

de todo o de parte de su haber, los otros coherederos están obligados a indemnizarle de esa pérdida en proporción a los derechos hereditarios (artículo 1780 del C.C.). La hipótesis de la rescisión no determina la ineficacia de la partición sino el nacimiento de una obligación de indemnización a cargo de los coherederos. Esta obligación es recíproca y mancomunada; de ahí que la insolvencia de uno de los coherederos se reparte entre los demás, incluso el que perdió su parte (artículo 1782 del C.C.).

El régimen legal de la rescisión y la nulidad de las particiones es el que establece la teoría general del contrato (artículo 1788 del C.C.).

## IV. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

### 1. LA NOCIÓN DE OBLIGACION

#### A. Ideas preliminares

La noción de obligación es una de las nociones fundamentales del derecho civil. Antes de precisarla, quisiéramos determinar su contexto.

Los derechos se dividen en derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. El derecho civil estudia cierta clase de derechos extrapatrimoniales como la capacidad de las personas; pero también se dedica al estudio de los patrimoniales, es decir, aquellos que tienen un carácter económico y pecuniario. Los derechos patrimoniales se dividen en dos categorías: los derechos personales y los derechos reales; estos últimos son objeto de análisis en el capítulo relativo al derecho de bienes. Por su parte los derechos personales se pueden conceptuar por exclusión: son aquellos derechos patrimoniales que no son derechos reales. Los derechos personales son todos aquellos que provienen de los actos y hechos jurídicos que no dan origen a derechos reales. Los derechos personales también adoptan el término de obligación *lato sensu*.

Es así como llegamos a la noción de obligación *strictus sensu*; ésta es la contrapartida en el patrimonio de una persona de un derechos personal que existe en el patrimonio de otra. La obligación es pues un vínculo jurídico existente entre dos personas.

La obligación es una situación bipolar donde la terminal activa es el acreedor y la pasiva el deudor. En virtud de este vínculo el deudor está obligado a realizar una prestación en favor de su acreedor, y el acreedor puede exigirle coactivamente el cumplimiento de esa prestación. En este orden de ideas, la doctrina alemana ha distinguido dos elementos básicos en la obligación: el deber o *schuld* y la responsabilidad o *haftung*, esta tesis conduce a una concepción dualista de la obligación, que se opone a la concepción monista, es más simple y ha sido sostenida por

la teoría clásica. La distinción entre el deber (*schuld*) y la responsabilidad (*haftung*) en alguna forma responde a la distinción en el derecho romano entre el *debitum* y la *obligatio*, si bien esta distinción obedecía a razones procesales. En suma, la deuda (*debitum* o *schuld*) implica el deber de realizar una prestación, en tanto la responsabilidad (*obligatio* o *haftung*) implica el poder coactivo del acreedor; el acreedor tiene a su disposición la fuerza coactiva del Estado para obligar forzosamente al deudor a realizar su prestación y dar en esa forma satisfacción a sus intereses. Todo ello nos conduce a la siguiente noción de obligación: Es la relación jurídica existente especialmente entre dos personas, en virtud del cual una persona debe realizar en beneficio de otra una prestación (Carbonnier).

Esta definición dualista de la obligación —integrada por la *schuld* y la *haftung*— plantea el problema de existencia de la obligación natural o imperfecta, que es una obligación desprovista de sanción, es decir, que el acreedor carece de la posibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de su prestación al deudor. El derecho moderno ha venido identificando las obligaciones imperfectas en las obligaciones morales o de conciencia. Por ello el ordenamiento jurídico considera como actos válidos aquellos que se realizan con la idea de satisfacer ese deber moral o de conciencia. El C.C. en su artículo 1894 admite la obligación imperfecta al impedir la repetición a quien reclame la devolución de lo indebidamente pagado.

## B. Clasificación de obligaciones

En este lugar quisiéramos destacar algunas de las diversas clases de obligaciones que se han formulado.

### a) Obligaciones de dar, de hacer y de no hacer

El C.C. le atribuye a esta clasificación una importancia capital, ya que sobre ella modela el efecto de las obligaciones.

#### a.1.) Obligaciones de dar

Las diversas posibilidades de la obligación de dar se contienen en el artículo 2011 del C.C.: la traslación de dominio de cosa cierta y determinada, la enajenación temporal de uso o goce de cosa cierta y determinada, la restitución de cosa ajena, y el pago de la cosa debida.

La obligación de dar participa íntimamente de la idea de entrega, que consiste en poner a una persona en posesión de una cosa. El C.C. distingue entre entrega real, jurídica o virtual (artículo 2284, 2858 y 2859 del C.C.).

La obligación de dar tiene una función traslativa: en nuestro derecho en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas la traslación de la propiedad se

verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural o simbólica. Es necesario, empero, tener siempre presente las disposiciones del Registro Público de la Propiedad. Esta remisión al sistema registral tiene por objeto determinar la preferencia de los derechos reales en función de la prioridad de su inscripción en el Registro Público, cualquiera que sea la idea de su constitución (artículo 3013 del C.C.). La prelación se determina por la fecha y el número ordinal de ingreso que corresponda al presentar para su inscripción al registro, el documento en que se consigne el derecho real respectivo, (artículo 3015 del C.C.); a la prioridad registral con las reformas recientes al Registro, se le dio una mayor consistencia con el mecanismo del certificado con grado de prelación (artículo 3016 del C.C.). Se estableció la prioridad desde el momento en que es inminente el otorgamiento de un acto de disposición (declaración, reconocimiento, adquisición, transmisión, modificación, limitación, gravámenes o extinción de la propiedad o posesión de bienes raíces, o cualquier derecho real sobre los mismos). La idea central es la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, que se traduce en la introducción de mecanismos que fortalecen la seriedad de las partes en la prolapación de los actos de disposición.

Finalmente es de destacarse que la función traslativa en las obligaciones de dar, de cosas determinables, se subordina al hecho de que éstas se hagan ciertas y determinadas, con conocimiento del acreedor (artículo 2015 del C.C.).

#### *a.2.) Obligaciones de hacer y de no hacer*

Las obligaciones de no hacer hacen referencia a una actividad del deudor diferente del dar, y admiten dentro de su régimen la noción de fungibilidad. Es fungible la obligación de hacer cuando la prestación puede ser satisfecha por cualquier persona, es decir, cuando es indiferente la persona que lo ejecuta. Pero también la obligación de hacer puede ser infungible cuando se haya establecida la obligación *intuitu personae*.

Dentro de la obligación de hacer se ha distinguido también su contenido que consiste en una simple actividad (obligación de medios) o en la obtención de un resultado (obligación de resultado). Esta clasificación fue propuesta por Demogue y sistematizada por Frossard, en materia de responsabilidad: si el deudor tiene a su cargo una obligación de medios debe conducirse como un buen padre de familia, es decir, responde exclusivamente de su culpa; por el contrario, si tiene a su cargo una obligación de resultados, incurre en responsabilidad por el solo hecho de su incumplimiento, independiente de la diligencia observada. La distinción de las obligaciones de medios y de resultados traduce la distinción que se observa en los regímenes de la responsabilidad subjetiva y objetiva: para precisar si la culpa es una condición determinante de la responsabilidad, el juez debe analizar el contenido de la obligación del deudor. En suma, esta clasificación permite obtener una evidente seguridad jurídica en toda solución a los problemas de responsabilidad (Frossard).

*b) Obligaciones genéricas y obligaciones específicas*

Por género se entiende un conjunto más o menos amplio de objetos que reúnen determinadas características de las cuales se pueden predicar unas determinadas condiciones comunes (Diez Picazo). Las obligaciones específicas recaen sobre cosas ciertas y determinadas. La importancia de esta clasificación se percibe en materia de riesgos (el género nunca perece) y en la función traslativa de los contratos (artículo 2015 del C.C.).

*c) Obligaciones pecuniarias*

A primera vista esta obligación se satisface transmitiendo la propiedad de un determinado número de instrumentos monetarios, es decir es una obligación de dar cosas de género. Sin embargo los instrumentos monetarios no son cosas de género como los otros: se explican en función de la unidad ideal que representan y están sujetos a la ley monetaria. Por ello nos vemos obligados a exponer, en forma breve, el régimen legal de la moneda.

La moneda es una expresión numérica; es siempre una fracción o un múltiplo de la unidad ideal que es el peso (artículo 1o. LM). La moneda tiene tres funciones esenciales:

1. Su función de instrumento de cambio. La moneda es un instrumento liberatorio: jurídicamente es un bien con una fungibilidad absoluta, que tiene curso legal y forzoso, ya que puede serle impuesto al acreedor en pago, aun en contra de su voluntad.

2. Su función como unidad de cuenta. La moneda es un instrumento de evaluación de todos los bienes; es la medida común: todos los bienes, todos los servicios tienen como medida una escala que es la moneda.

3. Su función como instrumento de conservación de riqueza. La moneda constituye un instrumento de atesoramiento y ahorro. La moneda es definida por el Estado y es este quien fija el valor de los instrumentos monetarios; tiene en consecuencia, la posibilidad de desmonetizar los instrumentos monetarios.

Las anteriores explicaciones nos permiten describir el nominalismo y valorismo. Según el nominalismo la unidad monetaria es jurídicamente constante, cualquiera que sea su inconsistencia real (Malaurie). El nominalismo atiende a la expresión facial del instrumento monetario. El valorismo, por lo contrario, tiene por objeto encontrar el verdadero valor de la obligación monetaria, y puede ser general donde las obligaciones monetarias se revalúan en función de su fecha, o bien, individual, donde las obligaciones monetarias se expresan en función de su valor real.

Nuestro derecho positivo ha adoptado el nominalismo (artículo 4o y 7o L.M. y artículo 2384 del C.C.); ello implica que en las obligaciones pecuniarias, el deudor se libera y extingue la obligación remitiendo al acreedor billetes emitidos por el Banco de México, S.A., por su valor nominal, es decir, entregando el número de unidades monetarias fijadas en la obligación.

