que él establece la distinción entre los elementos esenciales, requeridos para la existencia de un contrato y los que sólo se exigen para su validez, lo cual se colige de sus artículos 1794 y 1795, que a continuación transcribimos:

Artículo 1794.—“Para la existencia del contrato se requiere:

I.—Consentimiento:

II.—Objeto que pueda ser materia del contrato”.

Artículo 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, su motivo o fin, sea ilícito;

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

Así pues, hemos de fijar nuestra atención en que, el ordenamiento que acabamos de transcribir, establece “la forma” como uno de los elementos de validez de los contratos que por ley la requieran, sin la cual pueden ser tachados éstos de invalidez.

En la enumeración que al principio de ésta parte de nuestro estudio hemos llevado a cabo, de los elementos del contrato, encontramos como al primero de ellos: el consentimiento; el consentimiento se hace consistir en un acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior.

Nuestro Código Civil en vigencia, considera en su artículo 1824, que son objetos de un contrato: la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer y habla el ordenamiento citado de las características que debe tener dicho objeto y así si es una cosa el objeto del contrato, esta debe existir en la naturaleza, ser determinada o en último caso determinable en cuanto a su especie y debe de estar en el comercio. Si es un hecho, el objeto, ya sea que deba ser positivo o negativo siempre debe de considerarse que tendrá que ser lícito y posible.

Al llegar al estudio del tercer elemento esencial, el motivo o fin del contrato, debemos decir que nuestro Código al seguir de cerca la teoría elaborada por Bonnacase, deja a un lado el uso del término “causa”, pues se considera que no es propio y se decide a usar para la designación de este elemento la palabra “fin” o “motivo determinante de la voluntad”. (Artículo 1831.—“El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”).

Bonnacase afirma (13) que se identifica la noción de causa con la de motivo de la tesis clásica. La voluntad es inseparable de los móviles, de toda especie, a los que obedece; la causa es un aspecto de la voluntad de un efecto propio, es el fin concreto que los autores del acto jurídico se esfuerzan por alcanzar, es un objetivo concreto, mediato, susceptible de ser diferente en los actos jurídicos de la misma categoría, es, en fin, dice, el móvil determinante.

El artículo 1831, que acabamos de transcribir, nos indica que ese

objetivo, ese móvil determinante, nunca debe ser contrario a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.

En último lugar nos vamos a encontrar, como cuarto elemento esencial, en ciertos contratos a "la forma".

Si el contrato es un acuerdo de voluntades hemos de estar anuentes a considerar que, siempre, esas voluntades han de necesitar un medio para llegar a exteriorizarse y, ya en el exterior, ser conocidas por las partes contratantes y así lograr obtener un acuerdo entre ellas.

No se puede llegar a pensar en un contrato, sin que existan ciertas voluntades que han llegado al exterior y, esa manera, ese modo de llegar al exterior, al mundo tangible es lo que se denomina forma.

Es decir, consideramos que la forma no es sino la afloración materializada de la voluntad, es esta voluntad que se ha revestido de un modo material. La forma, diremos, es el mismo elemento encontrado en primer lugar, o de él nace, del consentimiento, pero dotado de materialidad, teniendo la propiedad de trascender al mundo sensible y poder llegar, de esta manera, al conocimiento de otro sujeto.

Pues bien, en algunos casos la ley ha consagrado para cierto tipo de contratos una determinada manera de exteriorizar la voluntad, es decir, una forma determinada, sin la cual la ley niega validez a aquellos contratos en los que la está exigiendo.

Sin embargo y como ya hemos hecho ver en exposiciones anteriores, en nuestro derecho la forma exigida para los contratos es limitativa ya que no en todos los contratos se exige una cierta forma sino sólo exclusivamente en los que, específicamente, señale la ley. Esto es fácilmente deducible del artículo 1796 de nuestro Código Civil cuando en su primera parte nos dice: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; *excepto* aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley". Y refuerza este criterio la simple lectura del artículo 1832, del mismo Código, al expresar que: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, *fuera de los casos expresamente designados por la ley*".

LA FORMA EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA

Creemos que no es posible llegar a comprender con profundidad el espíritu de una legislación, el sentido de una ley, si no es que llegamos a conocer las fuentes generadoras, las bases, los antecedentes del preceptuado requerido.

Es por esta causa que sí hemos de referirnos en particular, a la forma en nuestra legislación, sabremos que las tesis por las que se encuentra influenciado nuestro ordenamiento legal, las teorías fundamentales que han servido de base para elaborar la nuestra propia, han sido las tesis, las teorías, sustentadas en la legislación española y en la legislación francesa y es sólo por tratar de llegar a penetrar el sentido de nuestra ley, en cuanto habla de la forma, por lo que nos hemos atrevido a incursionar por los campos de legislaciones extranjeras, pero no extrañas, como son la española y la francesa arriba aludidas.

Antes de que nos decidamos a enfocar el problema de la forma y su falta, en la actual legislación española y, para conocer, aunque sea muy someramente su criterio en este asunto y las bases de ese criterio, debemos retrotraer nuestro estudio, siquiera brevisísimamente a los antecedentes que han existido respecto del tema referido.

Es así como llegamos a decir que Roma dejó su huella en el sistema de derecho preponderantemente formalista, pero éste fué moderándose al dejar infiltrarse al Derecho Canónico y en cierto modo, se dice, las tendencias germanas, hasta el grado que el consentimiento, frente a la forma, cobra su importancia llegando aún a predominar y, así, al encontrarse estos dos sistemas, formal y consensual, en el Código de las Partidas, llega a ser más poderoso el último de los nombrados.

Después al encontrarnos con el Ordenamiento de Alcalá tendremos que fijar nuestra atención en la Ley Unica de su Título Dieciséis el cual afirma que "Paresciendo que se quiso un ome obligar a otro por promisión, o por algún contrato o alguna otra manera, sea tenuto de aquellos a quienes abligó é, non pueda ser puesta excebción que non fué fecha estipulación, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho; ó que fué fecha la obligación del contrato entre absentes; ó que fué fecha a escribano público, ó a persona privada en nombre de otro entre absentes; ó que se obligó uno a dar ó de facer alguna cosa a otro; más que sea valedera la obligación o el contrato que fuéren fechos en cualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar a otro, e facher contrato con el".

Es así como la lectura de ésta Ley Pública nos convence de que el sistema consensualista es el adoptado plenamente, sin reparos y válganos lo que acabamos de afirmar también en lo que respecta a la Novísima Recopilación puesto que en la Ley Primera, Título Primero, del Libro Diez, reproduce la Ley transcrita del Ordenamiento de Alcalá.

En 1829 y después de que se había combatido el Sistema Consensualista Español, aduciendo, entre otras cosas las dificultades de prueba, el Código de Comercio se inclina decididamente por el formalismo y exige forma escrita o mayores solemnidades para la mayoría de los contratos, culminando la aceptación de ésta tesis en los artículos 235, 236 y 238; en el segundo de los citados sanciona la falta de forma cuando es requerida, con nulidad y, en el tercero asienta que "Los Contratos por mayor cantidad que las que van designadas en el artículo precedente (de mil o tres mil reales, según los casos), se reducirán necesariamente a escritura pública o privada sin lo cual no tendrán fuerza obligatoria civil".

Sin embargo, regresando a la materia civil el Sistema Formalista influyó de una manera definitiva en el proyecto de 1851 y es así como llega a asentar la teoría de que cuando la ley exige expresamente una forma determinada para cierta especie de obligaciones, no serán éstas válidas si se otorgaren en una forma diferente y, en seguida cuando había dejado asentado esto que era indudablemente contrario a lo que afirmaba la legislación, exigía la forma escrita para contratos o liberaciones que tuviesen cuantía superior a cien duros y muchas veces esa exigencia llegaba hasta exigir escritura pública.

Así pues, se podría pensar que en éste sentido, la legislación española cambiaría de rumbo y volvería a tomar como bandera el formalismo, lo cual no llegó a suceder, pues el Código hizo a un lado esta tendencia, contenida en el Proyecto antes mencionado y siguió, como más adelante comprobaremos la corriente que le señalaba la tradición hasta ese momento, la cual era la del sistema que le daba preponderancia al consentimiento sobre la forma.

El Código Civil Español dedica el capítulo II de su Título II, del Libro IV, a los requisitos esenciales que se han de encontrar en los contratos para que se consideren legalmente válidos y así es como el artículo 1261, expresa literalmente que "no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1º—Consentimiento de los contratantes;
- 2º—Objeto cierto que sea materia del contrato y,
- 3º—Causa de la obligación que se establezca".

Es así, como enumera aquí los elementos esenciales y comunes de los contratos, autorizando en el artículo 1255, con la libertad de contratación, los elementos que se pueden considerar como accidentales, los cua-

les, se llega a comprender con la simple lectura del artículo citado, son muy variados" (artículo 1255.—"Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público").

Así pues al estudiar este artículo no nos cabrá duda de que la enumeración que hace de los elementos esenciales no es ejemplificativa si no excluyente y de ésta manera hemos de confesarnos que no se cuenta a la forma entre los elementos a los que estamos haciendo referencia y, se dice, que ni aún implícitamente considera el Código a la forma como uno de los precitados elementos esenciales y se arguye esto porque ni en los artículos 1279 y 1280, se puede llegar a entender la forma como requisito esencial, artículos que inmediatamente después enunciaremos, restándonos en este momento decir que la forma, en el ordenamiento de que se trata tiene dedicado un Capítulo aparte, del que pronto nos ocuparemos siendo esto otra prueba de que se dá a la multicitada forma otro carácter que no encaja con el de elemento esencial del contrato.

El capítulo siguiente del que hasta ahora hemos venido tratando, o sea el capítulo III dedica su atención a "la eficacia de los contratos" y está compuesto por los artículos 1278, 1279 y 1280, los que creemos importante transcribir en este momento en nuestro estudio.

Artículo 1278.—"Los contratos serán obligatorios *cualquiera que sea la forma que se hayan celebrado* siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez".

Artículo 1279.—"Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura o alguna otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, *los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma* desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez".

Artículo 1280.—"Deberán constar en documento público:

1º—Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles;

2º—Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero;

3º—Las capitulaciones matrimoniales y la constitución y aumento de la dote, siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas;

4º—La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal;

5º—El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escrituras públicas, o haya de perjudicar a tercero;

6º—La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública;

También deberán hacerse constar por escrito aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de mil quinientas pesetas”.

Ahora bien, el artículo 1258 dice: “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” y es de notar que queda asentada la preponderante influencia del consentimiento, correspondiendo a los artículos 1278 y 1279, ya transcritos, fijar, con desenvolvimiento la tesis consensualista, dándole definitivamente un lugar principal al consentimiento en el sistema de la contratación aceptado y, es así como éste no hace consistir su carácter primordial en la exigencia tajante de forma especial para concederle eficacia a un contrato. Sin embargo, repetimos, éste sistema de predominio consentimiento sobre forma, no es obstáculo para que esa forma sea exigida en ciertos contratos y así es como deberemos entender la aparición del transcrito artículo 1280.

Es de ésta manera como hemos de llegar a la conclusión de que, siguiendo los lineamientos trazados por anteriores legislaciones, aludimos ya al Ordenamiento de Alcalá, la actual legislación española se inclina por el sistema consensualista en sus contratos. Esta tesis es la que en nuestro concepto debemos aceptar como general y como excepciones a ella encontraremos los casos previstos en el tantas veces citado artículo 1280.

Para corroborar lo dicho no hemos si no de recordar al artículo 1278, que arriba hemos transcrito y el cual como vimos afirma que los contratos serán obligatorios *cualquiera que sea la forma* en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez y, ya dejamos apuntado, que en la legislación estudiada, la forma no entra a formar parte de esas condiciones esenciales a que se refiere el artículo citado.

Un comentarista del Código Civil Español (14) afirma que “el artículo 1279 prevee el caso de que sea necesaria una forma especial para hacer efectivas las obligaciones y faculta a las partes para que puedan exigir que se llene aquella, no como requisito del contrato, dice, sino como uno de tantos efectos del que para producirse supone la existencia y eficacia del convenio anteriores a la forma e independientes de ellas”. Y al hablar de este último tema se expresa de esta manera: “todavía con ser tan claro el texto legal y tan evidente su sentido, podría haberse violentado éste, entendiendo que el consentimiento sin la concurrencia de las formas exigidas, sólo daba una acción preparatoria para pedir el cumplimiento de aquella y que antes de llenarse este requisito externo no había un contrato con eficacia completa. Pero la jurisprudencia a hecho imposibles esas interpretaciones, e inspirándose en la tradición y en el ver-

dadero sentido del precepto legal, ha expresado el espíritu de éste en importantísimas aclaraciones”.

Es necesario tomar ahora muy en cuenta estos criterios, porque al estudiar los que rigen nuestra legislación los hemos de interpretar y comparar, tomando a la legislación española, en lo que cabe, tanto como antecedente a la mexicana, cuanto como legislación unitaria con su propio criterio.

LA FORMA EN LA LEGISLACION FRANCESA

Cuando acabamos de dar, por lo menos una idea de la teoría que regula la forma en la Legislación Española, hemos de recapacitar que si nuestro derecho se nutre del Derecho Español, en ésta materia, así mismo ha acudido al Derecho Frances siendo éste, pues, la otra raíz que encontramos en el estudio de la "forma" en nuestra ley.