### *C. Fuentes de las obligaciones*

Como todas las nociones fundamentales del derecho, la noción de obligación, participa de las concepciones generales que constituyen la base del sistema jurídico. Las ideas actuales no son más que la síntesis de los conflictos de diversas posturas sobre el concepto, el fundamento y los fines del derecho, de la evaluación de las ideas en el pasado y las tendencias actuales (Marty et Raynaud). La exposición del simple análisis de la técnica jurídica es pobre si no se describe también el contexto; esto es particularmente válido en el derecho de las obligaciones. Así se puede afirmar que la concepción clásica subjetiva se distingue de la concepción moderna objetiva. La concepción clásica subjetiva se encuentra en los códigos civiles decimonónicos; se inspira en las doctrinas liberales sostenidas fundamentalmente por Locke y Rousseau, y se explica como una reacción al absolutismo del Estado. Esta concepción sostiene la preeminencia del contrato como fuente de obligaciones, ya que el contrato es el acto jurídico que supone una autolimitación de la libertad por los sujetos del derecho: la libertad abstracta es el postulado fundamental de esta concepción.

La concepción objetiva, por lo contrario, pertenece a la doctrina intervencionista moderna. En esta concepción el contrato tiende a perder su privilegio a favor de la ley imperativa (vgr., la Ley del Consumidor) cuando se constata la insuficiencia de las restricciones voluntarias del uso de la libertad.

El estudio que se debe realizar consiste en describir en qué línea de pensamiento se sitúa nuestro ordenamiento civil y ello en dos planos diferentes, conforme a la estructura del C.C. actual: las fuentes de las obligaciones y los efectos de éstas.

El C.C. admite como fuente general al contrato, y como fuentes particulares la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, las obligaciones que nacen de actos ilícitos y el riesgo profesional.

La preeminencia del contrato en la estructura actual del C.C. es evidente, y que corresponde al impulso individualista existente en el momento de su elaboración.

Expondremos por lo tanto a continuación la teoría general del contrato.

## 2. LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

### *A. Introducción*

La literatura jurídica mexicana ha venido distinguiendo entre hecho y acto jurídico (Ortiz Urquidi), haciendo omisión del concepto de negocio jurídico. Esta noción ha sido propia de la literatura alemana e italiana. Así, la literatura mexicana distingue sólo entre acto y hecho jurídico, en tanto la literatura alemana lo hace entre negocio y hecho jurídico. Debemos pues precisar estos conceptos a efecto de percibir el alcance de las diferencias.

Lo esencial en el negocio jurídico es la voluntad de sus autores; estos regulan sus propios intereses, establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción (Diez Picaso). Las características son su historicidad, su abstracción y su instrumentalidad: la teoría del negocio jurídico surge a principios del siglo XIX dentro de una línea de pensamiento dominado por su racionalismo y su abstracción. A través de este concepto se trata de explicar en forma unitaria, los hechos o supuestos en los cuales el papel de la voluntad individual es relevante y en cierta medida condiciona y determina los efectos jurídicos que actos del hombre han de producir. La existencia de la noción de negocio jurídico es meramente conceptual y significa un punto de referencia, que permite la explicación de una serie de problemas y en el que se postulan determinados criterios para su solución. En suma, la voluntad es el elemento determinante del negocio jurídico. En opinión de Ortiz Urquidi, ésta interviene tanto en la realización del acontecimiento como en la producción de consecuencias jurídicas. Respecto a esta última afirmación es necesario precisar que los efectos jurídicos se producen siempre *ex lege*, es decir, la voluntad por sí sola no es capaz de generar efectos jurídicos, sino que es el ordenamiento jurídico el que los crea.

El acto jurídico se ha definido como una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que producen el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esta voluntad (Borja Soriano).

El concepto de acto jurídico que se toma como referencia en la teoría general del negocio jurídico es, sin embargo, diverso al expuesto. Si bien considera la intervención de la voluntad, las consecuencias jurídicas están ya predeterminadas por la ley (vgr. homicidio intencional).

Así se ha querido distinguir entre negocio jurídico y acto jurídico (Ortiz Urquidi). Si bien en ambos conceptos interviene la voluntad de los autores, en el negocio jurídico los autores tienen la posibilidad de optar por la consecuencia jurídica que mejor satisfaga sus intereses; en tanto que en el acto jurídico no existe esa posibilidad; es el ordenamiento jurídico el que predetermina las consecuencias jurídicas ante la realización de determinados supuestos (vgr. el matrimonio). Finalmente en el hecho jurídico no participa en ninguna circunstancia la voluntad (vgr. el nacimiento). En suma, las anteriores ideas postulan la distinción entre tres nociones: negocio jurídico, acto jurídico y hecho jurídico.

El desarrollo de las anteriores ideas, en nuestra opinión, no describe satisfactoriamente nuestro derecho positivo. La técnica empleada por el legislador de 1928, equivocada o no, parte de un supuesto diverso: la estructura de la teoría general del contrato como derecho común del acto jurídico. Ello nos lleva a concluir que el legislador de 1928 consideró exclusivamente la noción del acto jurídico, como lo sostiene la mayoría de los códigos civiles de origen romano-francés. La noción de acto jurídico, y dentro de ella el contrato, es utilizado por nuestro legislador para normar los problemas básicos que plantea la adopción del principio de la autonomía de la voluntad y que determina el modelo del sistema jurídico (Farjat).

La noción de acto jurídico sin embargo, tiene una significación diversa: es

un acto de voluntad realizado para producir ciertos efectos de derecho (Marty et Raynaud) entre los que se encuentran la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones y derechos. Los efectos se producen *ex lege*, es decir, porque el ordenamiento jurídico sanciona ese acto de voluntad.

En conclusión, la teoría del negocio jurídico si bien es racionalmente aceptable, no corresponde a la empleada por el legislador. Este norma la teoría general del contrato como piedra angular del acto jurídico, cuya significación es diversa a la sostenida por la teoría general del negocio jurídico. Congruentes con lo anterior, preferimos exponer la teoría general del contrato, por ser la que adopta nuestro legislador. Para ello precisaremos algunas notas distintivas del acto jurídico.

El acto jurídico se caracteriza por su consecuencia, que es la producción de efectos de derecho; es un mecanismo a la vez diverso y uniforme (Carbonnier); diverso en el sentido que admite múltiples combinaciones de la voluntad, de tal suerte que da origen a diversas clases de actos jurídicos y uniforme porque su principio informador es siempre la voluntad.

Conforme a lo anterior puede distinguirse entre acto jurídico unilateral y bilateral. El acto jurídico unilateral es la manifestación exterior de voluntad y medio de la cual una persona unilateralmente crea efectos de derecho al sancionar el derecho esa voluntad. El sistema legal le da fuerza obligatoria a la voluntad unilateral, pero no la sujeta a un régimen jurídico uniforme. El C.C. traspone el régimen general de la teoría general del contrato (artículo 1859 del C.C.), que es el derecho común del acto jurídico a los actos jurídicos unilaterales ya existentes, salvo aquellas disposiciones que se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones legales sobre las mismas.

El acto jurídico bilateral o convenio *lato sensu* es el acuerdo de dos o más voluntades que crea, transmite, modifica o extingue derechos y obligaciones, fundándose en una regla de derecho (artículo 1792 del C.C.). Conforme a la distinción que hace el C.C. los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos (artículo 1793 C.C.) y por exclusión los que modifican o extinguen obligaciones toman el nombre de convenios *stricto sensu*.

La técnica empleada por el legislador de 1928, a semejanza del C.C.F., es estructurar la teoría general del contrato, dándole a este régimen una vocación de generalidad. Esta técnica se aparta de la empleada por el B.G.B. y algunos códigos civiles de las entidades federativas de la República mexicana (vgr. el C.C. de Morelos). En conclusión el C.C. organiza una teoría general del contrato y no del acto jurídico (o si se quiere del negocio jurídico, empleando la terminología alemana). Mucho se ha discutido el método empleado (Rojina Villegas). Pudiera parecer más científica la elaboración de la teoría general del acto jurídico donde se explicarán nociones como representación, condición, término, etcétera. Sin embargo, es necesario subrayar que los regímenes de los actos jurídicos no contractuales son de tal forma diferentes entre ellos que las reglas particulares difícilmente se pueden expresar en forma general. La teoría general del contrato tiene

el suficiente grado de abstracción para poder constituir el derecho común de los actos jurídicos.

Es indispensable inicialmente, exponer los principios y caracteres esenciales que permitan precisar la noción de contrato. Posteriormente se desarrollará el análisis de la formación y la nulidad del contrato.

### *B. Clasificación de los contratos*

Las variedades de los contratos los describe el Código civil destacándolos por parejas.

#### *a) Contratos unilaterales y bilaterales (artículos 1835 y 1836 del C.C.)*

Esta clasificación atiende al objeto de los contratos.

El contrato unilateral (artículo 1835 del C.C.) crea obligaciones exclusivamente respecto de una de las partes (vgr., la donación, artículo 2332 del C.C.). El contrato bilateral por lo contrario crea obligaciones recíprocas para las partes; cada parte es a la vez acreedora y deudora de la otra. Lo que caracteriza al contrato bilateral o sinalagmático es la correlación, la interdependencia de las prestaciones.

Con base a lo anterior se ha intentado introducir la noción de contrato sinalagmático imperfecto, es decir aquel que nace unilateral y por circunstancias particulares se convierte en bilateral. Se ha desechado esta noción, ya que la creación de obligaciones, que podrían determinar al contrato unilateral como bilateral, provienen de un hecho exterior y posterior a la celebración del contrato. En esa forma se yuxtaponen a la relación jurídica original. No hay pues, correlación entre las prestaciones y por lo tanto no es sinalagmática. Una diferenciación práctica de esta distinción se encuentra en materia de incumplimiento (artículo 1949 del C.C.) y de riesgos, como se podrá apreciar más adelante.