De la misma manera que actuamos al referirnos al Derecho Español debemos contemplar, aunque sea vertiginosamente, el panorama histórico, los antecedentes que existen en la Legislación Francesa en esta materia referente a la forma y para llevar a cabo nuestro propósito seguiremos, por principio de cuentas a Planiol y Ripert (15).

Nos dicen los autores referidos que en las legislaciones primitivas "el derecho es un procedimiento: la voluntad humana es impotente, por sí misma, para engendrar la obligación. En el Derecho Romano el modo normal de obligarse era la estipulación, consistente en una pregunta y una respuesta hechas en *forma solemne*. No obstante la atenuación del vigor primitivo, no obstante el reconocimiento de los contratos formados y de los cuatro contratos consensus y, posteriormente, de los pactos sancionados y de los contratos inominados, siempre fué regla general: "ex nudo pacto actio non nascitur". Hasta aquí encontramos lo que ya anteriormente hemos notado, lo que podemos llamar fuentes estrictamente originales de nuestro derecho, estaban dominadas por la formalidad estricta, negando, casi sistemáticamente, valor alguno al consentimiento que no estaba revestido de la mencionada forma.

Siguen diciéndonos los tratadistas citados que las invasiones bárbaras impusieron un retorno al formalismo más arcaico y que los ritos que componían ese formalismo se llegaron a convertir en símbolos y, con posterioridad en medios probatorios sin que hubieran llegado a desaparecer por completo. Esto para nosotros es el momento en que la forma, desde un punto de vista estricto, ha llegado a su cúspide, desentendiéndose de todo lo que fuera consensu y atendiendo exclusivamente a los signos exteriores, materializaciones, muchas veces incompletas y aún desviadas, del verdadero consentimiento.

De aquí al seguir la obra que estamos estudiando, encontramos que se nos dice que en el "muy antiguo derecho, la gran variedad de formas para contratar originó, en la práctica de los escribanos y de los contratantes ignorantes, el decaimiento del respeto a las formas", es claro en la práctica entendemos que sería imposible sostener en todo momento las rígidas

reglas de una formalidad inflexible, sobre todo como se nos hace ver en las transacciones que se llevaban a cabo día a día y en las gentes ignorantes del derecho de esa época y "así vemos que desde mediados del siglo XIII ciertos juristas del derecho consuetudinario, empezaron a afirmar que la "fe humana", es favorable a la observación de los simples convenios pero la resistencia ofrecida por los romanistas, muy apegados a la tradicional contraposición entre los contratos nominados, que se formaban sólo consensu y los simples pactos y contratos nominados que se formaban por la cosa, retardó por bastante tiempo el triunfo del principio solus consensus obligat. Pero desde principio del siglo XVI era usual para los prácticos y en el siglo XVII quedó definitivamente consagrado por Loysel y Domat". Esta es la reacción clásica que encontramos en el derecho, es decir, en contra del formalismo supremizado se levanta el consensualismo, ya que, como dejamos atrás apuntado es imposible sostener que en la práctica, en la vida diaria, se respeten con exactitud las formas, más cuando éstas han llegado a extremarse.

Hasta aquí nuestros autores Planiol y Ripert, han hecho una relación histórica de la forma; pero hemos llegado en estos momentos a encontrarnos frente a la legislación actual en la cual notamos una reacción a la última influencia que hemos estudiado en el desarrollo histórico referido y, es de ésta manera, como agotaremos aquí los comentarios que sobre esa reacción y la actual teoría sostienen los autores estudiados en estos momentos, para después conocer las opiniones de otros maestros franceses y, al final, recordar brevemente algunas disposiciones del derecho positivo galo.

Así pues, los precitados juristas afirman que hubo un renacimiento de formalismo en el derecho moderno, pues se encontró con que el sistema consensual, muy a pesar de sus cualidades, no se hallaba exento de serios inconvenientes. "Cuando los contratos se hallan desprovistos de toda formalidad las complicadas relaciones que se producen en una civilización avanzada multiplican para las partes, muchas veces poco expertas, y para los terceros, los riesgos de error o fraude. Independientemente de las facilidades que ofrece en cuanto a la prueba, el formalismo ampara a las partes contra los riesgos inherentes a la operación, ya sea por su precisión un tanto rígida, sea por la intervención de un funcionario público capacitado para aconsejarlas. Además, proporciona una garantía muy valiosa para los terceros interesados en conocer la existencia del contrato". A base de estas elucubraciones siguen, los maestros estudiados dando las razones por las que no ha podido prevalecer un consensualismo exagerado, haciéndonos ver que sería orillar al caos a la sociedad en que actualmente vivimos puesto que las relaciones son intensísimas y que, sería imposible, estar al sólo consentimiento en cada una de ellas. Es claro que no se declaran por un formalismo exagerado, ni mucho menos, pero sí nos hacen comprender que del consensualismo al formalismo moderado,

nuestra época debe preferir éste último ya que dá más fijeza y claridad a la multitud de operaciones sociales, que se llevan a cabo a cada instante y así, terminan diciendo al referirse a éste punto, que "no es de lamentar esa evolución siempre que refuerce las garantías en cuanto a ciertas transacciones sin estorbarlas demasiado; la coexistencia de los actos consensuales y de los sujetos a un formalismo más o menos riguroso, dotados cada uno de un dominio propio, responde mejor a las necesidades complejas de nuestra civilización moderna que el imperio exclusivo de uno sólo de ellos.

Ahora bien, con referencia a éste tema estudiado, encontramos que Laurent en su curso de Derecho Civil se expresa de la siguiente manera (16): "La división de los contratos.

Nos encontramos ahora los contratos solemnes y no solemnes. El Código ignora estos términos, pero él consagra la doctrina, ya que son la expresión de ella. Hay contratos que no existen hasta que son revestidos de acta notarial, en las formas prescritas por la ley; estos son la donación, el contrato de matrimonio y la hipoteca. Se llaman solemnes porque la solemnidad es una condición de existencia del pacto Art. 1339. Los otros contratos son no solemnes, éstos son los que existen independientemente de todo escrito; el acto que no está dotado no sirve más que de prueba, cuando el acto es nulo, el contrato solemne es inexistente, mientras que la nulidad de un escrito que constituye un contrato no solemne no entraña la nulidad del pacto, todo lo que da por resultado es que no habrá una prueba literal del contrato, pero a las partes se les admitirá que establezcan la existencia de pruebas por otros medios legales.

Tratándose de contratos solemnes, nos preguntamos porque la ley ha subordinado su existencia a ciertas formas. Es que la ley ha decidido para la donación, los pactos matrimoniales y la hipoteca, las partes interesadas pueden hacerlo por medio de otros contratos; son libres de estipular que el contrato no existirá más que si está otorgado en la forma auténtica; en ese caso el contrato no existirá para nada si el acto es nulo en la forma. Todo en esta materia depende de la intención de las partes contratantes. Naturalmente es a aquellos que sostienen que las partes han decidido hacer de la forma una condición de existencia del contrato, los que deben hacer la prueba; esta intención debe ser expresada, en el sentido de que no deba haber ninguna duda sobre la voluntad de las partes. Es una excepción al derecho común y las excepciones deben ser formalmente estipuladas.

La solemnidad es la última condición exigida para la existencia de ciertos contratos llamados solemnes. ¿Cuál es la razón? En los contratos solemnes, la solemnidad es la *condición* con el consentimiento, en este sentido el consentimiento es lógico que no puede existir cuando no se ha expresado en la forma legal.

La cuarta condición es aquella, que en realidad, es idéntica a la

primera. El código consagra esta doctrina en el artículo 1339 cuando la donación es nula en la forma, el donante no puede confirmarla, ya que no se confirma absolutamente nada o cuando el valor de la donación no se manifiesta legalmente, no hay consentimiento y sin consentimiento no hay contrato. Si el donante tiene realmente la voluntad de dar, debe reha- cer la liberalidad en la forma legal”.

Y por fin hemos de llegar a conocer una última opinión, en este asunto, cuando al consultar el Código Civil anotado, obra de Fuzier Her- mal, en edición reformada por René Demogue (17), encontramos que afirma que el artículo 110 del Código Civil Frances, contiene la tesis sos- tenida en dicha legislación, al glosar este artículo diciendo que “es un principio de nuestro derecho moderno que el consentimiento de las partes sea suficiente para comprometerlas. Mientras tanto, después de medio si- glo, la complicación de las relaciones sociales ha provocado un renaci- miento del formalismo. Un contrato es considerado solemne cuando la vo- luntad de las partes, expresadas en formas exteriores determinadas, no es suficiente para cumplirlas, la ley exige otras formalidades particulares en ausencia de aquéllas por las cuales se considera contrato nulo, así como las relaciones entre las partes”.

Volvemos a descubrir en las ideas expresadas inmediatamente antes la confesión de que las relaciones sociales múltiples y su complicación, han sido las causas por las que la forma ha vuelto a tomar fuerza, desplazan- do, hasta cierto punto, al consensualismo puro.

LEGISLACION POSITIVA.—Creemos que será necesario y de sumo interés que a continuación transcribamos ciertas disposiciones contenidas en el Código Civil Frances, algunas de ellas citadas con anterioridad y otras que nos servirán como base a un pequeño estudio que se podría ha- cer de Derecho Comparado entre la legislación estudiada y la nuestra vigente.

El Libro III del Código Civil Frances, “de los diferentes modos de adquirir la propiedad”, contiene en su Título III, “de los contratos y de las obligaciones” convencionales en general, un capítulo que es el II re- ferente a “las condiciones esenciales para la validez de las convenciones”. En este capítulo está comprendido el artículo 1108 que a la letra dice: “cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención:

El consentimiento de la parte que se obliga;
Su capacidad para contratar;
Objeto cierto que forme la materia del compromiso;
Una causa lícita de la obligación”.

En el capítulo III, “del efecto de las obligaciones” y en la Sec- ción Primera, “disposiciones Generales” encontramos el artículo 1134 que

dice: "los pactos legalmente formalizados tendrán fuerza de ley para aquellos que los han hecho.

No podrán ser revocados sino por mutuo consentimiento, o por las causas autorizadas por la ley.

Deberán ejecutarse de buena fe".

Y el artículo 1135 que ordena que "los pactos obligarán no sólo a lo que se exprese en ellos, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyan a la obligación según su naturaleza.

Ahora toca referirnos a los artículos en los cuales el Código Civil Frances exige ciertas formalidades en determinados contratos.

Artículo 1582.—"La venta es un contrato por el cual uno se obliga a dar una cosa y otro a pagarla.

Podrá hacerse por documento público o privado".

Artículo 1714.—"Los arrendamientos podrán hacerse por escrito o verbalmente".

Artículo 1834.—"Todos los contratos de sociedad deberán hacerse por escrito cuando su objeto sea de un valor que exceda de ciento cincuenta francos. No se admitirá la prueba testifical contra lo que contenga la escritura de la Sociedad y sobre lo que se alegue haberse dicho antes, en o después de aquélla, aún en el caso de tratarse de una suma de valor menor a ciento cincuenta francos".

Artículo 1223.—"El depósito voluntario deberá probarse por escrito. La prueba testifical no se admitirá para el valor que exceda de ciento cincuenta francos".

Artículo 1968.—"La renta vitalicia podrá constituirse a título oneroso mediante una cantidad en metálico, o por una cosa mueble apreciable o por un inmueble".

Artículo 1969.—"Podrá también constituirse, a título puramente gratuito, por donación inter-vivos o por testamento pero entonces deberá revestirse con las formalidades requeridas por la ley".

Artículo 1985.—"El mandato podrá otorgarse en documento público o privado y aún por carta.

Podrá también conferirse verbalmente, pero la prueba testifical sólo podrá admitirse con arreglo a lo prescrito en el título de los Contratos y Obligaciones Convencionales en general.

La aceptación del mandato podrá igualmente ser tácita y el resultado del cumplimiento que le haya dado el mandatario".

Artículo 2015.—"La fianza no se presume; deberá ser expresa y no podrá extenderse más allá de los límites del contrato".

(Por sentencias de veintiséis de mayo de mil ochocientos veintinueve y primero de febrero de mil ochocientos treinta y seis se estableció el criterio de que no porque el artículo 2015 indique que la caución deba ser expresa, por ésto se deduzca que deba ser escrita; su existencia, se dijo, puede probarse por testigos, cuando esta prueba es admisible se-

gún las reglas generales sobre la prueba de las obligaciones).

Artículo 2044.—“La transacción es un contrato por el cual las partes terminan una cuestión pendiente o impiden una que pueda nacer.

Este contrato deberá hacerse por escrito”.

Artículo 2073.—“La prenda conferirá al acreedor el derecho de hacerse pagar sobre la cosa que constituye su objeto, con privilegio y preferencia a los demás acreedores”.

Artículo 2074.—“Este privilegio no podrá tener lugar sino cuando existe un documento público o privado, debidamente registrado, que contenga la declaración de la suma debida, así como también la naturaleza y especie de las cosas dadas en prenda, o un estado anexo que indique sus cualidades, peso y medida.

La redacción del documento y su registro no se prescribirán, sin embargo, sino en materia cuyo valor pase de ciento cincuenta francos”.

Artículo 2075.—“El Privilegio expuesto en el artículo precedente, no se establece sobre los muebles incorporales como sucede con los créditos mobiliarios, sino cuando lo ha sido por escritura pública o privada, que haya sido también registrada y notificada al deudor del crédito dado en prenda”.

Artículo 2085.—“La anticresis sólo podrá establecerse por escrito.