#### *b) Contratos onerosos y gratuitos*

Esta clasificación atiende también al objeto de los contratos.

Es oneroso (artículo 1837 del C.C.) el contrato en el que las partes estipulan provechos y gravámenes recíprocos, y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes (artículo 1837 del C.C.). El prototipo del contrato oneroso es la compraventa, el del gratuito, la donación.

Dentro de los contratos onerosos se distinguen, el contrato conmutativo y el aleatorio. Es conmutativo el contrato cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que se puede apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida (artículo 1838 del C.C.). Es aleatorio cuando la prestación de una de las partes, ya sea en su existencia o en su extensión, depende de un alea, es decir de un hecho incierto: Es imposible al momento de la celebración del contrato evaluar esta prestación.

### *C. Balance de la teoría general del contrato*

El balance de la teoría del contrato esta ligada a la exposición del principio de la autonomía de la voluntad. En cuanto a la formación del contrato el individuo goza de una doble libertad: contratar o no, y en caso de hacerlo establecer el contenido del contrato; a este último aspecto se le da el nombre de libertad contractual. La libertad contractual tiene como límite el orden público, pero éste es siempre de excepción, conforme al axioma liberal: todo lo que no esté prohibido, está permitido (Carbonnier).

La forma de la libertad contractual tiene su quintaesencia en el consensualismo (artículo 1832 del C.C.). El acuerdo de voluntades es suficiente para la formación de una relación jurídica, sin necesidad de que se exprese en una forma determinada.

Una vez formulado el contrato, los contratantes pueden desligarse de él por mutuo acuerdo; esta forma representa el complemento necesario de la libertad contractual.

La autonomía de la voluntad pretende el primado de la persona sobre la sociedad, y tuvo como objetivo principal la reivindicación del individuo frente al absolutismo del Estado. Sobre este principio descansa la libertad contractual y su corolario que es la fuerza ejecutoria del contrato. La fuerza ejecutoria del contrato (artículo 1796 del C.C.), sin embargo, está concebida en una sociedad estable, como lo era la sociedad europea del siglo XIX. Llevada a sus últimos extremos ha sido hoy en día una fuente constante de injusticias. A la teoría de la autonomía de la voluntad se le han formulado críticas por su individualismo exacerbado y por la falta de reconocimiento de la función de la sociedad.

En conclusión, el principio de la libertad contractual ha terminado por ser un dogma intangible y ha servido para justificar toda clase de operaciones abusivas y exorbitantes. Con ello se rompió el contrapeso necesario que mantenía el equilibrio entre los intereses de los sujetos de derecho, que imponía un mínimo de igualdad de oportunidades entre ellos.

Los aspectos contemporáneos de la desigualdad de las partes se combina con la uniformidad de los contratos, lo que hace nacer una nueva forma de relaciones contractuales.

Para citar solamente las desigualdades contractuales, más importantes, basta solamente mencionar la existente entre patronos y empleados, que se intenta corregir a través de la negociación colectiva. Pero también se hace evidente esta desigualdad entre productores y distribuidores, a través de los contratos de integración y en la década de los años setenta la desigualdad entre productores y distribuidores por una parte y consumidores por la otra. La inferioridad del consumidor en las relaciones contractuales y la necesidad de protegerlo en forma específica, han sido admitidas de manera general, tanto en México como en otros muchos países.

La uniformidad de los contratos es la otra causa que ha modelado una nueva forma de relaciones contractuales. La uniformidad se expresa generalmente en contratos-tipo que constituyen frecuentemente el contenido de contratos de

adhesión (Ghestin). Los contratos tipo tienden a substituir las disposiciones supletorias del C.C. En esa forma quien confecciona los contratos-tipo ejerce un poder reglamentario de hecho. Más aún, un vendedor profesional puede establecer de antemano un cierto número de estipulaciones, que va a aplicar, de manera general, a todos los contratos individuales que concluirá posteriormente con sus clientes. Es lo que se conoce como condiciones generales de contratación. Las más frecuentes son las condiciones generales de venta, pero también se observa su existencia en materia de revisión, etcétera.

Finalmente tenemos el contrato de adhesión. Estos se han definido (artículo 5 LPC) como la adhesión a un contrato-tipo, redactado unilateralmente por una de las partes y a la cual la otra se adhiere sin posibilidad real de modificarlo (Ghestin). El contrato de adhesión presupone una desigualdad de hecho de las partes contratantes, aunque ello no necesariamente sea consecuencia de un monopolio o bien de un poder económico considerable. Aun así, la redacción unilateral ha sido una fuente constante de abusos. Por ello se ha pensado en limitar la estipulación de algunas cláusulas que se consideran abusivas o bien sujetarlas a un control judicial.

Ante estos problemas que plantea el principio de la autonomía de la voluntad se han propuesto varias soluciones. Se ha pensado en hacer derivar la fuerza obligatoria de los contratos, no ya de la voluntad del deudor, sino del medio social (Tancelin). El acuerdo de voluntades constituye un medio social y es la sociedad la que atribuye a este acuerdo de voluntades determinadas consecuencias. Otros (Ghestin) han postulado el primado del derecho objetivo sobre el subjetivo: la libertad es una aspiración del individuo, que debe hacerlo responsable, no contraponerlo a la sociedad. Es en la comunidad y en función de la misma en donde se desarrollan las situaciones jurídicas. El contrato por lo tanto, debe estar al servicio de la comunidad y con ello del derecho objetivo. La fuerza obligatoria de los contratos se deriva del derecho objetivo. El contrato continúa siendo el acuerdo de voluntades que el derecho sanciona porque posibilita operaciones socialmente útiles, permite la satisfacción de las necesidades del individuo y su vida en sociedad.

### 3. LA FORMACION DE CONTRATO

Conforme al Código Civil se distingue entre elementos de existencia (artículo 1794 del C.C.) y elementos de validez (artículo 1795 del C.C.).

#### *A. Elementos de existencia*

Dentro de los elementos de existencia se enumeran el consentimiento, el objeto materia del contrato y finalmente en algunos casos la solemnidad (artículo 2228 del C.C. *a contrario sensu*). Este último elemento lo analizaremos con motivo de la forma.

### a) *El consentimiento*

El análisis del consentimiento determina la existencia de dos manifestaciones de voluntad concordantes en su objeto, que se encuentran en el tiempo y en el espacio. El acuerdo de voluntades es una oferta o policitud que es aceptada por su destinatario.

#### a.1.) *La oferta o policitud*

La oferta o policitud es una declaración unilateral de voluntad (artículos 1804 y 1805 del C.C.), por medio de la cual una persona hace saber su intención de contratar y las condiciones esenciales del contrato. Bien puede dirigirse a una persona en concreto o al público en general (artículo 1860 del C.C.).

El contenido de este último aspecto es regulado en algunas ocasiones para proteger al consumidor por la ley de la materia (artículos 14, 15 y 16 del LPC) o por disposiciones administrativas.

Los efectos de la policitud u oferta, son los de obligar a su emisor a sostener su ofrecimiento. En este contexto el C.C. distingue cuando la oferta se hace con plazo y sin plazo. En el primer supuesto, el solicitante debe sostener su ofrecimiento hasta en tanto no concluya el plazo (artículo 1804 del C.C.); por lo que respecta al segundo supuesto, el C.C. da un tratamiento diferente según se trate de contratantes presentes o ausentes (artículos 1806 del C.C.).

La función del plazo y con ello la obligatoriedad de la policitud debe ser explicada en relación al aceptante; éste debe tomar conocimiento del ofrecimiento y contestar. Por ello el C.C. posibilita la revocación de la policitud si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta (artículo 1808 del C.C.). El autor de la oferta no puede estar indefinidamente ligado a su policitud en tanto su destinatario no tiene a su cargo ninguna obligación. Por ello una vez concluido el plazo sea legal (artículo 1906 del C.C.) o convencional (artículos 1804 del C.C.). La policitud caduca.

#### a.2.) *La aceptación*

Es necesario que el contenido de la aceptación sea idéntico al de la policitud (artículo 1810 del C.C. *a contrario sensu*).

En este contexto se plantea el problema que consiste en saber cuándo y dónde se forma el consentimiento y por lo tanto el contrato. Especialmente reviste importancia este problema cuando las partes se encuentran distantes una de otra. La literatura jurídica ha propuesto cuatro mecanismos diversos: la declaración, la expedición, la recepción y la información. El derecho positivo, en materia civil, adopta el mecanismo de la recepción: cuando el solicitante recibe la aceptación, se entiende formado el contrato (artículo 1807 del C.C.).

Nadie puede ser obligado sin haberlo querido; este es uno de los postulados de la autonomía de la voluntad, el cual tiene generalmente dos consecuencias: la celebración de los contratos es facultativa y la negativa de contratar es lícita.

Excepcionalmente puede el individuo ser compelido a contratar. Así por una política administrativa, la prestación del servicio de autotransportes es obligatoria y la persona que lo preste no puede negarse a contratar el servicio (artículo 157, fracción 1, L.G.V.C.).

El acuerdo de voluntades debe referirse a las obligaciones que constituyen la relación jurídica, pero basta y sobra que se refiera al principio básico a concluir. Así, la compraventa existe cuando las partes se han convenido sobre la cosa y el precio, aunque la primera no haya sido entregada, ni el segundo satisfecho (artículo 2249 del C.C.). Es la ley la que una vez el contrato celebrado, va a atribuirles todas las consecuencias que según la naturaleza de la relación jurídica, son conforme a la buena fe, al uso o a la misma ley.

Nos resta dentro del análisis del consentimiento considerar las manifestaciones de voluntad expresa o tácita.