El acreedor no adquirirá por este contrato más que la facultad de percibir los frutos del inmueble con obligación de imputarlos anualmente sobre los intereses si los hubiere, y después sobre el capital de su crédito”.

Artículo 2115.—“No tendrá lugar la hipoteca sino en los casos y según las formas autorizadas por la ley”.

Con esto damos por terminado el estudio que hemos venido haciendo acerca del Derecho Francés el cual, como hemos dejado asentado es uno de los troncos, el Español es el otro, de donde parten las ideas que han guiado a la Legislación Mexicana, en esta materia.

LA FORMA EN PARTICULAR A TRAVES DE LOS CODIGOS CIVILES MEXICANOS

Creemos que sería interesante la confección de un cuadro comparativo por lo que se refiere a la forma en particular, en la trayectoria de nuestro Derecho Civil codificado, es decir, nuestros Ordenamientos de 1870, 1884 y, el actual, de 1928, relacionando dicha forma con los contratos que en ellos se encuentran reglamentados, siendo esta la razón por la que nos hemos atrevido a confeccionar dicho cuadro comparativo que expondremos a continuación.

CODIGO DE 1870

Antes de hacer la citación directa de cada uno de los artículos y los contratos en particular, que se deben referir en esta parte de nuestro estudio debemos adelantar algo que después estudiaremos con un poco más detenimiento, es decir, hemos de afirmar que este Código sostiene una tesis consensualista respecto a la formación de los contratos y creemos, ese principio está fijado principalmente en los artículos 1395, 1405 y 1439, que transcribimos de inmediato, siendo, pues, las formas ordenadas meras excepciones a la regla general.

Artículo 1395.—“Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: Primera.—Capacidad de los contrayentes; Segunda.—Mutuo consentimiento; Tercera.—Objeto lícito”.

(En este mandamiento encontraremos, pues, que se excluye a la forma como requisito de validez en los contratos).

Artículo 1405.—(Dentro del capítulo “Del Consentimiento Mutuo”).—“Luego que la propuesta sea aceptada, quedará el contrato perfecto; menos en aquellos casos en que la ley exija alguna otra formalidad”.

Artículo 1439.—(Dentro del capítulo “De la forma externa de los contratos”).—“La validez de los contratos no depende de formalidad alguna externa; menos en aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa”.

Hecha esta anotación entramos de lleno al estudio de la forma en particular en los contratos”.

Contrato: “Fianza”.

No existe ningún artículo que regule la forma en este contrato.

Contrato: “Prenda”.

Artículo 1904.—“La prenda debe constituirse en instrumento público o ante tres testigos, si el valor de la obligación pasa de trescientos pesos.

Contrato: “Anticresis”.

Artículo 1928.—Este contrato es nulo, si no consta en escritura pública.

Contrato: “Hipoteca”.

Artículo 1979.—La hipoteca sólo puede ser constituida en escritura pública. Los notarios deberán declarar la hora del día en que se otorgó la escritura, bajo pena de pérdida de oficio”.

Artículo 1980.—“La hipoteca nunca es tácita; pero subsistir necesita siempre de registro, y se contrae por la voluntad en los convenios y por necesidad en los casos en que la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados: en el primer caso se llama voluntaria: en el segundo necesaria”.

Contrato: “Sociedad”.

Artículo 2357.—“El contrato de sociedad debe hacerse constar en escritura pública, siempre que su objeto o capital exceda en valor de trescientos pesos”.

Artículo 2358.—“La infracción del artículo que precede, anula el contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2354”.

(Artículo 2354.—“Si se formase de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, cada socio tendrá en todo tiempo la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y que se le devuelvan las cosas que halla llevado”).

Contrato: “Aparcería Rural”.

No existe ningún artículo que regule la forma en este contrato.

Contrato: “Mandato o Procuración”.

Artículo 2477.—“El mandato puede ser escrito o verbal”.

Artículo 2478.—“El mandato escrito puede otorgarse en escritura pública y con las demás solemnidades legales, o en instrumento privado”.

Artículo 2479.—“Llámase instrumento privado cualquier documento escrito por el mandante y cubierto por una sola firma; o escrito por otro y firmado por el mandante y otros dos testigos”.

Artículo 2480.—“Mandato verbal es el otorgado de palabra entre presentes, hallan o no intervenido testigos”.

Contrato: “Servicio Doméstico”.

No existe artículo que regule la forma en este contrato. Contrato: “del Servicio personal”.

No existe artículo que regule la forma en este contrato: Contrato: “de obras a destajo o precio alzado”.

Artículo 2590.—“Siempre que el empresario se encargue por ajuste cerrado de obra en cosa inmueble cuyo valor sea de más de cien pesos, se otorgará el contrato por escrito, incluyéndose en él una descripción pormenorizada, y en los casos que lo requieran, un plano o diseño de la obra.

Contrato: "De los porteadores y alquiladores".

No existe artículo que regule la forma en este contrato.

Contrato: "De aprendizaje".

Artículo 2651.—"El contrato de aprendizaje celebrado entre mayores de edad o en el que se interesen menores legalmente representados, se otorgará por escrito ante dos testigos. Si alguno de los interesados no supiere firmar, lo hará por él y en su presencia otra persona distinta de los testigos".

Contrato: "Hospedaje".

No existe ningún artículo que regule la forma en este contrato.

Contrato: "Depósito".

No existe ningún artículo que regule la forma en este contrato.

Contrato: "Secuestro".

No existe ningún artículo que regule la forma en este contrato.

Contrato: "Donación".

Artículo 2722.—"La donación puede hacerse verbalmente o por escrito".

Artículo 2723.—"No puede hacerse donación verbal más que de bienes muebles.

Artículo 2724.—"La donación verbal sólo producirá efectos legales, si el valor de la cosa no pasa de trescientos pesos".

Artículo 2725.—"Si el valor de los muebles donados excede de trescientos pesos la donación deberá otorgarse en escritura pública".

Artículo 2726.—"Si la donación fuere de bienes raíces, sólo podrá hacerse en escritura pública, sea cual fuere su valor; y no producirá sus efectos, si no desde que sea debidamente registrada".

Artículo 2727.—"En la escritura se hará constar específicamente el valor de cada mueble, las calidades del inmueble y las cargas y obligaciones que se imponen al donatario".

Artículo 2728.—"La aceptación debe hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efectos si no se hiciere en vida del donador".

Artículo 2729.—"Si la aceptación se hiciere en escritura diversa, se notificará en debida forma al donador y se anotará el acto en las dos escrituras".

Artículo 2730.—"El donatario debe, pena de nulidad, aceptar por sí mismo, o por medio de quien tenga su poder especial para el caso, o general para aceptar donaciones".

Contrato: "Comodato".

No existe artículo que regule la forma en este contrato.

Contrato: "Mutuo Simple".

No existe artículo que regule la forma en este contrato.

Contrato: "Mutuo con interés".

No existe artículo que regule la forma en este contrato.

Contrato: "De Seguros".

Artículo 2835.—"El contrato de Seguros es nulo si no se otorga en escritura pública".

Contrato: "Del Juego y de la Apuesta".

No existe ningún artículo que regule la forma.

Contrato: "Renta Vitalicia".

Artículo 2913.—"En los casos del artículo anterior se observarán, para la validéz y pago de la renta vitalicia, las disposiciones relativas a la solemnidad externa del acto en que se constituya".

(Artículo 2912.—"La renta vitalicia puede también constituirse a título puramente gratuito, sea por donación entre vivos o por testamento".)

Contrato: "Compra de Esperanza".

No existe artículo que regule la forma en este contrato.

Contrato: "De compra-venta".

Artículo 3056.—"El contrato de compra-venta no requiere para validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre cosa inmueble".

Artículo 3057.—"La venta de un inmueble cuyo valor no exceda de quinientos pesos, se hará en instrumento privado, que firmarán el vendedor y el comprador ante dos testigos conocidos".

Artículo 3058.—"Si alguno de los contratantes no supiere escribir, lo hará en su nombre y a su ruego otra persona con capacidad legal; no pudiendo firmar con ese carácter ninguno de los testigos".

Artículo 3059.—"De dicho instrumento se formarán dos originales, uno para el vendedor y otro para el comprador, extendiéndose en el papel del sello que corresponda".

Artículo 3060.—"Si el valor del inmueble excede de quinientos pesos, la venta se reducirá a escritura pública".

Artículo 3061.—"La venta de bienes raíces no producirá efectos con relación a terceros, si no después de registrada en los términos prescritos en este Código".

Contrato: "Permuta".

Artículo 3067.—"Con excepción de lo relativo al precio, son aplicables a este contrato las reglas del de compra-venta, en cuanto no se opongan a los artículos anteriores".

Contrato: "Arrendamiento".

Artículo 3079.—"El arrendamiento debe otorgarse por escrito cuando la renta pase de trescientos pesos anuales".

Contrato: "Censos".

Artículo 3222.—"Todo censo debe constituirse en escritura pública, pena de nulidad".

Contrato: "Transacciones".

Artículo 3292.—“La transacción se rige por las reglas generales de los contratos en lo que no esté expresamente prevenido en éste título”.

Artículo 3293.—“La transacción que previene controversias futuras, debe constar por escrito, si el interés pasa de trescientos pesos”

4 Junio 1955.

CODIGO DE 1884.

Siguiendo el mismo sistema que se usó cuando empezamos a estudiar el Código anterior, aquí afirmaremos que el principio general consagrado por el Código de 1884, es el formalista, antagónico pues, al anterior y los artículos de los cuales se puede deducir lo anterior son los que llevan los números 1279, 1288, 1322, 1323 y 1629, que en seguida copiamos.

Artículo 1279.—(Dentro de las “Disposiciones preliminares”, “de los contratos en general”).—“Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: I.—Capacidad de los contrayentes; II.—Mutuo consentimiento; III.—Que el objeto materia del contrato sea lícito; IV.—Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley”.

(Aquí se incluye ya la forma, dentro de los requisitos de validez del contrato).

Artículo 1288.—(Dentro del capítulo “Del Consentimiento Mutuo”).—“Luego que la propuesta sea aceptada, quedará el contrato perfecto; menos en aquellos casos en que la ley exija alguna otra formalidad”.

Artículo 1322.—(Dentro del capítulo “De la forma externa de los contratos”).—“Todo contrato a plazo por más de seis meses y cuyo interés exceda de doscientos pesos, necesita para ser válido constar precisamente por escrito, ya sea otorgándose el contrato mismo en documento privado, ya otorgándose recibo u otra constancia escrita, salvo los casos comprendidos en disposiciones especiales. Si las prestaciones del contrato fuesen periódicas, su cuantía será regulada por el monto de una anualidad. Cuando la persona que deba firmar un documento no supiere escribir, firmará por ella otra persona a su ruego ante dos testigos”.

Artículo 1323.—“Ningún contrato necesita para su validez más formalidades externas que las expresamente prevenidas por la ley”.

Artículo 1629.—(Dentro del Capítulo de “Cesión de acciones”).—“Es nula la cesión de acciones si no se hace por escrito privado cuando el valor del derecho cedido no excede de quinientos pesos, o por escritura pública cuando excede de dicha suma, o cuando conforme a la ley deba constar por escritura pública el derecho cedido”.

Así pues, en este Código las formalidades exigidas en cada contrato, en particular, ya no constituyen excepciones sino que caen dentro de la norma general.

De aquí pasaremos ya, al estudio de la forma en particular.

Contrato: “Fianza”.

No existe artículo que regule la forma en este contrato.

Contrato: "Prenda".

Artículo 1787.—"La prenda debe constituirse, por escrito en todo caso, y en instrumento público siempre que el valor de la obligación pase de quinientos pesos".

Artículo 1788.—"El derecho de prenda, sea cual fuere la cantidad de la obligación principal, no surtirá efecto contra tercero si no consta en la forma que previene el artículo anterior".

Contrato: "Anticresis".

Artículo 1811.—"Este contrato es nulo si no consta en escritura pública".

Artículo 1812.—"En la escritura se declarará si el capital causa intereses y se fijarán los términos en que el acreedor ha de administrar la finca. De lo contrario, se entenderá que no hay intereses, y que el acreedor debe administrar de la misma manera que el mandatario general conforme al artículo 2350".

Contrato: "Hipoteca".

Artículo 1856.—"La hipoteca sólo puede ser constituida en escritura pública. Los notarios deberán declarar la hora del día en que se otorgó la escritura bajo pena de pérdida de oficio".

Aquí es necesario asentar que el artículo tercero del Decreto de 3 de abril de 1917, expedido por el Jefe del Ejército Constitucionalista, también Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, dispuso lo siguiente:

Artículo 3º.—"Los contratos de menor cuantía con garantía hipotecaria, podrán hacerse en escritura privada".

Después por decreto de 5 de abril, expedido por el mismo Jefe y Encargado del Poder Ejecutivo, se reformó el artículo 1856 del Código que estudiamos, quedando así:

Artículo 1856.—"Cuando el crédito hipotecario exceda de quinientos pesos, sólo podrá constituirse la hipoteca en escritura pública. Cuando no exceda de esa cantidad podrá otorgarse en escritura privada ante dos testigos, conocidos, de la cual se harán tantos ejemplares como sean las partes contratantes, todos con los timbres que prevenga la ley".

Artículo 1857.—"La hipoteca nunca es tácita ni general; para subsistir necesita siempre de registro, y se contrae por la voluntad en los convenios y por necesidad en los casos en que la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados; en el primer caso se llama voluntaria; en el segundo necesaria".

Artículo 1889.—"(Este artículo fué reformado por Decreto de 5 de abril de 1917)". La hipoteca no producirá efecto legal alguno contra tercero, si no desde la fecha y hora en que fuere registrada".

Artículo 1894.—(Este artículo también fué reformado por Decreto de 5 de abril de 1917) "en toda escritura de hipoteca se asentará la hora del día en que se otorgue y se insertará el certificado o certificados del

Encargado del Registro en que consten los gravámenes anteriores y las limitaciones de dominio o bien la libertad de la finca. Los certificados deberán comprender una busca de veinte años anteriores a la constitución de la hipoteca, o de un período mayor si existiere gravamen con limitación de dominio sin cancelar, los inscritos desde antes de veinte años”.

Contrato: “Matrimonio”.

Las formalidades para celebrar el contrato de matrimonio, están contenidas en el Capítulo I, de la Ley sobre Relaciones Familiares de los artículos del uno al cinco, que a continuación transcribimos”.

Artículo 1º.—“Las personas que pretendan contraer matrimonio, presentarán personalmente o por medio de apoderado legítimamente constituido, ante el Juez del Estado Civil a que esté sujeto el domicilio de cualquiera de los pretendientes, un escrito en el que conste:

I.—El nombre y apellido completos de cada uno de los solicitantes, el lugar de su nacimiento, el de su residencia, su edad, ocupación y si alguno de ellos o los dos han sido casados, expresando en caso afirmativo el nombre de la persona con quien se celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha en que ésta se verificó;

II.—El nombre y apellido completos del padre y la madre de cada uno de los pretendientes, si viven o si son ya difuntos, el lugar de su nacimiento, el de su última residencia, su edad y ocupación;

III.—Que no tienen impedimento legal para celebrar el contrato de matrimonio;

IV.—Que es su voluntad unirse en matrimonio legítimo.

Esta solicitud deberá ir firmada por los pretendientes, y si no pudieren o no supieren escribir, firmará, por el que no pudiere o supiere hacerlo, un testigo conocido, mayor de edad y vecino del lugar.

Firmarán también la solicitud, en caso de que los pretendientes o alguno de ellos sea menor de edad, sus padres o tutores.

Si alguno de los pretendientes fuere menor de edad y no tuviere padre o tutor, se acompañará a la solicitud autorización del Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio que los faculte para contraer matrimonio con la persona que en unión de él firma dicha solicitud.

Si alguno de los pretendientes hubiere estado en tutela por causa de demencia o idiotismo, se acompañará igualmente a la solicitud la resolución del Juez que haya declarado la Cesación de la tutela por haber desaparecido la causa que la motivó.

Los pretendientes pueden acompañar a la misma solicitud las constancias expedidas por dos o más médicos titulados, en las que, bajo protesta de decir verdad, se asegure que dichos pretendientes no tienen impedimento para celebrar el matrimonio que desean contraer, por estar en el uso expedito de sus facultades mentales, no tener alguna de las enfermedades que menciona la ley, ni defecto físico que les impida estar en estado matrimonial.

La solicitud deberá ser autorizada también por dos testigos mayores de edad, vecinos de lugar, que conozcan a los pretendientes cuando menos tres años antes de la fecha de ella, los que lo declaren así bajo la protesta de decir verdad, asegurando, además, que saben y les consta de ciencia cierta que aquéllos tienen la edad requerida por la ley para contraer matrimonio y que carecen de impedimento legal para celebrarlo.

Si no hubiere dos testigos que conozcan a la vez a los dos pretendientes, deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos que llenen el requisito indicado”.

Artículo 2º—El Juez del Estado Civil a quien se presentare una solicitud de matrimonio con los requisitos antes mencionados, o haciendo que se subsanen los defectos que tuvieren procederán inmediatamente a hacer que los pretendientes, testigos y demás personas que la subscriben, ratifiquen ante él, separadamente, su contenido; y en seguida, a continuación de las mismas diligencias, determinará que se proceda a la celebración del matrimonio, por estar satisfechos los requisitos exigidos por la ley para poder contraerlo, señalando, al efecto, dentro de los ocho días siguientes, día, hora y lugar para dicha celebración.

Artículo 3º—El día y hora designados para la celebración del matrimonio, deberán estar presentes ante el Juez del Estado Civil, en el lugar que éste hubiere fijado, los contrayentes en persona o por medio de apoderado especial legítimamente constituido, más dos testigos por cada uno de los mismos pretendientes para acreditar su identidad, así como los padres o tutores de éstos, si los tuvieren y quisieren concurrir a la ceremonia.

Acto continuo, el Juez del Estado Civil dará o hará que se dé lectura a la solicitud de matrimonio, a los documentos que con ella se hayan presentado y a las demás diligencias practicadas; en seguida interrogará a los testigos si los pretendientes que están presentes son las mismas personas a que se refiere la solicitud, preguntando después a cada uno de dichos pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si cada uno de ellos, respondiere afirmativamente, los declarará unidos en nombre de la ley de la sociedad, con todos los derechos y prerrogativas que aquélla otorga y con las obligaciones que impone. Inmediatamente se levantará el acta en la que conste el cumplimiento de las formalidades antes expresadas, acta que firmarán el Juez del Estado Civil, los contrayentes, si supieren y pudieren hacerlo, los testigos y demás personas que intervinieren en el acto.

Las diligencias que precedan a la celebración del matrimonio, se marcarán con el número del acta y se unirán al apéndice que corresponda”.

Artículo 4º—“La celebración del matrimonio se hará en público y en el día, hora y lugar señalados al efecto. Los testigos que firmen una solicitud de matrimonio o que estén presentes al celebrarse éste, podrán ser parientes o extraños a los contrayentes”.

Artículo 5º.—“En el acta de matrimonio, además de las formalidades que expresamente exige el artículo 3º, deberán hacerse constar:

I.—Los nombres, apellidos, edad, profesiones, domicilios, y lugar del nacimiento de los contrayentes;

II.—Si estos son mayores o menores de edad;

III.—Los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de los padres;

IV.—El consentimiento de los padres, abuelos o tutores, o la habilitación de edad;

V.—Que no hubo impedimento o que se dispuso;

VI.—La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, tomándose y entregándose mutuamente por marido y mujer; y la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la sociedad;

VII.—Los nombres, apellidos, edad, estado, profesiones y domicilios de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y, si lo son, en que grado y en que línea”.

Contrato: “Sociedad”.

Artículo 2225.—“El contrato de sociedad debe hacerse constar en escritura pública, siempre que su objeto capital exceda en valor de trescientos pesos”.

Artículo 2226.—“La infracción del artículo que precede anula el contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2222”.

(Artículo 2222.—“Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, cada socio tendrá en todo tiempo la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y que se le devuelvan las cosas que haya llevado”).

Artículo 2227.—“En los casos en que el contrato de sociedad pudiere celebrarse verbalmente, bastará el consentimiento tácito, fundado en hechos que lo hagan presumir de un modo necesario”.

Contrato: “Aparcería Rural”.

No existe artículo que regule la forma en este contrato.

Contrato: “Mandato”.

Artículo 2345.—“El mandato puede ser escrito o verbal”.

Artículo 2346.—“El mandato escrito puede otorgarse en escritura pública y con las demás solemnidades legales o en instrumento privado”.

Artículo 2347.—“Llámase instrumento privado cualquier documento escrito por el mandante y cubierto con solo su firma, o escrito por otro y firmado por el mandante y otros dos testigos”.

Artículo 2348.—“Mandato verbal es el otorgado de palabra entre presentes, hayan o no intervenido testigos”.

Artículo 2351.—“El mandato puede celebrarse entre ausentes; y se entenderá en este caso aceptando tácitamente si el mandatario ejecuta el cargo”.

Artículo 2352.—“El mandato debe otorgarse en escritura pública:

I.—Cuando sea general;

II.—Cuando el interés del negocio para que se confiere exceda de mil pesos;

III.—Cuando en virtud de él haya de ejecutar el mandatario a nombre del mandante algún acto que, conforme a la ley, deba constar en instrumento público;

IV.—Cuando se otorge para asuntos judiciales, salvo lo dispuesto en el artículo 2383”.

Artículo 2353.—“El mandato debe constar por lo menos en escrito privado, cuando el interés del negocio para que se confiere excede de doscientos pesos y no llega a mil.

Artículo 2354.—“La comisión de los requisitos establecidos en los dos artículos que preceden, anula el mandato en cuanto a las obligaciones contraídas entre un tercero y el mandante; y sólo deja subsistentes las contraídas entre el tercero que haya procedido de buena fe y el mandatario, como si éste hubiera obrado en negocio propio”.

“MANDATO JUDICIAL”

Artículo 2383.—“El mandato judicial será otorgado en escritura pública, más cuando el interés del negocio no excediere de mil pesos, podrá otorgarse en documento privado autorizado con la firma de los dos testigos o ratificado por el mandante ante el juez, quien, cuando lo estime necesario, podrá decretar la ratificación antes de admitir al procurador y aún después de admitido”;

“PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES”

Artículo 2406.—“Los contratos que se celebren en ejercicio de una profesión científica, se sujetaran a las disposiciones relativas al mandato, siempre que no haya alguna disposición especial”.

“SERVICIO DOMESTICO”.

No existe artículo que regule la forma en el servicio doméstico.

“SERVICIO POR JORNAL”

No existe artículo que regula la forma en lo referente al servicio por jornal.

“CONTRATO DE OBRAS A PRECIO ALZADO”

No existe ningún artículo que regule la forma en este contrato.

“CONTRATO DE PORTEADORES Y ALQUILADORES”

Artículo 2510.—“El contrato por el cual alguno se obliga a transportar bajo su inmediata dirección o la de sus dependientes, por tierra o por agua, a una persona, o algunos animales, mercaderías o cualesquiera otros objetos, se regirá por las disposiciones del Código Mercantil, y en su defecto por las de éste, si los porteadores, hubieren formado un establecimiento regular y permanente”.

Artículo 2511.—“En cualquier otro caso se observará las reglas generales de los contratos y las siguientes disposiciones”.

Contrato: “Aprendizaje”.

Artículo 2532.—“El contrato de aprendizaje celebrado entre mayores de edad o en el que se interesen menores legalmente representados, se otorgará por escrito ante dos testigos. Si alguno de los interesados no supiere firmar, la hará por él y en su presencia otra persona distinta de los testigos”.

Contrato: “Hospedaje”.

Artículo 2541.—“Este contrato se celebra tácitamente, si el que presta el hospedaje tiene casa pública destinada a ese objeto”.

“DEPOSITO”.

No existe ningún artículo que regule la forma en lo referente al depósito.

“SECUESTRO”.

No existe artículo alguno que regule la forma respecto del secuestro.

“DONACION”.

Artículo 2604.—“La donación puede hacerse verbalmente o por escrito”.

Artículo 2605.—“No puede hacerse donación verbal más que de bienes muebles”.

Artículo 2606.—“La donación verbal sólo producirá efectos legales si el valor de la cosa no pasa de doscientos pesos”.

Artículo 2607.—“Si el valor de los muebles donados excede de doscientos pesos, la donación deberá otorgarse en escritura pública”.

Artículo 2608.—“Si la donación fuere de bienes raíces sólo podrá hacerse en escritura pública, sea cual fuere su valor, y no producirá sus efectos contra tercero, si no desde que sea debidamente registrada”.

Artículo 2609.—“En la escritura se hará constar específicamente el valor de cada mueble, las calidades del inmueble y las cargas y obligaciones que se imponen al donatario”.

Artículo 2610.—“La aceptación debe hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada, pero no surtirá efecto si no se hiciera en vida del donante”.

“COMODATO”.

No existe ningún artículo que regule la forma en lo que se refiere al comodato.

“MUTUO”.

No existe artículo que regule la forma en lo que se refiere a mutuo.

“CONTRATO DE SEGUROS”.

Artículo 2707.—“El contrato de seguro es nulo si no se otorga por escrito”.

“RENTA VITALICIA”.

No existe ningún artículo que regule la forma en cuanto a la renta vitalicia.

“COMPRA DE ESPERANZA”.

No existe ningún artículo que regule la forma por lo que se refiere a la compra de esperanza.

CONTRATO: “COMPRA-VENTA”.

Artículo 2920.—“El contrato de compra-venta no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre cosa inmueble”.

Artículo 2921.—“La venta de un inmueble cuyo valor no exceda de quinientos pesos, se hará en instrumento privado, que firmarán el vendedor y el comprador ante dos testigos conocidos”.

Artículo 2922.—“Si alguno de los contratantes no supiere escribir, lo hará en su nombre y a su ruego otra persona con capacidad legal, no pudiendo firmar con ese carácter ninguno de los testigos”.

Artículo 2923.—“De dicho instrumento se formarán dos originales, uno para el comprador y otro para el Registro Público, ambos con las estampillas del timbre que corresponda”.

Artículo 2924.—“Si el valor del inmueble excede de quinientos pesos, la venta se reducirá a escritura pública”.

Artículo 2925.—“La venta de bienes raíces no producirá efectos con

relación a tercero, si no después de registrada en los términos prescritos en éste Código”.

CONTRATO: “PERMUTA”.

Artículo 2935.—“Con excepción de lo relativo al precio, son aplicables a este contrato las reglas del de compra-venta, en cuanto no se opongan a los artículos anteriores”.