El consentimiento es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. Es tácito cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo (artículo 1803 del C.C.). En suma, lo que caracteriza a las manifestaciones de voluntad expresa o tácita, es la intención de comunicar el fin perseguido por su autor. Este fin se consigue a través del medio empleado, que debe ser un modo de comunicación reconocido por la ley o el uso y en todo caso ser inequívoco y perceptible por su destinatario (Ghestin).

#### *b) El objeto*

Más que del objeto del contrato, la literatura jurídica contemporánea habla del contenido del contrato (Carbonnier). Dentro del objeto del contrato se distingue entre el objeto directo y el indirecto del contrato. El contrato hace nacer obligaciones (artículo 1793 del C.C.) y en consecuencia, éstas constituyen su objeto directo. A su vez cada obligación tiene un objeto: la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer (artículo 1824 del C.C.).

El C.C. atribuye al contrato mismo (artículo 1824 del C.C.) lo que en el fondo es el objeto de la obligación. Debe entenderse en todo caso, que la expresión del C.C. "objeto del contrato" designa de manera elíptica el objeto de las obligaciones que nacen del contrato, expresión que se legitima por su comodidad y tradición. En todo caso esta amalgama tiene la ventaja de demostrar la ausencia de independencia de estas dos nociones: objeto del contrato y objeto de la obligación. La mayor parte de los países de derecho latino lo han adoptado en esa forma (Ghestin). Cierta parte de la doctrina niega sin embargo que el contrato tenga objeto en un sentido técnico; tiene exclusivamente efectos que se analizan en la creación de una o más obligaciones.

La literatura mexicana (Borja Soriano), ha explicado el objeto del contrato distinguiendo entre prestación de cosa y prestación de hecho. Esta distinción la establecía los C.C. de 70 (artículo 1538) y el de 84 (artículo 1422). Para estos ordenamientos legales la distinción se hacía en función de la ejecución del contrato.

### *b.1.) La prestación de cosa*

La prestación de cosa consiste en (artículo 2011 del C.C.): a) La traslación de dominio de cosa cierta y determinada; b) La enajenación temporal de uso o goce de cosa abierta y determinada; c) La restitución de cosa ajena, y d) El pago de cosa debida.

La legislación civil señala dos requisitos que debe satisfacer la prestación de cosa:

*b.1.1. La existencia del objeto.* El objeto del contrato debe existir en la naturaleza en el momento de la conclusión del contrato. Las cosas futuras, sin embargo, pueden ser el objeto de una obligación (artículo 1826 del C.C.). En suma, el objeto del contrato debe ser físicamente posible.

*b.1.2. La determinación del objeto.* Que sea determinado o determinable en cuanto a su especie y que esté en el comercio, es decir, que sea jurídicamente posible.

Si el cuerpo es cierto y determinado, el problema se reduce a su identificación ya que está caracterizado por su individualidad irreductible.

El problema se complica si es cosa de género. No basta para la determinación en este caso del objeto del contrato, de la simple indicación del género; es necesario que se establezcan por lo menos dos elementos más para su determinación: la cantidad y la calidad. Respecto a este último elemento es de considerarse que puede existir sólo una calidad de la cosa; aun en el caso de existir varias calidades el C.C. establece un mecanismo supletorio de la voluntad de los contratantes: el deudor cumple con su obligación entregando una de mediana calidad (artículo 2016 del C.C.).

La cosa debe también estar en el comercio para poder integrar el objeto del contrato. La noción de comercio debe entenderse en su acepción lata, es decir que la cosa debe tener una naturaleza patrimonial o bien un valor económico.

El C.C. en materia de bienes establece el principio general: sólo pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén fuera del comercio (artículo 747 del C.C.). El criterio para distinguir las cosas que están fuera del comercio es doble: por una parte pueden estarlo las cosas por su propia naturaleza, es decir, aquellas que no pueden ser poseídas por un individuo exclusivamente, y por la otra, pueden estar fuera del comercio aquellas respecto a las cuales exista una disposición de la ley, es decir, aquellas que la ley declare irreductibles a propiedad particular (artículos 748 y 749 del C.C.).

### *b.2.) La prestación de hecho*

La prestación de hecho por su parte debe satisfacer también dos requisitos:

*b.2.1. La posibilidad del objeto.* El objeto del contrato debe ser posible (*impossibile nulla obligatio*). Las prestaciones de hecho imposibles físicamente (artículo 1828 del C.C.), por lo tanto, no pueden integrar el objeto de la obligación, se entiende que debe ser una imposibilidad absoluta, es decir, imposible de ser ejecutada por todos y no sólo por el deudor, y ser anterior a la conclusión

del contrato. Nuestro sistema legal también prevé la imposibilidad jurídica; es imposible el hecho que no puede existir, porque es incompatible con una norma que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización (artículo 1828 del C.C.). Así por ejemplo, el contrato de compraventa celebrado entre cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal (artículo 176 del C.C. a contrario).

*b.2.2. La licitud del objeto.* La licitud del objeto de la obligación, se genera en función del orden público y de las buenas costumbres: es ilícito el objeto que es contrario a los mismos (artículo 1830 del C.C.).

En otras palabras, la ilicitud del objeto se explica a partir del orden público y de las buenas costumbres. El contrato es también ilícito cuando su fin determinante sea contrario al orden público.

Estas dos ideas son las consecuencias directas del principio general que postula el C.C. en su artículo 80.: son nulos los actos ejecutados en contra de las leyes prohibitivas o de interés público. El orden público por lo tanto, en interés de la sociedad, limita la libertad contractual.

La noción de orden público es una noción difícil de precisar. Creemos conveniente, no obstante, citar la noción tradicional de orden público propuesta por Planiol: una disposición es de orden público cuando se establece en función de la protección de un interés general; la idea central es la supremacía de la sociedad sobre el individuo. El orden público nulifica las iniciativas individuales, que en forma de contratos puedan amenazar a los intereses generales. Es finalmente, un mecanismo por medio del cual el Estado reprime las convenciones particulares que atenten contra sus intereses.

El orden público comprende a las leyes imperativas o preceptivas y a las prohibitivas (a diferencia de las interpretativas o supletorias de la voluntad de las partes). Pero es evidente que el orden público no se agota solamente en las leyes imperativas, sino que éste puede tener su fuente también en la costumbre o en la jurisprudencia. Así se distingue entre el orden público judicial en contraste con el legislativo (Malaurie).

Para poder precisar si una ley es o no de orden público, se han elaborado por la literatura jurídica dos criterios (Carbonnier): uno externo y otro interno.

Por lo que respecta al criterio externo se distingue entre orden público textual y virtual. El legislador en algunas leyes no deja lugar a duda y expresamente la declara como de orden público (orden público textual).

Existen sin embargo, algunas disposiciones donde el legislador es omiso y por lo tanto puede controvertirse si son o no de orden público. En este caso son los tribunales los que determinarán si están implicados intereses generales de la sociedad, o es el orden público virtual.

Por lo que concierne al criterio interno se distingue entre orden público político y económico. Dentro del orden público político se comprenden todas las normas relativas a la organización del Estado, las relativas a la estructura de la familia, etcétera. En el orden público económico se distingue entre orden público de protección, de la parte más débil en el contrato, y el de dirección (vgr., lo relativo a la moneda).

En la época contemporánea el poder público no se limita a prohibir determinadas cláusulas sino a imponer cierto contenido al contrato. Así, vgr., se puede distinguir entre contratos prohibidos, reglamentados, controlados e impuestos (Ghestin).

### *B. Los elementos de validez*

El artículo 1795 del C. C. enuncia en forma negativa los elementos de validez del contrato. Así para que el contrato sea válido, es necesario que las partes sean capaces, que exista ausencia de vicios del consentimiento, que su objeto o su motivo o fin sea lícito y que el consentimiento se haya manifestado en la forma que la ley establece.

El tema relativo a la incapacidad fue expuesto en el capítulo relativo al derecho de familia.

Importa ahora desarrollar el análisis de los otros tres elementos.

#### *a) Ausencia de vicios del consentimiento*

El consentimiento de las partes debe estar constituido por la voluntad precisa y libre de los contratantes; por ello el C.C. establece mecanismos que tienden a proteger el consentimiento.

Es importante precisar que el problema de los vicios del consentimiento concierne exclusivamente a la formación del contrato.

Este requisito de validez es de corte individualista. El individualismo contiene como reglas obligatorias, aquellas relativas a la protección abstracta de la libertad e igualdad. Estas leyes obligatorias aseguran, en este contexto, la libre expresión de las voluntades individuales (Farjat). Por ello en la época actual se han establecido diversos mecanismos que tienden a proteger el consentimiento de manera más efectiva. Como ejemplo podríamos mencionar el de la obligación de información (artículo 62, fracción XIII, inciso C, de la LN), específicamente en la protección del consumidor (artículo 20 LPC). La obligación de información por lo tanto, asume una función preventiva de los vicios del consentimiento.

Por otra parte es necesario destacar que los mecanismos de protección que se conocen como vicios del consentimiento están limitativamente enunciados en la ley, ya que es evidente que paralelamente a la necesidad de proteger el consentimiento esta la de vigilar por la seguridad del comercio jurídico y el equilibrio de los intereses de los sujetos de derecho. Si cualquier vicio se considerara para decretar la invalidez del contrato, éste perdería su certeza. Los vicios que el C.C. reconoce son el error, el dolo y la violencia. La lesión participa en alguna manera también de esta naturaleza.

#### *a.1.) El error*

El error consiste en creer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero; es una creencia no conforme con la verdad.

La literatura jurídica mexicana (Borja Soriano) distingue entre error de derecho y de hecho. El error de derecho es la falsa comprensión de las consecuencias jurídicas de la obligación. Dentro del error de derecho se explica también el principio de ignorancia de la ley, que prácticamente todas las legislaciones rechazan: nadie puede, so pretexto de desconocer la ley, impedir la aplicación de una norma en concreto. El C.C. atempera la negación de este principio al posibilitar a los jueces a eximir a la parte que lo haga valer, de las sanciones en que hubiera incurrido, o bien concederle un plazo para que cumpla, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público. El arbitrio judicial no es absoluto, sino que está sujeto a determinados criterios (artículo 21 del C.C.).

En todo caso no es causa de nulidad del contrato. En la literatura jurídica contemporánea el error de derecho ya no figura como una categoría especial del error. Más interesante resulta resaltar que el error de derecho concierne a la representación errónea del objeto y que ello conduce a un error de hecho. En otras palabras, es el inicio de un razonamiento falso y es la conclusión de ese razonamiento la que conduce a un error de hecho, como puede ser el de substancia, (Boulanger) lo que es de tomarse en consideración.

Por otra parte, dentro del error de hecho se distingue entre error obstáculo, error nulidad y error indiferente.

El error obstáculo versa sobre la naturaleza o la identidad del objeto del contrato e impide la formación del consentimiento.

El error nulidad versa sobre la substancia del objeto del contrato o sobre la persona. La explicación de la substancia de la cosa ha tenido una larga evolución. Originalmente la substancia se ha identificado con la materia misma de la cosa. Posteriormente se le identificó con las cualidades substanciales de la cosa, es decir aquellas cualidades que han determinado a las partes a concluir el contrato; el error en la substancia es el error determinante (Marty). Dicho en otras palabras, es la falsa representación de las cualidades de la cosa la que en forma determinante ha motivado a las partes a concluir el contrato. En estos términos sin embargo, el error podría poner en entredicho a la seguridad del contrato, sobre todo cuando el consentimiento de una de las partes pudo haber sido determinado por una consideración personal que la otra parte ignoraba. De ahí que el C.C. sujete la procedencia del error a la declaración del motivo en el contrato o a la prueba de las circunstancias en que se celebró éste.

El error en la persona es de considerarse exclusivamente en los contratos *intuitu personae*. El consentimiento puede referirse bien sea a la identidad física de una persona, o bien a las cualidades personales o conocimientos especiales de la persona. En atención a ello se explica el error en la persona: las cualidades substanciales de una persona determinaron a la parte a celebrar el contrato. El artículo 1813 del C.C. en este caso sería perfectamente aplicable. Finalmente es de destacarse que el C.C. hace referencia expresa al error en la persona en materia de matrimonio (artículos, 235, fracción I, y 236 del C.C.).

El error indiferente puede tener diferentes apreciaciones. Así el error de cálculo no anula el contrato, sino sólo da lugar a una rectificación (artículo 1814 del C.C.).

### a.2.) *El dolo*

Algunos autores explican el dolo en función del error (Gutiérrez y González), y pensamos que con razón. La noción del dolo no es una noción independiente sino que se explica en función de la de error. El dolo se entiende como la sugestión o artificio que se emplea para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes (artículo 1815 del C.C.).

Se pueden precisar los elementos del dolo de la siguiente manera: la realización material de sugestiones artificiosas, con la intención de provocar el error o mantenerlo en el mismo, practicados por una de las partes o por un tercero sabiéndolo aquélla (artículo 1816 del C.C.), y que hayan sido determinantes para la conclusión del contrato.

### a.3.) *La violencia*

Más que de violencia es el caso de hablar de intimidación que es una amenaza que incide sobre la voluntad de una de las partes, sin eliminarla (*coactas voluntas, tamen voluntas*). Es necesaria la presencia de una intimidación de un mal considerable y presente (no ilusoria, ni ridícula), intencional e ilegítima que provenga, ya sea de una de las partes, o de un tercero (artículo 1818 del C.C.). De ahí que el simple temor reverencial (artículo 1820 del C.C.) o la amenaza de agotar los recursos legales no sean considerados como violencia.

### a.4.) *La lesión*

La naturaleza de la lesión ha sido muy controvertida. En la literatura jurídica se observan dos corrientes perfectamente identificables. La primera que sostiene una concepción subjetiva, consistente en considerar a la lesión como un vicio de consentimiento. En términos de esta postura, el desequilibrio entre las prestaciones del contrato hace presumir un vicio del consentimiento, y se ajusta al dogma de la autonomía de la voluntad, que considera al consentimiento como elemento primario del contrato.

La segunda postura es la que se conoce como concepción objetiva. Esta postura elimina toda referencia al consentimiento; se limita a destacar el desequilibrio, es decir la ausencia de equilibrio entre las prestaciones. La equivalencia de las prestaciones es una condición de validez de las prestaciones. A tal efecto invoca la finalidad del contrato y su utilidad social o económica que es la de realizar el intercambio.

El C.C. en su artículo 17 establece una solución de compromiso: Por una parte como vicio del consentimiento, presupone la suma ignorancia o notoria inexperiencia, etcétera y por la otra como vicio objetivo admite la desproporción interna de las prestaciones en el contrato, es decir que presupone un perjuicio económico. El legislador de 1928 ubicó esta solución en las disposiciones generales, intentando darle un alcance mayor. La práctica ha demostrado, sin embargo, la ausencia de aplicación de dicho precepto.

La lesión únicamente puede hacerse valer en los contratos bilaterales, ya que supone una comparación entre las prestaciones de la partes, y que sea además onerosa y conmutativa (el alea excluye la lesión). La lesión debe ser apreciada en el momento de la celebración del contrato ya que es entonces cuando debe ser determinada la desigualdad entre las prestaciones y en consecuencia el perjuicio económico.

Es importante destacar lo anterior ya que puede confundirse la lesión con el caso específico de la usura. La usura es el interés excesivo que se le impone al capital. El perjuicio económico no resulta de una desproporción entre las prestaciones recíprocas, sino que resulta de comparar el interés pactado con un elemento externo, que bien puede ser el interés que rige en el mercado bancario. La usura tiene dos sanciones específicas: una penal y otra civil que consiste en la reducción del interés. Así cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez puede reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal (artículo 2395 del C.C.).

Finalmente son de considerarse los pactos leoninos (el nombre proviene de la antigua fábula en la que el rey león organizó una sociedad de caza) en el ordenamiento civil. Así el C.C. proscribire esta iniquidad contractual en el contrato de sociedad civil al disponer expresamente la imposibilidad de que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno de los socios o todas las pérdidas a otro u otros (artículo 2696 del C.C.).

#### *b) La causa o el fin o motivo determinante*

Otro de los problemas que se contemplan como requisito de validez del contrato es la causa. Importa saber si nuestro C.C. la incorpora y de ser así con qué alcance.

Los C.C. de 70 y 84 no consideran a la causa como elemento de validez del contrato; a esta conclusión llega Borja Soriano. García Rojas disiente de esa opinión y afirma que si bien es cierto que entre los requisitos de validez de los contratos no se encuentra la causa, el artículo 1281 del C.C. de 84 es expreso al disponer que el juramento no producirá ningún efecto legal en los contratos y jamás en virtud de él, ni de la promesa que lo instituye, podrá confirmarse una obligación si no hubiese otra causa legal que la funde. Ambas tesis pueden ser sostenidas (Baz) ya que ambos autores emplean métodos diversos. Borja Soriano parte del criterio de considerar a la causa como el móvil o motivo que induce a las partes a contratar y bajo esta idea analiza los citados ordenamientos; en este sentido tiene razón, aunque es de destacarse que esta noción queda comprendida en la noción del objeto. Conforme a dicho ordenamiento legal, el objeto del contrato comprende no sólo el hecho que constituye la prestación sino también los motivos. García Rojas parte de la base de encontrar la noción de la causa independientemente de la idea que de ella tuvo el legislador. Dentro de esta perspectiva tiene razón, pero disintimos en su conclusión de que por ello sea condición de validez del contrato.

El proyecto del C.C. de 28 no consideraba a la causa entre los elementos de validez del contrato, y en ese sentido se puede afirmar que no adoptaba la teoría de la causa; sin embargo por la discusión que siguió al proyecto se incorporó el elemento de la causa en el artículo 1795, fracción IV, del C.C. El C.C., empero, emplea el término motivo o fin, en lugar del de causa, cambio que en nuestra opinión obedece a un sentimiento generalizado tanto en la jurisprudencia francesa, como en los tratadistas de la época (Duguit). Debe entenderse obviamente fin o motivo *determinante* por efectos del artículo 1831 del C.C., que preceptúa que únicamente el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, no debe ser contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. En nuestra opinión el hecho que se emplee el término "fin o motivo determinante" no implica el abandono de la teoría de la causa. Implica sí, el hecho de que el legislador se haya inclinado por una significación determinada en la especulación doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente francesa. El problema es de concepto y no de vocabulario (si se emplea o no la palabra causa).

La causa es el motivo del contrato. La doctrina distingue entre la causa impulsiva y la causa final. La primera no es un elemento intrínseco y constitutivo de la obligación, es extrínseco. La causa final es inherente al contrato, implicada por la naturaleza del contrato y que es conocida o debía serlo por ambas partes. La causa impulsiva es relativa y personal a cada contratante y por lo tanto esencialmente variable; en tanto que la causa final es siempre idéntica en la misma clase de contrato.

La noción de causa está constituida por un elemento puramente psicológico del acto jurídico, es decir, es un aspecto de la voluntad con efecto propio. La causa ilícita es, por lo tanto, un impulso concreto que contraría las disposiciones legales de orden público o de buenas costumbres. Hay que tomar a la causa en la medida en la que puede operar en la vida social. La voluntad es inseparable de los móviles de toda clase, a los cuales obedece, y estos móviles pueden provenir de consideraciones puramente intelectuales, morales, etcétera, es decir, son móviles concretos que deben apreciarse en cada caso. Se conceptúa a la causa, por lo tanto, como el fin concreto, mediato de interés general o privado, que los autores de un acto jurídico se esfuerzan por alcanzar a través de este último. Este fin no está necesariamente ligado a la estructura técnica de un acto jurídico; por lo contrario, es susceptible de variar en actos jurídicos de una misma categoría. El fin o motivo determinante es necesario y definitivo para evaluar el alcance moral, social y jurídico del acto en cuestión. En suma, la significación que debe atribuírsele al fin o motivo determinante es la finalidad mediata, que constituye el móvil que determinó la verificación del acto jurídico; es lo que condiciona la elección de las partes de determinado acto jurídico para satisfacerla.