CONTRATO: “ARRENDAMIENTO”.

Artículo 2947.—“El arrendamiento debe otorgarse por escrito cuando la renta pase de cien pesos anuales”.

Artículo 2948.—“Si el predio fuere rústico y la renta pasare de mil pesos anuales, el contrato se otorgará en escritura pública”.

Artículo 2949.—“La forma del arrendamiento de los bienes nacionales, y de cualquier establecimiento público, se regirá por las ordenanzas administrativas”.

“CENSOS”.

Artículo 3082.—“Todo censo debe constituirse en escritura pública, pena de nulidad”.

“TRANSACCION”.

Artículo 3253.—“La transacción que previene controversias futuras, debe constar por escrito, si el interés pasa de doscientos pesos”.

CODIGO DE 1928.

Por lo que respecta al principio general que guía al Código que en la actualidad rige, podremos adelantar que trata de volver al sistema consensualista, cosa que estudiaremos más adelante, pero por el momento solo hemos de adelantar que la tesis que trata de sostener puede encontrarse de una manera principal en los artículos que llevan los números 1796, 1832 y 2033, subsistiendo sin embargo, en el artículo 1795, la forma como requisito de validez en ciertos contratos, lo que a nuestro entender y como también después estudiaremos, causa una seria confusión. Transcribimos a continuación los artículos citados.

Artículo 1796.—(Dentro del capítulo de “Contratos”).—“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto a 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 fé, al uso o a la ley”.

Artículo 1832.—(Dentro del apartado en que se estudia La Forma en el capítulo de los “contratos”).—En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”.

Artículo 2033.—(Dentro del capítulo “De La Cesión de Derechos”).—“La Cesión de créditos civiles que no sean a la orden o al portador, puede hacerse en escrito privado que firmaran cedente, cesionario, y dos testigos. Sólo cuando la ley exija que el título del crédito cedido conste en escritura pública, la cesión deberá hacerse en esta clase de documento”.

Así es como, en nuestro concepto, vuelven a constituir excepciones al principio general, las formalidades exigidas por el Código y asentadas en los artículos que a continuación transcribimos.

CONTRATO: “COMPRA-VENTA”.

Artículo 2316.—“El contrato de compra-venta no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre algún inmueble.

Artículo 2317.—“La venta de un inmueble que tenga un valor hasta de cinco mil pesos, podrá hacerse, en instrumento privado que firmarán el vendedor y el comprador ante dos testigos”.

Artículo 2318.—“Si alguno de los contratantes no supiere escribir, firmará a su nombre y a su ruego otra persona con capacidad legal, no pudiendo firmar con ese carácter ninguno de los testigos, observándose lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1834”.

(Artículo 1834.—“Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos 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”).

Artículo 2319.—“De dicho instrumento se formarán dos originales, uno para el comprador y el otro para el Registro Público”.

Artículo 2320.—“Si el valor del inmueble excede de cinco mil pesos, su venta se hará en escritura pública”.

Artículo 2321.—“Tratándose de bienes ya inscritos en el Registro y cuyo valor no exceda de cinco mil pesos, cuando la venta sea al contado puede hacerse transmitiendo el dominio por endoso puesto en el certificado de propiedad que el registrador tiene obligación de expedir al vendedor a cuyo favor estén inscritos los bienes.

El endoso será ratificado ante el registrador, quien tiene obligación de cerciorarse de la identidad de las partes y de la autenticidad de las fir-

mas, y previa 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”.

Artículo 2322.—“La venta de bienes raíces no producirá efectos contra tercero si no después de registrada en los términos prescritos en este Código”.

“PERMUTA”.

Artículo 2331.—“Con excepción de lo relativo al precio, son aplicables a este contrato las reglas de la compra-venta, en cuanto no se opongan a los artículos anteriores”.

“DONACIONES”.

Artículo 2344.—“Si el valor de los muebles excede de doscientos pesos, pero no de cinco mil, la donación debe hacerse por escrito”.

Si excede de cinco mil pesos, la donación se reducirá a escritura pública”.

Artículo 2345.—“La donación de bienes raíces se hará en la misma forma que para su venta exige la ley”.

CONTRATO: “MUTUO”.

No existe artículo que regule la forma en cuanto se refiere al mutuo, aún al mutuo con interés.

CONTRATO: “ARRENDAMIENTO”.

Artículo 2406.—“El arrendamiento debe otorgarse por escrito cuando la renta pase de cien pesos anuales”.

Artículo 2407.—“Si el predio fuere rústico y la renta pasare de cinco mil pesos anuales, el contrato se otorgará en escritura pública”.

“COMODATO”.

No existe artículo que regule la forma en este contrato.

“CONTRATO: “DEPOSITO”.

No existe artículo que regule la forma en lo que se refiere al depósito.

“SECUESTRO”.

No existe artículo que regule la forma en lo que se refiere al secuestro.

CONTRATO: "MANDATO".

Artículo 2547.—“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 público el ejercicio de su profesión, por el sólo hecho de que no los rehusen dentro de los tres días siguientes.

La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato”.

Artículo 2550.—“El mandato puede ser escrito o verbal”.

Artículo 2551.—“El mandato escrito puede otorgarse:

I.—En escritura pública;

II.—En escrito privado, firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de Primera Instancia, Jueces Menores o de Paz, o ante el correspondiente Funcionario o empleado administrativo cuando el mandato se otorgue para asuntos administrativos;

III.—En carta poder sin ratificación de firmas”.

Artículo 2552.—“El mandato verbal es el otorgado de palabra entre presentes, hayan o no intervenido testigos.

Cuando el mandato haya sido verbal debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para que se dió”.

Artículo 2555.—“El mandato debe otorgarse en escritura pública o en carta poder firmada por dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante Notario, ante los Jueces o Autoridades Administrativas correspondientes:

I.—Cuando sea general;

II.—Cuando el interés del negocio para que se confiere llegue a cinco mil pesos o exceda de esa cantidad;

III.—Cuando en virtud de él haya de ejecutar el mandatario, a nombre del mandante, algún acto que conforme a la ley debe constar en instrumento público.

Artículo 2556.—“El mandato podrá otorgarse en escrito privado firmado ante dos testigos, sin que sea necesaria la previa ratificación de las firmas, cuando el interés del negocio para que se confiere exceda de doscientos pesos y no llegue a cinco mil.

Sólo puede ser verbal el mandato cuando el interés del negocio no exceda de doscientos pesos.

Artículo 2557.—“La omisión de los requisitos establecidos en los artículos que preceden, anula el mandato, y sólo deja subsistentes las obligaciones contraídas entre el tercero que haya procedido de buena fe y el mandatario, como si éste hubiere obrado en negocio propio”.

Artículo 2558.—“Si el mandante, el mandatario y el que haya tratado con éste proceden de mala fe, ninguno de ellos tendrá derecho de hacer valer la falta de forma del mandato”.

CONTRATO: "Hospedaje".

Artículo 2667.—"Este contrato se celebrará tácitamente, si el que presta el hospedaje tiene casa pública destinada a ese objeto".

CONTRATO: "ASOCIACION".

Artículo 2671.—"El contrato por el que se constituya una asociación, debe constar por escrito".

CONTRATO: "SOCIEDAD".

Artículo 2690.—"El contrato de sociedad debe constar por escrito, pero se hará constar en escritura pública cuando algún socio transfiera a la sociedad bienes cuya enajenación debe hacerse en escritura pública".

Artículo 2691.—"La falta de forma prescrita para el contrato de sociedad sólo produce el efecto de que los socios puedan pedir, en cualquier tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad conforme a lo convenido, y a falta de convenio conforme al capítulo V de esta sección; pero mientras que esa liquidación no se pida, el contrato produce todos sus efectos entre los socios y éstos no pueden oponer a terceros que hayan contratado con la sociedad, la falta de forma".

Artículo 2693.—"El contrato de sociedad debe contener:

I.—Los nombres y apellidos de los otorgantes que son capaces de obligarse;

II.—La razón social;

III.—El objeto de la sociedad;

IV.—El importe del capital social y la aportación con que cada socio debe contribuir.

Si falta uno de estos requisitos se aplicará lo que dispone el artículo 2691.

"APARCERIA".

Artículo 2740.—"El contrato de aparcería deberá otorgarse por escrito, formándose dos ejemplares, uno para cada contratante".

CONTRATO: "RENTA VITALICIA".

Artículo 2776.—"El contrato de renta vitalicia debe hacerse por escrito, y en escritura pública cuando los bienes cuya propiedad se transfieren deban enajenarse con esa solemnidad".

"COMPRA DE ESPERANZA".

Artículo 2793.—"Los demás derechos y obligaciones de las par-

tes, en la compra de esperanza, serán los que se determinen en el título de compra-venta”.

CONTRATO: “FIANZA”.

No existe artículo que regule la forma en lo que respecta a este contrato.

“PRENDA”.

Artículo 2860.—“El contrato de prenda debe constar por escrito. Si se otorga en documento privado, se formarán dos ejemplares, uno para cada contratante.

No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta la certeza de la fecha por el registro, escritura pública o de alguna otra manera fehaciente”.

“HIPOTECA”.

Artículo 2917.—“Cuando el crédito hipotecario exceda de cinco mil pesos, la hipoteca debe otorgarse en escritura pública. Cuando no exceda de esa cantidad, podrá otorgarse en escritura privada, ante dos testigos, de la cual se harán tantos ejemplares como sean las partes contratantes”.

“TRANSACCION”.

Artículo 2945.—“La transacción que previene controversias futuras, debe constar por escrito si el interés pasa de doscientos pesos”.

TEORIA DE LA FORMA EN NUESTRO DERECHO.

CODIGO DE 1870.—El Código Civil de 1870, en su artículo 1439, que compone el Capítulo “De La Forma Externa de los Contratos, Establece que “la validez de los contratos no depende de formalidad alguna externa; menos en aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa”.

En la parte expositiva del precitado Ordenamiento encontramos que se comenta el artículo precitado, afirmando que “es una consecuencia del que previene que los contratos se perfeccionan por sólo el consentimiento; pero al mismo tiempo consigna una excepción que se encuentra en todos los Códigos, para mejor asegurar los derechos de los interesados en cierta clase de contratos”.

Además de la disposición a que hemos aludido, debe ocupar nuestra atención el artículo 1395, del Código al que estamos haciendo referen-

cia. Este artículo estipula concretamente los requisitos de validez de los contratos, asentando que "para que el contrato sea válido, debe reunir las siguientes condiciones: 1a.—Capacidad de los contrayentes; 2a.—Mutuo consentimiento y 2a.—Objeto lícito. Junio 15.

Por lo tanto nos encontramos con que, ni siquiera, es considerada la forma como requisito para que un contrato sea válido, puesto que el Ordenamiento legal la desconoce como tal.

En último lugar, tratando de estudiar la forma en nuestro Código de 1870, fijaremos nuestra atención en el principio más general que asienta el Código, cuando claramente se declara consensualista y en su artículo 1392, afirma que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fé, al uso o a la ley". Con la simple lectura de este artículo 1392, nos podremos dar cuenta, como ya lo afirmamos de que, el Código desea dejar asentado un claro principio consensualista en su capítulo que se refiere a los contratos.

Es pues, así como nos damos cuenta de que éste Código establece como regla general a seguir el consensualismo, siempre dejando el resquicio para la excepción, que la misma ley se encargará de señalar en cada caso concreto.

Sin embargo y a pesar de que se sostiene para este Código de 1870 la tesis del consensualismo puro, si estudiamos con detenimiento la reglamentación de la forma en él nos tendremos que dar cuenta de que la regla general sufrirá multitud de excepciones, algunas de las cuales, tal vez casi todas hemos tenido la oportunidad de darnos cuenta en el capítulo que antecede a éste, cuando tratamos la forma en especial en cada uno de los códigos civiles que han estado en vigencia en la República.

Al volver a remontarnos a la parte expositiva del Código que nos ocupa, hallaremos que cuando se trata la forma del contrato de compra-venta se asienta que "con el objeto de asegurar en todo caso la realidad del contrato, se determina por regla general en el artículo 3056: que sólo cuando se trate de bienes raíces, necesita solemnidades especiales que se detallan en los artículos siguientes; distinguiendo los casos en que bastará la escritura privada de aquéllos en que se exigirá la pública".

(Artículo 3056.—"El contrato de compra-venta no requiere para validez formalidad alguna especial, si no cuando recae sobre cosa inmueble").

Ejemplificando lo que arriba hemos dejado asentado hemos de ver cómo el artículo 3077 del Ordenamiento a que nos estamos refiriendo dice que "con excepción en lo relativo al precio son aplicables a este contrato (el de permuta) las reglas del de compra-venta, en cuanto no se opongan a los artículos anteriores, y es así que encontraremos que ordenaba que la permuta, en cuanto se refiriera a bienes inmuebles, debería de someterse a formalidades. En otra de sus partes el Código que estamos aludiendo

ordena que "como la hipoteca es un acto de tanta trascendencia debe reducirse a escritura pública", tal es la disposición del artículo 1979. Y así como éstas, que a manera de ejemplos hemos señalado podemos encontrar más excepciones al principio general del consensualismo, ya sea en la donación de bienes de determinada cuantía o de inmuebles, en la sociedad y en otras partes conociendo por eso que hemos dejado hecha la afirmación que llegan a ser numerosas y de importancia las excepciones, que requieren forma al principio general del consensualismo en los contratos, establecido por el Código de 1870.

Ahora bien, nos encontramos en el momento de saber cuál sería la sanción de una de las excepciones formales del Código estudiado, es decir, a qué sanción estaba sujeto un contrato, al cual el Código investía de forma.

En nuestro criterio, la falta de forma en esta época de nuestro derecho, acarrea una nulidad relativa ya que "la ratificación y el cumplimiento de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo en que se hagan, extinguen la acción de nulidad", según nos especifica el Código en su artículo 1793, haciendo la excepción, claro está, de las disposiciones expresas en contrario, y este principio nos hace creer que si los mismos contratantes pueden sin mayores complicaciones extinguir la causa de la nulidad, ésta sólo afectaría a sus intereses y no así a los de los demás, sancionando así el contrato sin una marcada energía ya que esa nulidad que parecería, se hará desaparecer, como ya vimos, por confirmación o cumplimiento de la obligación, lo que, creemos, no puede suceder en una nulidad absoluta.

Aseguramos nuestro criterio, además, en el estudio del artículo número 1439 que trata de la forma externa de los contratos y dice que "la validez de los contratos no depende de formalidad alguna externa; menos en aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa". Es decir, una interpretación de este mandamiento nos hace entender que en el caso de que existiera la necesidad de dar forma determinada a un contrato, la falta de ella acarrearía sólo una falta de validez, pero no una inexistencia, es decir, sería un contrato nulo pero no inexistente.

CODIGO DE 1884.

Cuando, en lo que respecta a formalidades, comenta el Código de 1884 Don Miguel Macedo, afirma que el legislador ha querido poner fuera de toda duda y de todo ataque a los derechos que ha creído de mayor importancia y a fin de proteger ese interés social, se han establecido formas especiales y necesarias que no pueden ser modificadas, ni dispensadas por contrato (18) y de este modo es como se llega a entender la adición que se hizo al artículo 1295 del anterior Código de 70, cuando en el Código que ahora nos ocupa encontraremos la afirmación, en la fracción IV del

artículo 1279 de que "para que el contrato sea válido debe reunir, aparte de otras tres condiciones que se haya celebrado con las formalidades internas que exige la ley".

En el Capítulo Sexto, del Título Primero, del Libro Tercero, de este Código, que se refiere a la forma externa de los contratos, nos encontramos con los artículos 1322 y 1323 los que por sí solos pueden explicarse y que afirman respectivamente: el primero "todo contrato a plazo por más de seis meses y cuyo interés exceda de doscientos pesos, necesita para ser válido constar precisamente por escrito, ya sea otorgándose el contrato mismo en documento privado, ya otorgándose recibo u otra constancia escrita, salvos los casos comprendidos en disposiciones especiales. Si las prestaciones del contrato fuesen periódicas, su cuantía será regulada por el monto de una anualidad. Cuando la persona que deba firmar el documento no supiere escribir, firmará por ella otra persona a su ruego ante dos testigos". Mientras que el segundo de los artículos mencionados afirma que "ningún contrato necesita para su validez más formalidades externas que las expresamente prevenidas por la ley".

Junio 20.—Se llega a decir que el principio general que consagra el Código en el que estamos poniendo la atención, es el formalismo y, siguiendo los lineamientos ya trazados sigue ordenando determinadas formas en variados contratos, formas éstas que anteriormente estábamos calificando de excepciones, podremos notar que aquí ya no se nos está planteando el problema que se presentaba en el caso del Código anterior, es decir, aquí no se llega a crear la situación anómala que se establecía al oponer un gran número de excepciones a un principio general.

Para terminar este brevísimo estudio del Código de 1884 nos referiremos a la sanción que afecta al contrato que por ley, debe estar investido de forma. Esgriniremos casi el mismo argumento que cuando estudiábamos el Código anterior, ya que existe en el de 1884 un artículo, el 1679, idéntico al 1793 del Código de 1870, que ya dejamos estudiado y por lo tanto diremos también que la sanción por falta de forma es para nosotros una nulidad relativa ya que el contrato puede ser ratificado y, aún, cumplido válidamente, aunque sea carente de forma. Esta forma podremos comprobar en este Ordenamiento no es requisito de existencia sino de validez, ya que claramente el arriba citado, artículo 1279, incluye a la forma, en su fracción IV entre los requisitos exigidos para que un contrato sea válido y no encontramos, pues, algún otro mandamiento en donde se estipule que la forma es requisito esencial, de existencia del contrato. Entonces, podremos afirmar que el contrato falto de forma es existente pero nulo; afectado, como ya lo hemos dejado asentado, por una nulidad relativa

CODIGO DE 1928.

En la exposición de motivos del Código de 1928, se afirman que "por lo que a la forma toca, se procuró, en cuanto fué posible suprimir las formalidades que hacían necesaria la intervención de notarios o de otros fun-

cionarios públicos para que el contrato se legalizara haciendo así más expeditas y económicas las transacciones y sólo 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”.

Por otra parte el artículo 1796, nos dice claramente que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una formalidad 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 fé, al uso o a la ley”.

Además el artículo 1832 afirma que “en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”.

Hasta este momento encontramos que el legislador ha concedido una importancia suprema al consensualismo, en relación a la formación de los contratos y no creemos que haya dejado traslucir, en sus palabras, alguna otra tesis.

Sin embargo, al fijarnos detenidamente en algunos otros ordenamientos nuestro criterio vacilará encontrándonos ante una situación confusa a la que, en nuestro concepto, no se puede llegar a denominar ecléctica, sino más bien contradictoria.

Por la simple lectura de los siguientes artículos que transcribimos, llegaremos al entendimiento de la afirmación que acabamos de dejar asentada.

Artículo 1795.—“El contrato puede ser invalidado: . . . IV.—Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece”.

Artículo 1833.—“Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que este 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.

Artículo 1834.—“Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos 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”.

En el mismo artículo 1833, ya citado, podremos demostrar la palpable contradicción que existe entre estos sistemas, el consensualista y el formalista, al encontrarnos con que, en su primera parte dicho artículo afirma que si la ley exige determinada forma a un contrato, mientras éste no revista aquélla no será válido, salvo disposición en contrario, condensando aquí la misma tesis que se sostiene cuando se incluye, en la fracción IV del ar-

título 1795 a la forma como requisito de validez de un contrato; en seguida el precitado 1833, nos afirma, que si la voluntad de las partes para celebrar el mencionado contrato consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas tiene la facultad de exigir se dé al contrato la forma legal y esto además de ser una contradicción en sí, creemos, que es dejar la validez del contrato en manos de alguna de las partes contraviniendo directamente lo ordenado por el artículo 1797 el cual, sin lugar a dudas, es clarísimo cuando dice que “la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

Es por eso que, para nosotros, esta tesis constituye no una teoría ecléctica sino, como ya lo hemos dejado afirmado, una tesis altamente contradictoria en sus partes.

LA FALTA DE FORMA.

Debemos de hacer notar que hasta estos momentos nos hemos estado ocupando de la Forma en los Contratos, simple y sencillamente tratándola sin plantear problema alguno creado por ella misma, sin embargo, es hora ya de que soslayemos el problema que se plantea cuando a un contrato le ha faltado la Forma que la ley requiere y, es aquí, cuando nos hemos de poner a cavilar qué naturaleza llega a tener ese convenio Falto de Forma y qué efectos produce esa falta.

Es de nuestro conocimiento ya que para que exista un Contrato debe a su vez existir el consentimiento, la voluntad de las partes y que esa voluntad, ese consentimiento, ese elemento interno, debe de aflorar, debe llegar al exterior de alguna manera, debe materializarse en cierta forma.

También estudiamos ya esa exteriorización de la voluntad y veíamos cómo puede tomar diversas formas: pueden ser determinadas palabras, puede ser la escritura, puede ser una señal o bien, la manera de expresar ese elemento interno de que arriba hablábamos también “cuando no se ha empleado una forma directa para celebrar un contrato, pero se ejecutan hechos que demuestra que se hace de lado, los mismos se consideran como voluntad tácita e indirecta” (19), es decir, cuando ese consentimiento lo consideramos exteriorizado de una manera tácita, será la clave exterior la ejecución de algunos actos; en resumen, diremos, que para que la voluntad pueda ser causa de efectos en materia jurídica, es necesario que se manifieste convenientemente con ciertas formas sensibles.

Ahora bien, en algunos casos la ley exige que la voluntad se manifieste de una manera expresa y así llegamos a afirmar que la ley en multitud de casos, prescribe el cumplimiento de ciertas formalidades y algunas veces como nos dice Coviello (20), son formas necesarias para la manifestación de la voluntad impuestas bajo una pena de nulidad y constituyen por eso un elemento esencial del negocio “ad-substantiam”. Hay otras que por el contrario, no están prescritas bajo pena de nulidad y son necesarias,

se dice, sólo para fines de prueba (*ad probationem tantum*), de modo que sin ellas el acto es plenamente válido.

Nuestra ley, como lo sabemos, establece la división entre los contratos, cuando habla de contratos consensuales y contratos formales. Aquéllos no requieren para su validez alguna formalidad especial y éstos, los formales son aquellos en los que sí se requiere alguna forma especial. Y es aquí donde nos volvemos a encontrar la incógnita que más arriba ya planeaban, es decir, estamos ante la necesidad de saber si la falta de forma origina nulidad o bien si matiza al contrato de ciertas características *suigeneris*, originando así una situación especial, con ciertos y especiales efectos jurídicos.

A este respecto encontramos a Baudry Lacantinerie (21) afirmando que "los contratos consensuales son aquellos para cuya perfección basta el sólo consentimiento de las partes. Y se designa con el nombre de contratos solemnes aquéllos que la ley somete a cierta formalidad que prescribe bajo pena de inexistencia del contrato. El consentimiento de las partes sí es necesario para la perfección de estos contratos, como en todos los otros, pero no es bastante; no tiene valor alguno a los ojos de la Ley si no se ha manifestado en las formas prescritas por ella y, por último agrega, en razón de la libertad que en nuestra legislación preside a los convenios (lo mismo se podría afirmar en nuestro medio legal), nada impediría a las partes hacer solemne un contrato que, por su naturaleza, no tiene ese carácter, estipulando que ciertas formas, por ejemplo, la redacción de un acta notarial, llegarán a ser una condición de la existencia misma del contrato".

Sin embargo, debemos decir que esta teoría sólo comprende dentro de ella a los contratos consensuales y a los solemnes (sea por Ministerio de Ley o por voluntad de las partes) dejando fuera a los contratos que podemos llamar simplemente formales, es decir, aquéllos en los que la forma no llega a obtener la categoría de solemnidad, convirtiéndose en un elemento de existencia, sino que, esta forma constituye en éstos un elemento de validez. Al llegar a este punto creemos es de interés entroncar nuestro estudio, aunque sea un momento, con aquél que se ocupa de las formalidades *probationis-cause* y *solemnitatis-cause*.

Escuetamente se puede afirmar que, una formalidad es prescrita *probationis-cause*, cuando su sólo fin es probar la existencia del hecho mientras que lo será *solemnitatis* cuando ella es exigida no sólo tomando en cuenta su calidad de prueba sino porque la legislación ha considerado por la importancia y transcendencia el acto que se debe llevar a cabo con mayor solemnidad, adquiriendo así una fijeza suprema en el campo jurídico.

En relación con el principal problema que nos hemos planteado, es decir, las consecuencias y efectos de la Falta de Forma, Ludwig Ennecerus (22), deja asentado que "en casos bastante numerosos, la ley pres-

cribe una forma para las declaraciones de voluntad. Las disposiciones de forma tienen por objeto la protección contra la precipitación, la mayor seguridad de la constitución del negocio (y su distinción de los actos preparatorios) y del contenido del mismo, facilitar la prueba y, a veces, también la posibilidad de que sea conocido por terceras personas. Las formas prescritas, sigue diciendo, son la escrita y las formas públicas, que consisten en intervenciones de índole diversa del tribunal, de un notario o de una autoridad. Por lo demás, la aplicabilidad de las disposiciones de forma del Código Civil experimenta algunas limitaciones”.

Y continúa afirmando el tratadista citado que el negocio jurídico que carezca de la forma legal prescrita es, por regla general, nulo. En el caso de que las declaraciones accesorias no se hayan recogido en la forma, es menester distinguir: a) si habían sido convenidas antes, es de presumir (de hecho) que han sido abandonadas al llenarse la forma definitiva, pues, por regla general, hay que suponer que en la forma está establecida la definitiva voluntad del negocio. Esto rige también cuando un negocio no sujeto a forma ha sido concluído con ella. Pero si se prueba que debían valer no obstante y no sólo limitar el efecto del negocio, son nulas por defecto de forma y el resto del negocio sólo es válido si procede admitir que hubiera sido concluído aún sin la estipulación accesoria. c) Los contratos se consideran, en la duda como no concluídos aun si conforme a la declaración, que sea sólo de una parte, debe hacerse un convenio sobre el punto omitido, d) Si el negocio es válido, las estipulaciones accesorias, a pesar de su nulidad pueden tener importancia en concepto de medio de interpretación de la voluntad del negocio declarada forámente. En algunos casos, el defecto de forma se subsana mediante cumplimiento posterior. Pero de estas reglas, termina diciendo el autor consultado, no puede deducirse un principio general, ni siquiera para el caso de cumplimiento por las dos partes.