Finalmente es importante destacar cómo la noción de causa, o más precisamente la de fin o motivo determinante, pierde su carácter esotérico cuando se le analiza conforme al principio de legalidad. Que el fin o motivo determinante del contrato sea lícito, es decir que no sea contrario a las leyes de orden público o de las buenas costumbres, significa que debe ser conforme a derecho. La noción de fin o motivo determinante es la técnica utilizada para introducir la noción

de orden público, en función del cual debe apreciarse el principio de libertad contractual. Este principio, lejos de ser el que gobierna el derecho de las obligaciones, está sometido al principio de legalidad, en cuyos términos se ejercita la libertad contractual: el orden público es el límite de la libertad contractual. Lejos de ser inútil por lo tanto la noción de fin o motivo determinante, tiene una importancia capital: es indicativo del principio de la libertad contractual. La noción de fin o motivo determinante enseña cómo la teoría de la autonomía de la voluntad es un principio esencialmente relativo, ya que sometida al principio de legalidad impone en todo tiempo el respeto a las nociones de orden público. Si el concepto de fin o motivo determinante es relativo, en tanto noción técnica, sus funciones son permanentes y generales y constituyen constantes jurídicas cuyo fin es asegurar la defensa del orden social contra la voluntad ilícita o inmoral (Tancelin) de los particulares.

### c) La forma

El último de los requisitos de validez que establece el C.C. es la forma: que el consentimiento se manifieste en la forma que la ley establece.

El principio general en el C.C. es el consensualismo: el consentimiento puede exteriorizarse de cualquier manera. Es uno de los aspectos de la autonomía de la voluntad.

Por excepción la ley determina ciertas formas que deben observarse para que el contrato sea válido. La función de la forma responde a múltiples motivos: fijar la atención de las partes en el contrato que están otorgando; considerar que la sociedad tiene un interés específico en la exteriorización de los contratos, ya que su inmaterialidad la imposibilita de ejercer algún control sobre los mismos; preconstituye la prueba de la existencia del acto, etcétera.

La doctrina mexicana ha distinguido en la forma, las formalidades *a substantiam* o *ad solemnitatem* y las *ad probationem* o declarativas. Las primeras son aquellas que necesitan una clase de actos jurídicos para su existencia o nacimiento. La forma en este caso, es substancia de tal modo que los actos jurídicos no existen si no aparecen celebrados bajo la forma que la ley establece. Por contraste, las formalidades *ad probationem* son requeridas como prueba del acto jurídico. Su consecuencia es que el acto existe y es válido pese a la inobservancia de la forma (Diez Picazo). En conclusión: la formalidad *ad solemnitatem* es aquella sin la cual el acto jurídico no puede nacer; es constitutivo del acto. La formalidad *ad probationem* o declarativa sirve para demostrar la existencia del acto o contrato; pero no excluye la prueba de ese acto o contrato por otros medios, como puede apreciarse en el caso del contrato de compraventa (véase el amparo directo 5169/55, 5a. época, tomo, CXXX, Guillermo Francisco Macías).

Resulta sumamente interesante precisar el alcance de la forma en nuestro derecho positivo. En los actos jurídicos relativos a las personas, el principio general que los gobierna es el de las formalidades *ab substantiam*, de tal suerte que el acto jurídico en cuestión, si aquellos no son satisfechos, no existe. Son actos jurídicos formales en su más estricto sentido. Existen estas formalidades también

en el derecho sucesorio, como es el caso del testamento, que se menciona como uno de los prototipos de los actos jurídicos solemnes.

En materia contractual la óptica es diversa. La ley no hace depender la obligatoriedad del contrato de la observancia de una forma especial: cualquiera de las partes (acción proforma) puede exigir (artículo 27 del C.P.C.) que se dé al contrato la forma legal si la voluntad de ellos consta de manera fehaciente (artículo 1833 del C.C.) y no se trata de actos renunciables (artículo 2232 del C.C.).

El contrato por lo tanto, es obligatorio para las partes, de tal suerte que surte sus efectos legales entre ellos.

En cuanto a las formalidades los contratos se han clasificado en solemnes, reales, consensuales y formales.

Los contratos solemnes son los que necesitan de la forma para existir: *forma dat esse rei*. En nuestro derecho positivo no hay contratos solemnes (Pérez Fernández del Castillo).

Los contratos reales se forman *re*, es decir por la remisión efectiva de la cosa (*res*) que es el objeto del contrato. En nuestra opinión, este elemento equivale a una forma, en cuya ausencia el simple acuerdo de voluntades es ineficaz. En el derecho mexicano el único contrato real es la prenda (artículos 2858 y 2859 del C.C.).

Los contratos consensuales son los que requieren exclusivamente el acuerdo de voluntades, sin que se requiera una forma especial. En nuestra opinión en este último elemento debe observarse su característica, ya que por hipótesis todo contrato presupone un acuerdo de voluntades.

Los contratos formales son aquellos que para su validez deben observar una forma especial establecida por la ley. La diferencia entre estos contratos y los consensuales la podemos expresar en los siguientes términos: en tanto que en los contratos formales debe observarse una forma establecida por la ley, en los consensuales la ley no establece alguna en especial. Por ello parte de la doctrina mexicana se inclina a considerar que es más preciso distinguir entre contratos con libertad de formalidades y contratos con formalidades obligatorias (Gual Vidal).

Nos resta exclusivamente considerar cuál es la función de la escritura pública en nuestro derecho positivo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (Tesis 116, Jurisprudencia), a propósito del contrato de compraventa ha establecido que la escritura pública ante notario exigida por la ley para la compraventa, no implica ninguna solemnidad y que por lo tanto el contrato produce sus efectos entre las partes.

El cumplimiento voluntario de un contrato no solemne, surte efectos de ratificación y extingue la acción de nulidad por falta de forma (Tesis 253, Jurisprudencia).

Al respecto es necesario distinguir inicialmente si el contrato coincide en su otorgamiento con la escritura pública o no (Pérez Fernández del Castillo). En el primer supuesto el efecto de la escritura pública será el dar una fijación al contrato; con ello se preconstituye la prueba de la existencia del contrato y se satisface la forma exigida por la ley. En el segundo supuesto opera una *renovatio contractus*; el contrato otorgado en la escritura pública nulifica al anterior.

Finalmente quisiéramos brevemente destacar los requisitos a los cuales deben ajustarse las formalidades y sus consecuencias legales.

La forma escrita privada es libre en su redacción; el C.C. exige exclusivamente la firma de todas las personas a las cuales se les imponga esa obligación (artículo 1834 del C.C.). La firma demuestra a la vez la identidad de las partes y la expresión de su voluntad. Los efectos también son limitados: No prueba su origen; el deudor puede negar su firma. A tal efecto, la ley civil adjetiva posibilita como medio preparatorio al juicio ejecutivo, que se intime al deudor a que reconozca su firma (artículo 202 del C.P.C.). Únicamente trae aparejada ejecución el documento privado después de reconocido por quien lo hizo o lo mandó extender, y basta sólo con que el deudor reconozca su firma aun cuando niegue la deuda (artículo 443, fracción IV, del C.P.C.).

El documento privado prueba su contenido salvo prueba en contrario.

Finalmente el documento privado no prueba su fecha y únicamente cuando ésta se tenga por cierta, surte efectos contra tercero (artículo 2034 del C.C.). Así, se tiene por cierta la fecha en un documento privado cuando fallece cualquiera de quienes lo firman (artículo 2034 fracción III del C.C.).

En contraste con la forma escrita privada, la escritura pública que es un documento público (artículo 327, fracción I, del C.P.C.) está sujeto en cuanto a su redacción, a una serie de mecanismos que tienden a fijar con mayor precisión la existencia del acto jurídico. Así el artículo 62 de la L.N. establece las diversas reglas que ha de observar el notario en la redacción de sus escrituras: la expresión del lugar y fecha en que se extiende la escritura, su nombre y apellido y el número de notario; la indicación de la hora en los casos en que la ley así lo prevenga (vgr., el testamento público abierto artículo 1512 del C.C.); la consignación del acto en cláusulas redactadas con claridad y concisión, etcétera.

El notario está investido de fe pública y está facultado para autenticar y dar forma a los instrumentos en que consigne actos y hechos jurídicos (artículo 10 de la L.N.) A diferencia del juez, el notario no tiene autoridad sobre las partes; su actividad que consiste en constatar, verificar y calificar, es solamente una condición extrínseca de la eficacia del acto jurídico que deriva de la voluntad de las partes.

Así su intervención le confiere a la escritura pública una fuerza ejecutoria y una fuerza probatoria particular: Trae aparejado ejecución la primera copia de una escritura pública expedida por el notario ante quien se otorgó (artículo 443, fracción I del C.P.C.) o bien, a efecto de ejercitar la vía especial hipotecaria es requisito indispensable que el crédito conste en escritura pública debidamente inscrita en el Registro Público de la Propiedad competente y que sea de plazo cumplido (artículo 468 del C.P.C.).

La escritura pública prueba su origen y su contenido, es decir, que en tanto no se declare judicialmente su falsedad o nulidad la escritura pública hará prueba plena de que los otorgantes manifestaron su voluntad de celebrar el acto consignado en la escritura, que hicieron las declaraciones y se realizaron los hechos de los que el notario haya dado fe y de que éste observó las formalidades correspondientes (artículo 102 de la L.N.). Finalmente la escritura pública prueba ple-

namente también su fecha (véase el sistema de fechas en los artículos 50 y 162, fracciones I y II, 68, 69 y 70 de la L.N.).