En concreto, podemos afirmar, que en los contratos consensuales es inútil hablar de “falta de forma”, supuesto que no hay ninguna especialmente prescrita para ellos; en los contratos solemnes la falta de forma provocará la inexistencia puesto que la intención del legislador es prescribir esta forma como elemento esencial del acto y al no existir ese elemento, no deberá subsistir el acto mismo.

Y así es como llegamos al contrato formal. Nuestros tratadistas han llegado a decir que la falta de forma de estos contratos, acarrea la nulidad relativa de los mismos de esta manera encontramos que si seguimos al Dr. Rojina Villegas (23), éste nos dice: “los contratos formales son aquéllos que para su validez se requiere expresar el consentimiento en forma escrita. Indicábamos ya desde un punto de vista doctrinario e histórico que el contrato formal no requiere siempre constar por escrito y que en el derecho romano la formalidad en los contratos “*verbis*” consistía en el uso de palabras sacramentales para la expresión de la voluntad prácticamente só-

lo quedan como contratos formales, aquellos en que debe levantarse una escritura pública, o bien un documento privado como requisito para la validez del contrato. Cuando el Código Civil Mexicano, continúa el citado especialista, exige que el contrato conste por escrito o en escritura pública, tratése del Código de 84 o del vigente, siempre es posible purgar el vicio de nulidad cuando no se observa esa forma, mediante ratificación expresa cumpliendo con las formalidades omitidas, o por ratificación tácita pagando voluntariamente la obligación o ejecutando algún otro acto que implique el cumplimiento voluntario, como por ejemplo, novándola. O bien, queda convalidado el contrato si se deja transcurrir el término necesario para intentar la acción de nulidad y no se hace; la nulidad entonces prescribe. Estos contratos formales quedan convalidados retroactivamente cuando se observa la formalidad omitida para que surtan sus efectos desde la fecha en que se otorgaron en forma irregular y por otra parte, en los contratos formales sólo las partes pueden invocar la acción de nulidad”.

Estamos de acuerdo en la teoría antes expuesta, hasta cierto punto, por que, volvemos a insistir en que debemos pensar si esa falta de forma en nuestros contratos formales, acarrea una nulidad, o bien, si estudiando el problema más a fondo podremos encontrar que se crea una situación sui-generis por esos contratos carentes de forma.

Hemos pues planteado la cuestión y es por eso que creemos que si ya estudiamos lo que nuestro Código Vigente establece respecto a la forma, ahora deberíamos de completar nuestras reflexiones conectando dicho estudio con lo que sobre “la falta de forma” está prescrito en nuestro Ordenamiento Legal tantas veces referido los artículos a los que hemos de hacer mención son, en particular los siguientes:

Artículo 1795.—“El contrato puede ser invalidado:

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

Artículo 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”.

(Este ordenamiento establece pues, que los contratos formales no llegan a ser perfectos sino hasta que se ha llenado la forma que prescribe la ley).

Artículo 1833.—“Cuando la ley exija determinada forma 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”.

(Este artículo está relacionado con el número 2232, que transcribiremos más abajo).

Artículo 2228.—“La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo”.

2229.—“La acción y la excepción de nulidad por falta de forma competen a todos los interesados”.

Artículo 2231.—“La nulidad de un acto jurídico por la falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida”.

Artículo 2232.—“Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto nevocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley”.

Artículo 2235.—“La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero”.

ALGUNAS SIMILITUDES ENTRE LA “PROMESA DE CONTRATO” Y LA SITUACION CREADA POR EL CONTRATO FORMAL CA- RENTE DE FORMA.

Estudiando con detenimiento la materia de la que nos hemos venido ocupando, es decir, la forma y su falta en el contrato, es como encontramos que la ley, por una parte, concede una acción y una excepción de nulidad a los interesados en los contratos, en los que el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece y por otra parte esa misma ley otorga una acción a cualquiera de las partes, para exigir se dé al contrato la forma legal de que carece.

Ahora bien, situados ya en esta posición, es la acción a que en último lugar acabamos de aludir, la que nos hace dudar si el contrato carente de forma legal, llegue a ser, simplemente, un contrato afectado de nulidad a secas, puesto que en ningún caso, creemos se podría argüir, que una causa de nulidad sea también origen de una acción tan diversa, como es la que específicamente otorga nuestro código en sus artículos 1833 y 2232. Es un contrasentido pensar que esa nulidad que precisamente pretende destruir, ya sea de una mayor o menor manera, efectos jurídicos, sea la misma que haya de procrear la acción. La destrucción, creemos, no puede generar en sí, construcción.

Ahora bien, si ese contrato a que nos estamos refiriendo, en donde faltan las formalidades prescritas tiene alguna naturaleza especial nos encontraremos en el deber de investigarlo y así es como al principiar a hacerlo, nos encontramos inmediatamente con que, por su gran semejanza con la situación descrita, hemos de reparar en el estudio de los Contratos Preparatorios y en especial “De la Promesa”.

Pongamos pues nuestra atención en tratadistas que se ha distinguido en el susodicho estudio y de esta manera, creemos nosotros encontrar en uno de los primeros lugares a Georgi.

Georgi, cuando hace su estudio sobre "La Promesa de Contrato", nos afirma (24) que el consentimiento no es nunca "un hecho jurídico unilateral. Puede ser unilateral el contrato, continúa, pero no hay que confundir la causa con el efecto, éste es el consentimiento con el contrato. Aún cuando el contrato sólo obligue a una de las partes, el consentimiento que le produce debe ser bilateral, por la sencillísima razón de que ninguna promesa obliga al promitente mientras no la haya aceptado el promisorio".

Y el mismo autor en otra parte de su obra al hablar del acto interno de voluntad afirma (25): "la aceptación es la voluntad seria y resuelta de adquirir un crédito obligando a otros para con nosotros" agregando más adelante (26), "el acto interno de consentimiento si se dirige, por el contrario a constituir promesa, se puede definir como la voluntad seria y definitiva de constituirse deudor respecto a otros".

Así ya con estos elementos, nuestro actual guía, entra a tratar de lleno la Promesa y nos dice que entre los tratos y la promesa definitiva tiene un puesto intermedio la promesa (27). El criterio característico de esta promesa consiste en que tiene por objeto la conclusión de un contrato futuro, reuniendo todos los requisitos necesarios para engendrar un contrato preliminar en su género perfecto y obligatorio. Así se explica que todos los contratos tienen requisitos comunes y propios. Ahora si nosotros suponemos que al negocio le falta un requisito propio para la especie de contrato que constituye el objeto futuro de la promesa, pero reúne los requisitos comunes para el contrato en general, tendremos La Promesa de Contrahendo.

Después de esto Georgi se dedica a las consideraciones de orden práctico, llegando a la conclusión de que el Contrato de Promesa, es un contrato eminentemente práctico, al resolver situaciones que sin él se tornarían problemáticas, terminando por afirmar que "la cosa es tan sencilla y tan clara la utilidad de las promesas de contrahendo, que la doctrina y la práctica no han podido menos de reconocerlas admitirlas".

En nuestro concepto, otro tratadista que se ha ocupado de este tipo de contrato, con brillantez, logrando gran claridad de sus conceptos es el maestro español Calixto Valverde y Valverde.

Las afirmaciones de este maestro, son en el sentido de que (28) "la promesa una vez perfecta será una verdadera obligación de dar, hacer o no hacer y, en vez de constituir un contrato determinado, constituye un acto preparatorio, un estado de derecho que asegure a manera de garantía, el nacimiento de otra ulterior y definitiva". Asevera pues, al igual que lo hace Sánchez Román, que en el fondo de todo contrato, mientras no ha tenido lugar su consumación, existe la característica de una pro-



mesa o sea un ofrecimiento de dar, hacer o no hacer, pero, alega, esto no es el contrato de promesa pues para que lo sea debe contener un compromiso de celebrar posteriormente otro determinado contrato. Sólo así considera a la promesa como un contrato individualizado, siéndolo pues, ante todo, de carácter preparatorio. De aquí parte Valverde para asegurar que la promesa como contrato preliminar, es una figura intermedia entre las promesas no aceptadas y los contratos definitivos.

El tratadista de quen os ocupamos, señala al igual que Georgi, que la dificultad existente cuando se considera la promesa como contrato preparatorio, es determinar cuando concurren todos los elementos del contrato, en su calidad de preliminar sin que concurren los elementos, todos del contrato definitivo. Surgen tales dudas, nos dice el maestro hispano, en los contratos bilaterales en donde se obligaran los contratantes pero "no hay código que prohíba que uno se obligue antes que el otro, comenzando por un contrato preliminar unilateral" y, al fin, llega así a definir la promesa como contrato preparatorio: "es una promesa unilateral aceptada, que no debe confundirse con la promesa bilateral, porque ésta es el contrato definitivo y la primera un preliminar de éste último. Así pues la promesa unilateral aceptada, es una promesa de contrahendo, un contrato preparatorio que produce efectos jurídicos que no son los del contrato definitivo o principal".

Al dar la definición concreta de La Promesa "Contrato" sigue, como en otros muchos puntos a Sánchez Román, afirmando que es un contrato consensual y unilateral por la que una persona se compromete respecto a otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Respecto a los efectos jurídicos que Valverde y Valverde afirma produce el contrato de promesa, debemos de fijarnos en algunos puntos que creemos de interés máximo, como es el que afirma que por la promesa de contrahendo, el promitente queda obligado al cumplimiento de lo que ofreció y el aceptante tiene el derecho de optar por exigir el cumplimiento de lo prometido o desistir de otorgar el contrato definitivo.

Enseguida nuestro autor afirma que si no se señaló plazo en la promesa, como la obligación no puede ser indefinida, quedará al prudente arbitrio de los tribunales el fijarle, según las circunstancias y naturaleza de la obligación, y, si le hubiere señalado el promitente, dice, dura solamente el plazo marcado. En este punto encontramos una seria discrepancia, con nuestro derecho positivo, puesto que nuestro Código Civil nos indica que "la promesa de contratar (para que) sea válida, debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo" (Artículo 2246). Es decir, nuestro derecho no puede admitir la situación que se puede crear en el Derecho Español, que la promesa de contratar sea ilimitada en el tiempo, por lo menos en lo que respecta a la decisión de las partes, puesto que nuestra ley, tiene en cuenta como elemento esencial en el Contrato de Promesa la fijación del

tiempo de vigencia, lo cual como vimos, no sucede en el Derecho Hispánico.

Más adelante nos encontramos a Valverde afirmando que, de acuerdo con la doctrina científica el promitente no puede a su arbitrio substituir el cumplimiento de la prestación con el resarcimiento, porque eso equivaldría a otorgar una obligación facultativa al deudor, que no se ha estipulado y, sigue diciendo enseguida, que aún cuando se convierta el Contrato de Promesa en contrato definitivo, no se retrotraeran los efectos al momento de la perfección de la promesa. Esto es lógico pues nunca debemos de olvidar que la Promesa de Contrato aún cuando nos lleve hacia el otorgamiento de un contrato, que hemos denominado definitivo, nunca está ligado, digamos substancialmente, el uno con el otro y siempre, pues, llegan a delinarse los dos como contratos autónomos y singularizados.

Al seguir el estudio del autor tratado, encontramos que nos afirma que, de la promesa como contrato debe nacer la acción "ex-stipulatu", a favor de quien se hizo la promesa y llega al fin a afirmar, que el derecho que tiene el acreedor en la promesa es transmisible y que en la promesa no rige la regla de que la cosa perece para el acreedor porque, de ser aplicable tal regla, arguye, más bien que ante una promesa estaríamos frente a un contrato aleatorio.

Por último, concluiremos el estudio que con el tratadista español arriba citado, hemos estado siguiendo, al acercarnos a él para conocer su opinión en el caso de Contrato de Promesa de Venta, uno de los contratos de promesa reconocidos por el derecho. Es así como afirma nuestro consultor que (29) "esta promesa es la más frecuente en el derecho y sobre la que que se han fijado los escritores para determinar la naturaleza jurídica de las promesas en general. En el antiguo Derecho Romano apenas se vislumbró la teoría de la promesa de venta, pero Justiniano modificó este derecho y dijo, en la Constitución Diecisiete del Código, que tantas veces como la compraventa, hubiese debido hacerse por escrito, la escritura era requisitos tan esencial que antes de ella no había vínculo alguno y las partes podrían volverse atrás sin responsabilidad. Más como podía suceder que el pacto verbal fuera acompañado de arras, no se atrevió Justiniano a negar a éste pacto eficacia y dijo que tal promesa producía el efecto de contrato. Como se ve, continúa Valverde, Justiniano cayó en unalamentable confusión, porque el dilema es claro: o la promesa era válida y debía de tener todos los efectos necesarios para pedir la ejecución de la compraventa, o no tenía validez alguna, en cuyo caso, ninguna eficacia jurídica debería de tener ni siquiera la pérdida de la prenda. Ninguno de los dos términos de este dilema aceptó Justiniano y desde entonces han existido en la doctrina y en los intérpretes, confusiones tan grandes, que hubo opiniones para todos los gustos. Para nosotros, concluye Valver-

de la promesa de venta es una promesa como las demás de que hablamos anteriormente, es un contrato esencialmente unilateral y por tanto hay que aplicarle las reglas y efectos jurídicos del contrato de promesa en general".

Terminamos aquí las consideraciones que sobre la promesa de venta hemos estado estudiando y de esta manera ponemos punto final al pequeño estudio hasta aquí realizado y adelante encontraremos pues algunas aplicaciones de lo que en este desarrollo hemos tenido conocimiento.

CONCLUSIONES:

Analizando nuestro problema encontramos pues, concretamente, con que la falta de forma en un contrato que la requiere, en un contrato formal, acarrea la nulidad relativa del mismo puesto que, como señalábamos páginas atrás, esta falta es la infracción a un ordenamiento en que encontraremos resalta como fin primordial el bien individual, protege de manera inmediata ese bien particular y por lo tanto no existen intereses de tan gran calibre, como lo puede ser el colectivo y, la sociedad no exige que los efectos de nuestro contrato sean anulados en su totalidad.

Podemos decir que reconocemos la nulidad, en que nuestro contrato no ha visto realizado a la perfección uno de sus elementos orgánicos: la forma.

Así pues, el contrato que por ley debió de estar revestido de alguna forma y no lo está, lo encontraremos afectado de nulidad relativa, para nosotros de una manera incuestionable y, la acción y excepción relativas, se las concede la ley a los interesados, sin embargo, el artículo 2231 nos dice que la nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida, es decir, esas acciones y esas excepciones a las que arriba acabamos de referir, desaparecen, se extinguen por la confirmación del acto hecho en la prescrita forma omitida y, he aquí lo particularmente interesante, si la voluntad de las partes, como creemos generalmente sucede, ha quedado constante de una manera indubitable y no se tratare de un acto revocable, cualquiera de las partes puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.

El primero de los requisitos apuntados, o sea que sólo podrá exigirse que el acto se otorgue en la forma prescrita si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable, es fácil de entender, puesto que únicamente se pide que exista una comprobación plena de la vigencia del contrato y una expresión clara y precisa de lo que cada una de las partes manifestó como su voluntad. Sería ilógico y desquiciador si no fuera de ésta manera.

En cuanto al segundo de los requisitos que se requiere para que alguna de las partes tenga el derecho de exigir el otorgamiento de la forma prescrita, es el de que se trate de un acto irrevocable. Esto es todavía, creemos, más sencillo de entender, puesto que no puede existir una facultad en un acto en el cual una de las partes puede revocar su voluntad,

pues es fácil comprender que si aquella parte ejercitara el derecho al que hemos aludido, exigiendo de la otra el otorgamiento de forma, esta última, si no desea otorgarla, puede sencillamente revocar su voluntad y terminar de esta manera con el acto en sí.

Tal es pues, la doctrina que se encuentra asentada en el artículo 2232 de nuestro Código Civil y, si nuestro estudio llegara más lejos nos encontraríamos con un segundo artículo base del derecho antes citado en las reglas generales que norman los contratos, el artículo es el 1836 y éste ya no hace alusión a que sólo nace la acción para exigir se revista de forma un contrato, cuando no se trata de un acto revocable, lo cual, insistimos sale sobrando se prescriba o no de una manera literal en el ordenamiento positivo.

Es así como estos artículos, acabados de citar, llegan a ser los manantiales, la génesis de la acción que en nuestro concepto, hace cambiar el cariz del contrato formal por ley y falta de ésta, pues si existe la acción que aludimos no es posible que estrictamente se pueda hablar de nulidad puesto que, volvemos a repetir lo que en la exposición ya afirmábamos, no creemos que una situación como es la de un acto afectado de nulidad, que es de extinción de efectos, haga nacer, sea la generación, de una acción concreta.

Es así que la acción y excepción de nulidad por falta de forma quedan paralizadas, digámoslo así, por esta nueva acción que nos entregan los artículos 2232 y 1833, y, si alguno tratara de servirse de aquéllas, acción y excepción de nulidad, quedaría imposibilitado de hacerlo si otra de las partes "exige que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley", quedarían de esta manera destruidos los efectos de la acción de nulidad con el ejercicio de nuestra nueva acción para revestir de forma al contrato.

Ahora bien, creemos encontrar en este momento una situación con características propias, vislumbramos un panorama jurídico con perfiles particulares, distintos, un acto jurídico con cualidades sui-géneris y, debe ser este instante en el que decalremos que esa situación, ese acto sui-géneris, está investido de características algo similares a las de la Promesa de Contrato, sin que con esto queramos decir que se llegue a identificar plenamente, ni que pierdan su peculiaridad algunas de estas características, de nuestro acto.

Creemos que algunas de las características que acabamos de tratar en el párrafo anterior pueden ser más o menos fácilmente conocidas por nosotros y tal vez algunas de las que más resaltan las trataremos de señalar enseguida:

Primero.—Dentro del contrato formal falta de forma, existe latente una acción que ejercitada debe llegar a efectuar el investimento de esa determinada forma antes ausente.

Segundo.—La acción de que se habla en el inciso anterior neutraliza a la acción o excepción de nulidad por falta de la forma prescrita.

Tercero.—Desde un cierto punto de vista podemos comparar al con-

trato falto de forma con la Promesa de Contrato en que, en nuestro concepto, los dos constituyen un estado de derecho que asegura el advenimiento de una situación posterior, ya definitiva, aunque, debemos aclarar este escalón para llegar a la mencionada situación futura es de distinta esencia, como distinta será la tantas veces mencionada situación; por una parte nos encontraremos al contrato revestido de forma, es decir, el contrato perfeccionado y por la otra se llegará a la consecución, cuando nos referimos a la Promesa, de un contrato futuro perfecto.

Cuarto.—El contrato falto de forma no contiene dentro de sí el compromiso de celebrar posteriormente otro determinado contrato, mientras que la promesa de contrato sí contiene dicho compromiso y, la celebración posterior a que nos referimos ha de ser de un contrato posterior, autónomo.

Quinto.—El contrato falto de forma se llega a diferenciar de la promesa, porque mientras esta última “el promitente queda obligado al cumplimiento de lo que ofreció y el aceptante tiene el derecho de optar por exigir el cumplimiento de lo prometido o desistir de otorgar el contrato definitivo”, en el contrato falto de forma quedan las partes; siempre, obligadas al cumplimiento de sus ofrecimientos y no puede existir la facultad de opción entre el cumplimiento o el desistimiento de otorgar el contrato, simple y sencillamente, porque la acción para investir de la forma faltante al contrato es común a las partes, además de que indubitablemente el contrato que por una parte podemos llamar definitivo aquí ya está otorgado.

Sexto.—La promesa de contrato, por ley, artículo 2246 de nuestro Código Civil vigente, siempre debe de estar limitada en el tiempo, es decir, la acción que nace de ese contrato debe siempre de tener un cierto y preciso tiempo de vivencia, después del cual quedará extinguida. La acción que nace del contrato formal falto de forma, nunca esta directamente limitada a un determinado lapso, sin embargo es lógico pensar que desaparecerá o se extinguirá en el mismo tiempo en que desaparece la obligación definitiva del contrato aludido y, si no se ha fijado plazo perentorio para ésta, tendremos que aplicar las normas generales de la prescripción de las acciones civiles, prescribirá pues la acción para constreñir a que se dé forma a un contrato, falto de ella, en diez años (artículos 1159 del Código Civil).

Ahora bien, ya que conocemos la realidad de nuestro derecho en esta materia de la forma, tenemos que llegar a hacer una confesión: en nuestro Código se quiso dar cabida a dos tendencias antagónicas por sí, la consensualista y la formalista, resultando así una aleación de teorías que, en nuestro concepto, jamás se llegarán a amalgamar del todo.

Si en nuestro Código se esgrime como bandera el consensualismo se fuerza toda una tendencia para hacernos comprender que “el contrato puede ser invalidado porque el consentimiento no se haya manifestado en la

forma que la ley establece”, tal como lo asienta el artículo 1795, en su fracción IV y es inútil pensar en que “cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario”, ya que en el mismo artículo, el 1833, en que se afirma ésto, se entiende contradictoriamente la segunda parte que dice “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” y, aún más existirá contradicción palpable con el artículo 1832, cuando afirma que “en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezcan que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”, es decir, quedamos aquí ante una situación que en la práctica puede acarrear graves consecuencias. ¿El contrato vale, pues, por el Consentimiento, o vale por la Forma? Siendo nuestra respuesta, después de estudiar el criterio que se ha tomado como guía de nuestro Código, es que: el contrato vale por el Consentimiento.

Si le falta la forma, en resumen, el contrato será imperfecto si, pero llegará a constituir, para nosotros, una situación jurídica con características especialísimas, “sui generis”, de las que forzosamente llegamos a deducir que se trata de una situación nueva, con perfiles propios y no, simple y sencillamente, de un acto afectado con nulidad relativa.

Podrá tener nuestra novedosa situación alguna o algunas de las características que se encuentra en un acto afectado de nulidad relativa, pero otras jamás podrán encajar dentro de ella, una de ellas, la que más choca con el concepto de nulidad es el nacimiento de una acción y, no ya, su cercenamiento.

Tomando en cuenta todas estas razones creemos que para esclarecer esta situación, por ahora nebulosa, se debe de llegar a la reforma de algunos de los artículos de nuestro Código vigente que, a nuestro entender, son los principales causantes de esa confusión.

En concreto, nuestra proposición de reformas es la siguiente:

I

En el artículo 1795 se debe suprimir la fracción IV que dice: “porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece, para que quede así:

Artículo 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.

II

El artículo 1833 actualmente se encuentra redactado de esta manera:

Artículo 1833.—“Cuando la ley exija determinada forma 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”.

En nuestro criterio, para claridad de conceptos y sosteniendo el principio general consensualista que alienta en el Código, este artículo debería quedar redactado de esta manera:

Artículo 1833.—“Cuando la ley exija determinada forma para un contrato y no haya sido revestido de ella, cualquiera de las partes tendrá acción para exigir se le dé a ese contrato la forma prescrita por la ley”.

Suprimimos la parte que dice: “pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente”, por creerla innecesaria, puesto que si no fuese constante fehacientemente la voluntad, no podríamos considerar al contrato como tal, estrictamente y eso no por culpa alguna de la forma, sino por falta de un consentimiento claro, que quizá pudiera estar sufriendo hasta error.

III

Deberemos suprimir entonces, también el artículo 2232, que habla de nulidad por falta de forma, puesto que sí, de hecho, en teoría pudiéramos considerar la falta de forma como una especie de, llamémosle nulidad relativa, lo hacemos siempre, considerando esta situación de una manera muy especial y no aceptándola, como se puede entender aceptada en las disposiciones contenidas en los artículos 1833 y 2232 del actual Código.

Por otra parte, la acción que genera el 2232, creemos, estaría ahora claramente originada en nuestro artículo 1833 reformado.

IV

Ahora bien, siguiendo el principio que nos ha guiado hasta aquí, debemos terminar por afirmar que en nuestro criterio sería benéfico suprimir el artículo 2231, para no causar más confusiones, colocando la falta de forma dentro del capítulo de las Nulidades.

BIBLIOGRAFIA

- (1) Derecho Civil.—Ludwig Enneccerus.—Vol. II, Tomo I, pág. 1.
- (2) Boncasse.—Suplement T. II—253.
- (3) Colin et Capitant T. I, 49.
- (4) Capitant.—Introduction a l'étude de Droit Civil. N° 230.
- (5) Código Civil 1884, artículo 1272. Código Civil 1928, Art. 1793.
- (6) Duguit.—Tomo I, página 224, 228, 216.
- (7) Savigny —Tomo III, 6.
- (8) Coviello Nicolás.—Doctrina General del Derecho Civil, página 335.
- (9) Savigny.—Tomo III, N° 40—41.
- (10) Planiol Marcel.—Tomo I, 345.
- (11) Japiot Rene.—Des nullités en matiere d'actes judiques. Essai d'un théorie nouvelle.—Página 9.
- (12) Ferrara.—Teoría del negozio illicito.—N° 10, página 20.
- (13) Boncasse.—Suplement.—Tomo II, No. 558, 609, 613.
- (14) Manresa y Navarro José M^a—Comentarios al Código Civil Español, Tomo VIII, página 714.
- (15) Planiol Marcelo y Jorge Ripert.—Tratado Práctico del Derecho Civil Francés.—Tomo VI, Las Obligaciones, primera parte, página 122 y siguientes.
- (16) Laurent F.—Curso de Derecho Civil.—Tomo II, página 343.
- (17) Code Civil Anoté par Ed. Fuzier Hermal. Nouvelle edition refondué et mis a jous sous la direction de Rene Demoge.—Tome Troisième.
- (18) Datos de Macedo.—Miguel S. Macedo, página 79.
- (19) Boncasse.—Obra citada, tomo II, N° 394.
- (20) Coviello Nicolás.—Obra citada, página 391 N° 114.
- (21) Baudry Lacantinerie et Barde.—Tomo XII, N° 21—22.
- (22) Enneccerus Ludwig.—Derecho Civil. Parte General.—To I. Volúmen II, página 119.
- (23) Rojina Villegas Rafael.—Teoría General de las Obligaciones.—Tomo I, N° 254, página 529.
- (24) Giorgi Jorge.—Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno.—Volúmen III, página 119.
- (25) Giorgi.—Obra citada. Volúmen III, página 121, N° 141.
- (26) Giorgi.—Obra citada. Volúmen III, página 122, N° 143.
- (27) Giorgi.—Obra citada. Volúmen III, página 123, N° 144.
- (28) Valverde y Valverde Calixto.—Tratado de Derecho Civil Español.—Parte Especial.—Derechos Personales o de Obligaciones.—Tomo III, página 308.
- (28) Valverde y Valverde Calixto.—Obra citada.—Tomo III, pág. 311.