#### 4. LA NULIDAD DEL CONTRATO

Más que de nulidad la literatura jurídica contemporánea emplea el de ineficacia. El contrato es ineficaz si en el momento de su formación le falta uno de los elementos de existencia, caso en el cual la sanción específica es de inexistencia, o bien, uno de los requisitos de validez, caso en el cual la sanción específica es la nulidad. La sanción genérica es pues de ineficacia y las específicas son la inexistencia (artículo 2224 del C.C.) la nulidad absoluta (artículo 2225 y 2226 del C.C.) y la nulidad relativa (artículo 2227 del C.C.).

Esta distinción tiene efectos didácticos ya que la inexistencia no tiene un valor propio y se absorbe en la nulidad absoluta.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado en este sentido, que aun cuando el C.C. emplee la expresión "acto jurídico inexistente" en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio C.C. da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede constatarse en los artículos 1427, 1433, 1434 y 1826 en relación con el 2950, fracción III, 2042, 2270 y 2779, del C.C. en los que técnicamente, se trata de inexistencia por falta de objeto, no obstante el C.C. la trata como nulidad, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, del C.C. en los que la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el C.C. la trata como nulidad (Tesis 251, Jurisprudencia).

Expondremos muy brevemente la evolución de la teoría de las nulidades.

La teoría clásica distinguió entre nulidad absoluta y relativa; más tarde incorporó a la teoría, la inexistencia. Con estas tres nociones estructuró la nulidad del contrato. Así la teoría clásica asimilaba al contrato a un organismo y la nulidad como una cualidad del contrato. Las consecuencias que derivan de ellos son las siguientes: el acto puede nacer "muerto"; por lo tanto no existe, es la nada jurídica. No produce ningún efecto de derecho y cualquiera puede desconocerlo. O bien, el acto puede nacer "enfermo", luego bien es susceptible de "curarse" por su confirmación. El acto existe, produce efectos y solamente puede ser declarado nulo por el juez a instancia de ciertas personas. En suma, el acto es anulable.

A las nociones anteriores se unió la inexistencia: el acto puede ser inexistente si le falta un elemento necesario en su formación. Prevista originalmente para el matrimonio, la doctrina francesa la extendió a todos los actos jurídicos (Ghestin). Parcialmente los autores franceses del siglo XIX fundaban estas diferencias en las que se observan entre condiciones de existencia y de validez del acto. De lo anterior se concluye que para la teoría clásica todo se hacía depender de la calificación de la ineficacia: nulidad relativa y absoluta o bien inexistencia. Una vez hecha la calificación de la ineficacia, automáticamente se le aplicaba un régimen cuyos elementos son indisociables. En abono de la teoría clásica es necesario des-

taçar su construcción armónica y su fácil manejo; sin embargo, tenía un grado de abstracción excesivo que hacía difícil su aplicación a la realidad jurídica.

La teoría clásica es criticada fuertemente por Japiot en su tesis doctoral "Des nullités en matiere d'actes juridiques" presentada en Dijon, Francia, en el año de 1909; pero quien sistematiza con mayor coherencia la crítica, proponiendo una construcción nueva es Gaudemet en su libro *Teoría de las Obligaciones*. Guadetmet rechaza la noción de la nulidad como cualidad del acto jurídico y la noción correlativa de acto-organismo: las nociones de inexistencia, nulidad absoluta y relativa, son en su opinión nociones artificiales. Ambos autores conservan, sin embargo, la distinción entre nulidad absoluta y relativa, distinción sin embargo que se basa en el fin que persigue la norma jurídica: si es de interés público o de interés particular. La nulidad es pues la sanción a la violación de una regla de derecho y que consiste en un derecho de crítica. Sus titulares se determinan en función del fin que persigue la norma jurídica que se transgrede: si es de interés general todo aquel que esté jurídicamente interesado puede ejercitarlo; si es de interés particular, el ejercicio del derecho de crítica está reservado a favor de aquellos que protege la norma jurídica en cuestión.

Finalmente son de destacarse las ideas de Bonnecase que tuvieron una influencia decisiva en el legislador de 1928, influencia que no corrió con la misma suerte en la literatura jurídica francesa. Nuestro análisis partirá de esa base, desarrollando por una parte la acción de nulidad y por la otra los efectos de la declaración de nulidad.

### *A. La acción de nulidad*

La acción de nulidad plantea dos problemas concretos: los titulares de la acción y la extinción de la acción.

#### *a) Los titulares de la acción de nulidad*

1. La inexistencia y la nulidad absoluta pueden ser hechas valer por todo interesado, o más precisamente por cualquiera que tenga un interés jurídico. Esto se explica en atención a que la nulidad absoluta sanciona la violación de normas jurídicas que protegen el interés general; pero se circunscribe a quienes tengan interés jurídico, como pueden serlo las partes, sus causahabientes, los terceros y el juez. En relación al tercero es de precisarse que éste deberá probar tener un interés jurídico (vgr. los acreedores de una de las partes, etcétera). El tercero absoluto (*tiers penitus extranei*) no puede ejercitar esta acción. Finalmente en nuestra opinión, el juez debe también hacerla valer de oficio, específicamente cuando es el interés público el que esté en juego.

En suma las acciones de inexistencia y nulidad absoluta multiplican las posibilidades de nulificar el contrato. La existencia sanciona la ausencia de uno de los requisitos de existencia del acto: consentimiento y objeto (artículo 2224 del C.C.). La nulidad absoluta, la violación a una norma jurídica que tenga un fin de interés general (artículo 2225 del C.C.).

Finalmente conforme al texto del artículo 228 del C.C. *a contrario sensu* la

inobservancia de la solemnidad se sanciona con la inexistencia del acto jurídico. Al acto se le privaría de un elemento de existencia —*ad solemnitatem causam*— ya que la exigencia en la observancia de esta forma se basa en atención al orden público: la observancia de esta forma obedece a la protección del interés general.

A pesar de lo que pudiera sugerir el texto legal en nuestro derecho positivo, no hay nulidades que surtan sus efectos de pleno derecho. Las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente (Tesis 252, Jurisprudencia).

2. La nulidad relativa solamente puede ser invocada por la parte a quien la ley ha querido proteger; la nulidad relativa sanciona la violación de una norma jurídica que tiene un fin de interés particular. Tradicionalmente se ha considerado en este contexto la procedencia de la acción de nulidad relativa por vicios de consentimiento, falta de forma (con excepción de la solemnidad), incapacidad y lesión (artículo 2228 del C.C.). Interesante resulta destacar el régimen de la lesión. La doctrina mexicana ha intentado demostrar la aparente contradicción entre los artículos 17 y 2228 del C.C. Estima que al sancionar el artículo 17 del C.C. a la lesión con la rescisión del contrato, contradice la aplicación de la sanción de nulidad por la lesión que dispone el artículo 2228 del C.C. En nuestra opinión todo obedeció a una imprecisión terminológica inicial. El C.C.F. en su artículo 1117 dispone que la convención contraída por error, violencia o dolo no es nula de pleno derecho; da lugar exclusivamente a una acción de nulidad.

El artículo 1305 del C.C.F. hace sin embargo, referencia expresa a la rescisión cuando se anule el contrato con base a la lesión. La doctrina francesa dominante es en este sentido.

El proyecto de Florencio García Goyena se separa de la solución apuntada, aunque su autor admite la confusión de terminología en las Partidas (leyes 56, 57, 60 y siguientes, título 5, partida 5.). Así su proyecto distingue claramente la rescisión por lesión (artículos 1164, 1165 y siguientes), de la nulidad (artículos 1184 y siguientes). Los Códigos civiles del 70 y 84 siguieron la misma solución que el proyecto García Goyena. El principio general que establecían era el de que no podría rescindirarse lo nulo (artículos 1770 y siguientes del C.C. de 70 y artículos 1656 y siguientes del C.C. de 84).

El C.C. de 28 se separó radicalmente del régimen establecido por los ordenamientos jurídicos anteriores. Nos esforzamos en demostrar en su oportunidad (véase el tema de la lesión en este mismo capítulo) la naturaleza misma de la lesión. Por ello concluimos, que el razonamiento del legislador de 1928 en atención a la naturaleza de la lesión y a diferencia de las anteriores, se inclina por la solución francesa: la rescisión es la nulidad relativa específica de la lesión.

Lo cierto es que a través del ejercicio de la acción de la rescisión en el caso concreto de la lesión se persiguen como propósito principal los mismos efectos que la nulidad: la restitución de las prestaciones (*res cum omni causa restituebatur*).

#### *b) La extinción de la acción de nulidad*

La acción de nulidad relativa puede extinguirse por confirmación o prescripción.

La confirmación es una renuncia a la acción de nulidad; evidentemente como toda renuncia solamente puede hacerse cuando no afecte directamente al interés público (artículo 6o. del C.C.). Por ello se excluye a la nulidad absoluta (artículo 2226 del C.C. *a contrario sensu*). Otra parte de la doctrina ha analizado también a la confirmación como el acto mediante el cual revalida retroactivamente el contrato anulable. La confirmación por lo tanto tendría un elemento subjetivo que es la renuncia a la acción de nulidad y de un elemento objetivo. La confirmación es por otra parte un acto unilateral; no necesita de ninguna aceptación y una vez hecha es irrevocable; también es un acto abdicativo en la medida en que se renuncia al derecho de invocar la nulidad.

Finalmente para poder confirmar, se necesitan satisfacerse dos presupuestos: el conocimiento del vicio (no se puede renunciar voluntariamente a lo que no se conoce) y la intención de repararlo.

La confirmación presupone la cesación del vicio o motivo de nulidad (artículo 2233 del C.C.), y puede hacerse en forma expresa o tácita (por el cumplimiento voluntario artículo 2234 del C.C.). El efecto de la confirmación es extinguir la acción de nulidad y con ello consolidar el contrato anulable; produce efectos retroactivos entre las partes al día en que otorgarán el contrato anulable (artículo 2235 del C.C.): El acto es válido *ab initio*.

La prescripción es la otra causa de la extinción de la acción de nulidad; pero sólo de la nulidad relativa, ya que por disposición expresa de la ley la nulidad absoluta es imprescriptible. El punto de partida del término de la prescripción es el día en que cesó el vicio (artículo 2236 y 2237 del C.C.).

### B. El juicio de nulidad

Si el contrato está afectado de nulidad y éste se hace valer, el juez debe pronunciarla, aun cuando la nulidad no le cause ningún perjuicio a quien la invoca.

El principio general que gobierna la nulidad, tanto absoluta como relativa, es inutilizar todos los efectos del contrato y ello derivado del principio clásico que enuncia que de la nada ningún efecto se puede derivar (*quod nullum est, nullum producit effectum*).

La nulidad, sin embargo, es necesario analizarla como una sanción específica al acto jurídico y no como un estado que guarda el acto jurídico, como lo proponía la teoría clásica. La sanción, es decir, los efectos de la nulidad deben adaptarse al fin que se persigue, que es el de asegurar el respeto a la norma jurídica que se transgrede. Específicamente los efectos de la nulidad deben, en principio, limitarse estrictamente a las consecuencias del acto que son contrarias a una norma jurídica, pero solamente a ellas (Ghestin).

#### a) La extensión de la nulidad

La nulidad como lo apuntábamos, no es un estado que guarda el acto jurídico: es una sanción específica que tiende a asegurar la eficacia de la norma jurídica. Este principio en nuestra opinión tiene una base en el ordenamiento civil en

el artículo 2238 del C.C. La extensión de la nulidad en nuestro derecho positivo depende del acuerdo de voluntades: si al celebrar el acto jurídico las partes han querido que sólo íntegro subsistiera. Ello evidentemente comparte un problema de prueba: si el actor demanda la nulidad íntegra del acto, al demandado estará en probar que el acuerdo de voluntades en el momento de la celebración del acto no quería la subsistencia íntegra del acto; por lo contrario si se demanda sólo la nulidad parcial, el demandado deberá probar que el acuerdo de voluntades fue en el sentido de hacer subsistir íntegro el acto jurídico.

Es conveniente precisar que la determinación del sentido del acuerdo de voluntades por sí misma es insuficiente: es necesario tener siempre presente el fin mismo de la nulidad que es el de asegurar la eficacia de la norma jurídica transgredida. En otras palabras, el respeto a la voluntad de las partes no puede preferirse a la eficacia de la sanción, especialmente cuando ésta atiende a un interés general. Por lo tanto, en este contexto adquiere una gran importancia la distinción entre nulidad absoluta y relativa, distinción que se modela sobre el interés que se protege.

La nulidad integral del contrato no necesariamente corresponde a los mejores intereses de la sociedad; por lo contrario, la evolución actual del orden público económico o social, específicamente en materia de protección al consumidor, tiende a corregir el contrato, a modificarlo. En muchas ocasiones la modificación del acto jurídico responde a los mejores intereses del protegido y no la nulidad absoluta. Así, la legislación alemana ha postulado en las condiciones generales de contratación un control judicial abierto. Ciertamente, y ello hay que expresarlo, representa un nuevo planteamiento de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria de los contratos: existe una modificación al contrato sin la concurrencia del acuerdo de voluntades de las partes.

### *b) La retroacción de la nulidad*

El principio general que establece el C.C. es la retroacción de los efectos y en consecuencia la restitución de las prestaciones. Esto es una consecuencia importante ya que resuelve derechos ya adquiridos y por lo tanto significa una merma a la seguridad jurídica. La gravedad de esta consecuencia se aprecia en materia de propiedad en nuestro derecho positivo, ya que la transmisión de propiedad se verifica por mero efecto del contrato (artículo 2014 del C.C.).

Es necesario en este contexto, distinguir entre el efecto retroactivo entre las partes y el efecto retroactivo en relación con terceros.

#### *b.1.) La retroacción respecto de las partes*

Las partes deben restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado (artículo 2239 del C.C.) El C.C. preceptúa, también en la nulidad del acto, la excepción de inejecución o *exceptio non adimpleti contractus*, en relación a los contratos bilaterales (artículo 2241 del C.C.): Cada una de las partes puede subordinar su restitución a la de su contraparte.

Las dificultades de la restitución son sumamente grandes, teniendo en consideración las soluciones de nuestro derecho positivo. La pobreza en este aspecto no es privativa de nuestro derecho; no se ha elaborado aun en doctrina una teoría general de restitución (Malaurie). En la restitución, es necesario tomar en consideración los principios generales del derecho de bienes, de la responsabilidad y moralidad de las partes y de la depreciación monetaria. Así, nuestro C.C. hace abstracción de una serie de principios generales y ofrece en su artículo 2240 una solución simplista: En los contratos bilaterales cuyas obligaciones consistan 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. Este principio fractura los principios que en derecho de bienes se establecen con motivo de la posesión: el poseedor de mala fe, es decir aquel que conocía el vicio del contrato y que fue la causa de su nulidad, por efectos del artículo 2240 hace suyos los frutos, contrariamente a lo que establecen los artículos 812 y 813 del C.C.

La restitución pues, presenta problemas particularmente delicados, relativos a las mejoras, al beneficio del plus valor de los bienes o de su depreciación: en suma, quién ha de recibir el beneficio y quién ha de reportar la pérdida. Idealmente se podría afirmar que las partes deben recibir la cosa, en el estado en que se encontraba al momento de celebrar el contrato. La realidad, sin embargo, es más compleja.

La restitución de las prestaciones no es siempre posible; en los contratos de ejecución sucesiva (vgr., el arrendamiento) no pueden inutilizarse las prestaciones ya ejecutadas. La literatura jurídica es unánime en someter a un régimen particular a estos contratos, pero difiere en cuanto a su solución; una corriente opina que la nulidad produce sus efectos exclusivamente para el futuro, es decir, niega la retroacción de derechos en esta clase de contratos; otra corriente admite la retroacción, obliga a las partes a restituirse y ante la imposibilidad de poder restituir por una de las partes, la obliga a indemnizar.

Una de las excepciones claras al principio general de restitución es la que proviene de la máxima: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, es decir que nadie puede alegar en su beneficio su propia ilicitud. El C.C. reconoce expresamente el valor de esta máxima: el menor de edad que haya presentado certificados falsos del Registro Civil para hacerse pasar por mayor, o ha manifestado dolosamente que lo era, no puede alegar en su beneficio la nulidad (artículos 639 y 640 del C.C.).

Se menciona también la máxima *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, que tiene más autenticidad en la tradición romana: Cuando la inmoralidad de las partes es misma, quien ha ejecutado la prestación no puede obtener la restitución de su prestación, aun cuando ha anulado el contrato. Esta máxima es rechazada en nuestro sistema legal por una razón simple: se busca estimular a las partes a denunciar la ilicitud del contrato. Pero paralelamente a ello, establece a un lado de la nulidad, otra sanción específica, que se justifica como un resarcimiento a la sociedad por la ilicitud de las partes; el cincuenta por ciento de la restitución es de la beneficiencia pública (artículo 1895 del C.C.).

b.2.) *La retroacción de los derechos en relación a terceros*

Si los derechos que nacen del contrato se nulifican retroactivamente, por vía de consecuencia, la transferencia de esos derechos, específicamente los derechos reales, también se inutilizan (artículo 2242 del C.C.). Esta idea traduce dos principios de derecho generalmente aceptados: Nadie puede transmitir más derecho del que tiene (*Nemo plus juris ni alium transferre potest quam ipse habet*) y nadie puede transmitir un derecho que no tiene (*Nemo dat quod non habet*).

Nuestro sistema legal ha sido, sin embargo, especialmente cuidadoso con la protección del tercero de buena fe, a título oneroso, pues de esta protección depende en mucho la seguridad jurídica y el crédito. Así conforme al principio de la pública registral (artículo 3009 del C.C.), el Registro Público de la Propiedad protege los derechos adquiridos de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulta claramente del mismo registro. Esta protección ha adquirido mayor consistencia en nuestro sistema por la amplitud de la calificación registral, que caracteriza al principio de legalidad registral (artículo 3021 del C.C.).

Por lo tanto en nuestro derecho, si el contrato en que se transfieren derechos reales se nulifica, la nulidad no le perjudica al tercero de buena fe, que sea titular de un derecho real inscrito en el Registro Público, que lo haya adquirido a título oneroso y que la causa de la nulidad no resulte claramente del mismo Registro.

## V. DERECHO DE FAMILIA

### 1. INTRODUCCION

El derecho de familia es un derecho impregnado de preceptos de moral y de costumbres. La vocación del derecho de familia es eminentemente civil, ya que fundamentalmente intenta resolver conflictos entre personas privada, aun cuando exista una marcada intervención del Estado.

Desde un punto de vista sociológico se puede afirmar, que familia es un grupo formado de individuos regidos por un hecho biológico: la unión de sexos que tiende a la procreación y que hacen descender a los individuos de un progenitor común. Jurídicamente es el conjunto de personas unidas por el matrimonio o por la filiación. Es evidente, que las concepciones de familia tienden a integrar diversos elementos dependiendo fundamentalmente del contexto en que se desarrolla el concepto (vgr., como un cuerpo intermediario entre el individuo y el Estado, o bien una concepción *societaria* de la familia —relaciones de derecho— o una concepción *alimentista* —relaciones de derecho— de la familia, etcétera), aunado al hecho del constante cambio, tanto estructural, como funcional que tiene la familia en la sociedad.

Se puede intentar una clasificación de la familia atendiendo a la fuente de donde deriva; así, se puede señalar: