

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO Gual Vidal, Manuel, 1903-1954, autor
K030 Tercer curso de derecho civil : (obligaciones) / Manuel Gual Vidal ;
G824t [presentación Ministro Luis María Aguilar Morales ; prólogo Manuel González Oropeza ; prefacio Roberto Santacruz Fernández]. -- Primera edición. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación : Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2017.

xxvi, 794 páginas ; 22 cm.-- (Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX ; 16)

Apuntes del Tercer Curso de Derecho Civil dictados originalmente por el Licenciado Manuel Gual Vidal en 1939

ISBN 978-607-468-951-8

1. Derecho civil – Doctrina – Legislación – México 2. Obligaciones – Evolución
3. Hecho jurídico – Acto jurídico 4. Inexistencia – Nulidad 5. Contratos – Elementos de existencia del acto jurídico – Elementos de validez del acto jurídico
6. Fuentes de las obligaciones 7. Modalidades de las obligaciones 8. Efectos de las obligaciones I. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , prologuista II. González Oropeza, Manuel, 1953- , prologuista III. Santacruz Fernández, Roberto, autor de prefacio IV. título V. serie

LC KGF401

Primera edición: octubre de 2017

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, Ciudad de México, México.

D.R. © Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Avenida San Claudio s/n, Colonia Jardines de San Manuel
C.P. 72570, Ciudad Universitaria, Puebla, Pue.

Fotografía del frontispicio: Mediateca del Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH). Secretaría de Cultura. Título: Manuel Gual Vidal, Secretario de la Educación Pública Mexicana. Autoría: Casasola (Fotógrafo). Fecha de creación: 1950-01-01. Colección Mediateca: Fotografías. <http://mediateca.inah.gob.mx>

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

Impreso en México
Printed in Mexico

La edición y el diseño de esta obra estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Primera Sala

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Eduardo Tomás Medina Mora Icaza
Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Alberto Pérez Dayán

BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA

Mtro. José Alfonso Esparza Ortiz
Rector

Dr. Roberto Santacruz Fernández
Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Mtro. Francisco Ávila Caso
Secretario Académico

Mtro. Omar Eduardo Mayorga Gallardo
Coordinador de Publicaciones



*El magisterio es la mayor vía de formar hombres capacitados para convivir
en un orden de paz, cofraternidad y concordia*

Lic. Manuel Gual Vidal

*[Frase de Don Manuel Gual Vidal citada en la obra
"Antología de Académicos de la Facultad de Derecho",
del Lic. Ángel Gilberto Adame López, Porrúa, 2014.]*

T ERCER CURSO DE DERECHO CIVIL (Obligaciones)

Manuel Gual Vidal

México, 1939



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Contenido

Presentación.....	XVII
Prólogo.....	XIX
Prefacio.....	XXIII
Primera Parte	
Las obligaciones	1
I. La obligación en general.....	3
1. Antecedentes en las legislaciones	5
2. Evolución del concepto de la obligación.....	11
3. Elementos esenciales de la obligación.....	19
4. Derechos reales y derechos personales	31
a. Doctrinas unitarias	36
b. Obligaciones reales.....	49
5. Los actos mercantiles y civiles en materia de obligaciones	51
II. Hechos y actos jurídicos.....	65
1. Noción y clasificación.....	65
2. Funciones del acto jurídico y del hecho jurídico	71
III. Inexistencia y nulidad de los actos jurídicos	81
1. Diferencia entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa	88
a. Características de la nulidad absoluta	88
b. Características de la nulidad relativa.....	89
2. Tesis de Japiot	91
3. Tesis de Piedelievre	94
4. Tesis de Bonnecase	95
5. Nuestros Códigos Civiles.....	98

Segunda Parte

Fuentes de las obligaciones.....	101
IV. El contrato.....	103
1. Definición de contrato y convenio.....	104
2. Clasificación de los contratos.....	105
a. Contratos unilaterales y contratos bilaterales o sinalagmáticos.....	106
b. Contratos onerosos y gratuitos.....	114
c. Contratos conmutativos y aleatorios.....	115
d. Contratos principales y accesorios.....	121
e. Contratos instantáneos y de tracto sucesivo.....	121
f. Contratos consensuales y contratos formales.....	121
g. Contratos reales y contratos consensuales.....	122
3. Elementos del contrato.....	123
V. El consentimiento.....	125
1. Policitación y aceptación.....	126
2. Principio de la autonomía.....	127
3. Formación del contrato entre presentes y entre ausentes.....	133
a. Sistemas doctrinales.....	134
b. Sistema del Código Civil de 1884.....	137
c. Sistema del Código Civil de 1928.....	145
4. Contratos de adhesión.....	148
VI. El objeto.....	155
1. Diversas acepciones de objeto.....	156
2. Prestaciones de cosas.....	157
3. Concepto del derecho romano.....	159
4. Efecto mediato o inmediato del contrato. El derecho comparado.....	162
5. Caracteres que debe llenar el objeto.....	164
a. Existir en la naturaleza.....	164
b. Debe ser determinado o determinable en cuanto a su especie.....	167
c. Estar en el comercio.....	171
6. Distinción entre el concepto de inalienabilidad y el concepto de las cosas que están fuera del comercio.....	172
VII. Prestación de hechos.....	175

1. Caracteres que debe llenar el objeto en las prestaciones de hechos	175
a. El hecho debe ser posible	176
b. El hecho debe ser lícito	179
VIII. La causa y el fin o motivo determinante.....	189
1. Doctrina francesa.....	190
2. Doctrina clásica	192
3. Crítica negativa de la doctrina de la causa	197
4. Códigos de 1870, 1884 y 1928	209
IX. La forma en los contratos	219
1. Consentimiento expreso y tácito.....	221
2. Evolución del formalismo	229
a. Antecedentes históricos de las formalidades en los contratos	229
b. Evolución del formalismo en México	232
3. Estudio de la sanción. Sistemas.....	241
4. La minuta	253
5. Ley del Timbre.....	255
X. Los vicios del consentimiento	259
1. El error.....	261
2. El dolo y la mala fe	271
3. Violencia o intimidación.....	276
XI. Lesión.....	283
1. Antecedentes históricos.....	284
2. Sistema objetivo. Estudio de la lesión en el Código de 1884	287
3. Sistema subjetivo de la lesión	291
4. Sistema ecléctico. Código vigente	293
XII. La capacidad	305
1. Definición.....	305
2. Generalidades	307
XIII. La representación	315
1. Derecho romano.....	316
2. Representación legal y representación convencional o voluntaria	318
3. Naturaleza jurídica de la representación	323
4. Efectos de los contratos que celebra el representante aun careciendo de representación.....	330

5. Contrato consigo mismo	339
6. El acto de administración.....	344
XIV. Interpretación de los contratos	351
1. La doctrina.....	352
a. Teoría de la voluntad psicológica	352
b. Teoría de Saleilles	352
c. Teoría de la voluntad declarada o de la declaración de voluntad.....	354
2. Códigos Civiles en México.....	360
XV. Efectos de los contratos	363
1. Efectos de los contratos entre las partes	363
2. Concepto de buena fe	367
3. Concepto de uso y concepto de costumbre	368
4. Cláusulas que pueden establecerse en un contrato	370
5. Revocación.....	376
6. Teoría de la imprevisión	382
XVI. Efectos de los contratos en relación con terceros.....	387
1. Sucesores a título particular	389
2. Estipulación a favor de tercero	392
Fuentes extracontractuales de las obligaciones	401
XVII. La declaración unilateral de voluntad.....	403
1. Generalidades	403
2. Antecedentes históricos.....	407
3. Naturaleza jurídica de la estipulación a favor de un tercero	417
4. Los títulos a la orden y al portador	425
XVIII. Enriquecimiento sin causa o enriquecimiento ilegítimo.....	437
1. Generalidades	437
2. Elementos	443
XIX. El pago de lo indebido	447
1. Generalidades	447
XX. La gestión de negocios	453
1. El cuasicontrato	453
2. Naturaleza jurídica del cuasicontrato	455
3. Naturaleza jurídica de la gestión de negocios.....	461
4. La ratificación en la gestión de negocios.....	465

XXI. Actos ilícitos	469
1. Ideas preliminares	469
2. Distinción entre el delito y el cuasidelito civil, con el delito y el cuasidelito penal.....	473
3. Teoría de la culpa.....	476
XXII. Teoría del riesgo creado o de la responsabilidad objetiva	481
1. Códigos Civiles de 1870 y 1884.....	485
2. Código vigente.....	489
3. El abuso del derecho.....	499
Tercera Parte	
Diversas especies de obligaciones	515
XXIII. Obligaciones puras	517
1. Obligaciones condicionales	518
2. Condición suspensiva.....	521
3. Condición resolutoria	524
4. Condición potestativa	525
5. Condiciones casuales y mixtas	528
6. Condiciones positivas y negativas	529
7. Condiciones imposibles e ilícitas.....	530
8. Condiciones de imposibilidad jurídica	532
9. Condición ilícita.....	532
10. Efectos de las condiciones suspensivas y resolutorias	536
11. Efectos de la resolución de los contratos en relación con terceros	544
12. Obligaciones modales.....	546
XXIV. Obligaciones a plazo	547
1. Definición del término o plazo	547
2. Plazo extintivo y plazo suspensivo	548
3. Término cierto y término incierto	548
4. Plazo expreso y plazo tácito.....	549
5. Plazo legal y plazo convencional	550
6. Término de gracia.....	552
7. Término suspensivo.....	553
8. Cómputo del plazo	555

Cuarta Parte

Efecto y cumplimiento de las obligaciones.....	559
XXV. El pago.....	561
1. generalidades.....	561
2. Deudas en dinero	562
3. Legislación monetaria.....	564
4. Legislación moratoria y de pagos.....	585
XXVI. Ofrecimiento de pago y consignación.....	589
1. Objeto de este procedimiento y casos en que procede.....	589
2. Ejecución forzada.....	595
XXVII. Responsabilidad civil.....	601
1. Indemnización compensatoria y moratoria.....	602
2. Carácter pecuniario de la indemnización	603
3. Condiciones de exigibilidad de la indemnización	604
4. Mora.....	604
5. Daño y perjuicio causado al acreedor	607
a. Diferencia entre la culpa contractual y la culpa extracontractual	618
b. Determinación por el Juez de la indemnización de los daños y perjuicios.....	624
c. Acumulación de la indemnización con la ejecución efectiva.....	626
XXVIII. Cláusula penal	629
1. Definición y utilidad.....	629
2. Caso fortuito y de fuerza mayor	632
a. Pérdida de una cosa que no es objeto de obligación.....	637
b. Pérdida de una cosa que no es objeto de una obligación	637
c. Pérdida de una cosa que es objeto de un contrato unilateral	639
3. Teoría del riesgo.....	640
XXIX. Resolución de los contratos bilaterales	643
1. Excepción de contrato no cumplido	649
2. Saneamiento en caso de evicción	654
a. Evicción.....	656
3. Vicios ocultos de la cosa	662
XXX. Acción Pauliana	665
1. Noción general de esta acción	665

2. ¿A quién pertenece la acción pauliana?.....	669
3. ¿Contra quién debe ejercitarse la acción pauliana?.....	670
4. Simulación.....	674
XXXI. Obligaciones naturales.....	679
1. Caracteres distintivos y efectos.....	679
XXXII. Cesión de derechos.....	689
1. Utilidad de la cesión.....	694
2. Derechos que pueden ser objeto de una cesión.....	694
3. Formalidades.....	695
4. Efectos de la cesión en relación con terceros.....	696
5. Cesión de créditos litigiosos.....	701
6. Cesión de derechos hereditarios.....	703
XXXIII. Cesión de deudas.....	705
1. Generalidades.....	705
XXXIV. Subrogación.....	717
1. Subrogación legal y subrogación convencional.....	718
2. Subrogación voluntaria consentida por el acreedor.....	719
3. Subrogación consentida por el deudor.....	719
4. Comparación de la cesión con la subrogación.....	728
XXXV. Novación.....	733
1. Definición.....	733
2. Novación objetiva y novación subjetiva.....	734
3. Efectos de la novación.....	742
XXXVI. Dación en pago.....	745
1. Definición.....	745
2. Interés de determinar la naturaleza jurídica de la dación en pago.....	746
XXXVII. Compensación.....	749
1. Generalidades.....	749
2. Distintas clases de compensación.....	750
a. Compensación legal.....	750
b. Compensación convencional.....	753
XXXVIII. Confusión de derechos.....	755
1. Generalidades.....	755
XXXIX. Remisión de deuda.....	757

1. Generalidades	757
XL. Delegación.....	759
1. Generalidades	759
2. ¿Cómo funciona la delegación por estipulación a favor de tercero?.....	762
XLI. Obligaciones complejas	767
1. Ideas preliminares	767
XLII. Simple mancomunidad	769
1. Generalidades	769
2. Obligaciones solidarias	770
3. Solidaridad imperfecta	777
XLIII. Fabricaciones con pluralidad de objetos	789
1. Obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas.....	789

Presentación

*M*anuel Gual Vidal (1903-1954) se comprometió con la docencia a partir de 1925, un año antes de que se titulara de abogado en la Escuela Nacional de Jurisprudencia. La cátedra fue el fundamento de su actividad profesional, aunque en otras oportunidades ejerció cargos de responsabilidad máxima, como la Rectoría de la Universidad Nacional Autónoma de México del 3 al 7 de agosto de 1944, y la titularidad de la Secretaría de Educación Pública en el sexenio 1946-1952.

De su labor profesoral derivaron los apuntes que ahora, con el título *Tercer Curso de Derecho Civil (Obligaciones)*, se publican como el número 16 de la Serie *Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo xx*. Se trata de un libro que aborda, prolija y sistemáticamente, la teoría de las obligaciones, clave para la formación profesional

de todo abogado. El concepto de obligación, así como su historia, sus fuentes contractuales y extracontractuales y sus efectos, entre otros temas, se analizan con base en la legislación civil —de 1844 y 1928— y en la doctrina —especialmente la francesa—, y mediante referencias varias que facilitan su comprensión. Esto último denota la vocación de Gual Vidal por la enseñanza eficaz del derecho civil.

Un libro como éste es fundamental para el estudio de una cuestión que afecta la vida del ser humano cotidianamente, pues toda persona se obliga de diversas formas; las causas que originan esa situación y las consecuencias a que puede dar lugar son previstas por el derecho. A esto se refieren las siguientes páginas, de modo que el valor que revisten es extraordinario; de hecho, la Suprema Corte de Justicia se complace de participar en la edición de materiales que fomentan el conocimiento de temas que siempre son de actualidad, y que resultan sumamente útiles no sólo para el estudioso de la ciencia jurídica, sino para todo el público.

Ministro Luis María Aguilar Morales
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Prólogo

unque Manuel Gual Vidal (1903-1954) desempeñó unos días el Rectorado de nuestra Casa de Estudios (del 3 al 7 de agosto de 1944), su labor docente la desempeñó toda su vida desde 1925 y su labor política la continuó en el mismo campo, pues fue Secretario de Educación Pública de 1946 a 1952, mostrando una vocación insuperable como docente.

No obstante que fueron pocos días los que actuó como máxima autoridad universitaria, su labor no pudo ser más benéfica, ya que sucedió a la crisis creada por el anterior Rector, Rodolfo Brito Foucher, y su transición permitió la formación del primer Consejo Universitario Constituyente en 1944, que discutió el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México, surgido de la propia representación universitaria.

Estos Apuntes sobre el Curso de Obligaciones que impartió hacia 1939 demuestran su gran capacidad didáctica, pues explica con sencillez los conceptos fundamentales del Derecho Civil, especialidad a la que dedicó sus esfuerzos profesionales. Se observa que fueron escritos y revisados por él con gran cuidado, por su minuciosidad y claridad.

Aun para el no especialista en el Derecho Civil, resulta refrescante leer los conceptos clásicos sobre obligaciones y contratos, núcleo toral de la formación jurídica. Los apuntes son complementados con cuadros esquemáticos que incluso cierran la obra en sus 792 páginas, con un pertinente cuadro sobre obligaciones complejas.

La utilidad de estos Apuntes radica en su pedagógica redacción que permite al abogado, al recorrer su índice, encontrar fácilmente una explicación sencilla sobre la naturaleza de las instituciones que configuran los contratos, de todo tipo, e incluso encontrar ejemplos de la vida cotidiana, aplicados a problemas prácticos que el Maestro Gual Vidal iba explicando en su cátedra.

Estos Apuntes se refieren no sólo a la teoría de las obligaciones, sino que abordan la historia de las instituciones, por supuesto de manera sucinta, así como a la doctrina nacional y extranjera pertinente y siempre con una brillante exposición comparada de la legislación, desde el proyecto de Código del español Florencio García Goyena (1851), revisando también los códigos civiles de 1870, 1884 y el actual Código Civil, hasta el momento en que impartió sus clases; lo cual le da una gran profundidad, sin caer en una vana erudición, sino que se gana más bien en una perspectiva formativa.

La doctrina derivada del Código Civil de los franceses (1804) es rastreada a través del proyecto García Goyena, del cual, a su vez, la importó a México Justo Sierra O'Reilly (1859-1860). Esta genealogía es esbozada por Gual Vidal. Por supuesto, muchas de las instituciones del Derecho Civil tienen sus orígenes en el Derecho Romano y para ello maneja con soltura las obras de Ortolán y Savigny, entre otros.

No por su sencillez deja de abordar con gran profundidad temas complejos. Por ejemplo, llama la atención la minuciosidad y concreción con la que explica la evolución de la legislación monetaria, cuando el peso tenía una paridad de \$5.80 por dólar (!). Aunque este ejemplo nos podría alejar de nuestra realidad, la explicación metódica de conceptos que actualmente se tiene para entender las obligaciones, corresponde a la enseñanza de Gual Vidal plenamente en las situaciones actuales, aunque haya habido variantes y tesis jurisprudenciales que modifiquen ciertos aspectos de los tratados en estos Apuntes.

Igualmente se da cuenta de las obras de Miguel Macedo respecto al Código Civil de 1870, que explican los cambios de ese Código y que fueron considerados por los integrantes de la Comisión que formó el siguiente Código de 1884; así como la obra de Ignacio García Téllez, que fuera también Rector de nuestra Universidad, titulada *Motivos, colaboración y concordancia del nuevo Código Civil* respecto al Código de 1928.

Diferencia la situación del principio de autonomía de la voluntad aplicado tanto a las relaciones contractuales como a las excepciones

que se han dado en el ámbito del Derecho del Trabajo. Contemporáneo a sus Apuntes, ya circulaba el *Manual de Derecho Obrero* de José de Jesús Castorena (1932), así como el *Derecho Mexicano del Trabajo* de Mario de la Cueva (1934).

Cuestiona y explica las situaciones atípicas de la bilateralidad (los contratos deben ser sinalagmáticos), tratándose de la declaración unilateral de la voluntad y de los contratos de adhesión. Como consecuencia de este principio, desecha la estipulación de favor de tercero, pues los contratos sólo obligan a quienes los celebran. No obstante, discute las teorías y tendencias que limitan este principio.

Muchos otros aspectos completan su excelente curso sobre obligaciones, como el enriquecimiento sin causa o los actos ilícitos, la responsabilidad civil, e incluso un capítulo dedicado a la acción Pauliana, diferenciándola de otras acciones, como la declarativa; todo lo cual no se pretende enumerar en este prefacio pues sería irresponsable repetir el contenido de estos Apuntes en toda la majestad que muchas horas de explicación y de dedicación desbordó el Maestro Gual Vidal en su cátedra en la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Baste decir que la Suprema Corte ha tenido el gran acierto de dar a conocer la labor docente de los grandes juristas del siglo xx, como esta obra que ahora se presenta.

Dr. Manuel González Oropeza

Prefacio

La falta de presupuesto gubernamental y el conflicto entre católicos y liberales, sin mencionar el proceso que se inició a raíz del corporativismo en el país a principios del siglo xx, causaron que el control universitario en la Universidad Nacional estuviera en profundo conflicto entre los años de 1933 y 1944.

Tras la salida de Brito Foucher como rector de la Universidad, el conflicto llegó a su clímax. El 28 de julio de 1944, un grupo tomó la rectoría de la Universidad y, unos días después, nombró rector a Manuel Gual Vidal. Por otro lado, el Consejo Universitario nombró para el mismo cargo al doctor José Aguilar Álvarez. Ante este caso de bicefalia, el presidente Manuel Ávila Camacho intervino.

Ante la insistencia de Alfonso Caso, en ese entonces secretario general de la SEP, se organizó una reunión con ambos rectores.

De dicha reunión surgió una junta de ex rectores, para elegir rector y acabar con el conflicto. Entre los miembros de dicha junta que asumió el gobierno universitario se encontraban Ignacio García Téllez, Manuel Gómez Morín, Fernando Ocaranza, Luis Chico Goerne, Gustavo Baz Prada y Mario de la Cueva. El 14 de agosto de 1944 se nombró rector al propio Alfonso Caso.

Acaso ésta sea la anécdota más representativa de Gual Vidal, pero no es, ni remotamente, la única, ni antes ni después. Ya había formado parte de las comisiones redactoras, por un lado, de la Ley de Sociedades Mercantiles y, por otro, del Código Civil, en 1932. Luego de aquel episodio, durante el sexenio de Miguel Alemán, Gual Vidal estuvo al frente de la SEP. Fue el primero en ocupar este último cargo durante un periodo presidencial completo.

En esta decimosexta entrega de los Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo xx, nos asomaremos al tercer curso de Derecho civil que impartiera Manuel Gual Vidal. En éste, después de haber abordado las relaciones de derecho en la familia (en el primer curso) y los derechos reales (en el segundo), Gual Vidal se sumerge en una explicación minuciosa de las obligaciones. (“Es una relación jurídica en cuya virtud una persona llamada acreedor puede exigir de otra, llamada deudor, una prestación o una abstención”, dirá el maestro dentro de pocas páginas.)

Tomó como base de referencia el Código Civil de 1928, vigente en los años durante los cuales se impartió el curso. Sin embargo,

apunta con insistencia a la necesidad de conocer a profundidad el Código de 1884, su antecedente directo, no sólo cronológicamente, sino también en algunos fundamentos que fueron reproducidos sin modificación alguna.

Este curso tuvo como texto de guía al del jurista de Nantes, Marcel Planiol. Gual Vidal hace una clara exposición sobre esta elección. Para ello, se remonta a los orígenes del Código Civil de 1928. Las invasiones napoleónicas arrastraron su ley civil por muchas partes del mundo. El código napoleónico fecundó el Código Civil de García Goyena, en España, que puso en segundo plano la tradición jurídica española y privilegió al Código francés como modelo.

Gual Vidal da mucha importancia a las causas de las teorías y a los principios de los conceptos, por lo que las siguientes páginas se encuentran anegadas en la historia. Para encontrar los porqués de las obligaciones, Gual Vidal recurre, entre muchos otros, a autores como Justiniano y a contextos como el de la antigua Roma.

Dicho Código de García Goyena, asimismo, inspiró el trabajo de Justo Sierra, en la época de Juárez, para la redacción del primer Código mexicano: el Código Civil de 1870. Por ello, dada la gran influencia de la tradición francesa en la legislatura civil mexicana, justifica Gual Vidal que haya tan pocas referencias al derecho alemán o al anglosajón en nuestra tradición.

En este volumen brilla una de las cualidades más elevadas tanto del educador como del hombre cuyo conocimiento ha alcanzado la

altura suficiente para ver el bosque. Las enseñanzas de este libro levantan su vaho más allá de sus páginas. La batuta de Gual Vidal apunta constantemente a referencias que profundizan aún más los temas que él expone. Por lo demás, es un perito para esclarecer conceptos al paso, con tanta brevedad y claridad que no permite la distracción o la duda.

La primera mitad del siglo pasado se convulsionó por todo el mundo. Quizá gracias a estas convulsiones, se forjaron hombres de gran valía para el conocimiento, la ciencia y las humanidades. El lector encontrará, a su paso por estas páginas, la nostalgia ante los viejos maestros, y una muestra de cómo los tiempos duros forjan a las generaciones para levantar el conocimiento y nunca darlo por sentado.

Dr. Roberto Santacruz Fernández

*Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP)*

*P*rimera Parte
LAS OBLIGACIONES

I. LA OBLIGACIÓN EN GENERAL

Inclusión de las obligaciones en la rama del derecho privado.

Ustedes conocen la vieja división anotada ya desde el derecho romano, entre derecho público y derecho privado, y seguramente en las lecciones de introducción al derecho han estudiado el problema de esa clasificación, así como las críticas que ha merecido. Ahora lo que nos interesa saber es si en el derecho privado (en cuya rama encaja nuestra materia) existen relaciones de carácter patrimonial y extrapatrimonial.

En el primer curso de derecho civil estudiaron las relaciones extrapatrimoniales: las relaciones de derecho en la familia. En su segundo curso comenzaron con el estudio de las relaciones patrimoniales, las cuales se refieren a lo que en derecho se conoce con el nombre de derechos reales; pero además de estas relaciones extrapatrimoniales

y patrimoniales que son los derechos reales, existen otros derechos patrimoniales que se conocen con el nombre de obligación o derechos personales.

Cuando se habla de derechos personales es necesario evitar la confusión con otra clase de derechos personales que también estudiaron en su segundo curso de derecho civil. Es cierto que obligación y derecho personal son sinónimos, pero hay otro concepto de derecho personal diverso a obligación. Recuerden ustedes cómo al estudiar el usufructo, el uso y la habitación, aprendieron que éstos eran derechos personales; a pesar de ser derechos reales sobre las cosas. En este sentido, derecho personal significa un derecho que está ligado con la persona en cuanto no es transmisible, por lo que termina con la muerte del titular del derecho; pero en el otro sentido, en el que ahora nos interesa, en el de la obligación, este concepto de derecho personal lo entendemos como opuesto al de derecho real. Ya en nuestros estudios hemos de plantear y examinar con determinimiento el problema, quizá también conocido por ustedes.

En el cuadro del derecho nuestra materia de obligaciones y contratos forma naturalmente parte del derecho privado, no del derecho público, porque no significa una relación de órgano a órgano del Estado, ni su organización, ni el individuo frente a éste, ni mucho menos una relación de servicio público, que es en realidad el contenido del derecho público, sino que forma parte de esas otras relaciones de individuo a individuo, de patrimonio a patrimonio, en las que el Estado no aparece sino en un momento, cuando se trata de dirimir una contienda entre esos particulares.

1. Antecedentes en las legislaciones

El Código de 1884 como antecedente del actual. Basándonos en fuentes de nuestro derecho utilizaremos, desde luego, el Código Civil en vigor. Ustedes saben que hasta el año de 1928 el Código Civil de 1884 estuvo vigente en el Distrito y Territorios Federales. En 1928 se promulgó un nuevo código, el cual rige actualmente, y que entró en vigor al publicarse el Código de Procedimientos; de tal suerte que, necesariamente, la base de nuestro derecho positivo en este curso será el nuevo Código Civil. Eso no quiere decir que nos desatenderemos totalmente del Código de 1884, y ello por varias razones. Primero, porque siempre es conveniente conocer los antecedentes de la legislación, especialmente cuando es un precedente inmediato como lo es el código que estaba en vigor antes del actual; pues nuestro Código Civil vigente no se ha desatendido en su totalidad del Código de 1884 —ésta es la segunda razón—, e incluso, en algunas materias, el código vigente no es sino una reproducción del de 1884; en otras, aunque hayan existido modificaciones, siempre contaremos con un gran material aprovechable con respecto al Código de 1884.

Utilidad práctica del estudio del Código de 1884. Desde el punto de vista, ya no del antecedente histórico y del material aprovechable del Código de 1884 que fue utilizado en el vigente, sino desde un sentido práctico, hay dos circunstancias que nos obligan a estudiar no sólo nuestro código vigente como derecho positivo, sino también el de 1884. Ustedes saben que la legislación en materia civil, a diferencia de aquella en materia mercantil, es local. Cada uno de los

Estados tiene su propia legislación civil, no así, decíamos, en materia mercantil, pues el Código de Comercio es federal. En virtud de una disposición expresada en la Constitución, el Código de Comercio tiene carácter federal y, naturalmente, no hay sino un solo Código de Comercio que rige en toda la República. En cambio, repetimos, el Código Civil es una legislación local y cada uno de los estados de la República cuenta con su propio código.

Después de la aparición del Código de 1884, y dado el prestigio que en México tuvo dicho código, casi todos los Estados, por no decir todos, adoptaron el Código de 1884 para el Distrito y Territorios Federales íntegramente, o bien, lo adoptaron con algunas modificaciones. En los Estados se expidieron códigos que en realidad calcaban en su mayor parte el Código de 1884, y así, por esta copia del Código Civil del Distrito, en realidad se constituyó una unidad de legislación en toda la República.

El estudio, pues, del Código de 1884, significó en México, hasta la promulgación del de 1928, el conocimiento de prácticamente toda la legislación civil en la República entera. Pero con la promulgación del código vigente en el Distrito la mayor parte de los Estados de la República han conservado sus códigos antiguos, los cuales están inspirados en el de 1884, y sólo algunos Estados, por excepción, como Veracruz, Coahuila y otros, han modificado su legislación para derogar el antiguo Código Civil como sucedió en el Distrito, y adoptar el nuevo Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales. Pero fuera de estos dos o tres Estados en que se ha modificado la legislación

civil, todos los demás continúan con el viejo Código de 1884 que rigió en el Distrito y Territorios Federales. Como seguramente ustedes, en su práctica profesional, han encontrado problemas de derecho civil, no solamente en el Distrito Federal sino en los Estados, es conveniente que conozcan la legislación civil del año de 1884, ya que les ayudará para entender la legislación de todos los Estados.

Hay otra razón de orden práctico para estudiar tanto las disposiciones del Código Civil vigente como las del de 1884, razón que cada vez va siendo de menos actualidad, pero que todavía existe; nos referimos a los contratos celebrados dentro de la vigencia del Código de 1884. Como ustedes saben, por el problema de retroactividad de las leyes en materia contractual y en materia de obligaciones, como principio general, la ley que rige los efectos de un contrato es la de la época de la celebración del contrato, es decir, el pasado jurídico no coincide en esta materia con el pasado material. El pasado jurídico significa que la institución sigue en la vida de sus efectos rigiéndose por la ley dentro de la cual se creó la institución, y es un principio al que la teoría de los derechos adquiridos, la teoría de Bonnet, y todas las otras teorías, concluyen de la misma manera. Cualquiera que sea la doctrina que se escoja en materia de retroactividad, se llega siempre a la misma conclusión: los efectos de los contratos se rigen —y ya hemos de estudiar las resoluciones de la Suprema Corte en el mismo sentido—, en principio, por la ley vigente en el momento de la celebración del contrato. De tal suerte que los contratos celebrados durante la vigencia del Código de 1884, los cuales todavía están produciendo sus efectos por los plazos que se otorgaron en esos contratos, se siguen rigiendo por aquel código decimonónico.

Los antecedentes que también nos servirán para conocer nuestra legislación positiva, así como las doctrinas que le sean aplicables, se mencionan en este hecho. En la clase anterior les manifestaba a ustedes que en esta asignatura se ha tenido como texto el de Planiol, y entonces se podría pensar: ¿por qué una obra de derecho civil francés ha podido ser texto en México? ¿Será simplemente el deseo de apoyarse en doctrinas extranjeras que podrían no ser aplicables en México, lo que ha llevado a los profesores de la materia a fijar este texto? Seguramente también ustedes han visto continuamente citados a los autores franceses cuando se trata de exponer la doctrina de nuestro derecho civil, y entonces ¿por qué en lugar de seguir la doctrina francesa, la italiana o la española, no se estudia en México la del derecho norteamericano, la del derecho inglés o la del alemán? ¿Es que una doctrina, digamos la latina, es superior a la germánica? No, no es eso. Ya mencionábamos en la clase anterior la influencia que tuvo el Código de Napoleón al aparecer en Francia; puesto que influyó en todo el mundo latino y determinó la adopción de las doctrinas de los autores y, en muchas ocasiones, de los mismos textos del Código Civil francés en otras legislaciones. España no fue ajena a este movimiento y en el año de 1851 don Florencio García Goyena formuló el proyecto del Código Civil español que se conoce con el nombre del autor (Proyecto de García Goyena), el cual se inspiró fundamentalmente en el Código Civil francés. Si ustedes lo llegan a ver —como espero que lo hagan porque es de gran interés en cuanto a la interpretación de ciertos textos conocer este Proyecto de García Goyena—, en él encontrarán que normalmente, por no decir siempre, la primera referencia que hace el autor sobre la legislación que le ha

servido o que concuerda con el precepto que él ha establecido, es el Código Civil francés; es más, juristas españoles como Valverde, por ejemplo, lamentan que a partir del Proyecto de García Goyena la tradición jurídica española haya sido olvidada, por lo menos relegada a segundo término, para tomar el modelo del Código Civil francés.

Es indudable la influencia del Código napoleónico en el Proyecto de García Goyena, tanto por la cita a la que nos hemos referido como por la letra y comparación de los textos. Pues bien, este Proyecto de García Goyena fue tenido en cuenta para la formulación del primer proyecto del Código Civil mexicano, el formulado durante la época de don Benito Juárez por el doctor Justo Sierra. El proyecto de Justo Sierra se inspiró, en su mayor parte, en el de García Goyena, y ustedes probablemente saben también, que éste sirvió de base a la comisión para redactar el primer Código Civil, que se conoció con el nombre de Código Civil de 1870.

El de 1884 no es sino una reproducción en buena parte de sus textos del Código Civil de 1870. Fue así el caso de algunas variaciones, pero especialmente en la modificación de la materia sucesoria y en la adopción del principio de libre testamento, lo que trajo como consecuencia la reformación del Código de 1870. Existe un libro al respecto que es en cuanto a interpretación un texto de gran valor, el cual se titula *Datos*, de don Miguel Macedo, quien fue secretario de la comisión redactora del Código de 1884 y tuvo el cuidado de ir anotando las razones para modificar los preceptos del Código de 1870 con las concordancias de los artículos de los Códigos de 1870

y 1884. Sus exposiciones son muy claras y llenas de valor jurídico. Les recomiendo que cuando vean dicha obra, no dejen de adquirirla.

Así llegamos, pues, a demostrar el porqué de la influencia del derecho civil francés, que por otra parte no es exclusiva del derecho mexicano; de igual manera podemos encontrarla en el derecho de Italia en el español, y por esto es posible estudiar fundamentalmente nuestra materia de derecho civil basándonos en teorías y en textos franceses. Claro que esto no significa que todo, especialmente el nuevo código, sea una reproducción de la teoría francesa. Decimos especialmente en el nuevo código porque en éste, y sobre todo en nuestra materia, encontramos que se tuvieron en consideración los códigos vigentes más modernos, así como también el Código Civil alemán; indudablemente se tuvo a la vista al redactar el nuevo código y se adoptaron, como hemos de demostrarlo en su oportunidad, algunos preceptos de ese código que se encuentra en vigor desde 1900. Uno de los códigos tipo de legislación civil es sin duda, en materia de obligaciones, el Código Federal Suizo de las Obligaciones, que realiza el principio de exponer en una sola legislación el derecho comercial y el derecho civil, es decir, la unificación del derecho privado de las obligaciones. En Suiza no se encuentra esta distinción que hacemos nosotros, y que también se hace en Francia, Italia y en algunos otros países, de un código de comercio que rige el contrato civil. Como sucede también en países de derecho consuetudinario como los Estados Unidos o Inglaterra, no hay distinción entre el contrato civil y el contrato mercantil, es decir, no hay, por ejemplo, una compraventa que sea distinta de una compraventa mercantil, sino que hay un solo

contrato de compraventa que lo mismo cubre actos civiles que mercantiles. A dicho documento se le conoce con el nombre de Código Único de las Obligaciones.

Hemos de encontrar numerosos preceptos de nuestro nuevo código en materia de obligaciones inspirados en este código, y así se tuvieron en cuenta también las legislaciones de Argentina, de Brasil, etc. Todos estos antecedentes los encuentran ustedes en una obra que también les recomiendo, ya que es importante para conocer el antecedente de nuestro Código Civil vigente y el del precepto, texto semejante al de don Miguel Macedo; fue escrito por García Téllez, quien fue miembro de la comisión redactora del nuevo Código Civil, se llama *Datos, concordancia, exposición de motivos del nuevo Código Civil*. García Téllez en unión con el licenciado Francisco H. Ruiz, presidente de la Tercera Sala de la Corte, jurista eminente, y junto con el licenciado De la Peña, formaron la comisión.

Se ve pues, por estas razones, cómo no es posible atender a un solo texto; es necesario en la exposición, para el conocimiento de nuestra doctrina, ir a todas estas legislaciones que sirven de antecedente al precepto, e ir a los comentaristas y a la doctrina sobre aquellos preceptos.

2. Evolución del concepto de la obligación

En la clase anterior enunciábamos ya el concepto de la obligación. Ha sido la obligación definida de diversas maneras, pero no en diferencia esencial; en realidad las definiciones concuerdan en sus elementos

esenciales. Algunos autores piensan que determinados elementos esenciales no lo son; pero todas estas definiciones tienen como modelo la definición romana de Justiniano.

La obligación puede definirse diciendo que “es una relación jurídica en cuya virtud una persona llamada acreedor puede exigir de otra, llamada deudor, una prestación o una abstención”. Éste es el concepto, en esencia, del derecho clásico romano de la época de Justiniano y de Paulo. En la definición de Paulo encontramos más bien la referencia al objeto, es decir, a la prestación o a la abstención, al *dare*, al *facere* o al *prestare*. Pero este concepto de obligación que es, decíamos, la definición clásica del derecho romano y que ha llegado a nuestros días con el término moderno de la obligación, es producto de una larga evolución en el derecho; por lo que no es el concepto primitivo de la obligación sino, repetimos, el producto de una larga evolución en el derecho civil.

Si tomamos el derecho romano que, como ustedes saben, sirve de esencia jurídica a nuestro derecho latino, encontramos que en el derecho primitivo el concepto de la obligación corresponde a su etimología, obligación, de *ob*, alrededor; y *ligatio* de *ligare*, que significa ligar, atar, amarrar; amarrar alrededor. ¿De dónde se deriva este concepto de *obligatio* que significa acto de atar o de amarrar a las personas? Decíamos que en el derecho primitivo el concepto de la obligación correspondía a la noción etimológica porque, evidentemente, a los deudores los ataban, los amarraban, los cargaban de cadenas. Ustedes recuerdan, por sus estudios de derecho romano, cómo al estudiar la composición de la familia romana, que en esencia subsistió durante toda la época

del derecho romano, se encontraban personas libres (no esclavos), como el *pater familias*, que sin embargo, estaba como un esclavo sin serlo bajo la *manus*, o sea, bajo la potestad de otro *pater familias*. ¿Quiénes eran esos jefes de familia que sin ser esclavos estaban sujetos a la *manus* de otro *pater familias*? Eran los deudores que habían tomado en préstamo y que no habían podido pagar, o bien, aquellos que habían cometido un delito y que no pudieron saldar la pena que se les había impuesto. Entonces, estos obligados quedaban sujetos a la *manus* del padre de familia y sujetos en la misma posición, no posición jurídica porque eran libres, pero sí a la misma situación del esclavo. Es más, los textos recuerdan la posibilidad de ejercitar la *manus injectio*, que ustedes saben lo que significaba en Roma; inclusive la posibilidad de matarlo, de venderlo como esclavo, no en Roma, en donde no se le podía convertir en esclavo, pero sí *trans Tiberim*, pues existía la posibilidad de hacerlo pedazos.

En el derecho primitivo del derecho romano, la obligación era una relación eminentemente personal: personal en cuanto no se ejercía la coacción que significaba la obligación sobre el patrimonio del deudor, sino que se ejercitaba sobre la persona, sobre la libertad, sobre la vida del obligado. Toda persona estaba, como deudor, ligada o cargada de cadenas en la cárcel privada del acreedor. Es más, el derecho romano primitivo no distinguió entre las relaciones civiles y comerciales, ni pudo distinguir entre el derecho real y el personal o de la obligación. La *manus* significaba poder y propiedad, no solamente sobre las cosas sino sobre las personas, es decir, la obligación estaba calcada o era lo mismo que la *manus* ejercitada sobre las cosas. Los

misimos derechos que tenía el *pater familias* sobre una cosa los tenía sobre una persona que le estaba obligada en una relación jurídica; ejercitaba la misma acción, pues las acciones de la *legis actio* eran lo mismo para una cosa que para una persona, y fue por evolución, que coincide con la evolución en materia de relaciones jurídicas, como en materia de acciones la *legis actio* se conservó pero sólo para las cosas y ya no para las personas.

No había, pues, decíamos, una distinción entre derecho real y derecho personal; el derecho real, como relación directa e inmediata entre la cosa y la persona, significaba también que la obligación era una relación directa entre persona y persona, que para el caso sustitúa a una cosa. Este derecho, por otra parte, no es único en el derecho romano, sino que lo encontramos en casi todos, por no decir en todos los derechos primitivos. Se encuentra en el derecho ateniense, donde indudablemente se le conoce como esclavitud por deudas; en las *Leyes de Manú*, donde también se conoce la esclavitud y aun derechos de coacción como el de encerrar al deudor, es decir, la de no permitir que el deudor salga de su casa mientras no pague, aun cuando se muera de hambre; en fin, lo encontramos en todos los derechos, también en el persa, etc.

Todas estas legislaciones primitivas coinciden con el concepto de que es la persona la que va a responder por la obligación contractual. El derecho romano, sin embargo, dentro de esa fantástica evolución, vino a considerar que debía atenuarse la situación en que se encontraba el deudor; que había ciertos actos, los actos fiduciarios, que no ame-

ritaban propiamente esa relación de obligación en que estaban los obligados por el nexo o los obligados por el acto delictuoso y, al mismo tiempo, cuando el acto fiduciario se ligaba a una *stipulatio*, entonces era necesario también que interviniese el poder público para no dejar la obligación fiduciaria dentro del campo de la moral o de las buenas costumbres sino considerarla dentro del derecho, es decir, el acto fiduciario debería ser un acto jurídico sujeto a una sanción; pero a mediados del siglo V, ya no es la sanción de ligar a la persona.

La liga sigue existiendo, se sigue llamando obligación, pero viene a ser una liga moral entre el sujeto activo y el pasivo, y al mismo tiempo se da una acción, ya no sobre la persona sino sobre el patrimonio. Al aparecer las leyes Silia y Poetelia atenuaron los resultados de la *manus injectio* por una parte y, por otra, juzgaron que la obligación no debe tener una sanción en la persona considerando a ésta una cosa, sino en el patrimonio del deudor. Estamos, en realidad, en los principios de la obligación moderna, la cual fue adoptada desde la época de Justiniano.

Dentro de la definición de Justiniano encuentran ustedes el concepto de *vinculum juris*, que recuerda al antiguo estado de obligado, de individuo ligado y en la cárcel privada del acreedor. Pero la relación que se establece ya no es una relación de poder al estilo de la *manus* del *pater familias*, sino más bien una relación jurídica en cuya virtud se puede exigir del deudor una prestación o una abstención. ¿Y qué sucederá cuando el deudor no pague, cuando no cumpla con su obligación? Entonces será no su persona, sino su patrimonio, el que ha de responder por su obligación.

Éste es el concepto, decíamos, que ha evolucionado en todo el derecho romano hasta la época clásica y que ha llegado a reducirse en el derecho moderno, pero el derecho moderno ha ido un poco más allá del concepto de obligación establecido en el derecho clásico romano. Hemos dicho que en esta relación jurídica hay un sujeto activo y uno pasivo, el sujeto activo se llama acreedor y el pasivo, deudor, y que es necesario que haya un sujeto activo y uno pasivo. Hay, sin embargo, una corriente de tratadistas (especialmente después de los estudios hechos por Saleilles en Francia, del derecho civil alemán), que ha tratado de objetivar la obligación. Se dice en realidad que la obligación ya no es, o no debe ser, una relación entre sujetos, sino más bien una relación entre patrimonios; poco importa cuál sea el sujeto de la obligación, lo que interesa es que la obligación se cumpla y que se haga pasar un bien de un patrimonio a otro; entonces los sujetos deben desaparecer como elemento esencial de la obligación. Es más, extremando esta idea, algunos autores, como Gauament en Francia, sostienen que la obligación realmente es un derecho real, es decir, vamos a regresar a aquel concepto que hemos encontrado en el derecho romano primitivo, pero con esta variante: mientras en el derecho romano primitivo la obligación está desarrollada dentro del concepto del derecho real porque es la persona la que sustituye a la cosa del derecho real y entra en relación de persona a cosa con el acreedor, en esta última evolución que estos tratadistas quieren presentar como el concepto moderno de la obligación, la obligación es un derecho real en cuanto el acreedor tiene el derecho sobre el patrimonio de su deudor y no una relación jurídica con la persona. Ya no es derecho real sobre la persona o sobre el patrimonio, que no se distingue de los demás derechos

reales sino en cuanto a que los derechos reales son específicos para determinados bienes. Yo soy, por ejemplo, el propietario de este escritorio (derecho real propiamente dicho), mientras que en la obligación es el patrimonio del deudor el que entra en relación con el acreedor. Hemos de encontrar (y ésta es una de las bases que toma esta doctrina) un precepto de nuestro código que establece que el deudor responde con todo su patrimonio de las deudas que contraiga, patrimonio que comprende bienes presentes y futuros.

No creemos que sea exacto este concepto objetivo de la obligación que parte de las ideas de Saleilles, pero éstas no son las ideas de Saleilles, las cuales han sido extremadas hasta llegar a este concepto que confunde la obligación con el derecho real. Hemos de ver, al estudiar el derecho real y la obligación, cómo la relación personal sigue siendo esencial en la obligación, por lo que no es indiferente para el acreedor que se obligue a B con él, o que en lugar de B sea C. En la transmisión de las obligaciones como en la cesión de deudas se necesita el consentimiento del acreedor, porque para el acreedor no es lo mismo que A sea su arrendatario, persona a quien conoce y en quien confía que le dará un trato adecuado a su casa, a que B lo sea, por más que esta persona, patrimonialmente, sea tan solvente como la primera. Hemos de ver, y seguramente lo habrán visto ustedes en la práctica, que un gran porcentaje de las obligaciones se cumple voluntariamente, por ello no hay necesidad de llegar a la ejecución forzada en el patrimonio del deudor. La insolvencia del deudor no significa la extinción de la obligación que dentro de este concepto debiera significar; si es una relación entre acreedor y patrimonio como bienes, no

como deudas, al extinguirse los bienes debería extinguirse la obligación. En fin, podemos afirmar, y lo hemos de explicar con mayor detenimiento, que la relación de persona a persona sigue siendo esencial en el derecho moderno. Lo cierto es que esa relación de persona a persona no significa ni una prisión por deudas, ni muerte del deudor o un periodo primitivo del derecho romano, sino que esa relación de persona a persona se ha ido atenuando cada vez más. Ya veremos cómo nuestra noción de representación no era admitida dentro del derecho romano primitivo y es fácil de explicar por qué. ¿Cómo se puede aceptar la representación en un derecho romano, el primitivo, por ejemplo, en que era precisamente la persona la obligada? Ya veremos cómo, en la evolución del derecho romano, se llega a la noción de la representación, a la transmisión de las obligaciones y a la posibilidad de transmitir las, por lo menos desde el punto de vista activo, aun cuando no se haya llegado a la transmisión de las obligaciones desde el punto de vista pasivo, que es característica de nuestro derecho moderno; pues se llega incluso, en casos muy excepcionales, a lo que se conoce con el nombre de estipulación para otro.

En suma, de la evolución de la obligación podemos obtener dos consecuencias: el concepto moderno, tal y como se desprende de Justiniano y de Paulo, el cual ha sido, con variantes, reproducido en casi todas las definiciones de los autores y que sirve de base para el concepto que nosotros hemos expuesto en clase. Éste es producto de una larga evolución en el derecho romano, evolución que parte desde el concepto de obligación como relación de persona a persona que coloca a la persona en la misma posición de una cosa, es decir, que parte desde el concepto de obligación como derecho real y que termina en

relación de persona a persona, cuya ejecución se realiza en el patrimonio del deudor; la obligación sigue siendo una liga moral, no una liga material. Es cierto que dentro de esta evolución encontramos que esa relación de persona a persona, con su ejecución forzada en el patrimonio, va haciéndole lugar al concepto objetivo de la obligación, pero no se ha llegado, ni en mi concepto debe llegarse a considerar, que ha desaparecido el sujeto como elemento esencial.

3. Elementos esenciales de la obligación

Decíamos en la clase pasada que la obligación era una relación jurídica en cuya virtud una persona, el acreedor, puede exigir a otra, el deudor, una prestación o una abstención. En esta definición de obligación, que comprueba cómo todas las definiciones en esencia reproducen el concepto del derecho romano clásico, encontramos varios elementos que son esenciales, elementos de definición, ya que en las definiciones debemos encontrar los elementos esenciales. Éstos son:

- 1) Relación jurídica;
- 2) Sujeto activo y pasivo, y
- 3) Objeto de la obligación, o sea, la prestación o la abstención que el acreedor en la relación jurídica puede exigir de su deudor.

Relación jurídica. Se dice que es una relación jurídica porque no encontramos simplemente un deber moral o un deber de amistad

cuando esta relación se establece. Así, por ejemplo, si se celebra un contrato de compraventa, el vendedor está obligado, principalmente, a transmitir la propiedad de la cosa, mientras que el comprador se obliga a pagar un precio cierto y en dinero. Si el vendedor o el comprador no cumple con su obligación habrá una posibilidad de intervención por parte de la autoridad pública, es decir, del Estado, para exigir el cumplimiento de esa obligación mediante una acción, o sea, el ejercicio de un derecho ante los tribunales y por procedimientos que también en su oportunidad y desde el punto de vista del derecho sustantivo hemos de estudiar, lo que se conoce con los términos de ejecución forzada. El acreedor podrá obtener efectivamente el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, pero, ¿qué sucede cuando simplemente se contrae ya no una obligación, sino un deber de distinta naturaleza, por ejemplo, de amistad o de carácter moral? ¿Es posible que intervenga la coacción pública para exigir el cumplimiento de ese derecho? Sabemos que no. Por eso es que se habla en la definición no simplemente de una relación entre acreedor y deudor, sino que se especifica también, de acuerdo con la definición de Justiniano, que se trata de un *vinculum juris*, de una relación jurídica. Es quizá más correcto hablar de relación jurídica y no de *vinculum juris* como hacen algunos autores, porque la idea del vínculo es en realidad un concepto figurado, mientras que en el derecho se habla de relaciones jurídicas.

Esto es lo que significa la expresión relación jurídica: precisar la diferencia esencial entre esta relación y otras de diverso orden que se presentan en la vida social, pero que no son idénticas, pues no producen efectos de derecho.

Sujetos. Es una relación jurídica entre dos personas, decimos dos personas para simplificar el concepto. Estas dos personas son: por una parte, el acreedor, esto es, el sujeto activo que puede exigir el cumplimiento de la obligación desde el punto de vista activo, en donde se le llama crédito a la obligación. La otra persona es el deudor; desde el punto de vista del deudor, es decir, desde la perspectiva pasiva, se le llama deuda a la obligación, aun cuando a veces se emplee el término de crédito o deuda con las dos significaciones, pero propiamente debe hablarse de crédito desde el punto de vista activo, y de deuda desde el pasivo.

Decíamos que por lo menos debe existir una persona, un acreedor, y por lo menos un deudor, porque ya hemos de estudiar, en lo que se refiere a las obligaciones complejas, cómo hay posibilidad de pluralidad de sujetos, ya sea desde el punto de vista activo o pasivo. Hemos de estudiar nuestras obligaciones a prorrata, nuestra obligación solidaria, mancomunada e indivisible, y veremos cómo entre estas obligaciones encontraremos ya sea pluralidad de sujeto activo o de sujeto pasivo. Por otra parte, no siempre en el derecho se presentan los sujetos con esta simplicidad de una determinación absoluta del sujeto; no siempre nos encontramos en presencia de una persona A que compra una persona B que vende; sino que el derecho, el moderno especialmente, presenta lo que se llama el sujeto indeterminado, que ha sido motivo incluso de una discusión para saber si puede admitirse esta posibilidad jurídica de un sujeto determinado.

El problema se presenta así: ¿jurídicamente debe admitirse que estos sujetos de la obligación no estén determinados? Y se ha contestado de diversa manera. Para algunas personas, para algunos juristas,

no existe esa posibilidad, sino que siempre debe haber una determinación del sujeto. Para otros juristas, por el contrario, sí existe esa posibilidad aun cuando ello no signifique la indeterminación absoluta, sino lo que se conoce en el derecho con el nombre de la indeterminación relativa; esto es, si es verdad que en el momento de contraerse la obligación puede el sujeto estar indeterminado. Sin embargo, el sujeto no continúa siempre indeterminado por la razón de que entonces no habría quién exigiera el cumplimiento de la obligación o quién debiera cumplir ésta, sino que se requiere que en el momento del cumplimiento de la obligación se determine el sujeto, esto es una indeterminación relativa, no una indeterminación absoluta.

Pongamos un ejemplo para entender esto con toda claridad. Especialmente los sujetos indeterminados los encontramos en el derecho mercantil, pero también en el derecho civil. Ya veremos cómo, al estudiar una de las fuentes de las obligaciones extracontractuales, la voluntad unilateral, encontraremos que nuestro Código Civil reconoce —hemos de estudiar el problema de hasta qué punto está en vigor esta materia después de la aparición de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito—, los títulos civiles a la orden y al portador. Cuando se emite, por ejemplo —tomaremos el concepto del Código de Comercio—, una letra de cambio; la letra de cambio, como ustedes saben, es un título nominativo en cuya virtud una persona gira a otra, el futuro aceptante, un valor literal que ha de transmitirse por endoso a diversas personas, pero que en el momento de la emisión, en el momento en que el girador emite la letra de cambio a cargo del aceptante, no se sabe quién va a cobrarla, porque el beneficiario, es decir, la persona a

cuyo favor se emite la letra, tiene la facultad de endosarla, y a su vez, la persona a quien se le endosa, la que se conoce con el nombre de endosatario, puede convertirse en un endosante y transmitir la propiedad de la letra a favor de otro; y así sucesivamente por medio de la cadena de endosos, hasta que el último endosatario la presenta a cobro, ya sea al aceptante, al girador o incluso, a todos los anteriores endosantes que, según han de estudiar en su derecho mercantil, contraen una obligación solidaria con los anteriores endosantes, con el girador y con el aceptante. Se trata aquí de un sujeto indeterminado, el sujeto activo, el acreedor, quien va a exigir el cumplimiento de la letra; no es determinado en el momento en que la letra se gira, pero ello no quiere decir que es indeterminado en absoluto, que nunca se determinará, sino que la indeterminación es simplemente relativa porque se establecerá en el momento en que el último endosatario venga a exigir el cumplimiento de la obligación. Es mediante la cadena de los endosos como se va a hacer la determinación, y será el último endosatario quien presentará el documento a cobro.

Lo mismo sucede con el título al portador. Un billete de banco, por ejemplo, el banco emisor no sabe quién va a presentarlo a cobro, pero sí habrá una persona que se presente a cobrarlo. Aquí la indeterminación es mayor que en el caso anterior. En el título nominativo —letra de cambio, por ejemplo—, existe la cadena de los endosos y en cada endoso existe una persona, un sujeto con una posibilidad o una facultad de exigir el cobro, pero como el título al portador se caracteriza precisamente porque su propiedad se transfiere mediante la entrega material de la cosa (un billete, por ejemplo, no se transmite su propiedad por endoso, es decir, mediante una anotación que se hace en el documento, sino que se transmite simplemente por la entrega del

billete), resulta que aquí la indeterminación del sujeto es mayor. Al hablar de billete de banco, hablamos del billete de banco y no del papel moneda, que es, en realidad, el que está actualmente en vigor. Ustedes saben que si van al Banco de México a pedir que les cambien su billete de a cinco pesos por plata, no se lo van a cambiar, pero, como hemos de estudiar oportunamente, es porque vivimos no en un sistema de dinero, sino en un sistema de papel moneda. Desde 1935 el Estado no está obligado a cambiar el billete por una cantidad “x” de dinero, por lo que estamos viviendo en un régimen de papel moneda; pero en el billete de banco anterior a 1935 y todavía después de 1935, en los llamados certificados de plata de cinco pesos, sí aparece la indeterminación del sujeto porque son los billetes propiamente dichos.

Objeto. La obligación es relación jurídica entre un sujeto activo y uno pasivo, pero, además, hay otro elemento que es esencial en la obligación, éste es el objeto, o sea, la prestación o la abstención que el acreedor puede exigirle al deudor y que el deudor está obligado a cumplir respecto de su acreedor. Desde este punto de vista, que es el técnico, prestación y abstención forman el objeto de la obligación. Al estudiar el concepto de objeto de los contratos vemos las distintas acepciones de la palabra objeto. Por ahora deseo que retengan que esos conceptos de prestación y de abstención constituyen técnicamente lo que es el objeto de la obligación, no lo que se llama en general el objeto del contrato.

La prestación puede ser, o bien la transmisión de la propiedad de una cosa, como sucede, por ejemplo, en un contrato de compra-venta, o la entrega de una cosa como por ejemplo, en un contrato de

arrendamiento en el cual se entrega el uso o goce de la cosa. En general, la doctrina francesa caracteriza a esta clase de prestaciones por la transmisión de la propiedad de una cosa, o bien de un derecho real sobre la cosa, y así encontramos dos clases de prestaciones, las que transmiten la propiedad, o bien, aquellas mediante las cuales se hace la entrega de una cosa y que se llaman prestaciones de cosas, y todas aquellas prestaciones que significan actos por parte del deudor que debe realizar positivamente a favor de su acreedor pero que no son ni transmisión de propiedad ni de derechos reales, ni mucho menos entrega de cosas; éstas son las prestaciones de hechos. Así pues, las prestaciones como objeto de la obligación se dividen en prestaciones de cosas (y las obligaciones que tienen por objeto una prestación de cosas se llaman obligaciones de dar), las prestaciones significan realización de hechos por parte del deudor en favor de su acreedor; pero no son transmisiones de propiedad ni entrega de cosas, y entonces se llaman prestaciones de hacer, y a la obligación se le conoce como obligación de hacer. Diremos prestación de hecho mejor que prestación de hacer para clasificar la obligación como obligación de hacer; es decir, la obligación de dar significa que la prestación que forma el objeto de la obligación es una transmisión de la propiedad, una entrega de cosas en general, mientras que la obligación de hacer significa que su objeto es una prestación, pero una prestación de hecho y no una prestación de cosas. Éstas son las prestaciones, divididas así en prestaciones de cosas y prestaciones de hechos, las cuales le dan nombre a la obligación de la que forman el objeto, como obligación de dar u obligación de hacer.

Pero decíamos que en el objeto de la obligación, es decir, lo que el acreedor puede exigirle al deudor, encontramos además de las prestaciones las abstenciones, esto es, lo que el deudor está obligado a no hacer. No tienen éstas una subdivisión como las prestaciones, sino que toda abstención significa una obligación de no hacer, un acto negativo al que el deudor está obligado a abstenerse.

El objeto de la obligación, o es una prestación (prestación de cosas, de hechos), o es una abstención, la cual no admite subdivisión y le da el nombre a la obligación de no hacer. La relación jurídica se establece entre sujeto activo y pasivo, o sea, entre acreedor y deudor, en donde el objetivo es una prestación o una abstención.

Discusión acerca del carácter patrimonial del objeto. Tratándose del objeto de las obligaciones, esto es, de las prestaciones o de las abstenciones, se ha presentado en derecho, y en realidad es un problema muy discutido, el saber si el objeto (prestación o abstención) en todo caso debe tener un carácter patrimonial, esto es, que signifique un aumento o una disminución desde el punto de vista activo o pasivo en el patrimonio del acreedor o en el del deudor. Se ha llegado a decir como tesis extrema que el objeto de la obligación debe tener una estimación inmediata en dinero. Debe ser dinero o algo que signifique una traducción inmediata y directa en dinero; no puede ser objeto de la obligación sino aquello que es estrictamente patrimonial en cuanto a que signifique el aumento activo o pasivo en el patrimonio de la persona. El derecho moderno habla de las obligaciones morales, de

las obligaciones en las que la prestación tiene un carácter extracontractual. Así como en materia delictuosa puede surgir una obligación simplemente por la ofensa que se le haga a la persona, ofensa en su honor por ejemplo, que no es algo tangible como el dinero, así se dice que en materia de obligaciones contractuales existe la posibilidad de una lesión afectiva de carácter moral que debe constituir un interés jurídico, el cual, en consecuencia, debe estar sancionado, y de hecho desde el Código de 1884 se encuentran algunos preceptos en nuestro Código Civil que tienen en cuenta el valor afectivo cuando una cosa se destruye o se pierde.

Hay tratadistas, como Ihering en sus *Obras escogidas* y en sus últimos capítulos de *La lucha por el derecho*, que sostienen que en una multitud de casos hay valores afectivos y valores morales que no tienen una traducción patrimonial, por lo que constituyen un objeto de la obligación extrapatrimonial. Ihering presenta, por ejemplo, el caso de una persona que arrienda una casa y que el arrendador le pone como condición al inquilino (le limita su derecho), que no toque el piano de la casa porque eso le molesta al arrendador, o bien a los vecinos de los otros departamentos de esa casa; y dice Ihering, en este caso la obligación de no tocar el piano no es de carácter patrimonial porque no aumenta ni disminuye el patrimonio del acreedor.

No deja de ser interesante este problema, y en mi concepto todavía discutible saber si en todo caso el objeto de la obligación debe ser un elemento pecuniario, o bien si es posible la obligación como

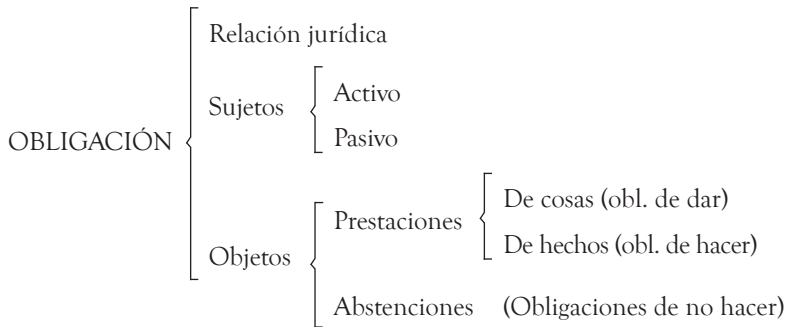
objeto de carácter moral. Pienso que si se toma el carácter patrimonial como lo toman algunos tratadistas, en el sentido de que el objeto, ya sea dinero o una cosa que inmediatamente se pueda traducir en dinero, por ejemplo la entrega de este escritorio que tiene un valor de x pesos, no es cierto que siempre tengan ese carácter las obligaciones. En realidad los ejemplos de Ihering y de diversos autores hacen pensar cómo en numerosos casos existen valores morales en las cuales las personas se obligan a prestaciones o abstenciones de ese carácter. Pero creo que puede sostenerse el carácter patrimonial dándole mayor amplitud a este concepto; esto es, no queriendo tomar como patrimonial estrictamente lo que es dinero, sino todo aquello que puede, aun cuando no sea en una forma directa e inmediata, traducirse en valor económico, y que por otra parte admita, como dice Demogue, la posibilidad de una sanción en derecho, porque es indiscutible que hay un interés social en garantizar ciertos actos que pueden afectar no el patrimonio de las personas sino que pueden tener una aplicación directamente en el aspecto moral de cada persona.

Decíamos que en nuestro derecho encontramos ejemplos, y ya veremos cómo esos ejemplos en materia de acto ilícito, sea por caso, en el nuevo Código Civil tomándolos del Código Suizo de las Obligaciones, han venido ampliándose y cómo la obligación no se genera simplemente del contrato sino que se genera también de otras fuentes de obligación, entre otras del acto ilícito. Creemos que es necesario, aun cuando se considere que estamos todavía dentro del régimen patrimonial, extender este concepto de patrimonialidad de la obligación.

El derecho es, de acuerdo con la definición de Ihering, interés jurídicamente protegido, y si encontramos obligaciones en que la obligación moral esté jurídicamente protegida, estaremos indiscutiblemente dentro del concepto jurídico. Es cierto que en numerosos casos hay una dificultad para valorizar ese interés moral, pero ello no quiere decir que sea imposible, por una parte, y por otra parte, el que por la imposibilidad de prueba, dejemos estos intereses sin protección jurídica. Cuando se dice en un contrato de arrendamiento de una casa determinada que no se haga algún ruido especial, por ejemplo que no se tiren cohetes en el patio, no estamos enteramente ajenos al carácter patrimonial de la obligación dentro de este concepto amplio que no ve, en la patrimonialidad, traducción inmediata en dinero, porque es una verdad que a la larga puede afirmarse que una casa en la que no se haga un ruido determinado tiene un mayor valor en renta que una casa en la que existe ese ruido; cuántas veces hemos visto que, por ejemplo, cerca de un taller en el que hay cierto ruido, por la misma naturaleza del taller, la gente no quiere ir a vivir por ahí, les aseguro a ustedes que no son muchas las personas que desean vivir cerca de esta escuela, y todo eso significa un valor para el arrendador, significa una de estas dos cosas; o que no se arriende su casa, o que tenga que arrendarla en una renta inferior a la que podría obtener si no existiera esa circunstancia especial. Queremos decir con esto que siempre que haya esta posibilidad, aun cuando sea difícil de estimarla en dinero, debemos tener en cuenta, porque aun tratándose de cosas materiales, el reducirlas a dinero resulta a veces muy difícil. Pongan

ustedes por caso la valorización de las industrias petroleras o de las industrias eléctricas; ha transcurrido el tiempo, se han escrito numerosas obras y, sin embargo, no se han puesto de acuerdo sobre el modo de valorizarlas; por ejemplo, en un caso que yo conozco, valuación de empresas eléctricas, puede decirse que todavía no se ponen de acuerdo sobre el método de valorar, simplemente por esto —para que vean ustedes la dificultad—: ¿Qué es lo que se va a valorizar, lo que es actualmente el sistema eléctrico, los postes, las líneas de transmisión, las presas, etc., o es lo que costó la línea de transmisión, teniendo en cuenta el valor del cambio del dólar, al dos por uno, al tres sesenta por uno, al cinco por uno? y, ¿qué es lo que se está valorizando, lo que se invirtió en la industria eléctrica o lo que vale por la estimación que en un momento dado tiene? El avalúo, cuando no tiene esa precisión de una cosa determinada o un valor corriente en el mercado, trae consigo numerosas dificultades. Así, existen, tal vez extremadas, las dificultades para traducir en valor patrimonial lo que puede ser por sí mismo simplemente un valor estimativo. ¿Qué tanto puede haber estimado una persona el medallón de oro que le obsequió un amigo o bien un pariente? ¿A cuánto asciende ese valor de afección, independientemente del oro del medallón? Pues va a ser muy difícil calcularlo, pero es indudable que ese valor existe y que aun cuando la indemnización nunca pueda corresponder con exactitud al valor moral, no hay por qué pasar por alto la existencia de ese valor para traducirlo pecuniariamente y pagar esa indemnización.

ESQUEMA



La obligación es una relación jurídica entre un sujeto activo y un sujeto pasivo que tiene por objeto una prestación o una abstención.

4. *Derechos reales y derechos personales*

Doctrina clásica. En las exposiciones de Baudry-Lacantinerie y Demolombe, que se pueden tomar como la exposición de la doctrina clásica, el derecho real se define “como una relación directa e inmediata entre el sujeto del derecho y la cosa”, esto es, no hay un intermediario entre el sujeto del derecho y la cosa, sino que ese sujeto usa, goza y dispone de ella, según el derecho real de que se trate, aparentemente, sin que una persona determinada esté obligada en la relación jurídica. Pongamos un ejemplo. El ejemplo típico del derecho real que es la propiedad: el propietario usa y goza de la cosa, los frutos y productos de su cosa le pertenecen y los hace suyos por el derecho de propiedad; abusa en el sentido romano del *jus abutendi*, esto es, en el sentido de disposición, de acto de dominio, abusa de la cosa y transmite la

propiedad por los diversos medios de transmisión y no se ve que otro sujeto pasivo determinado esté obligado a una abstención, o a una prestación en relación con ese derecho de propiedad; en todo caso, se encuentra que todo el mundo está obligado a respetar el derecho de propiedad, pero ese respeto, dentro de la doctrina clásica, no constituye una obligación que se encuentre dentro del patrimonio del sujeto pasivo, sino que es la obligación o el deber social que tiene todo el mundo de respetar los derechos, no solamente el derecho de propiedad, sino cualquier otro derecho.

De este concepto del derecho real se deriva (como ha expuesto la doctrina alemana) que se trata de lo que se llama un derecho absoluto, es decir, un derecho para todo el mundo. El derecho real es un derecho absoluto y tiene dos características esenciales que se derivan de su propia naturaleza, a saber: lo que se llama el derecho de persecución de la cosa, y lo que se llama el derecho de preferencia.

Derecho de persecución. Se tiene, en virtud del derecho real, la facultad de exigir y hacer efectivo ese derecho en manos de cualquier tenedor o de cualquier poseedor de la cosa; así el derecho de persecución se ejercita, pongamos nuestro ejemplo de derecho de propiedad, mediante una acción reivindicatoria en caso de que se haya perdido la posesión y se tenga el dominio, acción reivindicatoria que puede ejercitarse respecto de A, de B o de C, indistintamente, según sea quien aparezca como poseedor de la cosa.

Derecho de preferencia. Se tiene también, en virtud del derecho real, la facultad de ser preferido en cuanto se es tenedor de ese derecho y

respecto de cualquier persona que no tenga el mismo rango de derecho real que se tiene; por ejemplo, en los que se conocen con el nombre de derechos reales accesorios (en cuanto a que no existe sino accesoriamente un derecho principal) como el derecho real de hipoteca, que es un derecho real de garantía respecto de una obligación principal para que ésta se cumpla y se respete su preferencia. Este derecho puede exigirse primero como derecho de persecución en manos de cualquier tenedor de la cosa hipotecada; si yo hipoteco una casa para garantizar un adeudo y con posterioridad vendo la casa, ese derecho real de hipoteca sigue a la casa y el adquiriente de la casa estará obligado por el derecho real de hipoteca; si él a su vez vende la casa, se irá transmitiendo el derecho real de hipoteca, pero además, si en un momento dado yo ejercito mi acción hipotecaria, será preferida en cuanto al pago con ese bien hipotecado (derecho de preferencia), respecto de todos los acreedores del deudor que no estén en el mismo rango en que yo estoy colocado, con una hipoteca que, se supone en este ejemplo, es de primer rango; es decir, en primer lugar se hace pago al deudor hipotecario con mi bien hipotecado y después vendrán los demás acreedores en el orden de sus privilegios, y si no tienen ninguno, vendrán en último término. Tiene el acreedor hipotecario el derecho de preferencia en cuanto a que con el bien que es dado en hipoteca y sobre el cual tiene el derecho real, debe pagarse preferentemente a todos los que estén colocados en orden de preferencia después de él.

Relación inminente y directa del tenedor del derecho real respecto de la cosa, derecho de persecución y derecho de preferencia

son las características que, dentro de la doctrina clásica, permiten distinguir esencialmente al derecho real del derecho personal, tomado el término como sinónimo de obligación.

¿Por qué existe esa diferencia esencial entre el derecho real y el derecho personal o la obligación, dentro de la doctrina clásica? Porque, a diferencia de lo que sucede en el derecho real, en el derecho personal (y esto se desprende de la propia diferenciación de la obligación) encontramos siempre en presencia un sujeto activo y un sujeto pasivo, y ese sujeto pasivo está obligado, constreñido, a una abstención o a una prestación. En el derecho real no encontramos sujeto pasivo frente al titular del derecho real, sino que hay una relación inmediata entre el titular del derecho y la cosa, independientemente de que un intermediario venga a hacer que se use o que se goce o abuse de la cosa, según sea el derecho real que se consigne. Un ejemplo puede aclarar el concepto. Tratándose del derecho real, hemos tomado la propiedad como tipo, vamos a tomar por ahora, tratándose de las obligaciones, el derecho de arrendamiento, porque en el derecho de arrendamiento encontramos un contrato que le da al arrendatario una serie de derechos que lo asemejan mucho al ejercicio de un derecho por parte del propietario, esto es, el conjunto de derechos para el uso y el goce (no para el abuso de la cosa, no para ejercitar actos de dominio), es en gran número, en el derecho de arrendamiento, de tal suerte que se presenta al arrendatario desde el punto de vista de ese uso y goce del derecho, como un propietario; pero dentro de ese concepto de la doctrina clásica, piensen ustedes en la diferencia esencial entre la situación del propietario y la situación del arrendatario, mientras el propietario por el derecho de propiedad usa y goza de las cosas sin que

tenga que exigir el cumplimiento de las obligaciones correlativas a sus derechos de persona determinada, sino que yo, propietario de este sombrero, uso de él y no le exijo a nadie que me ponga en posesión de él, a no ser cuando se viole el derecho de propiedad, pues entonces tengo las acciones propias como poseedor o como propietario, pero en tanto que no hay el apoderamiento por parte de otra persona que venga a ostentar con el mismo derecho que yo tengo y que ya me coloca en la situación de probar mi derecho, nadie aparece ante mí oponiéndose a que yo pueda ejercitar mi derecho. En cambio, si soy el arrendatario de esta cosa, necesito que mi arrendador me ponga en el uso y goce de la cosa, y no sólo que me ponga en él, sino que me mantenga en él; que si soy estorbado en él, salga a mi defensa para mantenerme en el uso y goce de la cosa, y si no lo hace estará violando las obligaciones del contrato; pero siempre, ya sea en las relaciones de derechos o de obligaciones, el arrendador está frente a su arrendatario y es por medio de ese arrendador como el arrendatario ejercita los derechos de uso y goce de la cosa. Aquí aparece ese sujeto, ese elemento esencial de la obligación, que es el sujeto pasivo y que no aparece en el derecho de propiedad, que es un derecho real, para hacer que el tenedor del derecho disfrute de su derecho real; se trata, no de un derecho absoluto sino de un derecho relativo porque es una persona determinada o determinable la que está obligada, en la relación jurídica, entre sujeto activo y sujeto pasivo que constituye la obligación; además, este derecho personal no tiene la característica de derecho real, el derecho de persecución, porque se comprende fácilmente que si una persona, el sujeto pasivo, es el obligado, será a este sujeto pasivo al que pueda exigírsele el cumplimiento de la obligación,

o bien a todos aquellos que se pongan en lugar de ese sujeto pasivo, pero precisamente a esas personas. Así, por ejemplo, si una persona se obliga a prestarme un servicio cualquiera, digamos un servicio profesional —en un contrato de servicios profesionales, un abogado se obliga con su cliente a una prestación de servicios—, ¿a quién le va a exigir el cliente de ese abogado el cumplimiento de la obligación? Pues únicamente al abogado, y no será a otra persona a quien se le pueda exigir, es decir, se trata de un derecho relativo, no tiene el derecho personal ni las características del derecho de persecución por su relatividad, ni la de preferencia; cuando no hay un contrato que origine un contrato real y que éste constituya la preferencia, los acreedores están todos colocados en la misma posición, tienen una acción respecto de todo el patrimonio de su deudor pero no una preferencia.

Se ve pues, que esta doctrina clásica, además de caracterizar en una forma especial el derecho real, establece una diferencia no simplemente de grado, sino una diferencia esencial, una diferencia específica entre el derecho real por una parte y el derecho personal por la otra, en tal forma que no puede reducirse el concepto real al de derecho personal, ni tampoco el concepto de derecho personal puede reducirse al concepto de derecho real; por eso es que la doctrina clásica se denomina también doctrina dualista, en cuanto sostiene una diferencia esencial entre los dos conceptos.

a. Doctrinas unitarias

Pero no todas las doctrinas que explican el derecho real y el derecho personal son dualistas ni todas las doctrinas sostienen esa diferencia

específica entre derecho real y derecho personal, sino que también están las que se llaman doctrinas unitarias. Estas doctrinas pueden dividirse en dos clases:

I. Una que reduce el concepto de derecho real al concepto de obligación.

II. Otra que reduce el concepto de obligación o derecho personal al concepto de derecho real.

Esto es, a diferencia de lo que hace la doctrina clásica que plantea una posición irreductible de derechos reales y derechos personales, es decir, una diferencia esencial entre estos dos conceptos, las doctrinas unitarias reducen un concepto al otro y consideran que, ya sea porque la obligación se explique como derecho real o porque el derecho real se explique como obligación, no existe una diferencia esencial entre derecho real y derecho personal.

Doctrina de Planiol. La primera doctrina que explica el derecho real como una obligación es la que se conoce especialmente como doctrina de Planiol. En realidad, antes de Planiol ya encontramos expuesta esta doctrina en Ortolán, en sus *Instituciones de derecho romano*. Por otra parte, hablar de doctrina de Planiol debe tener la limitación de la doctrina expuesta por él en su tratado elemental hasta la última edición, porque ya en la obra de Planiol y Ripert y Picard cambia la posición primitiva para tomar una de carácter intermedio, lo que se ha llamado “La doctrina ecléctica”. Así pues, al hablar de la doctrina

de Planiol nos referimos a la expuesta en su tratado elemental, a esta doctrina se le conoce con el nombre de *Planiol*, porque este autor, en su tratado elemental, la expuso con la mayor claridad y precisión.

La doctrina tiene dos partes: una de crítica y otra de construcción.

Parte crítica. En esta primera parte Planiol critica la doctrina clásica expresando lo siguiente: en el derecho siempre encontramos sujetos que ejercitan sus derechos o que están obligados dentro de las relaciones jurídicas: las cosas no se obligan, los que se obligan son los sujetos. Así pues, la doctrina clásica no puede ser cierta en cuanto trata de explicar el derecho como una relación directa e inmediata con la cosa, sin que haya un intermediario que sea el obligado en la relación jurídica; y eso que en la propiedad se llama o se dice que existe como relación entre la persona y la cosa, no es una situación jurídica, sino que es un hecho, es la posesión; esa relación que existe entre el propietario y la cosa es la posesión y es un hecho, no es un derecho.

No puede explicarse el derecho real si no es tratándose de encontrar cuál es el sujeto que está obligado en la relación jurídica, y entonces viene la parte constructiva de Planiol.

Parte constructiva de la tesis. Se ha hecho un análisis incompleto de la noción del derecho real, se ha fijado la atención simplemente sobre este hecho que está en la propiedad, la relación entre el sujeto y la cosa y que como hecho se llama posesión; pero el derecho de

propiedad no se examina completamente si además de este elemento, “sujeto activo”, “propietario”, no se le encuentra el sujeto pasivo; y ese sujeto pasivo, según Planiol, debe existir y existe y está constituido por todo el mundo. Frente al sujeto activo, encontramos en el derecho real el sujeto pasivo constituido por todo el mundo y que tiene una obligación de abstenerse, una obligación de las que hemos llamado obligación de no hacer; todo el mundo (como no sea el titular del derecho), frente a este titular del derecho, tiene la obligación de abstenerse de intervenir en el derecho del propietario para dejarlo usar, gozar y disponer de su cosa, que son los atributos del derecho de propiedad (que es el derecho real que hemos tomado como ejemplo).

Si esto es verdad, dice Planiol, en el fondo no hay una diferencia esencial entre el derecho real y el derecho personal, y se comprende por la simple exposición, si el derecho real significa una obligación entre un sujeto activo y un sujeto pasivo constituido por todo el mundo, pero que no por ser todo el mundo deja de ser el sujeto pasivo de la obligación; si todo el mundo está obligado a abstenerse, el objeto de su obligación es uno de aquellos que hemos conocido con el nombre de abstenciones. Así pues, según esta tesis, no hay una diferencia esencial entre el derecho real y la obligación, dentro de la definición que hemos dado a obligación (relación jurídica entre un sujeto activo y un sujeto pasivo, etc.) cabe perfectamente el derecho real dentro del concepto de obligación. La única diferencia que hay entre los dos derechos es, según Planiol, una diferencia de grado, mientras que en el derecho personal, la obligación, el sujeto pasivo es todo el mundo, pero fuera de esa diferencia no puede ser sino de grado puesto

que simplemente se concreta a establecer el número de los sujetos pasivos, no hay una diferencia esencial entre derecho real y derecho personal. Ven pues ustedes cómo el concepto de Ortolán, de Planiol, y de todos los discípulos que los han seguido, es un concepto unitario entre derecho real y derecho personal, a diferencia de la doctrina clásica, teoría dualista que ve una diferencia específica entre el derecho real, por una parte, y obligación o derecho personal, por la otra; la doctrina de Planiol considera que puede reducirse el concepto de derecho real al de obligación, y que si no existe una diferencia esencial entre estos conceptos, se comprende que no puede hablarse de una doctrina dualista porque no hay dos cosas diferentes sino una sola cosa que es el concepto de obligación, explicado tanto el concepto de derecho real como el de derecho personal, y por eso se llama doctrina unitaria.

Doctrina objetivista. Ésta es una doctrina también unitaria pero que toma precisamente la posición contraria a la tesis de Planiol, esta teoría podremos llamarla objetivista, puesto que tiene su origen en la corriente objetivista representada en Francia especialmente por Saleilles, quien no solamente en este aspecto de derecho, sino en muchos otros que hemos de encontrar en nuestros estudios, trata de objetivar la noción de obligación; para él lo importante en la relación jurídica no son los sujetos sino el objeto.

Ha habido, según Saleilles, una tendencia, y que hemos de comprobar que es exacta, de objetivar la obligación, de hacer cada vez menos importante la relación entre sujetos, pero eso no significa que

se haya destruido la noción personal de la obligación, como también hemos de comprobar; la pérdida de importancia de la relación jurídica personal no ha significado, en el derecho, la destrucción de ese elemento que sigue siendo esencial a la obligación. Esta tendencia ha tenido una serie de consecuencias, ya hemos de ver cómo ayudó a esta evolución de la obligación que, por ejemplo, se admitiera en el derecho moderno la representación con todos sus efectos, la estipulación a favor de terceros y la transmisión de las obligaciones, tanto desde el punto de vista activo, cesión de créditos, como desde el punto de vista pasivo, sesión de deudas. La relación personal ha perdido importancia, pero subsiste como elemento esencial de la obligación.

Esta tendencia objetivista ha sido llevada hasta el objeto de afirmar que lo que sucede en la obligación es que se establece una relación entre el acreedor, el sujeto activo y el patrimonio del deudor, sin tomar al deudor como persona. Esto es, poco importa que el deudor sea A o B o C, y ello lo demuestra el hecho de la posibilidad de transmitir las obligaciones, la estipulación a favor de terceros, la representación, etc., de todos los casos de objetivación de la obligación que hemos enumerado y que estudiaremos más adelante con todo determinimiento. Poco importa, dice esta tesis, cuál sea el sujeto, lo importante es su patrimonio y la prueba es, se afirma, que cuando se trata del momento importante del cumplimiento de la obligación, cuando se llega a la obligación forzada, esta ejecución no se hace como se hacía en el derecho antiguo y como especialmente se hacía en el primitivo derecho romano, sobre la persona. No es la vida, no es la libertad

de la persona la que responde, sino su patrimonio; la ejecución forzada se hace generalmente mediante un acto de poder público referido al patrimonio, y con el patrimonio del deudor se paga al acreedor, y así encontramos un principio establecido en nuestro Código de 1884 y en el vigente, conforme al cual, el patrimonio, el conjunto de bienes presentes y futuros del deudor, responden respecto de las deudas contraídas. Lo único que sucede, dice esta tesis llevada a este extremo, es que la relación entre la persona acreedora y el patrimonio de su deudor es una relación inmediata y directa como es el derecho real, se refiere a un conjunto de bienes, o sea, el patrimonio del deudor, mientras que el derecho real se refiere a un patrimonio determinado. Ven pues ustedes cómo esta tesis se coloca exactamente en la posición contraria a la primera teoría unitaria, o sea, a la tesis de Planiol, porque se afirma (en esta tesis objetivista) que la obligación es la que se puede explicar como una relación entre sujeto activo y la cosa, mientras que en la tesis de Planiol se explica cómo el derecho real era el que se explicaba como una relación entre sujetos; por eso en la segunda tesis unitaria no hay una diferencia esencial entre el derecho real y el derecho personal, pero no porque, como sucede en la primera tesis, sea el derecho real el que explique como una obligación de no hacer referencia a todo el mundo, sino porque es la obligación la que se explica como un derecho real, como una relación entre la persona y el patrimonio del deudor, nada más con la diferencia de grado, no diferencia de esencia, de que esa relación entre persona y patrimonio es una relación respecto de un conjunto de bienes, o sea, todo el patrimonio del deudor, mientras que el derecho real es una relación entre una persona y una cosa determinada.

Se comprueba así nuestra afirmación de que hay tesis unitarias que niegan la teoría clásica, o sea, la teoría que distingue esencialmente entre derecho real y personal, porque estas teorías unitarias reducen uno de los conceptos a otro, una de ellas, la de Planiol, reduce el concepto del derecho real al concepto de obligación, puesto que establece que el derecho real no es sino un caso de una obligación de no hacer; la otra tesis reduce el concepto de obligación al concepto de derecho real puesto que, según ella, la obligación no es sino una reacción de persona a patrimonio. En las dos tesis anteriores se sostiene una diferencia entre derecho real y derecho personal, pero esa diferencia no es específica, no es diferencia de los elementos esenciales del concepto, sino que es una diferencia de grado; en la primera tesis unitaria la diferencia de grado consiste en que el derecho personal, la obligación es una relación entre sujetos determinados, mientras que el derecho real es una relación entre un sujeto determinado y todo el mundo; en la segunda tesis, la derivada de las teorías objetivistas, la diferencia de grado consiste en que el derecho real es relación entre una persona y una cosa determinada, mientras que el derecho personal es relación entre una persona y una cosa indeterminada, o sea, el patrimonio del deudor.

Doctrina intermedia de Planiol y Ripert. Además de estas tesis y como doctrina intermedia, Planiol y Ripert especialmente presentan una tesis que en realidad trata de fundir las dos, o sea, la doctrina clásica y la doctrina unitaria, especialmente la doctrina unitaria de Planiol.

Sostienen estos autores que en el derecho real es indispensable atender a dos aspectos del derecho, lo que se llama el aspecto interno y el aspecto externo.

Aspecto interno. Desde el punto de vista interno, el derecho real efectivamente es una relación inmediata y directa entre la persona y la cosa; no es la misma, explica esta doctrina, la situación, por ejemplo, del arrendatario que simplemente tiene un derecho personal, a la situación del propietario que tiene un derecho real. El propietario ejercita su derecho en una forma directa e inmediata respecto de la cosa, puede apoderarse de la cosa con su derecho de posesión que está en su derecho de propiedad, puede usar, gozar y disponer directamente de la cosa sin necesidad de hacer intervenir a nadie; mientras que el arrendatario, que también tiene el uso y goce de la cosa, requiere, para usar y disfrutar de ella, que su arrendador le proporcione ese derecho, y no puede ir a buscarlo de otra persona que no esté en relación obligatoria, por lo menos, en cuanto se trate de los efectos del contrato de arrendamiento. Hay pues, dice esta teoría ecléctica, un aspecto interno que coincide efectivamente con la explicación de la doctrina clásica.

Aspecto externo. Pero además hay un aspecto externo que, se dice, coincide con la teoría de Planiol, y ese aspecto externo es el de la obligación que en el derecho real tiene todo el mundo de respetar el derecho del propietario, en general, el derecho del tenedor de un derecho real.

Son pues dos aspectos que unen a la teoría clásica con la de Planiol, y por eso se trata de una teoría intermedia, de una teoría ecléctica.

Doctrina de Bonnecase. Bonnecase, quien ha tratado de revisar las doctrinas de Baudry-Lacantinerie y ponerlas, por decirlo así, al día en una obra que es muy importante para el estudio del derecho civil moderno, *El Suplemento del Tratado de Baudry-Lacantinerie*, revisa el concepto de derecho real y personal en el derecho moderno, y después de plantear las diversas tesis, sostiene la teoría dualista de la doctrina clásica fundándola especialmente en un concepto económico. Económicamente, hay una diferencia entre la apropiación de las riquezas y los servicios que los hombres se prestan entre sí; uno es el aspecto en que el hombre obtiene una riqueza, modifica un elemento natural y lo convierte en un satisfactor, y otro es el aspecto en el que los hombres entre sí se prestan servicios. Este concepto económico debe corresponder a un concepto jurídico (un concepto jurídico relacionado con la apropiación de la riqueza y otro concepto relacionado con la prestación de servicios). Pues bien, dice Bonnecase, el derecho real corresponde al concepto de apropiación de la riqueza, mientras que la obligación, o sea el derecho personal, corresponde a la noción de la prestación del servicio. Jurídicamente expuestos estos dos conceptos económicos son lo que significa obligación por una parte, y derecho real por la otra, y de esta noción económica se deriva que, así como hay una diferencia sustancial en economía entre los actos de apropiación de las riquezas y el acto de la prestación de servicios, así también hay una diferencia esencial entre el concepto jurídico de derecho real y el de derecho personal.

La verdad, en nuestro concepto, es que si se examina el derecho real, le encontramos más razón a la doctrina clásica que a la tesis de Planiol; no es que se niegue que efectivamente en el derecho real todo el mundo está obligado (aspecto externo) a respetar el derecho del propietario, el derecho del poseedor del derecho real, ésa es una verdad; pero ¿hasta qué punto esa obligación para todo el mundo constituye una obligación de carácter patrimonial que pueda identificarse con la posición de un sujeto pasivo en un derecho personal? ¿No será que esta obligación para todo el mundo, que los autores ven en el derecho real, no es otra cosa sino la obligación que tenemos todos de respetar el derecho de las demás no solamente en el derecho real sino en cualquier otro derecho? Eso es precisamente el derecho: una limitación que al mismo tiempo que significa posibilidades jurídicas, significa limitaciones. ¿No será éste el aspecto que han visto Planiol, Ortolán, y que ya lo veía la doctrina clásica? La doctrina clásica no negaba que el derecho real fuera un derecho absoluto (como llamaba esta tesis al concepto del derecho real), porque todo el mundo estaba obligado a respetarlo, ¿pero qué valor jurídico tiene esa obligación de todo el mundo? ¿A quién se le ha ocurrido poner dentro de su patrimonio esa obligación que tiene uno de respetar el derecho de los demás? ¿Se ha traducido en un valor patrimonial que es la obligación que tenemos de respetar el derecho de los demás? Pues si no se hace no sólo para los derechos reales, sino para todos los demás derechos, no se ve por qué hay un elemento semejante al que tiene un sujeto pasivo en la relación obligatoria; por eso es que creemos que conside-

rando exacto todo el mundo está obligado a respetar el derecho real, no debemos llevar la confusión hasta identificar esa obligación o deber de respetar el derecho de los demás, con la situación en que se encuentra el sujeto pasivo en una obligación, que tiene la obligación frente a un titular como cosa determinada y concreta de hacer o de no hacer según sea el objeto de su obligación. Así pues, si ya Planiol y Ripert, reconocen exacta la relación inmediata y directa entre persona y cosa aunque agregándole el aspecto de obligación para todo el mundo, y si por otra parte la doctrina y el análisis de instituciones jurídicas, como el derecho de propiedad y el de arrendamiento, comprueban la diferencia de posición jurídica entre persona y cosa en el derecho real y en el derecho personal; y si, por otra parte, no debemos tomar esa obligación de todo el mundo para identificarla con el sujeto pasivo en la obligación, debe llegarse a la consecuencia de que, por las razones económicas que expone Bonnet, existe esta diferencia esencial entre derecho real y derecho personal.

Llegamos a la conclusión de que la doctrina clásica es exacta en cuanto marca una diferencia esencial entre derecho real y derecho personal; no estamos conformes con las doctrinas unitarias ni con la de Planiol, por las razones expuestas, ni con la objetivista que hemos de ver en diversas instituciones que analizaremos en nuestro estudio; en él hemos de ver cómo no ha desaparecido como elemento esencial el sujeto en la relación obligatoria. Ni es verdad que sea lo mismo que esté obligado A, a que esté obligado B o C; ya veremos que la

cesión de deudas, que se pone como uno de los casos en que el derecho moderno ha objetivado la obligación, requiere el consentimiento del acreedor para que cambie el sujeto, de A a B, porque no es lo mismo que, por ejemplo, de una persona de determinada solvencia económica y aun moral, me esté debiendo una cantidad de dinero o cualquier otra prestación, a que otra persona de una calidad económica y moral inferior a la de aquélla me la deba; es decir, para mí, acreedor, no es lo mismo que me deba una persona que carece de bienes y que en el momento de ejecutar la obligación se encuentre insolvente, a que me esté debiendo una persona solvente con un patrimonio enriquecido y que en el momento de ejecutar la obligación encuentre bienes en qué ejecutarla; por otra parte, como ha dicho Demogue, haciendo la crítica de esta tesis: “En cuántas ocasiones se cumple voluntariamente la obligación, y entonces nunca se ve la relación entre la persona y el patrimonio, sino simplemente la relación entre personas, entre los dos sujetos”. Además, si se va a ejercer una acción, a ejecutar un derecho, no se va a demandar el patrimonio de una persona, sino se va a demandar a la persona misma. ¿Cuando un patrimonio está totalmente empobrecido, cuando ya no hay bienes en el patrimonio de una persona, se extinguen las obligaciones?, ¿cuál será la consecuencia de sostener que el derecho personal, la obligación, es una relación entre patrimonio y persona? Extinguido el aspecto económico del patrimonio debería extinguirse la obligación, y ya hemos de ver todas las limitaciones que tienen estos conceptos de estipulación a favor de tercero, de representación, etc., y aun cuando reconozca que el aspecto

personal no reviste las características que revistió en el derecho primitivo, también se reconoce que la relación entre personas sigue siendo esencial en la obligación y, por tanto, no podemos aceptar la tesis objetivista.

b. Obligaciones reales

Encontramos especialmente estudiada por tratadistas modernos la noción de las obligaciones reales, esto es, se ha examinado o se ha estudiado en el derecho la existencia de ciertas obligaciones que se han llamado *propter rem*, y “obligaciones reales”, en cuanto a que la obligación existe exclusivamente en relación con una cosa. Por ejemplo, en el derecho de copropiedad de la pared medianera que tienen ustedes en sus códigos civiles, están obligados los copropietarios a cubrir los gastos de las reparaciones de la pared medianera en proporción a sus derechos de copropiedad; los usufructuarios, o el usufructuario, tienen en relación con el usufructo que hacer un inventario de los bienes, dar una fianza para entrar al uso y goce de los bienes; en materia de servidumbre, las obligaciones contraídas por el obligado en la servidumbre y establecidas en el título de servidumbre pueden abandonarse con la servidumbre y no estar obligado; esto es, hay ciertas obligaciones que tienen un carácter de derecho accesorio, puesto que se refieren a un derecho principal (el de copropiedad, el de servidumbre), que significan una obligación de una prestación pero que están referidos con una cosa concreta, de tal suerte que el abandono de la cosa termina con la obligación para el sujeto pasivo, lo que no sucederá en otra clase de obligaciones en que continuaría

el derecho personal a pesar del abandono de la cosa; y de estos hechos, de tratarse de una obligación accesorio, de tratarse de una obligación ligada, relacionada íntimamente con una cosa y de la posibilidad de abandonar tal cosa para extinguir esa obligación, la doctrina moderna ha llegado a la conclusión de que se trata de una obligación que difiere de la obligación personal por estos caracteres enunciados, y que al mismo tiempo no es un derecho real sino que guarda una posición, podríamos decir, intermedia entre derecho real y derecho personal, y la doctrina no ha encontrado otra forma de determinarlas, las llama obligaciones reales u obligaciones *propter rem*. Estas obligaciones reales son, repetimos, aquellas que están referidas como un derecho accesorio a una cosa, en forma tal que es por la cosa por la que se está obligado, es porque soy copropietario de la pared medianera, por lo que yo tengo la obligación de esos gastos en mantener la cosa, en mantener la pared medianera, y que al mismo tiempo, si se abandona mi derecho, termina la obligación de los gastos en mantener esa pared, si abandono el derecho de servidumbre, ya no tengo la obligación que ha establecido el título de servidumbre, y este carácter especial del derecho de abandono, y este carácter especial del derecho de referirse a una cosa determinada como un derecho accesorio que no existe como un derecho principal le dan, según esta doctrina, caracterización especial a estas obligaciones para diferenciarlas tanto del derecho personal como del derecho real. Sería interesante, y yo he de sugerir a una persona, como tesis, que haga un estudio profundo de estas obligaciones *propter rem*, que ni siquiera han sido, como sostiene Bonnet, estudiadas en la doctrina extranjera.

5. Los actos mercantiles y civiles en materia de obligaciones

Vamos a ocuparnos ahora de un problema que se ha presentado en todas aquellas legislaciones que, como la nuestra, tienen un Código de Comercio y un Código Civil.

Nuestro estudio comprende el análisis de una teoría general de las obligaciones y de los contratos (de las obligaciones civiles); sin embargo, en algunas ocasiones hemos de hacer referencia también a principios sobre obligaciones mercantiles, tanto porque los principios generales en la materia son unos como porque ello va preparando los estudios posteriores de ustedes sobre derecho mercantil.

No hay en el Código de Comercio una distinción que en forma de definición, o bien pudiendo agrupar los conceptos, nos distinga el acto civil del acto mercantil; el Código de Comercio ha procedido en la enumeración de los actos mercantiles, no define lo que es el acto mercantil, ni tampoco la enumeración que establece nos da un criterio único para definir en esencia lo que es el acto mercantil dentro del Código de Comercio; y es que nuestro código, siguiendo el Código de Comercio italiano, en el artículo 75 principalmente, enumera los distintos actos de comercio, y si se examina el artículo 75 del Código de Comercio, se encuentra que no es posible dar una definición o atender a ciertos conceptos que fueran esenciales y que nos permitieran establecer el concepto general, sino que el artículo 75 del Código de Comercio contiene una enumeración de carácter enun-

ciativo, y de actos de la especie más diversa: encontramos actos mercantiles por el sujeto que los ejecuta, encontramos actos mercantiles objetivos, encontramos actos mercantiles por la forma del acto.

Como dicen los autores (el Lic. Tena en su obra *Derecho mercantil*, y los autores italianos), no hay un criterio de distinción en nuestro Código de Comercio para el acto mercantil, como no sea estudiar en cada caso concreto si el acto de que se trata está comprendido en la enumeración del artículo 75. Hay que tener en cuenta que este precepto no hace una enumeración limitativa, es decir, no solamente son actos mercantiles los que enumera el artículo 75 en sus diversas fracciones, porque el propio precepto establece, en su última fracción, que también serán mercantiles todos aquellos actos que por analogía estén en las mismas condiciones de los actos que comprenden las fracciones del artículo 75.

Concepto doctrinario del acto de comercio. Desde un punto de vista ya no de derecho positivo, sino desde el punto de vista doctrinal, la diferencia entre el acto civil y el acto mercantil la encuentran los autores en que en el segundo hay un “acto de intermediación y un propósito de lucro”. Acto de intermediación en cuanto a que mediante el acto mercantil se acerca el productor al consumidor. El comerciante, el que ejecuta habitualmente actos de comercio, tiene esa función, acercar los productores a los consumidores y hacer consiguientemente el acto de intermediación. Pero eso no lo hace el comerciante con un espíritu simplemente de donación o recreativo, sino

para obtener una ganancia, es decir, con una intención de lucro, aun cuando esa ganancia, por circunstancias especiales, pueda no operarse, pero su intención no ha sido perder, sino siempre obtener una ganancia, un lucro. Este concepto fundamental del acto de comercio, repetimos, no está en el Código de Comercio, sino que es un concepto teórico; el Código de Comercio procede por enumeración, la que, por otra parte, no nos da una base para establecer el concepto general de acto de comercio o una definición del mismo.

El Código de Comercio y el Código Civil. El Código de Comercio es un código federal, y ello en virtud de un precepto de la Constitución que establece entre las facultades del Congreso de la Unión legislar en materia de comercio; es un código federal y consiguientemente rige en toda la República. A diferencia de esto, en materia civil sucede otra cosa, en este campo cada Estado tiene su legislación propia (también en virtud de preceptos constitucionales, puesto que no es materia que esté dentro de la facultad de los poderes federales). La unidad en materia de legislación (civil) se ha conseguido a partir de una imitación del Código del Distrito y Territorios Federales, porque casi todos los Estados y dado el prestigio del Código Civil del Distrito, adoptaron los mismos principios de éste; en algunos Estados repitiéndose artículo por artículo del Código del Distrito, en otros adoptándolo con algunas modificaciones que siempre se redujeron a alguna materia especial, pero puede afirmarse que, en general, había cierta unidad de legislación civil en toda la República. Esta unidad se ha roto después de la vigencia del Código de 1928 para el Distrito y Territorios Federales, porque no todos los Estados, sino el menor

número de ellos, han adoptado el Código vigente, mientras que la mayoría continúa dentro de la vigencia de los códigos que tuvieron como modelo el Código Civil de 1884. Tenemos, pues, Código de Comercio federal, Código Civil local; uno para cada Estado y uno para el Distrito y Territorios Federales; pues bien, no es ésta la situación en todos los países, sino que hay algunos en los que, en materia de obligaciones, no hay sino una sola legislación, es decir, donde no se distingue entre el acto civil y el acto mercantil, sino que la legislación se refiere en general a la obligación, a los contratos, sin distinguir por ejemplo si se trata de un contrato de compraventa civil o un contrato de compraventa mercantil, como sucede actualmente en México, sino que el contrato de compraventa se aplica lo mismo si se trata del acto civil que del acto mercantil, lo mismo se trate de un comerciante que de una persona que no sea comerciante; esto sucede en Suiza, por ejemplo, donde hay un Código Federal de las Obligaciones, en el que se ha unido la materia civil con la materia mercantil; el derecho consuetudinario inglés y el derecho consuetudinario norteamericano siguen el mismo sistema, pero la mayor parte de las legislaciones, especialmente las latinas, conservan la dualidad entre Código de Comercio y Código Civil: así, Francia, Italia y España, bajo la influencia del Código de Napoleón, conservan la dualidad de legislación.

Esta situación ha suscitado un problema, que se presenta especialmente en Italia, sobre si debe o no conservarse esa dualidad. Decimos especialmente presentado en Italia, porque se ha hecho famosa la discusión sostenida por dos eminentes mercantilistas italianos:

Vivante y Vidari. El primero, hasta la quinta edición italiana de su *Derecho mercantil*, pues a partir de esa edición hemos de ver cómo cambió su criterio, sostuvo la necesidad de unificar la materia de obligaciones y no conservar la dualidad de legislación, sino, a semejanza de lo que sucede en Suiza, acoger un solo código que lo mismo rijan el acto civil que el acto mercantil. Vivante decía:

I. La distinción correspondió a un Estado de derecho en que el derecho mercantil era propio de las corporaciones, es decir, de grupos de comerciantes o de grupos de personas que se dedicaban al comercio, que tenían sus uniones y que eran los únicos que podían ejecutar los actos propios del comercio. Se comprende así la necesidad de un derecho de corporación, de un derecho estatutario, pero cuando las corporaciones han desaparecido, cuando el comercio puede realizarse por cualquier persona, cuando existen actos objetivos mercantiles, es decir, actos que se desentienden de la persona que los realiza y que son mercantiles por sí mismos y consiguientemente actos que pueden, siendo mercantiles, ejecutarse aun por personas que no son comerciantes; cuando se han modificado así las situaciones que crearon un derecho propio de las corporaciones, piensa Vivante, es necesario que desaparezca también esa dualidad entre el derecho que fue propio de una situación ya desaparecida, y el derecho civil que ha sido siempre la base del derecho privado.

II. Por otra parte, independientemente de este antecedente histórico, existe la circunstancia, sostiene el mismo autor, de que hay países (y cita a Suiza) en que la unidad se ha realizado con gran beneficio para el derecho privado.

III. Además, no debe olvidarse el derecho consuetudinario inglés y el derecho consuetudinario norteamericano, que también siguen el mismo sistema de unificación del derecho de las obligaciones.

IV. Existen además razones que pudiéramos llamar de orden jurídico práctico; en efecto, en primer término, tenemos la dificultad para precisar todos los actos mercantiles. Como el Código italiano, lo mismo que el Código Mercantil mexicano, sigue un sistema de enumeración no limitativa sino enunciativa, encontraremos una serie de actos en los que habrá dificultad, y dificultad seria para la clasificación, esto es, para saber si es acto civil o acto mercantil. Hay zonas de cercanía, intermedias, entre el acto civil y el acto mercantil, y de acuerdo con estas legislaciones que no permiten una clasificación siempre clara del acto, no sólo para gente (como lo es en su mayoría el comerciante) que no tiene nociones fundamentales de derecho, sino incluso para peritos en derecho, es difícil la clasificación de determinados actos, y entonces se coloca, piensa Vivante, a las personas en esta condición de no saber qué clase de acto o actos están realizando y aun podrían, sin quererlo, constituirse en comerciantes por realizar habitualmente esos actos y estar sujetos a la legislación de quiebra y a todas las consecuencias de la legislación de quiebra que pueden traer hasta la comisión de actos delictuosos con ignorancia del culpable, porque no sabe que los actos que realiza son mercantiles.

V. Desde el punto de vista del estudio, la distinción entre acto civil y acto mercantil ha perjudicado, según Vivante, a la teoría. El mercantilista atiende más que los principios generales que se encuentran

en el derecho común, en el derecho civil, a los principios sobre instituciones en particular, y ello con perjuicio de la teoría general de la obligación o del acto mercantil.

Éstas son en esencia las razones que exponía Vivante para sostener la desaparición de la dualidad de legislaciones.

Vidari, otro jurisconsulto italiano, eminente mercantilista, ha tomado la tesis contraria a Vivante y ha rebatido cada uno de sus argumentos.

I. Para Vidari no es verdad que sea un simple antecedente histórico el que suscita la diferencia entre el acto civil y el acto mercantil, y, consiguientemente, la autonomía del acto mercantil. Es verdad que hubo un Estado de derecho en que éste fue, en materia mercantil, derecho propio de las corporaciones, pero no por la existencia de las corporaciones se creó el derecho mercantil, sino al contrario, el derecho mercantil, la necesidad de un acto diverso al acto civil, fue lo que creó el comerciante y lo que creó la corporación en cuanto a que tuviera un estatuto de derecho; es decir, no es el órgano el que creó la función, sino la función la que creó el órgano.

II. y III. Es cierto que hay países que han acogido la unificación del derecho de las obligaciones, pero eso es por razones propias de cada país; así, Inglaterra y los Estados Unidos, por su derecho consuetudinario propio, nunca han conocido la distinción de un Código de Comercio y de un Código Civil; en consecuencia, no se puede

decir que sea un ejemplo de dualidad de legislación que haya ido hacia la unificación. En cuanto a Suiza, sostiene el mismo autor, también se trata de una situación propia, debido a la existencia anterior de los derechos cantonales, la multitud de legislaciones cantonales hizo que en Suiza en un momento dado se sintiera la necesidad de unificar el derecho, y de ahí procedió la unificación o el Código Único de las Obligaciones.

IV. No ha perjudicado a la doctrina mercantilista el hecho de la dualidad, sino al contrario, los desarrollos en materia mercantil y el hecho de que las instituciones mercantiles hayan vivificado las instituciones civiles y de que haya un movimiento de inclusión del derecho civil en el derecho mercantil en muchas de sus instituciones, le ha dado nuevo vigor a los estudios de derecho y la prueba, sostiene Vidari, es que hay jurisprudencias tan eminentes como su opositor (Vivante).

V. Respecto a esa zona intermedia entre el acto civil y el mercantil, en cuanto a esas dificultades efectivamente existentes de clasificación del acto, desaparecerán cuando se acoja el sistema de acto subjetivo mercantil por el que él propugna; es decir, cuando solamente sean actos mercantiles los que ejecuten los comerciantes, cuando no se admita ya el acto objetivo mercantil que, según él, no tiene razón de ser.

Son, pues, posiciones totalmente diversas la de Vivante y la de Vidari, y esta discusión se ha repetido en los diversos países: en España, Francia, etc., por medio de jurisprudencias también eminentes; pero en

Italia, por lo menos, ha tenido esta solución: se ha tratado de retomar el Código de Comercio italiano y ha habido diversos proyectos para esta reforma, en uno de ellos Vivante fue el presidente de la comisión y hay un proyecto que se conoce con el nombre de proyecto de Vivante, proyecto de Código de Comercio para Italia. Después la comisión real de Italia presidida por D'Amelio formuló otro proyecto, y de la comisión fue vicepresidente Vivante, y en ninguna de estas comisiones ha insistido él en que se unifique el derecho. Él explica su posición en la quinta edición de su obra y dice en el proemio:

Creo que he cometido un error al sostener (y esto de la categoría moral del jurista) que debe unificarse la legislación: tal vez desde el punto de vista teórico, desde el punto de vista de la enseñanza, desde el punto de vista técnico, debe seguir sosteniéndose mi tesis de la unificación del derecho de las obligaciones, pero desde el punto de vista del derecho positivo, desde el punto de vista de la legislación, considero que debe modificarse mi posición y sostener que, efectivamente, se necesita continuar con la dualidad de la legislación, que permite el mayor desenvolvimiento desde el punto de vista del derecho positivo, del derecho mercantil, y ese desenvolvimiento debe conservarse.

Esto explica por qué, en las diversas comisiones legislativas italianas a las que ha pertenecido Vivante, no siguió su tesis de unificación del derecho de las obligaciones.

¿Cuál es el aspecto del problema en México? Ya lo hemos apuntado: en realidad, desde el punto de vista del derecho positivo actual, no hay posibilidad jurídica de unificar la legislación, por la razón fundamental de que la legislación mercantil es legislación federal,

mientras que las legislaciones civiles son de los Estados, son locales; se requeriría, pues, una reforma de orden constitucional para expedir un código que unificara el derecho civil y el derecho mercantil en la materia de que se trata. Viendo el problema desde una perspectiva teórica, yo pienso que no hay efectivamente una diferencia esencial entre el acto civil y el acto mercantil, el hecho de la intermediación y del propósito de lucro no le dan un aspecto de diferencia esencial en cuanto a que no sea posible unificar la legislación; no hay, en mi concepto, una objeción de carácter fundamental, desde este punto de vista, que impida la unificación. No creo que los principios del derecho civil resultaran perjudicados, al contrario, me parece que el estudio de instituciones que están viviendo, como son las instituciones mercantiles, le darían una gran savia, un gran vigor al derecho civil; y el derecho mercantil saldría beneficiado en cuanto a que es verdad que si se examina la legislación mercantil, se encuentra que son las instituciones en particular las que encontramos en esa legislación, así encontramos los principios en materia de compraventa mercantil, en materia de prenda mercantil, en materia de sociedades mercantiles; pero los principios generales, lo que constituye la parte más rica del derecho en cuanto a teoría de las obligaciones, sigue encontrándose en el Código Civil; y sus estudios referidos principalmente al derecho civil; sería pues una unidad en el estudio, que en mi concepto beneficiaría tanto al derecho civil como al derecho mercantil. Actualmente se sigue el sistema de régimen suplementario de derecho civil respecto al derecho mercantil, esto es, cuando no hay disposición en el Código Mercantil, hemos de recurrir al derecho civil en virtud del

artículo 2o. del Código de Comercio que establece: “A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio, las de derecho común”, y derecho común de acuerdo con el antecedente de este artículo 2o., que no es otro sino un artículo del Código de Comercio español, significa derecho civil. Pero los problemas de régimen suplementario no dejan de tener grandes y graves dificultades, ante todo un estudio de carácter teórico-práctico para llegar a conocer hasta dónde alcanza el régimen suplementario y diversas tesis para entender hasta dónde ha de aplicarse como supletorio el derecho civil respecto al derecho mercantil, si se aplica siempre que falte un precepto en el Código de Comercio, etc. Son problemas de importancia, muchas veces de gran importancia, los cuales desaparecerían mediante la unificación del derecho en nuestra materia, en materia de obligaciones en derecho civil y mercantil.

Unificación internacional del derecho. Tesis de Demogue. Existe otro aspecto, no del mismo problema, sino de la unificación del derecho; este problema no trata sobre la unificación desde el punto de vista interno dentro de un país entre derecho civil y derecho mercantil, que es el problema al que nos hemos referido, sino conservando o pudiendo conservar la dualidad de legislaciones, Demogue estudia en particular, en una monografía, la unificación del derecho privado en algunas de sus ramas en derecho internacional. Es cierto que los países tienen algunas ramas de su derecho que les son propias y que por sus características especiales que corresponden a la vida social del país determinado, no admiten una unificación respecto a ramas del derecho con las mismas características que otros países; por ejemplo, sería

absurdo unificar, digamos, el derecho penal de los países o el derecho constitucional cuando se trata, como normalmente sucede, con países de tradiciones, de costumbres, de evolución diversa, y éste es un aspecto del derecho que es necesario conservarlo en cada pueblo sin tratar de unificarlo; pero hay otras materias en las que este concepto nacionalista debe ceder a un concepto universalista. Nuestra materia de obligación y contratos, aparte de que no se ve una razón para que sea propia y especial para cada país, existe una multitud de razones para una tendencia, por lo menos, de unificación de ese derecho. Ojalá que todos los países pudieran regirse por los mismos principios, digamos, en materia de compraventa, que todas las compraventas del mundo se ejecutaran bajo una misma legislación, que todas las obligaciones del comprador y del vendedor fueran las mismas, y así para los demás contratos y los demás principios en materia de obligaciones. La unificación, por ejemplo, en materia de títulos de crédito, en materia de letras de cambio, desde el punto de vista internacional, sería sumamente conveniente y no presentaría los problemas tan difíciles de resolver del derecho internacional privado en esta materia. Esto lo han comprendido los diversos países y, mediante tratados o convenios, han intentado ir resolviendo este problema de derecho internacional. Pero se ha hecho más, en países que tienen una misma base de cultura jurídica, especialmente entre los países de cultura jurídica latina que arrancan su normatividad del derecho romano, y que después del Renacimiento, especialmente por la influencia del Código de Napoleón, tienen una misma base de legislación originada en estos antecedentes históricos, pueden permitir una unificación como la que han tendido a hacer Francia e Italia. Se creó una comisión de los

jurisconsultos franceses más eminentes y otra de italianos en las mismas condiciones, y después de prolongados trabajos se llegó a publicar, en los años de 1926 a 1927, lo que se conoce con el nombre de “Proyecto franco-italiano de las obligaciones y de los contratos”, proyecto que, independientemente de su valor en derecho internacional, tiene el valor de ser un modelo de proyecto desde el punto de vista jurídico y ya está aprobado por las comisiones, y hay una edición, que seguramente conocen ustedes, con una parte del articulado y de las exposiciones de motivos en francés y otra en italiano. No ha llegado a regir como código porque aún no se ha aprobado en estos países como derecho positivo, y ahora, pues parece un poco más difícil, pero, comoquiera que sea, es un paso importantísimo hacia esta unificación y también la posibilidad de que haya esa unificación en nuestra materia.

II. HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

1. Noción y clasificación

De los hechos sociales no nos ocupamos, sino de los hechos que producen efectos de derecho, es decir, de aquellos que traen como consecuencia una modificación en el ordenamiento jurídico. Los hechos que producen efectos de derecho pueden modificar ese ordenamiento de diversas maneras, ya sea creando, transmitiendo, modificando o extinguiendo obligaciones o derechos en general, de suerte que los hechos jurídicos son aquellos que producen efectos de derecho, modificación en el ordenamiento jurídico que puede consistir en la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones o derechos. Naturalmente, de los hechos jurídicos *lato sensu*, es decir, en el sentido amplio de la palabra,

es de los que nos ocupamos; los otros hechos; que no traen esa modificación de los efectos de derecho, no son materia de un estudio jurídico como el nuestro.

Estos hechos así concebidos se dividen en dos nociones: los actos jurídicos y los hechos jurídicos en el sentido restringido del término, *stricto sensu*. Para definir ya sea el acto jurídico o el hecho jurídico *stricto sensu*, necesitamos además de dar su género próximo, o sea el hecho jurídico *lato sensu*, establecer lógicamente la diferencia específica entre acto jurídico y hecho jurídico, toda vez que son las dos especies que están comprendidas en el género próximo, hecho jurídico *lato sensu*.

La diferencia específica entre el acto jurídico y el hecho jurídico *stricto sensu* estriba en que en el primero hay una manifestación exterior de la voluntad intencionada, es decir, la voluntad dirigida hacia un fin, y esa manifestación exterior de la voluntad se dirige a crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones o derechos, y esa manifestación exterior de la voluntad la sanciona el derecho y lo hace producir los efectos que se propone su autor. En el hecho jurídico *stricto sensu* encontramos también la producción de esos efectos de derecho, pero mientras que en el acto jurídico hay una intención, hay una voluntariedad dirigida a un fin, en el hecho jurídico, o bien no existe el acto voluntario, o bien cuando interviene el acto voluntario no tiene el propósito, no tiene la finalidad, no tiene la intención de crear, modificar, transmitir o extinguir el derecho.

El acto jurídico así entendido, como acto intencional en la creación de estos efectos de derecho, a su vez admite una subdivisión:

puede ser acto jurídico unilateral o acto jurídico bilateral, o mejor dicho, plurilaterales. Acto jurídico unilateral es aquel en el que interviene una sola voluntad, acto jurídico plurilateral es aquel en el que intervienen dos (bilateral) o más voluntades (plurilateral) para crear el efecto de derecho. Ejemplos: acto jurídico es aquel que hace un testador al hacer su testamento, crea los efectos de derecho mediante un acto de voluntad, pero de una sola voluntad, de la del testador. Hemos de estudiar, entre nuestras fuentes de las obligaciones, la voluntad unilateral como fuente de la obligación, y hemos de ver cómo una voluntad independiente de consentimiento, de acuerdo de voluntades, es decir, de otras voluntades, puede crear la obligación como acto jurídico unilateral.

En los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales encontramos ya no una sola voluntad sino dos o más, y estas voluntades poniéndose de acuerdo, el acuerdo de dos voluntades sobre un objeto de interés jurídico produciendo efectos de derecho, que es lo que se denomina convenio. El convenio es pues el acto jurídico plurilateral que crea, transmite, modifica o extingue una obligación o un derecho, y ésta es la definición que actualmente le da el artículo relativo del Código Civil, el primer artículo en materia de obligaciones. La diferencia específica, pues, entre el acto jurídico unilateral y el acto jurídico plurilateral estriba en el número de voluntades que intervienen; en el acto jurídico unilateral interviene una sola, en el acto jurídico plurilateral intervienen dos o más.

Pero los convenios a su vez se subdividen en contratos y convenios en el sentido especial del término, *stricto sensu*; convenio, o sea,

acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones o derechos como el género próximo, tiene dos especies: I. Contrato, II. Convenio *stricto sensu*.

Siguiendo nuestra forma lógica de definir estos conceptos, y una vez que conocemos cuál es el género próximo de contrato y convenio *stricto sensu* (convenio *lato sensu*), veamos cuál es la diferencia específica entre contrato y convenio *stricto sensu*. La diferencia consiste en los efectos que producen, ya sea el contrato o el convenio. El contrato, de los cuatro efectos posibles que puede producir el convenio *lato sensu*: creación, transmisión, modificación o extinción, sólo produce los dos primeros: creación y transmisión, mientras que el convenio *stricto sensu* produce los otros dos: modificación y extinción. Luego, el contrato será un convenio que crea o transmite obligaciones y derechos, mientras que el convenio *stricto sensu* será el convenio que modifique o extinga derechos u obligaciones. Esto por lo que se refiere al acto jurídico; en lo que respecta al hecho jurídico *stricto sensu*, podemos decir lo siguiente.

Los hechos jurídicos *stricto sensu* pueden ser, o hechos en que no interviene en absoluto el acto voluntario, hechos accidentales, como por ejemplo el nacimiento de una persona que la coloca ya en situación de obligado, con determinados derechos y obligaciones, el llegar a la mayoría de edad, el sufrir un accidente de carácter profesional, etc. Tendremos, pues, una primera subdivisión, de la cual serán miembros:

I. Derechos naturales, hechos accidentales, hechos jurídicos que producen efectos de derecho, independientemente del acto voluntario, y

II. Hechos jurídicos voluntarios.

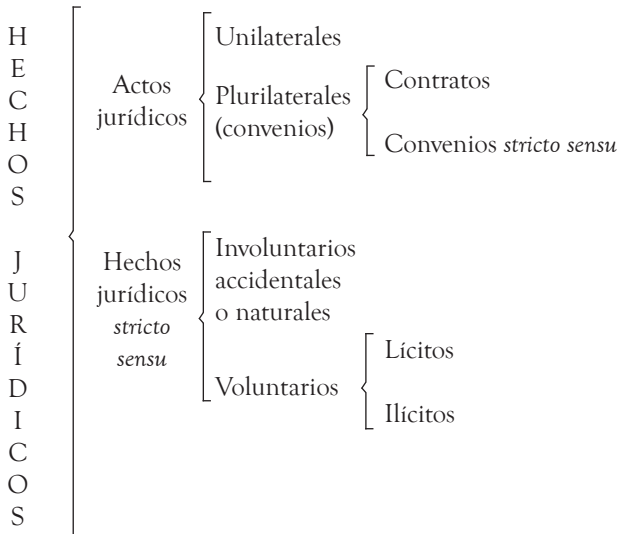
¿En qué estriba la diferencia entre estos hechos jurídicos voluntarios y el acto jurídico? Hemos dicho que el acto jurídico es una manifestación exterior de la voluntad. ¿No es lo mismo el hecho jurídico voluntario que el acto jurídico? No, no lo es, por la diferencia específica que hemos establecido al definir el acto jurídico y el hecho jurídico en sentido especial; porque el acto jurídico no es una simple manifestación de voluntad, sino una manifestación de voluntad dirigida hacia un fin, esto es, lo que se conoce con el nombre de intención. En el acto jurídico la intención existe para producir los efectos de derecho; en cambio, en el hecho jurídico involuntario a que nos hemos referido, no hay problema, puesto que no hay, por el concepto mismo, manifestación de voluntad; pero en el hecho jurídico voluntario sí hay una manifestación de voluntad, sólo que la diferencia esencial con el acto jurídico, la manifestación exterior de la voluntad en el hecho jurídico voluntario, no es una manifestación intencional, no se manifiesta la voluntad con el propósito de producir el efecto de derecho, o sea, crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones o derechos. Los hechos jurídicos voluntarios se subdividen a su vez en hechos jurídicos voluntarios lícitos y en hechos jurídicos voluntarios ilícitos.

Para percibir con mayor claridad la distinción entre el acto jurídico y el hecho jurídico voluntario, nos valdremos de un ejemplo. Tomamos los hechos jurídicos ilícitos, que son los que se conocen con el nombre de delitos y cuasidelitos, o, refiriendo nuestro concepto al derecho penal, el delito intencional y el delito de imprudencia que se

llama ahora y que el antiguo Código Penal llamaba delito de culpa. Cuando se comete el delito, ya sea intencional o culposo, se tiene la intención, el deseo de producir ese daño en la persona, pero lo que no se tiene es la intención de contraer las obligaciones, las responsabilidades civiles que se derivan del delito. Así, cuando una persona hiere a otra, tiene la intención —suponiendo que se trate de un delito intencional— de herir a esa persona, de causarle un daño en su persona, de producirle una lesión, pero de lo que no tiene intención es de cubrir la responsabilidad civil que se deriva de ese acto, esto es, de pagar las curaciones de esa persona, los gastos que se generen, etc.; eso no lo ejecuta el delincuente intencionalmente, sino que es una consecuencia del acto delictuoso. Es pues el delito, el voluntario, la lesión producida voluntariamente, pero no es la responsabilidad que se deriva como una obligación la que voluntariamente se ha contraído; esto es, en el hecho jurídico voluntario, aun cuando existe un acto voluntario, no es para producir el efecto de derecho, que es lo característico, lo esencial, en el acto jurídico.

En la misma situación del delito y del cuasidelito, es decir, de actos voluntarios pero no intencionales para la creación del efecto de derecho, están los hechos jurídicos lícitos; el ejemplo lo tienen ustedes en la gestión de negocios, y esto lo hemos de entender mejor cuando estudiemos la gestión de negocios como fuente especial —actualmente, en nuestro Código Civil vigente— de las obligaciones. En la gestión de negocios la intervención del gestor lo obliga, lo pone en la obligación de continuar la gestión; el hecho de haber intervenido en el negocio de una tercera persona, le crea el efecto de derecho, independientemente de su voluntad, porque aun cuando no existe esa voluntad para continuarlo, el derecho le impone esa obligación.

ESQUEMA



2. Funciones del acto jurídico y del hecho jurídico

Vamos a referirnos ahora a un problema que se ha presentado en el derecho moderno y que se ha resuelto de diversas maneras: consiste en saber cuál es la fuente real de los efectos de derecho en el acto y en el hecho jurídico. ¿Es la voluntad, la que en el acto jurídico que hemos definido como un acto exterior de la voluntad, la que produce el efecto de derecho? Cuando interviene la voluntad en el acto jurídico, ¿cuál es la función del derecho objetivo? ¿Se trata simplemente de un reconocimiento de los efectos de esa voluntad y de la intervención del poder público para sancionar esos efectos de derecho, de tal suerte que su autor obtenga el resultado jurídico que se ha propuesto? ¿Se trata simplemente de que el derecho establezca en ciertos casos

limitaciones de orden público a lo que se conoce con el nombre del principio de la autonomía de la voluntad?, o bien, ¿el derecho objetivo constituye la verdadera fuente de los efectos de derecho y no es la voluntad? Estas preguntas se han respondido de diversas maneras.

Doctrina clásica. Planiol y Capitant. La doctrina clásica, representada principalmente en Francia por Planiol y Capitant, sostiene que los efectos de derecho se producen en el acto jurídico, y se derivan esencialmente del acto de voluntad, la cual es la que crea el efecto de derecho, y la regla de derecho, el derecho objetivo, interviene exclusivamente con objeto de limitar el acto de voluntad cuando se trata de reconocer un principio de orden público que está por encima del acto voluntario; o bien, la intervención que tiene el derecho objetivo es simplemente sanción del efecto de derecho que ha producido el acto voluntario en la esencia misma del acto jurídico. En cuanto a la producción de los efectos de derecho encontramos la voluntad, y es la autonomía de la voluntad de las partes la que rige los contratos y, en general, los actos jurídicos como actos voluntarios. Necesita, pues, hacerse un examen de la voluntad en su constitución, en su exteriorización y en su alcance para determinar cuáles son los efectos del derecho. La interpretación del acto jurídico deberá también tener como base fundamental el conocimiento de la verdadera intención de las partes.

Tesis de Duguit. Junto a esta doctrina, que se conoce con el nombre de doctrina clásica, encontramos la tesis de Duguit, que es una crítica, un movimiento de reacción en contra de la doctrina clásica.

Para Duguit, dentro de una exposición esencial de su doctrina, que aparece en el tomo primero de su *Derecho constitucional*, el acto jurídico es aún, por definición, un acto de voluntad, de tal suerte que debe revestir los mismos caracteres, los mismos requisitos, pasar por los mismos momentos del acto voluntario, y entonces Duguit se funda en una teoría psicológica sobre la voluntad expuesta por el psicólogo norteamericano William James.

En el acto de voluntad encontramos diversos momentos, que son a la vez momentos graduales en la formación del acto voluntario, a saber: 1) La concepción, que no es otra cosa que la representación en el sujeto de los actos que puede realizar; 2) La deliberación, o sea, oponer y contraponer estos actos así representados; 3) La decisión, es decir, escoger entre los actos que se han representado y respecto de los cuales ha habido una deliberación, y 4) La ejecución del acto voluntario.

Es en el momento de la ejecución del acto voluntario en el que Duguit encuentra principalmente la base de su tesis sobre el acto voluntario y que después se aplica al acto jurídico. La ejecución en el acto voluntario no puede consistir de manera inmediata sino en un movimiento corpóreo; el hombre no puede ejecutar el acto voluntario sin operar sobre sus órganos y, consiguientemente, es el movimiento de nuestros órganos a lo único que puede llegar la voluntad. Si yo trato, por ejemplo, de tomar este sombrero, mi acto de voluntad no puede llegar sino hasta ejecutar el movimiento corpóreo tendiente a tomar este sombrero, pero fuera de eso, el acto voluntario no produce

el efecto que desea el sujeto, sino que es la aplicación de las leyes extrañas, la situación exterior al individuo, la que de manera mediata produce el efecto deseado por el sujeto, pero ya no es el objeto inmediato que, repetimos, dentro de la teoría psicológica aceptada por Duguit no puede sino producir un movimiento orgánico, sino que son las leyes exteriores al individuo las que producen o las que dan el objeto mediato del acto de voluntad. ¿Cuál es la aplicación que se puede hacer de esta doctrina, se pregunta Duguit, al acto jurídico?, y responde: En el acto jurídico encontramos un acto de voluntad, en el ordenamiento jurídico el acto voluntario, como en cualquier otro caso, no puede sino producir un movimiento de los órganos del sujeto de derecho. Así, cuando yo celebro un contrato como acto voluntario, lo único que puedo hacer es firmar, ejecutar el movimiento para firmar el contrato, o bien, cuando no celebro por escrito ese contrato sino que lo celebro verbalmente, entonces son los movimientos que ejecuto para pronunciar las palabras de aceptación del contrato, y cuando en vez de la forma escrita u oral se escogen los signos indubitables, entonces son también los movimientos corpóreos para ejecutar los signos de afirmación o de negación de la proposición dada, pero los efectos de derecho no se producen a través o teniendo como causa el acto de voluntad, puesto que éste sólo alcanza a la producción de ese movimiento corpóreo, mientras que el efecto de derecho se produce porque existe un ordenamiento jurídico, una serie de reglas de derecho positivo que el sujeto ha puesto en movimiento con su acto corpóreo, pero que forma, no el objeto inmediato de la voluntad, sino el objeto mediato del acto voluntario o en cuanto a que el sujeto conoce y quiere que, producido el movimiento corpóreo, venga

también la modificación en el ordenamiento jurídico, pero es el derecho objetivo, son las leyes externas al individuo las que están causando, las que están produciendo el efecto de derecho. Se trata, pues, de una tesis objetivista sobre la producción de los efectos de derecho que tiende a negarle la intervención a la voluntad como elemento esencial en la producción de los efectos de derecho.

Teoría ecléctica. Bonnecase. Además de la teoría de Duguit encontramos una exposición de una teoría que en realidad constituye una teoría intermedia, una teoría ecléctica, puesto que toma los elementos tanto de la doctrina clásica como de esta teoría objetivista de Duguit. Nos referimos a la tesis de Bonnecase expuesta en el segundo tomo del suplemento a la obra de Baudry Lacantinerie; dice el autor: En el derecho encontramos dos clases de situaciones jurídicas, lo que él llama la situación jurídica abstracta, por una parte, y la situación jurídica concreta, por la otra. La situación jurídica abstracta es dada por el derecho positivo. En el derecho encontramos una reglamentación de instituciones jurídicas; hay cuadros jurídicos, por decirlo así; encontramos un Código Civil que nos reglamenta, refiriéndonos a nuestra materia: qué cosas son las obligaciones, qué cosas son los contratos, los diversos contratos que existen; nos define por ejemplo lo que es el contrato de compraventa y nos da una serie de reglas de derecho positivo sobre el contrato de compraventa, los efectos en cuanto al comprador y en cuanto al vendedor, los efectos que se producirán en el caso de los diversos incumplimientos a las obligaciones, etc. Pero este cuadro del contrato de compraventa constituye una situación jurídica abstracta, puesto que es una regla de derecho

simplemente, en tanto que no hay una aplicación de esta regla de derecho, no produce efectos concretos respecto a nadie, no hay ningún sujeto que mientras esté simplemente la reglamentación del Código Civil se beneficie o se perjudique en virtud de esas reglas de derecho, y es que la situación jurídica abstracta necesita, para producir efectos de derecho, la intervención de un hecho que ponga en movimiento esa regla de derecho, se requiere que haya un contrato, en general, que haya un acto jurídico, o bien, un lecho jurídico que transforme la situación jurídica abstracta establecida como cuadro jurídico en la ley, en el derecho positivo, en el derecho objetivo, para convertirla en lo que el autor llama situación jurídica concreta.

Decíamos: mientras el derecho objetivo simplemente reglamenta el contrato de compraventa, ese reglamento, ese derecho objetivo, no produce efectos de derecho, pero en cuanto se celebra un contrato de compraventa entre A y B, entonces, mediante este acto jurídico, se pone en movimiento la regla de derecho, se crea la situación jurídica concreta y todos los efectos de la materia se aplican, naturalmente, en cuanto son aplicables al caso concreto; entonces hay una transmisión de propiedad y el pago de un precio cierto y en dinero, que son las obligaciones esenciales en el contrato de compraventa; hay más, ustedes seguramente saben, por experiencia en la vida práctica, que los contratantes nunca agotan la reglamentación de los contratos en particular, esto es, que no se proveen muchas veces por imposibilidad en la previsión todos los efectos que pueda tener un contrato, todas las situaciones que mediante el hecho jurídico, que mediante la producción de los efectos del contrato se vayan a crear; muchas veces es hasta el momento en que surge la dificultad en la

que se trata de aplicar el contrato para una situación determinada, cuando en realidad las partes se dan cuenta de que su contrato puede producir esos efectos que inclusive ellos ignoran en el momento de la celebración, y entonces, como el ordenamiento jurídico, como la reglamentación se ha puesto en movimiento a partir de un acto o de un hecho jurídico, son las reglas de derecho las que se aplican para resolver esa situación, y tendremos un derecho supletorio de la voluntad de las partes en el derecho objetivo. Esto, en cuanto al acto jurídico que requiere la intervención del acto de voluntad para convertir la situación jurídica abstracta dada por el derecho objetivo en una situación jurídica concreta que produce los efectos de derecho; el hecho jurídico, esto es, aquel en que no interviene la manifestación exterior de la voluntad en cuanto a intención en la creación de los efectos de derecho, ya sea porque se trate de un acto de naturaleza accidental o natural, ya sea porque, tratándose de un acto voluntario, la voluntad no vaya dirigida a producir el efecto de derecho, que es nuestra noción de hecho jurídico; tratándose del hecho jurídico, es también la intervención del hecho natural o del hecho voluntario la que transforma la situación jurídica abstracta dada por el derecho objetivo en situación jurídica concreta y produce los efectos de derecho.

Como ustedes ven, esta tesis considera, en forma esencial, sin desatender ninguno de los elementos, tanto la teoría clásica del acto voluntario como la teoría objetivista de Léon Duguit, porque sostienen qué tan esencial es, en la producción del efecto de derecho, tratándose del acto jurídico, la intervención del acto voluntario que va a poner en movimiento la regla de derecho, como la existencia de

la regla de derecho objetivo; tan esencial es la situación jurídica abstracta como la intervención del acto voluntario para crear la situación jurídica concreta; claro está que, tratándose del hecho jurídico, la tesis sostiene que es el hecho jurídico, ya sea voluntario o involuntario, es el que transforma la situación jurídica abstracta en situación jurídica concreta.

La teoría clásica que desatiende el elemento del derecho objetivo en la producción del efecto de derecho tratándose del acto jurídico, cuando encontraba hechos que eran independientes del acto voluntario decía, como dice Planiol (tratándose de las obligaciones): “Es que las obligaciones no pueden tener sino dos fuentes: 1) La voluntad, cuando se trata del contrato, o bien 2) La ley, cuando no interviene el acto jurídico voluntario”. Para Planiol no hay más clasificación de fuentes de obligación que ésa, o el contrato o la ley; y en ésta comprende los hechos jurídicos y todos aquellos hechos que no tuvieron la intervención de la voluntad, que no fueron el acto voluntario.

La verdad es que, como hace Bonnetcase, no podemos desentendernos de los dos elementos esenciales en la producción del efecto de derecho; ya cuando estudiemos el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos, veremos cómo es verdad que este principio ha tenido cada vez más limitaciones en el derecho; cómo el orden público se ha venido imponiendo cada vez más limitando el principio de autonomía en la voluntad de los contratos, pero también expon-dremos cómo ese principio no ha desaparecido totalmente, sino que se conserva como parte esencial en el acto contractual, en el acto voluntario.

La discusión ha repercutido incluso en nuestra jurisprudencia y vamos a citar una ejecutoria de la Corte, que después fue seguida por otras resoluciones que se refieren, no precisamente a nuestro problema, no precisamente a determinar cuál es la causa verdadera de los efectos de derecho en el acto jurídico o en el hecho jurídico, pero sí a un problema, el de retroactividad de las leyes, en que la aplicación de las teorías de Bonnecase hace que la solución sea de gran sencillez. Para Bonnecase habrá retroactividad siempre que una nueva ley trate de afectar una situación jurídica concreta, mientras que la ley no tendrá efectos retroactivos cuando se trate, ya no de modificar una situación jurídica concreta, sino una situación jurídica abstracta.

Al aplicar en materia de retroactividad esta tesis de la Corte en una ejecutoria que aparece publicada en la *Revista General de Jurisprudencia*, tomo I, Juana Solís viuda de Escalante *vs.* Juez Primero de lo Civil de Yucatán,¹ de 7 de agosto de 1930, y que está ya publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, dice en el considerando relativo: “Ahora bien, el contrato de arrendamiento celebrado entre la Sra. Juana Solís viuda de Escalante con el Sr. Manuel Flores, etcétera”.

Técnica legislativa. Recuerdo que en algunas clases dijimos que nuestro Código Civil de 1884 no contenía una reglamentación especial sobre el hecho y el acto jurídico, sino que, siguiendo el Código Civil francés y el Código italiano, no hacía sino una reglamentación principalmente del contrato y otras fuentes de obligación; pero se

¹ pp. 636 y ss. de la revista.

puede derivar una doctrina del hecho y del acto jurídico a partir de las disposiciones sobre estos actos jurídicos determinados que establece el código, es el mismo sistema del Código Civil francés, español e italiano; pero hay códigos modernos, el Código Civil alemán, por ejemplo, que proceden con técnica diversa en materia de reglamentación del acto jurídico. Si ustedes abren un Código Civil alemán, van a encontrar que hay una primera parte en que se reglamenta en especial el acto jurídico, no hace la reglamentación del hecho jurídico particularmente, pero sí reglamenta el acto jurídico en general y luego establece las diversas reglas de los actos jurídicos en especial. El Código Federal suizo procede de otra manera, como nuestro código o como los códigos de tipo latino, da una reglamentación de determinados actos jurídicos, del contrato en especial, y de otras fuentes de obligación; pero contiene un precepto en el que se dice que las reglas sobre el contrato serán aplicables a todas aquellas situaciones creadas por otros actos o hechos jurídicos. Este sistema del Código Civil suizo es el acogido por nuestro nuevo Código Civil en su artículo 1859, que dice: “Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se oponga a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”.

III. INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Un acto jurídico, cuando normalmente reúne todos aquellos elementos que le son esenciales, produce todos sus efectos. De un contrato se derivan todos los efectos propios del contrato que se convenga; de un contrato de compraventa, para seguir con nuestro ejemplo, se producirá la transmisión de la propiedad de la cosa, la obligación del pago del precio, la obligación de la entrega de la cosa, etc. Pero puede suceder que un contrato, por razones especiales, como determinaciones de la ley, no produzca parte de sus efectos, o bien, no produzca ningún efecto jurídico; hay disposiciones de orden público que pueden impedir la producción de los efectos de derecho en un acto jurídico, o puede suceder que ese acto no reúna los elementos normales de su existencia para la producción de los efectos de derecho. A esta privación parcial o total de los efectos de derecho en el acto jurídico, es a lo que en general se conoce

con el nombre de ineficacia del acto jurídico, pero precisamente por la posibilidad de que esa ineficacia prive al acto jurídico de algunos o de todos los efectos, se hace necesario distinguir entre las diversas causas de la invalidez.

Teoría clásica. Sobre este particular existe una teoría que se conoce con el nombre de teoría clásica que es, según los autores, una teoría tripartita de las invalideces. En realidad podríamos decir que en esencia es una teoría dualista de la ineficacia jurídica, por lo que la vamos a explicar.

Todo acto jurídico necesita, para serlo, elementos esenciales, elementos de definición, que los autores han llamado elementos específicos, u orgánicos, como los llama Bonnet. En un acto jurídico encontramos, por ejemplo, la intervención de la voluntad como elemento esencial para el acto jurídico, puesto que, por definición, hemos dicho que el acto jurídico es una manifestación exterior de la voluntad. Cuando a un acto jurídico le falta un elemento esencial, un elemento de definición, entonces la doctrina clásica, expuesta principalmente por Aubry y Rau, dice que el acto jurídico es inexistente. La inexistencia se caracteriza, dentro de esta doctrina, por no poderse concebir el acto jurídico faltándole alguno de esos elementos que hemos denominado elementos de definición, elementos orgánicos del acto jurídico. La teoría parece derivarse del tratadista alemán Sacarid, planteada a principios del siglo XIX y luego expuesta científicamente por Aubry y Rau; además de que los continuadores del derecho francés, entre otros Planiol, que han aceptado la noción de inexistencia. La inexis-

tencia, repetimos, consiste en la falta de un elemento esencial en el acto jurídico, como es el acto de voluntad. Pero esta doctrina, además de explicar la noción de inexistencia, sostiene que hay una diferencia radical, esencial, entre la inexistencia y la nulidad, porque en la nulidad encontramos que el acto jurídico reúne los elementos de existencia del acto, pero por consideraciones de orden público o por la protección de determinados intereses, el acto jurídico, a pesar de reunir todos sus elementos de esencia, se encuentra privado total o parcialmente de sus efectos de derecho; esto es, hay una diferencia esencial y radical, entre la noción de inexistencia y la de nulidad, porque en la primera, el acto jurídico carece de alguno de sus elementos que le son esenciales, mientras que en la segunda el acto jurídico tiene esos elementos, y es la ley, en virtud, decíamos, de consideraciones de orden público o de protección de determinados intereses, que en realidad comprenden una consideración de orden público, la que priva total o parcialmente de sus efectos a los actos nulos. Pero en la nulidad sí habrá diferencias que no son radicales, que no son esenciales como ésta. Existe la diferencia entre la nulidad absoluta, que se conoce también con el nombre de nulidad de pleno derecho, y la nulidad relativa o anulabilidad, como se denomina también, pero en mi concepto, lo esencial y fundamental en la doctrina clásica en materia de ineficacia de los actos jurídicos consiste en afirmar una diferencia esencial entre la inexistencia, por una parte, y la nulidad, por la otra; ya después distinguiremos grados en esa nulidad, lo fundamental en la doctrina es esta afirmación de imposibilidad de reducir el concepto de nulidad al concepto de inexistencia o el de inexistencia al de nulidad, reducción que muchos autores —incluso los franceses— han creído posible,

puesto que confunden la noción de inexistencia con la nulidad de pleno derecho. Es muy frecuente, en diversos autores franceses, encontrar esa confusión entre nulidad de pleno derecho e inexistencia. Para la doctrina clásica propiamente tal, no hay posibilidad de que surja esa confusión, puesto que son dos nociones totalmente diversas, esencialmente diferentes.

Ya en elaboraciones posteriores, pero siempre dentro de la admisión de la doctrina clásica, Bonnecase ha de decir que la inexistencia significa la falta de alguno de los elementos orgánicos del acto jurídico y que esos elementos orgánicos del acto jurídico pueden ser de dos naturalezas: de orden psicológico, o bien, de orden material.

Elemento psicológico. El elemento psicológico del acto jurídico es la voluntad; hablamos en general de voluntad y no de consentimiento, porque el consentimiento existe cuando hay acuerdo de voluntades, contrato o convenio; cuando hay, hemos dicho, acto jurídico plurilateral, pero no cuando hay acto jurídico unilateral y sólo hay una voluntad, de tal suerte que está bien decir que en el acto jurídico la voluntad es un elemento orgánico de orden psicológico.

Elemento material. El objeto del acto jurídico forma el elemento material del mismo, además del formal cuando es solemne. Ya hemos de estudiar este concepto en el formalismo del derecho; por lo pronto baste conocer que tres pueden ser los elementos esenciales, específicos, de definición que dicen Aubry y Rau, orgánicos que llama Bonnecase:

I. La voluntad, que forma el elemento psicológico.

II y III. El objeto y la forma, que constituyen el objeto material.

Pero cuando hablamos de forma hemos de recordar que sólo es elemento esencial del acto jurídico en virtud de un principio de técnica jurídica y que es necesario examinar en cada caso esa técnica jurídica para saber si la solemnidad es verdaderamente “solemnidad” o si es una simple formalidad.

Faltando la voluntad, el objeto, o en ciertos casos la solemnidad en el acto jurídico, falta uno de los elementos de definición del acto y entonces el acto jurídico no es nulo, es inexistente. Los autores emplean una figura tomada de la geometría para exponer claramente esta noción y dicen: así como en un triángulo, por ejemplo, la falta de un ángulo o la falta de un lado hace que no pueda coincidir con la figura geométrica de un triángulo porque le falta uno de los presupuestos para ser triángulo. Así, en el acto jurídico cuando falta uno de sus elementos esenciales entonces carece de uno de sus presupuestos jurídicos y, en consecuencia, deja de ser ese acto jurídico, de ahí que sea inexistente; pero si estos presupuestos jurídicos que hemos llamado, si estos elementos de definición del acto jurídico concurren todos puede sin embargo suceder que haya una ineficacia en cuanto a que ese acto jurídico que normalmente puede producir sus efectos está privado de ellos, porque, decíamos, la ley por consideraciones de orden público puede privar de sus efectos al acto jurídico así realizado; también puede suceder que los elementos esenciales, a pesar de existir,

tengan alguna irregularidad en la formación del acto jurídico, por ejemplo, hay consentimiento en los vicios del consentimiento, hay consentimiento en la violencia, pero el consentimiento está viciado, ya que no se ha procedido normalmente para que produjera todos sus efectos jurídicos. La falta de consentimiento en un contrato trae como consecuencia la inexistencia del acto jurídico; la inexistencia del contrato; en cambio, el vicio del consentimiento, que supone que el consentimiento ha existido pero no de manera normal, no trae como consecuencia la inexistencia del contrato, sino la nulidad del contrato y la nulidad relativa, no la absoluta. Ya hemos de ver en el nuevo Código Civil cómo se distinguen dos clases de elementos esenciales en los contratos, el artículo 1794 establece: “Para la existencia del contrato se requiere: 1) Consentimiento; 2) Objeto que pueda ser materia de contrato”.

Allí tienen ustedes aplicada esta teoría de la inexistencia a nuestra materia de contratos, cómo es que hay elementos de existencia del contrato, que es un acto jurídico y que esos elementos de existencia son: 1) Un elemento psicológico, que aquí es el consentimiento, y 2) Un elemento material, que aquí es el objeto. Ya veremos cómo, dentro de la técnica jurídica del nuevo Código Civil, la forma no constituye un elemento esencial del acto jurídico, pues no es una solemnidad sino una formalidad. El artículo 1795 establece:

El contrato puede ser invalidado:

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

- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Allí tienen ustedes, en el artículo 1795, la noción de nulidad, o la posibilidad de invalidez, pero esto supone la existencia de los elementos del artículo 1794, porque, repetimos, en el artículo 1794 se aplica la tesis de la existencia o de la necesidad de elementos que son esenciales para la formación del contrato; como dice el artículo, para la existencia del contrato se requiere consentimiento, objeto. En el siguiente artículo se supone que se han cumplido los requisitos del 1794, pero que hay alguna causa que invalida el contrato, no que lo hace inexistente, y esto ya lo encuentran ustedes como sanción aplicada al artículo 2224 del Código Civil que dice: “El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno”. No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado. La sanción de la falta de los elementos esenciales del contrato establecidos en el artículo 1794 la encontramos en el artículo 2224, aquí referido al acto jurídico en general, pero esa sanción no es la nulidad sino la inexistencia.

La doctrina clásica se caracteriza, pues, por plantear una diferencia esencial entre nociones de inexistencia y de nulidad; de ahí que

dijéramos, al comenzar la clase, que más que una teoría tripartita, como la analizan los autores, es en esencia una teoría dualista. Todo esto lo hemos de comprobar al examinar cómo la diferencia que hay entre nulidad absoluta y relativa ya no es una diferencia esencial como la que existe entre la inexistencia y la nulidad, sino que es una simple diferencia de grado.

1. Diferencia entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa

La doctrina clásica establece una simple distinción de grado entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, distinción de grado porque las dos nulidades suponen la concurrencia de los elementos esenciales del acto jurídico, nada más que en un caso se trata de la violación de principios de normas jurídicas que tienen un alcance para afectar los intereses generales, mientras que en otros casos la norma está establecida en beneficio de determinada o determinadas personas.

a. Características de la nulidad absoluta

La nulidad absoluta se caracteriza porque:

I. Todo el mundo puede prevalerse de la acción de nulidad.

II. No es posible confirmarla, o sea, renunciar a la acción de nulidad, porque no sería posible que todo el mundo renunciara a esa acción para que ya nadie la tenga, además de que aun con la renuncia de todas y cada una de las personas, quedaría por encima de los inte-

reses particulares el interés general afectado y, consiguientemente, la imposibilidad de ratificación, porque la voluntad de los particulares expresada en la ratificación no sería bastante para derogar un principio que se supone de orden público.

III. No hay lugar a la prescripción; el trascurso del tiempo no puede hacer que un principio de orden público desaparezca; no puede desaparecer un principio de orden público simplemente por voluntad tácita de los particulares. A estas nulidades se les llama también nulidades de pleno derecho, y ello significa que la manera de la intervención del Juez es semejante a la manera de intervención en las inexistencias, en las que el Juez se concreta a reconocer el estado de nulidad absoluta pero no pronuncia una sentencia de nulidad con efecto retroactivo suponiendo que ha producido sus efectos el acto, sino que se supone que nunca el acto ha producido esos efectos. Es mejor emplear el término de nulidad absoluta porque ya veremos cómo, aun estas nulidades que se llaman de pleno derecho, hacen necesaria la intervención judicial.

b. Características de la nulidad relativa

La nulidad relativa o anulabilidad, como la llaman algunos autores, tiene precisamente las consecuencias contrarias a la nulidad absoluta, esto es, se llama nulidad relativa:

I. Porque no son sino las personas afectadas (una o varias) las que tienen la acción de nulidad; claro, como se trata de proteger

determinados intereses, su protección significa que la acción de nulidad se otorga para ser ejercitada por las personas interesadas, pero no por otras.

II. Mientras que en la nulidad absoluta no hay posibilidad de ratificación, en la nulidad relativa sí la hay: ésta consiste en renunciar a la acción de nulidad, toda vez que esa acción es dada en beneficio del interesado; claro está que esa renuncia de la acción de nulidad significa que la persona está en aptitud de hacerla, porqu, si por ejemplo, un incapaz realiza un acto jurídico y celebra un contrato en ese estado, habrá lugar a una nulidad relativa, por lo que será éste el que tenga la acción de nulidad y el que podrá ratificar el acto jurídico, pero no podrá hacerlo mientras esté en tal estado porque si así lo hace, la misma ratificación resultará viciada por la incapacidad; esto significa que, una vez que ha salido del estado de incapacidad, entonces puede renunciar con efecto retroactivo, como es el efecto de la ratificación, esto es, que la validez del acto existirá desde el momento en que el contrato se celebró y no desde el momento de la ratificación.

III. Por último, es posible que la acción de nulidad prescriba, esto es, que tácitamente el afectado o la persona interesada pueda ratificar el acto dejando transcurrir el tiempo para que se dé la prescripción.

La doctrina clásica se resume pues, primero, por sostener la diferencia esencial entre inexistencia y nulidad; segundo, por establecer una diferencia de grado entre nulidad absoluta y nulidad relativa.

Esta teoría no ha sido, naturalmente, la única expuesta en materia de ineficacia de los actos jurídicos, sino que ha habido, como en muchos otros ordenamientos de derecho, una relación en contra de la tesis expresada principalmente en la tesis de doctorado de Japiot, de Piedelievre y de todos los que han seguido estas teorías.

2. Tesis de Japiot

Ha sido, se piensa, un exceso de técnica jurídica la creación de blocks de ineficacias de los actos jurídicos, se ha extremado la técnica para establecer estas categorías de inexistencia, de nulidad absoluta y nulidad relativa, ligando estas categorías con determinados caracteres fijos en los que basta la clasificación para entender todas las consecuencias de la ineficacia, es decir, basta con decir que se trata de una nulidad absoluta para que haya todas las consecuencias de no ratificarse, de no prescribir, de tener la acción cualquier persona interesada.

Se ha hecho así una doctrina de nulidad cuando debió hacerse una doctrina de los efectos del acto jurídico. Es necesario evitar este exceso de técnica jurídica y tratar de examinar en la realidad cuáles son las finalidades, cuál es el medio en que se desarrolla el acto jurídico porque éste es un conjunto de efectos de derecho, los cuales se producen cuando el acto jurídico se desarrolla normalmente, pero pueden existir razones por las que alguno, algunos o todos los efectos de derecho no se puedan realizar jurídicamente, como que el legislador prive al acto jurídico de determinados efectos por consideraciones de orden público o de cualquier otra naturaleza. Lo importante,

pues, es examinar la ineficacia de los actos jurídicos, como una sanción establecida por el legislador para la realización de los fines perseguidos por el mismo; es necesario examinar las normas jurídicas para saber cuál ha sido el fin, el propósito, la intención del legislador al crear esa norma, porque al establecer normas, aquél las objetiviza, y si un acto jurídico va en contra de la norma, es necesario ver hasta qué punto los efectos del acto son contradictorios, contrarios a la norma misma, porque puede suceder que el legislador no haya tenido la finalidad, la intención de privar de todos sus efectos al acto, sino que en vista del fin perseguido se puedan dejar ciertos efectos, o bien, privar de todos sus efectos al acto jurídico, pero ésta no es una afirmación general, como existe en la doctrina clásica, en la que basta una clasificación determinada para que venga como consecuencia necesaria una serie de efectos de nulidad. Hay que organizar, dice Japiot, no una teoría de la nulidad sino una teoría de los efectos del acto jurídico.

Los actos jurídicos se presentan en la vida aun cuando estén afectados por ineficacias con una realidad, encontramos numerosas cosas en que la ejecución material del acto significa ya una realidad en que no sólo interviene el interés de la persona que trata de protegerse, sino que intervienen terceros y otras personas ajenas al acto jurídico que derivan, sin embargo, efectos de ese acto y que dentro de principios de buena fe, de equidad, es necesario atender para conocer hasta qué punto les puede afectar la nulidad de ese acto jurídico ante el principio que Japiot llama “de los intereses en presencia”.

Supongamos un contrato de sociedad que se pone como ejemplo por el carácter que tiene de ser uno de los que se llaman contratos de tracto sucesivo, es decir, que realizan sus efectos a lo largo del tiempo y muchos de esos efectos no pueden volverse sobre ellos o por lo menos no debe volverse sobre ellos. Se celebra un contrato de sociedad, digamos, sin la forma establecida por la ley, aparece la sociedad con administradores, con una denominación, realizando actos respecto de terceros que consideran que la sociedad existe y regularmente vive la sociedad, realiza operaciones, y entonces hay un conjunto de intereses jurídicos que tienen una apariencia de verdad, una apariencia de realidad, por lo que es necesario, cuando se pronuncie una nulidad, atender esos intereses, no basta sostener el principio romano que dice que lo que es nulo no produce ningún efecto porque entonces se van a afectar no solamente los intereses de los que han celebrado el acto nulo, sino también una serie de intereses de terceros, es decir, es necesario atender a lo que Demogue ha de llamar la seguridad dinámica y no sólo la estática. Este conjunto de intereses en presencia hace que el acto jurídico ineficaz no pueda estudiarse como una categoría que una vez clasificada debe desprenderse de ella, o una serie de consecuencias sin ver hasta qué punto el no ratificarse una acción de nulidad signifique también que no puede prescribirse, etc., esto es, hay que hacer una teoría de los actos para conocer sus efectos y en vista del medio en que se desarrollen, en vista de los intereses que se encuentran en presencia, en vista de la seguridad estática y dinámica, estudiar como sanción la nulidad para saber cuáles son los efectos que, teniendo en cuenta todas estas circunstancias, deben privársele al acto jurídico. Por eso sostiene Japiot que en realidad hay un solo

concepto, el de ineficacia de los actos jurídicos; no se puede hacer una clasificación, el concepto es uno solo, la nulidad que significa privación de los efectos del acto jurídico siempre será nulidad, lo único que sucede es que en virtud de las circunstancias se necesita saber hasta qué punto se le priva de los efectos, pues podría llegarse a privar de todos, de una parte y aun de no privar de sus efectos al acto jurídico por determinadas circunstancias.

3. Tesis de Piedelievre

La tesis de Piedelievre estudia principalmente aquellos actos jurídicos en los que ya no es verdad el principio romano del derecho civil según el cual lo que era nulo no producía ningún efecto. Después de hacer un estudio de diversos casos de contratos de tracto sucesivo, llega a la conclusión de que hay una serie de efectos en los actos que a pesar de la nulidad se producen, que hay muchos efectos que la sentencia de nulidad tendría que respetar por imposibilidad material de terminar con los efectos del acto jurídico; supongamos un contrato de arrendamiento, ¿cómo es posible que la nulidad del contrato de arrendamiento traiga como consecuencias para el pasado destruir la ocupación de la cosa? No es posible que se destruya retroactivamente un contrato de arrendamiento en cuanto al efecto de la ocupación, si ésta es un hecho, si no es posible desocupar retroactivamente una cosa, todas las consecuencias de la ocupación, el pago de renta, etc., tampoco se destruirán.

Como ven ustedes, las tesis expuestas por estos tratadistas, principalmente la tesis de Japiot, son contrarias a la teoría clásica porque,

en primer lugar, no hace una distinción entre categorías de nulidad y de inexistencia, sino que siempre se trata de una ineficacia de los actos jurídicos; en segundo lugar, no se hacen estas categorías con consecuencias siempre las mismas, necesarias, por decirlo así, una vez clasificada la nulidad, sino que se hace un estudio teniendo el fin, atendiendo al medio, atendiendo al concepto de la nulidad como sanción y en virtud de que el acto jurídico es una serie de efectos de derecho, se hacen distinciones pero de casos particulares para, en vista de las circunstancias, saber cuáles son los efectos del acto que deben prevalecer.

4. Tesis de Bonnecase

En contra de estas tesis que fueron de reacción, encontramos actualmente en el derecho moderno otra teoría que en el fondo es una reproducción de la clásica. Nos referimos a la teoría de Bonnecase.

Bonnecase considera, desde un punto de vista general, que no es motivo de crítica sostener la técnica jurídica tal y como la sostuvo la teoría clásica, al contrario, es conveniente en el derecho hacer técnica, establecer principios generales porque eso significa hacer ciencia. El examen particular de los casos debe llevarnos a una inducción, más que a una generalización, llevarnos a un principio general, pero no debe quedarse el jurista en el examen del caso particular sino de allí derivar las consecuencias y llegar a la inducción para luego, por deducción, aplicar la regla a los casos concretos. Es cierto que lo que hizo la teoría clásica fue precisamente darle un carácter científico a la teoría de las nulidades.

La teoría clásica, dice Bonnecase, sostiene fundamentalmente la distinción del concepto de inexistencia y de nulidad, y ésta no es una distinción de carácter histórico, sino de carácter orgánico, esto es, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, independientemente de los antecedentes históricos y aun independientemente de la técnica jurídica, se impone al espíritu como una realidad porque el acto jurídico tiene una serie de elementos que le son específicos, orgánicos. Los elementos orgánicos del acto jurídico son los elementos psicológico y material, el primero de ellos formado por la voluntad, y el material formado por el objeto y a veces por la forma, cuando ésta adquiere el carácter de solemnidad, es decir, cuando forma un elemento esencial del acto. La falta de cualquiera de estos elementos significa, como dice la doctrina clásica, el no poder concebirse el acto jurídico porque deja de serlo, porque los elementos que son de definición tienen que estar en la cosa para ser la cosa misma, de otra suerte no será esa cosa. Así pues, la privación de uno de los elementos orgánicos, de uno de los elementos que por naturaleza son específicos en el acto jurídico, trae como sanción la inexistencia, es decir, la falta de existencia del acto, puesto que, repetimos, por hipótesis le es esencial ese elemento para que el acto jurídico exista.

En cambio, la nulidad supone que el acto jurídico reúne esos elementos esenciales y que por no haberse realizado en una forma normal o por principios de orden público, el legislador la priva de sus efectos; pero es necesario, dice Bonnecase, mantener íntegramente el concepto de nulidad absoluta establecido por la doctrina clásica, porque también corresponde a una realidad de técnica jurídica, porque

es verdad que la noción de nulidad absoluta, por su carácter, por su respeto de los principios de orden público, trae una serie de consecuencias: acción de nulidad para todo el mundo, falta de prescripción, falta de ratificación.

Pero donde es necesario hacer más flexible la doctrina clásica, no para completarla sino, al contrario, para evitar objeciones, es en el concepto de nulidad relativa, y aquí encontramos en Bonnecase la influencia de los tratadistas que criticaron la doctrina clásica, la influencia de Japiot y de Piedelievre y de toda la escuela. Sostiene Bonnecase: Es verdad que no siempre se reúnen los caracteres de la nulidad absoluta, algunas veces falta alguno de esos caracteres, sin que esto quiera decir que tratándose de una nulidad relativa tengamos que sacar todas las consecuencias de la nulidad, sino que podrán faltar algunas de éstas. Cuando falta algún caracter de la nulidad absoluta debemos decir que estamos en presencia de una nulidad relativa, esto es, la nulidad relativa no significa el elemento opuesto (como en la doctrina clásica) a la nulidad absoluta, sino que significa la privación o la falta de uno de esos caracteres, y entonces acogemos así, en la nulidad relativa, una serie de ineficacias que aun la doctrina clásica y sus sostenedores encontraban muy difícil de clasificar.

En el fondo, la tesis de Bonnecase es la de la doctrina clásica, puesto que hemos caracterizado la doctrina clásica fundamentalmente por la diferencia entre inexistencia y nulidad, es la doctrina clásica en cuanto sigue sosteniendo la nulidad absoluta y todos sus caracteres, pero sufre la influencia de las teorías de Japiot y Piedelievre en el con-

cepto de nulidad relativa porque ya no son los caracteres contrarios de la nulidad absoluta los que fijan el concepto de la nulidad relativa, sino que será nulidad relativa cualquier nulidad que no posea las características (una o varias) de la nulidad absoluta.

5. Nuestros Códigos Civiles

El nuevo Código Civil, a diferencia del Código Civil de 1884, contiene ya una teoría aceptada de manera expresa de la ineficacia de los actos jurídicos. En el Código de 1884 encontrábamos un capítulo sobre rescisión y nulidad de las obligaciones referido esencialmente a las nulidades relativas, a los vicios del consentimiento, a la incapacidad, a la forma; no contenía el principio de la inexistencia aun cuando el estudio que pudiera hacerse en el Código de 1884 debería llevarnos a la misma consecuencia de distinguir la inexistencia de la nulidad toda vez que, como dice Bonnecase, se trata no de una doctrina de carácter técnico, de carácter histórico, sino de una doctrina de carácter orgánico, es decir, de acuerdo con la naturaleza de las cosas. Pero en el Código de 1884 no encontramos expresamente reconocida la noción de inexistencia por más que pudiera hacerse una teoría de ella, como se hizo en Francia a pesar de que el concepto no aparecía establecido en el Código de Napoleón. Ya en el nuevo Código Civil, siguiendo el proyecto franco-italiano de las obligaciones y de los contratos, distingue en los artículos 1794 y 1795 los requisitos esenciales de los contratos de los requisitos de validez.

Decíamos en la clase anterior que el artículo 1794 reconocía como elemento esencial el psicológico, que en el contrato es con-

sentimiento y que en general, en el acto jurídico, es voluntad, y el elemento material constituido por el objeto. Este artículo no establece el requisito de forma porque ya veremos cómo, especialmente el Código Civil vigente, no es un código que haya tomado la forma como elemento esencial, como solemnidad, sino que la forma significa simplemente una nulidad relativa del acto jurídico, de tal suerte que nuestro Código se limita a establecer, como elemento psicológico esencial para la existencia del contrato, el consentimiento, y como elemento material, que el objeto pueda ser material del contrato.

¿Cuál es la sanción por la falta de alguno de estos requisitos esenciales? Decíamos que en la doctrina clásica es la inexistencia, porque falta uno de los elementos de definición del acto, y también en el artículo 2224 del nuevo Código Civil se establece que 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 invocarla por todo aquel interesado. Tienen ustedes aceptada la doctrina que establece que la falta del objeto o del consentimiento, es decir, de un elemento esencial, significa inexistencia del acto jurídico y también cuáles son las consecuencias de la inexistencia del acto: “No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”.

En el artículo 1795 ya no se trata de los elementos de existencia del contrato como en el 1794; se supone, más bien, que esos elementos existen, concurren en el contrato, y entonces el 1795 se refiere a que

el contrato puede ser invalidado, es decir, anulado: ya sea por incapacidad, o bien, por vicios de consentimiento, ilicitud del objeto, motivo o fin del contrato, o falta de formalidad.

El artículo 2226 dice: “La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez la nulidad”. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

Como ustedes ven, este artículo consagra la teoría de la nulidad absoluta tal y como lo hace la doctrina clásica, dándole caracteres determinados, que son los mismos que ya le daba esa doctrina.

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”.

Este artículo se aparta de la doctrina clásica para consagrar la doctrina de Bonnetcase, puesto que al referirse a la nulidad relativa ya no lo hace como la clásica en función de los caracteres opuestos a la nulidad absoluta que serían los caracteres opuestos a los que expone el artículo 2226. Aceptando la teoría de Bonnetcase, se establece un concepto mucho más amplio de la noción de nulidad relativa; habrá, por decirlo así, nulidad relativa para que quepan en ella todas aquellas ineficacias de los actos jurídicos que signifiquen la privación de alguno de sus actos.

Segunda Parte

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

IV. EL CONTRATO

n clases anteriores hemos dicho ya que la fuente principal de las obligaciones es el contrato. Hemos dicho también que no es, naturalmente, la única fuente de las obligaciones, sino que hay otras varias fuentes que hemos de ir estudiando precisamente en esta parte del curso que se llama “Fuentes de las obligaciones”, pero la fuente principal, la que encontrarán ustedes más a menudo en su práctica, la que contiene la mayor elaboración de técnica jurídica, es indudablemente el contrato. Decíamos también que esa importancia ha hecho que, desde el punto de vista didáctico, el curso se divida propiamente en dos partes: la primera referida al estudio general de las obligaciones, en la que el estudio del contrato es un análisis de sus generalidades como fuente de obligaciones. Esta primera parte del curso comprende también el estudio de las demás fuentes de las obligaciones, de sus efectos, su transmisión y su extinción, las modalidades,

etc., y en la Segunda Parte se estudian los contratos en particular. Por la importancia práctica que este estudio tiene, se formulan esas dos partes, aun cuando desde el punto de vista estrictamente técnico, el curso debería llamarse simplemente *Teoría general de las obligaciones*, y en esa teoría comprender el contrato como una de las fuentes de las obligaciones.

1. Definición de contrato y convenio

Al hablar sobre los actos jurídicos decíamos que el contrato es un acto jurídico que tiene como característica ser un convenio, esto es, ser un acto jurídico plurilateral en el que hay acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico, como los autores definen al convenio; nada más que, decíamos, el convenio podía tener dos acepciones: una en el sentido amplio que significa la posibilidad de que este acto jurídico cree, transmita, modifique o extinga obligaciones; y otra acepción estricta como especie que, junto con el contrato, forman el género convenio tomado en el sentido amplio; esto es, convenio en el sentido amplio del término se subdivide en contrato y convenio en sentido estricto. Contrato es pues el convenio que crea, transmite obligaciones, mientras que el convenio *stricto sensu* únicamente modifica o extingue las obligaciones. También el concepto, que se encuentra en el derecho francés y en el portugués, y que es de donde el Código de 1884 deriva su noción de contrato, es esto que acabamos de señalar.

En el código actual, el artículo 1792 establece que el convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o

extinguir obligaciones. Éste es el concepto de convenio en el sentido amplio de la palabra. En seguida, el artículo 1793 establece que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y los derechos toman el nombre de contratos. Esto es, se limita la noción de convenio *stricto sensu*, para la producción de dos clases de efectos de derecho en relación con las obligaciones que son: modificación y extinción de las obligaciones. Este artículo 1793 no tiene concordancia con ningún artículo del Código Civil de 1884, pero puede derivarse el concepto porque un precepto del Código Civil semejante al 1792, el 1272, define lo que es el contrato estableciendo que “es un convenio en cuya virtud se producen o se transmiten obligaciones”; no define lo que es convenio como lo define nuestro código actual, pero si se acude a la doctrina, se halla que el artículo se deriva del Código Civil portugués, que éste a su vez proviene del francés, que a su vez se inspiró fundamentalmente en la obra de Pothier, y ésta refiriéndose a lo que ahora manifiesta el 1793, esto es, a que el convenio *stricto sensu* significa la modificación o extinción de las obligaciones, mientras que el contrato significa la creación o transmisión de las obligaciones, y los cuatro efectos jurídicos en relación con la obligación son los que pueden producir el convenio en el sentido amplio del término.

2. Clasificación de los contratos

Los contratos han ameritado clasificaciones diversas. Nuestros códigos han admitido, desde el Código de 1884, las clasificaciones a los que se

refieren los artículos 1273 al 1275 de ese código decimonónico y los artículos 1835 al 1838 del nuevo Código Civil.

a. Contratos unilaterales y contratos bilaterales o sinalagmáticos

En primer lugar, los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos. El artículo 1835 define el contrato unilateral como aquel en el que una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada, y el artículo 1836 define el contrato bilateral como aquel en que las partes se obligan recíprocamente.

Distinción entre el acto jurídico unilateral y el contrato unilateral.
Es muy frecuente que los alumnos confundan el acto jurídico unilateral con el contrato unilateral; las nociones ya expresadas en clases anteriores bastarían para aclarar debidamente los conceptos, pero conviene repasarlos.

Hemos dicho que los actos jurídicos son unilaterales o plurilaterales; la distinción entre el acto jurídico unilateral y el plurilateral estriba en que en el primero, como su nombre lo indica, interviene una sola voluntad, mientras que en el acto jurídico plurilateral intervienen dos o más voluntades. Acto jurídico unilateral es, decíamos, el testamento, porque es manifestación exterior de la voluntad para producir los efectos de derecho, pero la voluntad es una sola, es la voluntad del testador. Hemos de encontrar un poco más adelante cómo hay una fuente de las obligaciones que se llama voluntad unilateral

porque una sola voluntad es la que produce el efecto de derecho. A diferencia de lo que sucede en los actos jurídicos unilaterales, en los bilaterales o plurilaterales encontramos por lo menos dos voluntades poniéndose de acuerdo, conviniendo, celebrando un convenio. Ahora bien, hemos manifestado que el contrato es un convenio, es decir, un acto jurídico plurilateral; luego entonces, se excluyen los conceptos de acto jurídico unilateral y contrato, puesto que en el contrato vamos a encontrar por lo menos dos voluntades, mientras que en el acto jurídico unilateral encontramos sólo una. Entonces, ¿qué es esto del contrato unilateral? Por definición, por presupuesto jurídico, es un convenio, es decir, un acuerdo de voluntades, y tendrá que diferenciarse esencialmente del acto jurídico unilateral, cualquiera que sea, porque requiere acuerdo de voluntades; lo que sucede es que en el contrato unilateral, existiendo el acuerdo de voluntades, existiendo el consentimiento entre dos o más personas, no se obliga más que a una, quedando libre la otra, pero en el acuerdo de voluntades, el consentimiento existe. Para que estas explicaciones se aclaren perfectamente, nos valdremos de algunos ejemplos.

En el contrato de compraventa hay dos obligaciones fundamentales: la del vendedor, de transmitir la propiedad de la cosa; si yo le vendo a uno de ustedes este libro, me obligo a transmitir la propiedad del libro, a entregar el libro, más todas las obligaciones que se derivan del contrato de compraventa, pero fundamentalmente les voy a transmitir la propiedad; ésa es mi obligación. Por otra parte, el comprador, está obligado a pagarme el precio del libro. Vean ustedes

cómo en el contrato de compraventa hay obligaciones de las dos partes, del vendedor de transmitir la propiedad, del comprador de pagar el precio. ¿Qué clase de contrato será? Se trata de un contrato bilateral o sinalagmático en el que las obligaciones, como dice el artículo 1836, son recíprocas.

Pero en lugar del contrato de compraventa celebramos un contrato de donación, no le voy a vender al compañero de ustedes el libro, sino que se lo obsequio, se lo dono, le voy a transferir la propiedad de este libro pero él no estará obligado a pagarme ningún precio porque la donación es un contrato a título gratuito. Entonces resulta que hay un contrato, el donatario intervendrá en la celebración del trato con el donante, habrá una información del consentimiento, pero el donatario no tendrá obligación ninguna, puesto que no me tiene que pagar el precio del libro; en cambio, celebrado el contrato, yo sí tengo la obligación de transmitir la propiedad y entregar el libro, luego la única obligación que se deriva es para el donante y no para el donatario. ¿Qué clase de contrato es éste? Indudablemente, es un contrato unilateral porque no hay obligación sino para una sola de las partes.

Distinción entre el contrato sinalagmático perfecto y el contrato sinalagmático imperfecto. Existen ciertos contratos en los que al celebrarse no aparece obligación sino para una sola de las partes, pero que a lo largo de la vida del contrato puede suceder que por ciertos hechos de la otra parte llegue a estar obligada, esto es, que siendo contrato unilateral al celebrarse, aparezca como si fuese bilateral en cierto momento.

Vamos a poner un ejemplo, digamos, el comodato, es decir, lo que se llama el préstamo de uso, no el préstamo de consumo. El comodato es un contrato de préstamo que no es traslativo de propiedad; celebramos un contrato de comodato de cualquier objeto, yo le presto a uno de ustedes un automóvil, el comodato supone por esencia que sea gratuito porque si se paga por el comodato deja de ser tal; en el momento en el que celebramos el contrato no hay sino una sola obligación (estamos razonando en realidad dentro del Código Civil de 1884, y esto lo entenderán ustedes mejor cuando estudiemos el contrato de comodato, porque en el código vigente la situación es diversa). Así pues, razonando conforme a los preceptos del Código de 1884, yo les presto un automóvil; el comodato, hemos de ver también, era un contrato real, es decir, un contrato que se perfeccionaba por la entrega de la cosa; y esto no era el cumplimiento de una obligación sino que constituía la esencia misma; era la celebración del contrato, era el antiguo concepto del derecho romano de los contratos que se formaban por la entrega de la cosa; luego, cuando el contrato de comodato se celebrara, ¿cuántas obligaciones existían?, ¿para quién eran las obligaciones? Pues no existía obligación sino para el comodatario, es decir, para el que recibía la cosa a fin de usarla gratuitamente, para aquella persona a quien yo le había prestado el automóvil. Me dirán ustedes: “no, es que también existían obligaciones para usted, comodante, que me iba a prestar el automóvil”; no, en el Código de 1884, en virtud del contrato de comodato no existía esa obligación, sino que la entrega del automóvil era lo que perfeccionaba el contrato, eso era precisamente el contrato. Luego la obligación no era derivada del contrato sino era el contrato mismo; la entrega de la cosa perfecciona el con-

trato, la única obligación era del comodatario, que debía restituir la cosa cuando yo se la reclamara. El contrato, pues, aparecía como unilateral porque no existía obligación sino para una sola de las partes. Ahora bien, si a lo largo de la vida del contrato el comodatario tenía que hacer algunos gastos especiales, entonces surgía una obligación para el comodante, que era el pago de los gastos; ya hemos de ver cómo hay un precepto expreso en la materia que obliga a hacer el pago de esos gastos. Allí tienen ustedes cómo un contrato que originalmente fue unilateral, una vez realizados esos gastos y obligado el comodante a pagarlos, se convierte en sinalagmático.

Los comentaristas del derecho romano —ya desde entonces se planteaba este problema— decían que era un contrato sinalagmático, pero para distinguirlo de aquellos en los que se derivan las obligaciones recíprocas desde el momento de la celebración del contrato les llamaban a éstos contratos sinalagmáticos imperfectos, pero les daban la categoría en el derecho romano de contrato sinalagmático. Seguramente ustedes recuerdan, por sus estudios de derecho romano, que mientras el contrato unilateral hacía derivar acciones de derecho estricto, el contrato sinalagmático derivaba acciones de buena fe; pues bien, el contrato sinalagmático imperfecto en el derecho romano hacía derivar acciones de buena fe: se le trataba pues como un contrato bilateral y no como unilateral. La doctrina moderna estudia el contrato sinalagmático imperfecto como un contrato unilateral porque, como dicen los tratadistas, la clasificación del contrato depende del momento de su celebración: es en el momento de su celebración donde hemos de buscar para quiénes va a existir la obligación; en el

contrato sinalagmático imperfecto, en el momento de la celebración no existe sino la obligación de una sola de las partes y por esta razón es un contrato unilateral.

Ya hemos de ver, por medio de nuestros estudios, cuán importante es esta clasificación entre contratos unilaterales y sinalagmáticos o bilaterales, porque hemos de encontrar consecuencias jurídicas en los contratos sinalagmáticos que no encontraremos en los unilaterales, por ejemplo: Lo que se llama el problema de los riesgos, hemos de ver cómo no puede presentarse sino en los contratos sinalagmáticos; por la misma forma de plantear el problema, se requiere que sea un contrato sinalagmático y no un contrato unilateral, porque hemos de ver que, en esencia, el problema de los riesgos consiste en que cuando hay obligaciones recíprocas, es decir, cuando se trata de contratos sinalagmáticos en que una de las partes no puede cumplir sus obligaciones por un caso fortuito o de fuerza mayor, esto es, sin su culpa, se plantea el problema de saber si la otra parte está obligada a su vez a cumplir con su obligación. Como ven ustedes, el problema sólo se puede plantear en los contratos bilaterales porque sólo en éstos hay obligaciones recíprocas, porque sólo en éstos se puede plantear la situación de que si una de las partes no cumple —no por su culpa, sino por caso fortuito o de fuerza mayor— con su obligación, la otra parte está obligada, a pesar de eso, a cumplir sus obligaciones. Un ejemplo: Vamos a suponer que yo le vendo este sombrero a uno de ustedes, celebramos el contrato de compraventa, pero como yo en este momento no tengo otro sombrero, le pido al compañero de ustedes que me lo ha comprado, el servicio de que me lo preste, pero

al salir de la escuela el sombrero se me pierde, pasa una persona y me lo roba o se me quema, cosa que aquí puede suceder fácilmente; yo no he tenido la culpa de que el sombrero se haya perdido, de que me lo hayan robado o quemado, entonces se plantea este problema. ¿El compañero de ustedes está obligado a pagarme el precio si todavía no me lo había pagado? ¿Está obligado o no en vista de que yo no le he entregado el sombrero, de que yo ya no puedo, por imposibilidad jurídica, cumplir con la obligación de transferir la propiedad y hacer la entrega? Este problema, que en el derecho constituye el problema de los riesgos, solamente se puede plantear en los contratos sinalagmáticos.

Segundo caso. La rescisión de los contratos por incumplimiento de una de las obligaciones también es un problema especial de los contratos sinalagmáticos, porque entonces la cuestión es la siguiente: Si una de las partes, no por caso fortuito o de fuerza mayor sino por culpa (ya no es el problema de los riesgos), no quiere cumplir con su obligación, ¿qué acción tiene la otra parte? El mismo ejemplo: me compra el compañero el sombrero y resulta que después yo no se lo quiero entregar porque no quiero, porque me parece que el precio no era el debido, etc. ¿Qué acción tiene el compañero? Pues tiene fundamentalmente dos: primero, exigirme el cumplimiento de la obligación, porque hemos dicho que la obligación es una relación jurídica, lo que supone la intervención del poder público para que aquellos que no quieran cumplir sus obligaciones se allanen, sin embargo, a cumplirlas. El compañero me exige el cumplimiento de la obligación y puede llegar hasta apoderarse del sombrero. Segundo, tiene otra acción, de decir, pues yo ya entregué el precio, en el supuesto de que me lo

haya entregado; ¿no quieres cumplir con tu obligación?, pues vamos a resolver el contrato, vamos a privarlo retroactivamente de sus efectos, quédate con el sombrero pero devuélveme el dinero y págame daños y perjuicios. Esa acción de rescisión del contrato sólo puede presentarse en un contrato en el que haya obligaciones recíprocas, en un contrato en el que haya habido la posibilidad de que el compañero haya cumplido con la obligación de entregarme el dinero y que yo no haya cumplido con mi obligación de entregar el sombrero, que era el objeto del contrato de compraventa. La rescisión del contrato no se puede, pues, presentar por incumplimiento del contrato sino en los contratos sinalagmáticos, y ya veremos que aun por el concepto legal de estas acciones de rescisión es una acción especial de los contratos bilaterales.

La excepción de contrato no cumplido se encuentra en el mismo caso. Siguiendo el mismo ejemplo de la venta de mi sombrero, supongamos que el compañero no me había entregado el precio del sombrero, el sombrero no se me ha perdido, no es el primer caso del problema de los riesgos, ni es el segundo caso porque el compañero de ustedes no me ha entregado el precio ni yo el sombrero, pero entonces resulta lo siguiente, que yo le digo al compañero: “págame el precio del sombrero”, y entonces él me responde: “no, entrégame el sombrero porque a lo mejor te lo pago y no me lo entregas y me pones en dificultades”. Es lo que llaman los franceses los contratos “dando y dando”. Entonces le digo yo: “no te entrego el sombrero y no te lo entrego por X razones, y si no me entregas el precio te voy a demandar la entrega del precio”. “Muy bien, demándame la entrega del precio”,

responde el compañero. Le demando la entrega del precio y entonces él me dice: “te opongo lo que los romanos llaman excepción del contrato no cumplido, te opongo la excepción de que tú no has cumplido con tu obligación ni te allanas a cumplirla”, eso es lo que se llama la excepción del contrato no cumplimiento, que no puede existir sino en aquellos contratos en que hay obligaciones recíprocas, pues sólo en ellos está presente la posibilidad de que una persona se niegue a cumplir o, no allanándose a cumplir con su obligación, quiere exigir a la otra parte que cumpla con la suya. Como ustedes ven, resulta de alguna utilidad esta clasificación que establecen nuestros códigos.

b. Contratos onerosos y gratuitos

Además de la distinción entre contratos bilaterales y unilaterales, el mismo Código Civil establece la distinción entre contratos onerosos y contratos gratuitos. Los primeros son aquellos que hacen derivar provechos y gravámenes para las dos partes. Gratuito es el contrato que no hace derivar provechos sino para una sola de las partes. En su Código Civil, el artículo 1837 establece: “Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes”. El contrato de compraventa, por ejemplo, será un contrato oneroso porque en él se establecen provechos y gravámenes para ambas partes; gravamen en el sentido amplio del término de derivar una obligación a cargo de la parte; así, mientras que una de las partes tiene que entregar la cosa y hace aprovechar de la cosa a la otra parte, ésta, a su vez, tiene que entregar el precio y hace aprovechar ese precio a la otra parte.

Sostienen los autores que todo contrato sinalagmático es un contrato oneroso, pero que no todo contrato oneroso es bilateral. En el Código de 1884 se presentaba un caso de contrato unilateral y que, sin embargo, tenía el carácter de contrato oneroso, era el contrato de mutuo con interés. El contrato de mutuo con interés es un contrato unilateral en el Código de 1884; ya hemos de ver, al estudiar el contrato de mutuo, la diferencia en cuanto a la clasificación que establece el nuevo código, pero en el de 1884 el contrato de mutuo era de carácter unilateral porque era de los que se denominan contratos reales, esto es, que se perfeccionan con la entrega de la cosa y, en consecuencia, la entrega es elemento de formación del contrato y no simplemente el cumplimiento de una de las obligaciones contractuales; una vez entregada la cosa, es decir, una vez celebrado el contrato de mutuo, no existe obligación sino para el que ha recibido la cosa en préstamo, o sea, para el mutuario o mutuuario, quien tiene como única obligación la de devolver la cosa al mutuante. Pero en el mutuo con interés se trata de un contrato oneroso, porque mientras una de las partes, el mutuario, recibe como provecho la cosa prestada, el mutuante recibe también un provecho, que es el interés que le paga el mutuario al mutuante. Se ve, pues, un caso de un contrato unilateral y, sin embargo, contrato oneroso. Por eso es que no podemos afirmar que la clasificación de contrato oneroso y gratuito coincida con la clasificación de contrato unilateral y contrato bilateral.

c. Contratos conmutativos y aleatorios

Los contratos onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios. Es una clasificación, pues, de los contratos onerosos —y esto lo

encuentran ya expresado en el artículo 1838 del nuevo Código Civil: “El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que éste les cause. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice”. Se ve pues que el contrato oneroso admite una subdivisión en contrato conmutativo y contrato aleatorio.

A propósito de esta clasificación, hay que fijarse en que la característica del contrato conmutativo y el contrato aleatorio es la determinación o indeterminación de las prestaciones en el momento de la celebración del contrato, porque esas prestaciones estarán determinadas, en el contrato aleatorio, por un acontecimiento futuro e incierto; no es propiamente que en el momento de la celebración del contrato se ignore la ganancia o la pérdida que se va a obtener por medio de la celebración del contrato, como muchas personas piensan y creen que ése es el concepto de ser aleatorio; si el concepto de contrato conmutativo y de contrato aleatorio o la distinción radical entre uno y otro fuera la indeterminación de la ganancia o la pérdida, podría afirmarse que un gran número de contratos eran aleatorios, a pesar de ser típicamente conmutativos. Por ejemplo, nadie discute que el contrato de compraventa sea un contrato conmutativo (los aleatorios son unos cuantos: el seguro, la renta vitalicia, el contrato de esperanza, el juego de apuesta), pero nadie discute que el contrato de compraventa sea típicamente conmutativo; sería equivocado admitir como concepto

de distinción el hecho de que se puedan obtener ganancias o pérdidas en un contrato, ya que hay muchos contratos de compraventa en los que, en el momento de celebrar el contrato, se ignora si se va a obtener una pérdida o una ganancia. Supongamos que se compra una cosa por los frutos que produzca y se paga una cantidad superior a la que vale la cosa, con el aliciente de que ésta vaya a producir más frutos en realidad de los que produce. Se compra una casa de apartamentos, que produce determinada renta, con la esperanza de que posteriormente suban las rentas, pero por causas económicas ajenas a los contratantes no se obtienen las rentas deseadas. ¿Es un contrato aleatorio? Si se creyera que el contrato aleatorio significa imprecisión, por decirlo así, de las pérdidas o de las ganancias en el momento de la celebración del contrato, podríamos decir entonces que se trata de un contrato aleatorio. El concepto radica, como dice Planiol, y como lo establece el Código Civil, en la determinación o no determinación de las prestaciones en el momento de celebrarse el contrato. El artículo 1838 no hace sino una traducción del párrafo de Planiol que define lo que es el contrato conmutativo y el contrato aleatorio. Lo que caracteriza al contrato aleatorio consiste en la indeterminación de las prestaciones en el momento de la celebración del contrato.

Vamos a poner un ejemplo de contrato aleatorio: el contrato de seguros, el seguro contra incendios. El asegurado está cubriendo una prima que normalmente, en materia de seguros contra incendios, es una prima anual. Naturalmente, esa prima no contiene el valor de la cosa, pues entonces nadie se aseguraría, sino por medio de lo

que se conoce en materia de seguros con el nombre de “los grandes números”, puesto que la prima es muy inferior al valor de la cosa asegurada. ¿Qué sucede si la cosa se destruye? La destrucción de la cosa es un acontecimiento futuro e incierto. Ahora bien, las prestaciones se están cumpliendo, pues no se sabe durante cuánto tiempo las va a estar cubriendo el asegurado. Se puede pagar toda la prima de un año y ocurrir el siniestro al otro año de estar pagando la prima; entonces la compañía perdió y el asegurado obtuvo una ganancia. Pero esa determinación de la prestación no se realiza sino mediante ese acontecimiento futuro e incierto.

Se ha dicho que el contrato puede ser aleatorio para una persona sin serlo para la otra, y el mismo Código de 1884, en el concepto que expresa de contrato aleatorio, parece suponer la posibilidad de que no hubiera alea sino para una sola de las partes. Ya en el nuevo Código Civil no existe ese concepto, que deriva de un artículo semejante del Código Civil francés modificado por los autores. Y es que, en realidad, llegó a haber tratadistas, como Vivante en Italia, que sostuvieron la posibilidad de que el contrato de seguros no fuera aleatorio sino para una sola de las partes, que era el asegurado; en la actualidad los estudios que, en la práctica, en materia de seguros se han hecho, han llegado a hacer del seguro una verdadera ciencia. Una compañía de seguros no puede perder si sus cálculos, sus reservas, su organización, están bien hechos. Si los cálculos actuariales están bien hechos, por medio de los grandes números, es posible determinar con mucha precisión el asunto de los riesgos. No se determinan individualmente los riesgos, pero sí colectivamente; se puede decir, por ejemplo, que

de cien mil personas que se aseguran, se corre el riesgo de que se mueran, digamos, cien; y resulta que, por medio de los cálculos actuariales, se estima que pueden morir noventa y nueve o ciento una. De tal suerte que dentro de una organización de esa naturaleza, que es la que existe ya técnicamente en las compañías de seguros, no hay posibilidad de pérdida. Entonces, pensaba Vivante, he aquí un caso de contrato aleatorio, pero aleatorio únicamente para una de las partes. No era cierto el concepto de Vivante; es más, en la quinta edición de su obra, el autor declara en una nota que estaba en un error, porque él no trataba de ver el contrato individual de seguros, sino que trataba de clasificar en el contrato aleatorio la organización, la empresa misma del seguro; no vio que la posibilidad de pérdida existe en cada contrato individual, aun cuando la empresa no tenga la posibilidad de perder. Por eso nuestro nuevo Código Civil ha hecho muy bien en traducir en realidad a Planiol y decir: “El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas...”

Ahora vamos a ver nuestro contrato de compraventa. ¿Por qué es contrato conmutativo? Porque desde que celebramos el contrato yo sé que la prestación será la transmisión de la propiedad de la cosa, y la otra parte tiene determinada su prestación, que es la entrega del precio, de tal suerte que los contratantes pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause esto, pero hay que tener en cuenta que ésta es una consecuencia de la determinación de las prestaciones en el contrato conmutativo o de la indeterminación de las prestaciones en el contrato aleatorio, sin embargo, no es esencial

en el contrato conmutativo o en el contrato aleatorio la existencia de esa ganancia o de la pérdida, sino que el desconocimiento de la ganancia o la pérdida se deriva de la determinación o indeterminación de las prestaciones, y así dice nuestro artículo: “Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realiza”.

Hay ciertos contratos en los que el acontecimiento futuro e incierto puede ser una condición suspensiva, a veces un término suspensivo, o a veces una condición resolutoria. Ya hemos de explicar, al tratar de nuestra materia de términos y condiciones, qué cosa es el término y qué es la condición; por ahora baste apuntar que hay casos, por ejemplo en el contrato de seguro de vida, en que la muerte de una persona no es una condición sino un término, el cual el derecho romano llamaba, y actualmente se llama, “término incierto”. ¿Por qué? Porque el acontecimiento futuro debe realizarse, y lo incierto es el momento en que el acontecimiento se realiza; es cierto que la muerte de una persona tiene que ocurrir, y lo único incierto es el momento de la muerte, pero eso no es condición porque ésta se caracteriza por ser un acontecimiento incierto y no cierto como el término.

En el contrato de renta vitalicia, por ejemplo, la entrega funciona como una condición resolutoria. ¿Por qué? Porque en el contrato de renta vitalicia se entrega determinada cantidad de dinero, se constituye un patrimonio a cambio de que la persona a cuyo favor se constituye no esté pagando una renta toda la vida, y existe la condición resolutoria porque en el momento en que muera la persona a cuyo favor se constituyó el patrimonio deja de pagar la renta.

d. Contratos principales y accesorios

El programa hace referencia a otra clasificación de contratos: contratos principales y contratos accesorios; los principales son los que no requieren para su celebración, para su formación, la existencia de otro contrato, y los accesorios, como los de garantía, sí requieren la existencia de otro contrato. En realidad, dice Planiol, más que una clasificación de contratos es una clasificación de las obligaciones producidas por los contratos. El contrato de prenda, el contrato de hipoteca, son contratos de garantía, contratos accesorios en cuanto a que requieren, por su carácter mismo de garantía, la existencia de otro contrato; la fianza, la prenda, la hipoteca, son contratos que están garantizando el cumplimiento y la preferencia en el pago de otro contrato.

e. Contratos instantáneos y de tracto sucesivo

Hay contratos instantáneos, que son aquellos que se realizan inmediatamente, por ejemplo el contrato de compraventa, en los que la transmisión de la propiedad de la cosa y el pago del precio se realizan inmediatamente; y hay otros contratos de ejecución sucesiva, como el contrato de arrendamiento, en los que las prestaciones no se ejecutan de una manera inmediata, instantánea, sino a lo largo del tiempo; estos contratos se denominan de tracto sucesivo.

f. Contratos consensuales y contratos formales

Atendiendo ya no a su naturaleza sino a su forma, los contratos se dividen en contratos consensuales, contratos formales y contratos

solemnes. En su programa encontramos una ficha especial dedicada al problema de la formalidad de los contratos, y entonces será la oportunidad de expresar lo que significa esta clasificación.

g. Contratos reales y contratos consensuales

Por último, existen también, oponiéndose a los contratos consensuales, los contratos reales. El contrato real significa que un contrato se forma por la entrega de la cosa; el contrato de comodato, el contrato de mutuo, el contrato de prenda, el contrato de depósito, eran contratos en el Código de 1884 (en la actualidad sólo lo es el de prenda) que se formaban, como decían los romanos, *res*, es decir, por la entrega de la cosa. No bastaba el consentimiento de los contratantes para la formación del contrato, y por eso los contratos reales se pueden oponer a los consensuales. Desde este punto de vista de clasificación, la entrega era necesaria para la formación misma del contrato. Ya hemos de ver cómo los autores causalistas decían que la entrega de la cosa era causa del contrato; no bastaba el consentimiento sino que era esencial la entrega de la cosa para que hubiera contrato, y por eso también era posible clasificarlos como unilaterales y no como bilaterales, porque la entrega no es una consecuencia del contrato sino la formación misma de él, es lo que constituye el consentimiento mismo, queda como requisito de existencia del contrato la entrega de la cosa. Pero en el código vigente veremos que, siguiendo el Código Suizo de las Obligaciones, no considera el contrato de depósito, el de comodato y el de mutuo, como contratos reales, sino como consensuales, y en lugar de clasificarlos como unilaterales, ahora sí, dentro

del nuevo código, se deben clasificar como contratos bilaterales. Respecto al contrato de prenda, todavía la entrega real o jurídica de la cosa sigue siendo un elemento de formación del contrato y, por tanto, podemos sostener que sigue siendo un contrato real, como era en el Código de 1884.

3. Elementos del contrato

Decíamos ya en clases anteriores, y lo hemos explicado en diversas ocasiones, que los elementos del contrato son de dos clases: elementos de existencia y elementos de validez. El Código de 1870, lo mismo que el de 1884, no hace una distinción entre elementos de esencia y elementos de validez, sino que confunde, entre los elementos de validez, aun los elementos de esencia del contrato. La única diferencia que hay entre el Código de 1870 y el de 1884 es que en este último, y por razones que hemos de explicar al tratar la materia de forma de los contratos, se añadió una fracción más al artículo relativo del Código de 1870, en el que los elementos de validez del contrato eran la capacidad, el consentimiento y el objeto lícito. Desde luego, el consentimiento no es un requisito que pueda estar en el mismo plano de la capacidad, porque mientras el consentimiento es elemento esencial del contrato, es elemento psicológico, la capacidad es un simple elemento de validez. Pero el Código de 1870 no hacía la distinción y establecía que para la validez del contrato se requerían los elementos que acabamos de mencionar. En el Código de 1884 se añadieron una fracción y un requisito a los tres que establecía el Código de 1870; este requisito fue “la formalidad establecida por la ley”. Ya hemos de examinar

el problema de si ese aumento en los requisitos del Código de 1870 significó acoger alguna doctrina especial sobre la solemnidad de los contratos, y hemos de demostrar cómo en realidad no hubo una variación esencial en cuanto a la formalidad entre el Código de 1870 y el de 1884.

Estos cuatro elementos: capacidad, consentimiento, objeto lícito y formalidad, eran los que establecía el Código de 1884 como elementos de validez, sin distinguir entre el elemento de existencia, que son el consentimiento y el objeto, y los demás elementos, que sí son elementos de validez. El nuevo Código Civil, siguiendo el proyecto franco-italiano de las obligaciones y de los contratos en sus artículos 10 y 11, en los artículos 1794 y 1795 establece la distinción entre elementos de existencia, consentimiento y objeto que puedan ser materia del contrato, y elementos de validez, que son los del artículo 1795: incapacidad, vicios del consentimiento, objeto, motivo o fin lícito y falta de formalidad. Ya hemos dicho también cómo la sanción expuesta por el Código Civil no es la misma para la inexistencia que para la nulidad, y esto lo analizamos en nuestro estudio sobre inexistencia y nulidad. Decíamos que mientras que los requisitos de existencia tienen como sanción la inexistencia del contrato según un artículo expreso, los requisitos de validez del artículo 1795 significan una nulidad que normalmente es relativa, aun cuando hemos de encontrar, especialmente en objeto ilícito, casos de nulidad absoluta.

V. EL CONSENTIMIENTO

*Y*a hemos expresado que los elementos esenciales del contrato son dos: el consentimiento y el objeto. El consentimiento, según hemos dicho, es la manifestación exterior de la voluntad del acto jurídico; tratándose de los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales, esa manifestación exterior de la voluntad requiere la presencia por lo menos de dos voluntades que concurren, que se pongan de acuerdo ya sea para crear o para transmitir la obligación. En los actos jurídicos unilaterales, ya hemos dicho en otras ocasiones, encontramos una sola voluntad, mientras que en los actos jurídicos plurilaterales encontramos varias voluntades; ese acuerdo de las voluntades en los actos jurídicos plurilaterales es lo que forma el consentimiento, el cual permite, tratándose del contrato, la creación o la transmisión de las obligaciones y los derechos; mientras que tratándose del convenio, ese consentimiento, ese acuerdo de voluntades, significa la modificación o la extinción de las obligaciones.

1. Policitación y aceptación

El consentimiento en el contrato se presenta bajo la forma de una policitación y de una aceptación. Cuando se celebra un contrato, siempre parte de una proposición de una de las partes, de uno de los contratantes; esa proposición, esa propuesta para que se celebre un contrato, para que se cree una obligación o para que se transmita esa obligación, es lo que se conoce con el nombre de policitación. La policitación no es algo que no vaya referido a la persona que pueda aceptarlo, esto es, la policitación requiere una posibilidad de aceptación, se refiere a un posible aceptante, lo que significa la manifestación exterior de la voluntad de la parte a quien se ha referido la propuesta, la policitación. Una vez aceptada, admitiendo la proposición, y solamente por el concurso de la voluntad del policitante y el concurso de la voluntad del aceptante, es cuando se forma el consentimiento, cuando se forma en realidad el contrato. Ya hemos de expresar cuáles son estas reglas de la policitación y de la aceptación y qué efectos producen, ya sea una vez que concurran policitación y aceptación, porque hemos de ver cómo por sí mismas tienen ciertos efectos jurídicos que llegan en el derecho positivo vigente, en el Código Civil nuevo, hasta poder producir los efectos de un consentimiento definitivo, o en los casos en que no concurran policitación y aceptación.

Los contratos se celebran mediante el consentimiento de los contratantes, mediante la expresión de la voluntad que debe ser exteriorizada. No se trata de la voluntad psicológica retenida en la mente, a

la que se referían los romanos, sino a la exteriorizada, que es a la que el derecho le da valor.

Como explicábamos al tratar el acto jurídico, los efectos se producen mediante el consentimiento en cuanto a que ponen en movimiento la regla de derecho de acuerdo con la teoría que hemos considerado más aceptable sobre la producción de los efectos jurídicos (Bonnecase). Hay tesis —recordemos la teoría de Duguit— que le niegan el efecto productor de efectos de derecho al consentimiento, considerando que es el derecho objetivo el que los produce. Fuera de esta tesis, el papel de la voluntad en materia contractual ha sido motivo de discusiones y motivo de una evolución.

2. Principio de la autonomía

Se conoce en el derecho que el principio de la autonomía de la voluntad significa la libre posibilidad de contratar y de darle al contrato el objeto, las condiciones, las modalidades y los efectos que los contratantes deseen. Este principio de la autonomía de la voluntad que para Ihering significa que se puede hacer contractualmente todo aquello que no está prohibido, tuvo su origen en el siglo XVIII con los principios individualistas que consagraron las teorías económicas del “dejar hacer” y del “dejar pasar”. El reconocimiento de la libre voluntad y de la libertad en general que se dio en la Constitución francesa y las teorías que originaron este movimiento, tuvieron su reflejo en materia de derecho privado sosteniendo que el hombre sólo puede limitar su voluntad mediante su voluntad propia, sólo puede limitar

sus derechos mediante un acto de voluntad; en el contrato, es la fuente principal de la creación de derecho y de la transmisión de esos derechos porque la autonomía de la voluntad de los contratantes exige la intervención de una voluntad libre.

Limitaciones que en el derecho se hacían al principio de la autonomía de la voluntad. Para poder hacer una limitación en los derechos del hombre no se debe admitir este principio sino la limitación del orden público. Existen preceptos de orden público que tienden a conservar el orden social que requieren la limitación de la libertad de los contratantes, pero fuera de esos preceptos para hacer posible el orden social, para hacer posible que existan individuos que viven y se desarrollan en la sociedad, los contratantes son libres de celebrar toda clase de contratos, de darles todos aquellos objetos que deseen, de fijarles las condiciones, las modalidades y los efectos que también deseen.

En materia de derecho privado, conforme a esta tesis, las leyes tienen un carácter supletorio de la voluntad de las partes, de la voluntad de los contratantes; esto significa que se supone que los contratantes pudieron expresar su voluntad en determinado sentido, y que si no lo hicieron, la ley lo único que hace es suplir la voluntad de los contratantes, pero si éstos llegaron a manifestar una voluntad contraria a la expresada por la ley, ésta desaparecería para dejar el lugar a la voluntad, no teniendo más limitación que este principio de las reglas de orden público, ya sea que tengan un carácter prohibitivo o imperativo, pero la regla general en materia contractual es la ley supletoria de la voluntad de los contratantes.

Limitaciones posteriores. El principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, además de las limitaciones de orden público, ha tenido en la vida materna una serie de limitaciones, es decir, no se considera ya esa igualdad entre los hombres, esa posibilidad absoluta de contratar, sino que ha venido influyendo cada vez más, especialmente razones de orden económico en el derecho privado, y ha llevado al legislador a la convicción de la necesidad de una intervención del Estado en la vida legislativa para limitar esa autonomía que fue el principio reconocido por el siglo XVIII y principios del siglo XIX; y es que fenómenos de orden económico han venido a modificar necesariamente los conceptos.

El principio de la autonomía de la voluntad correspondió en su origen a una organización económica en la que, efectivamente, la pequeña industria, que era la única existente, colocaba a las personas en un plano normalmente de igualdad, pero con el desarrollo del maquinismo, con el desarrollo de la gran industria, con la asociación de personas y capitales para constituir grandes empresas que a menudo forman monopolios, de hecho aunque no de derecho, las condiciones de los contratantes se han tenido que modificar necesariamente.

Tomen ustedes por ejemplo lo que sucede en materia de contrato de trabajo: no es posible considerar que se encuentren en un mismo plan de igualdad el obrero y el patrono en cuanto a la contratación, especialmente del patrono cuando éste constituye una gran fuerza económica, cuando se han unido los capitales y constituyen verdaderos monopolios de hecho, porque no permitan la competencia o

porque se trate de una competencia muy reducida o porque en ocasiones ni siquiera convenga a la economía del país esa práctica.

Este desenvolvimiento de orden económico ha requerido una intervención legislativa, la cual ha sido para fijar en forma definitiva, sin poder dejar lugar a una discusión posible, sin poder hacer lugar a que intervenga la autonomía de la voluntad, un gran número de estipulaciones del contrato. Tienen ustedes por ejemplo el contrato de energía eléctrica; en este contrato las tarifas, o sea el precio del servicio de energía, algo que es necesario en el contrato, no las fija ni el público ni la empresa, sino que la tarifa es propuesta por la empresa pero aceptada y fijada por el Estado, que tiene facultades de revisión de las tarifas. En realidad el Estado es el que fija el precio y las condiciones del servicio, las instalaciones, y la forma de hacerlas; en realidad, y esto ustedes lo saben, cuando se va a celebrar un contrato de suministro de energía eléctrica, lo único que se tiene derecho a escoger es tener o no tener la corriente en determinadas condiciones y escoger la cantidad que se necesite; todo lo demás queda propiamente a cargo de la Secretaría de Economía Nacional, y ni el particular ni la empresa puede modificar esas condiciones establecidas en el contrato.

Otro ejemplo análogo lo tenemos en el contrato de trabajo. Como ustedes saben, este contrato tiene un sinnúmero de limitaciones establecidas por la ley, y estas limitaciones a la autonomía de la voluntad establecidas por la ley no son susceptibles de renunciarse porque se consideran de orden público. Otro ejemplo análogo lo tienen ustedes

en los contratos de transportes; para viajar en ferrocarril, por ejemplo, hay que comprar boleto, pero el precio de éste no se va a discutir entre la empresa de los ferrocarriles y el particular que solicita el servicio, sino que ya está previamente fijado. Aquí ven ustedes cómo se encuentra limitado el principio de la autonomía de la voluntad.

Todavía podríamos citar muchos ejemplos más, pero por ahora me conformo con recordar el siguiente: En materia de lesión, que es uno de nuestros puntos especiales de estudio, ya hemos de ver la evolución del concepto de lesión, que va desde legislaciones que la han ignorado totalmente hasta otras que, como la nuestra y la suiza, le han dado una gran extensión y la han hecho general para todo contrato y aun para todo acto jurídico, pasando por legislaciones como las de 1884 y 1870, en que sólo se ha referido a determinados contratos, específicamente al de compraventa de bienes inmuebles. En nuestro derecho la intervención del concepto de lesión y la amplitud a que actualmente ha llegado, y a la que todavía puede llegar por su desenvolvimiento, se debe precisamente a esta necesidad de intervención del Estado para limitar la autonomía de la voluntad, al reconocimiento de que hay intereses que el legislador debe proteger y que no debe dejar a voluntad de los particulares, aun cuando esa voluntad signifique la posibilidad de un perjuicio, y ese perjuicio sea deseado por el contratante. Y lo mismo hemos de encontrar en materia de mutuo y hemos de ver cómo, a pesar de que el tipo de interés en la actualidad se deja a la voluntad de los contratantes (no hay sino un tipo de interés legal para los casos en que no haya convenio), si ese tipo de interés pactado es superior al legal, nuestro Código vigente esta-

blece una serie de estipulaciones para hacer posible que el daño que se esté causando a la persona contratante no se realice o se tenga manera de evitarlo; de este caso se ocupa nuestro Código Civil en su artículo 2396, en el que establece el plazo a beneficio del deudor cuando se han llenado previamente determinadas circunstancias.

De lo que hemos expuesto no debe deducirse, como se ha afirmado de manera extrema, que el principio de la autonomía de la voluntad ha desaparecido, pues este principio sigue siendo base de nuestra contratación, sigue habiendo la posibilidad de celebrar todos los contratos que establece la ley y de celebrarlos en todas las condiciones en que lo deseen los contratantes, lo que sí debe reconocerse es que aquello que fue algo verdaderamente excepcional, “la limitación de la autonomía fundándose es un principio de orden público”, ha venido destruyéndose como excepción para ser muchas veces la regla general; pero estas materias en que la excepción ha pasado a ser regla general, no son todas y, además, aun en esa materia, en la contratación de trabajo, digamos, muchas cosas están sometidas a la autonomía de la voluntad, no ha desaparecido el principio, éste existe; las excepciones, la intervención del Estado ahora, en virtud de situaciones económicas especialmente, en mi concepto, ha sido mayor, quizá siga aumentando, quizá se detenga, y eso dependerá de la situación económica o de otras causas, pero podemos afirmar que en la actualidad el principio de la autonomía de la voluntad es un principio básico de nuestra contratación; esto no significa que no haya una seria intervención del Estado en el orden legislativo para ir exceptuando cada vez más el principio, pero no, en mi concepto, para destruirlo.

3. Formación del contrato entre presentes y entre ausentes

Cuando se trata del consentimiento es necesario y muy importante fijar en qué momento existe el contrato, en qué momento se forma propiamente el consentimiento y se forma el contrato. Esto es importante por varias razones: Primero, porque hemos de ver que la policitación y la aceptación producen ciertos efectos, mientras el contrato no se ha formado; producen otros efectos una vez que el contrato se ha formado, por eso es necesario preguntar: ¿hasta cuándo hay policitación?, ¿hasta cuándo debe mantenerse la propuesta?, ¿cuándo existe la aceptación?, ¿hasta cuando debe decirse que la aceptación ya ha llegado al proponente? Todos estos problemas son importantes para conocer también hasta cuándo un proponente, por ejemplo, puede retirar su oferta, o bien, un aceptante su aceptación, cuáles son las consecuencias jurídicas de retirar esta propuesta o aceptación; y todo esto, naturalmente ligado con el momento de la formación del contrato y, además, ligado a los problemas de saber conforme a qué legislación se ha formado el contrato, cuál es la legislación aplicable, problema que hemos de encontrar muy interesante no sólo desde el punto de vista internacional sino desde el punto de vista de nuestra legislación en México, toda vez que sabemos que hay diversos códigos en los diferentes Estados de la República. Ligado también con el problema de saber cuáles son los tribunales competentes para conocer de los litigios que se susciten, pero el problema es distinto según se trate de la formación de contratos entre presentes o entre ausentes.

Cuando los contratantes se encuentran presentes, cuando entre la expresión de la voluntad del policitante y la expresión de la voluntad

del aceptante no transcurre tiempo alguno sino que puede hacerse la aceptación inmediatamente o la negación, no existen los problemas que se presentan en los casos en que transcurre algún tiempo entre la policitud, la oferta y la aceptación. Cuando existe este transcurso de tiempo surge el problema fundamental de conocer en qué momento se perfecciona el contrato, en qué momento puede decirse que el contrato está celebrado y, por tanto, en qué momento pueden deducirse todas las acciones de un contrato celebrado. Antes de la celebración del contrato, tanto la oferta como la aceptación producen una serie de efectos que también es necesario investigar en estos contratos entre ausentes, aparte, decíamos, de la importancia que reviste fijar el momento del perfeccionamiento del contrato en cuanto a las reglas de competencia, en cuanto a las leyes que sean aplicables, etcétera.

a. Sistemas doctrinales

La doctrina se ha afanado por resolver este problema y los sistemas doctrinales pueden clasificarse principalmente en cuatro; decimos principalmente porque hay sistemas intermedios o bien autores que escogen un sistema para resolver un aspecto del problema; para resolver otro aspecto, otro sistema, pero los principales son cuatro. Éstos pueden entenderse fácilmente si se toman los diversos momentos de la voluntad que va del policitante al aceptante.

Sistema de la declaración. En efecto, decíamos que el consentimiento en materia contractual se forma por medio de una oferta, de una policitud que se dirige a una persona para que la acepte o la

rechace. La policitación, o sea la voluntad del policitante, se complementa para el perfeccionamiento del contrato con la voluntad del aceptante; en primer lugar encontramos la simple oferta, o sea, la manifestación exterior de la voluntad de una persona que se dirige a otra con objeto de proponerle la creación de una obligación o la transmisión de la obligación; no es, lo hemos repetido, una voluntad interna, sino una voluntad que se ha manifestado. El derecho no se ocupa de la voluntad psicológica sino de la voluntad declarada, manifestada exteriormente; esta voluntad declarada del policitante no es en este momento sino una simple oferta, pero esa oferta llega mediante la correspondencia, mediante el telegrama, a la persona a quien está dirigida, y que puede ser o no el aceptante. Se entera de la oferta y resuelve aceptar expresando su voluntad pero sin hacerla conocer todavía a su policitante, se recibe la carta o el telegrama que contiene la oferta y la persona ante testigos, o bien, escribiendo una carta de contestación, exterioriza su voluntad aceptando la propuesta. Ése puede ser un primer momento en que ya haya concurso de voluntades, en que se haya formado ya el consentimiento y, por tanto, en que se haya perfeccionado el contrato. Efectivamente, algunos autores sostienen que el momento en el que se declara la voluntad por parte del aceptante, en que se exterioriza esa voluntad, constituye el momento del perfeccionamiento del contrato. A este sistema se le llama sistema de la declaración.

Sistema de la expedición. Pero no terminan ahí las cosas en la práctica, sino que el aceptante, una vez que ha aceptado la propuesta, naturalmente se dirige al policitante manifestándole su aceptación, y

entonces hace la remisión de su aceptación, expide mediante la correspondencia su aceptación, se deshace en forma definitiva de su respuesta para colocarla en el correo, para llevarla al telégrafo. El segundo sistema doctrinal coincide con este segundo paso en la manifestación de la voluntad, momento en que el aceptante se deshace en forma definitiva de su contestación. Este sistema se conoce con el nombre de la expedición.

Sistema de la recepción. Pero la carta, en el ejemplo, llega al aceptante y todavía puede pensarse en otros dos momentos en cuanto a la manifestación de la voluntad, la carta así expedida, así dirigida al proponente, al peticionante, llega a manos de éste, recibe la contestación el peticionante pero no se ha enterado de ella, no conoce todavía la contestación, simplemente es el momento en que la recibe. Algunos autores, Demogue entre otros, consideran que este momento de la recepción de la contestación por parte del aceptante es el que constituye la época del perfeccionamiento del contrato, y a este sistema se le llama sistema de la recepción.

Sistema de la información. Por último, ha recibido la contestación el peticionante pero éste no sólo la ha recibido materialmente sino que ya conoce la respuesta, ya se ha informado de la aceptación que viene de su aceptante. Éste es, según otra doctrina, el momento del perfeccionamiento del contrato y se conoce con el nombre de sistema de la información, de la información por parte del peticionante.

Son pues los cuatro momentos principales posibles en cuanto a la manifestación exterior de la voluntad los que han determinado

también los cuatro sistemas doctrinales que son: sistema de la declaración, sistema de la expedición, sistema de la recepción y sistema de la información.

Claro está que los cuatro sistemas doctrinalmente tienen sus partidarios y los autores, como decíamos, se dividen enormemente en cuanto al sistema que debe acogerse. Para algunos autores, como Baudry Lacantinerie, el primer sistema es el que debe aceptarse; para otros es el sistema de la expedición; para algunos más, debe aceptarse el sistema de la recepción; para otros —Planiol, por ejemplo—, es hasta el último momento de la información lo que determina el perfeccionamiento del contrato, o sea, el momento en que hay propiamente consentimiento. De estos sistemas, ¿cuál es el adoptado por nuestro Código Civil de 1884 y cuál el adoptado por el Código Civil vigente?

b. Sistema del Código Civil de 1884

Contratos entre presentes. El Código de 1884, tratándose de los contratos entre presentes, establece la necesidad de que el consentimiento se manifieste en una forma inmediata. El artículo 1289 establece: “Si los contratantes estuvieren presentes, la aceptación se hará en el mismo acto de la propuesta; salvo convenio expreso en contrario”.

Contratos por teléfono. El Código de 1884 no resuelve expresamente, como lo hace el Código vigente, cuándo se forma el consentimiento de esta clase de contratos; sin embargo, admite la solución, por analogía, que se ha dado entre el contrato entre presentes, y así lo

ha sostenido la mayor parte de la doctrina, se ha considerado que, dada la situación de las personas que celebran un contrato por teléfono, es una situación semejante a los que se encuentran presentes que pueden manifestar desde luego su voluntad; por consiguiente, el contrato por teléfono admite una reglamentación y una solución en los problemas mediante la explicación del contrato entre presentes.

Contrato entre ausentes. En un contrato entre ausentes el artículo 1288 establece: “Luego que la propuesta sea aceptada quedará el contrato perfecto, menos en aquellos casos en que la ley exija alguna formalidad”. De este artículo parece derivarse que el sistema es el primero, es decir, el sistema de la declaración, pues dice: “luego de que la propuesta sea aceptada quedará el contrato perfeccionado”, se perfecciona el contrato, y tan es verdad que el artículo 1288 hace derivar aparentemente una interpretación hacia el primero de los sistemas conocidos, que Baudry Lacantinerie, en su *Tratado de derecho civil*, en la obra grande, se refiere al artículo 1288 del Código Civil mexicano de 1884 y manifiesta que el sistema acogido por este código es por el que él propugna, o sea, por el sistema de la declaración. Pero un examen más detenido lleva a la conclusión de que no es el primer sistema, el de la declaración, el que admite el Código de 1884. En efecto, puede distinguirse del caso en que se fija un plazo, el caso en que no se fija ese plazo para la contestación. Si se fija un plazo, el peticionante está obligado a mantener su propuesta por todo el tiempo del plazo; si no se fija un plazo, entonces el artículo 1291 establece: “Cuando no se haya fijado un plazo, se considerará no aceptada la propuesta, si la otra parte no respondiere dentro de tres días, además del tiempo

necesario para la ida y vuelta regular de correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones”. Cuando se fija un plazo, el artículo 1290 resuelve el asunto.

Por último, el artículo 1292 establece: “El proponente está obligado a mantener su propuesta mientras no reciba contestación de otra parte, en los términos señalados en los artículos 1289, 1290 y 1291. De lo contrario, es responsable de los daños y perjuicios que puedan resultar de su retractación”.

De la forma en que está redactado el artículo 1291, que obliga al proponente durante el tiempo necesario para la ida y vuelta del correo más tres días, y de la redacción del 1292, conforme al cual el proponente está obligado a mantener su propuesta mientras no reciba contestación de la otra parte, se ha pensado, se ha interpretado, que nuestros artículos del Código de 1884, más que el primer sistema, más que el sistema de la declaración, admiten el tercer sistema, es decir, el de la recepción, porque exige que se reciba por el proponente la respuesta y durante todo ese plazo obligan al proponente, en los términos que hemos de examinar en el artículo 1292, a mantener su propuesta; esto quiere decir lo siguiente: El momento en que se perfecciona el contrato es el momento de la recepción de la contestación del aceptante; no es tampoco, como quiere Planiol, el momento de la información; basta el hecho de que se reciba la contestación para que se entienda perfeccionado el contrato con todas las consecuencias de que el contrato se haya perfeccionado, veremos más adelante estas consecuencias.

Vamos a examinar los diversos momentos de la manifestación de la voluntad del peticionario dirigida al aceptante. Mientras no ha llegado la carta o el telegrama a poder del aceptante, es claro que el peticionario puede retirar su propuesta, siempre y cuando el retiro de la oferta llegue antes que la oferta misma, puesto que todavía no tiene conocimiento el aceptante de la manifestación exterior de la voluntad del peticionario. Si el aceptante recibe la oferta, puede manifestar su voluntad aceptando, pero puede suceder que no sólo se conforme con esa manifestación exterior de la voluntad, sino que puede además hacer gastos teniendo en cuenta lo que ya se ha celebrado en el contrato, o por lo menos, que ya ha manifestado su voluntad. Los ejemplos son numerosos.

Supongamos que una persona le ofrece vender maíz a otra de una ciudad diversa a la Ciudad de México, en la ciudad de Tampico, por ejemplo. En un momento dado se necesita maíz y entonces una persona de México se dirige a él diciéndole, “te ofrezco tantas cargas de maíz a tal precio”. La otra persona, que lo necesita, desde luego se apresura a expresar su voluntad aceptando, y no sólo hace eso sino que toma una bodega, la alquila y paga cierta cantidad de dinero por su alquiler, y en general hace gastos, pero siempre antes de que el peticionario reciba la contestación. El peticionario se arrepiente de su oferta porque ha subido ya el precio del maíz y no le conviene venderlo al precio que se lo había ofrecido y le pone un telegrama diciéndole: “No puedo mantener la propuesta al precio que antes te había ofrecido, de tal suerte que revoco mi petición”. ¿Qué sucede con todos aquellos gastos? Hemos dicho ya que el Código de 1884 opta

por el tercero de los sistemas, por tanto, el contrato se habría celebrado únicamente cuando el policitante hubiera recibido la contestación del aceptante, es decir, en el caso propuesto, cuando hubiese recibido la carta o el telegrama del comerciante de Tampico, pero aquí, por hipótesis, suponemos que no la ha recibido. ¿Qué sucede con todos los gastos y todos los perjuicios que ha sufrido el aceptante y que los ha sufrido en vista de la policitación del comerciante de la Ciudad de México?, ¿quién tiene que pagarlos? Vamos a suponer que no solamente hay daños, sino que también hay perjuicios, que ya el comerciante de Tampico había colocado el maíz a un precio conveniente para él, naturalmente con una ganancia, y que ahora, en vista de que el comerciante de la Ciudad de México retira su propuesta, no puede obtener esa ganancia, ese lucro. Hay que fijarse en que no se trata de exigir el cumplimiento del contrato, hay que distinguir entre daños y perjuicios que se hayan podido causar en virtud de que el aceptante ha considerado firme la propuesta del policitante y el perfeccionamiento del contrato que puede significar exigir su cumplimiento.

Decíamos que el contrato dentro del sistema de la recepción que es el adoptado por nuestro Código de 1884 se perfecciona hasta el momento en que se recibe la contestación del aceptante, una vez recibida la contestación, claro está, se derivan de esa aceptación todas las acciones propias de un contrato perfeccionado, de un contrato que se ha celebrado; si la carta en el caso propuesto o el telegrama hubiesen llegado ya a manos del policitante, cuando éste quisiese retirar su propuesta entonces la consecuencia sería que el comerciante de la ciudad de Tampico, el aceptante, exigiera el cumplimiento del contrato, la

entrega del maíz al precio prometido además de los daños y perjuicios que pudieran derivarse porque esa entrega no se llegará a hacer o porque se hubiera hecho con retraso, pero, según decíamos, nuestro caso no es ése, sino que todavía no se perfecciona el contrato porque no ha habido el momento de la recepción, sino que antes de que se reciba la contestación del aceptante, el comerciante de la ciudad de Tampico había hecho gastos, ha sufrido daños, y no solamente ha sufrido daños sino perjuicios, ha habido lucro cesante. ¿Tendrá acción alguna el comerciante de Tampico en contra del de México en estas condiciones? Esto se lo resuelve a ustedes el artículo 1292 en su segunda parte cuando dice: “De lo contrario es responsable de los daños y perjuicios que puedan resultar de su retractación”. De tal suerte que a pesar de que todavía no hay contrato, porque, repetimos, el contrato solamente va a existir en el momento en el que el comerciante de la Ciudad de México reciba la aceptación, sin embargo sí hay una acción de daños y perjuicios cuando éstos se hayan causado; cuando no ha habido daños y perjuicios, entonces no habrá ninguna acción, se supone la hipótesis de que los daños y perjuicios se han causado en el ejemplo anterior.

A este respecto la doctrina se ha preguntado de dónde deriva esta acción (de daños y perjuicios), cuál es la fuente de esa obligación, y también cómo en todas estas cuestiones de derecho encontramos diversas doctrinas que tratan de explicar la fuente de la obligación.

Teoría de Windsheid. Desde luego, la que parece más sencilla es la que anota Windsheid en Alemania cuando dice: “La acción se deriva

de la ley”; es, diremos en México, el artículo 1292 el que establece la obligación por parte del proponente de mantener su propuesta y responder a los daños y perjuicios, pero ya hemos manifestado cómo la ley, en general el derecho positivo, no constituye una fuente especial de obligaciones, sino que es necesario buscar el hecho o acto jurídico que ponga en movimiento las reglas de derecho.

Teoría de Planiol. Sostiene una teoría contractual diciendo: Aquí hay un contrato, claro está que no hay contrato de compraventa del maíz, porque hemos dicho que no se tiene aún el perfeccionamiento del contrato, pero es que cuando se hace una oferta con un plazo, en la oferta se contienen dos cosas: Primero, la oferta del contrato principal, o sea, la de la venta del maíz; y segundo, al mismo tiempo, y sin que esto sea tácito, existe la oferta de un plazo. Respecto a esta segunda, la del plazo, como el aceptante no tiene por qué rechazar ese plazo que se le otorga, se supone que lo ha aceptado y, en consecuencia, que hay contrato, no para el principal, sino para el plazo. Pero como dice Demogue, esto no es cierto: hay esta circunstancia: que no es verdad que siempre tenga por qué admitir ese plazo, es decir, se pretende dar una intervención a la voluntad del aceptante que no siempre coincide con la realidad.

Ihering. Sostiene que es uno de los casos de aplicación de lo que él llama la *culpa in contrahendo*, es decir, la culpa que se deriva de un acto de incumplimiento de los contratos, pero no se tiene en cuenta en esta explicación que precisamente por hipótesis no hay contrato, es decir, no podemos hacer una teoría del contrato puesto que se

trata de explicar una acción que se deriva de un momento en que todavía no hay celebración del contrato, puesto que la celebración dentro del sistema de nuestro Código Civil derivará del momento de la aceptación; si hubiera ya acontecimiento, entonces los daños y perjuicios se explicarían por las acciones del cumplimiento del contrato o de la rescisión del mismo.

Otros autores no se apegan a una explicación estricta de fuente de obligación, sino que dan el concepto general de la equidad, de la necesidad de que sea el peticionario el que responda de estos daños y perjuicios, toda vez que es él quien ha creado esa situación que ha traído como consecuencia que el aceptante haga los gastos o sufra los perjuicios.

La voluntad unilateral como fuente de esta obligación. En realidad parece que la mejor explicación de esta acción de indeterminación es la voluntad unilateral por parte del peticionario; no encontramos más voluntad que la de él, de mantener su propuesta y como consecuencia una obligación de pagar los daños y perjuicios. Claro está que tenemos un reconocimiento legal en el artículo 1292, pero hemos dicho que lo que necesitamos buscar es el hecho o el acto jurídico que convierta la situación jurídica abstracta en situación jurídica concreta, y eso, en mi concepto, no es otra cosa que la voluntad unilateral del peticionario. Esto nos dará motivo para ofrecer una mejor explicación al volver sobre el problema cuando tratemos de la voluntad unilateral como fuente de la obligación, porque entonces comprenderán mejor esta noción de la obligación y verán cómo es exacto o, por lo menos,

que la mejor explicación se deriva de esta voluntad unilateral del peticitante. Ya veremos cómo, precisamente en el Código Civil alemán, uno de los casos de aplicación de la voluntad unilateral es la peticitación con plazo.

c. Sistema del Código Civil de 1928

Contratos entre presentes y por teléfono. Tratándose de los contratos entre presentes, el Código Civil vigente establece lo siguiente en su artículo 1805: “Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazos para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono”. Coincide con el sistema del Código de 1884 y en su última parte resuelve expresamente el problema de saber cómo se han de considerar los contratos por teléfono, sostiene la tesis de que el concertado por teléfono debe considerarse un contrato entre presentes y no uno concertado entre ausentes.

Contrato entre ausentes. El Código Civil, en su artículo 1804, establece: “Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo”. Hay que fijarse que en este punto el sistema del artículo 1304 del nuevo código es diverso del que se establece en el del artículo 1292 del Código de 1884, por lo siguiente: Cuando se ha fijado un plazo, según el artículo 1804, el proponente queda ligado por su oferta durante todo el tiempo del plazo; esto quiere decir que no hay posibilidad de revocar la oferta, esto es, que aun cuando se

retire la oferta, el aceptante puede aceptar y el contrato se habrá perfeccionado. Este sistema es el mismo que el del Código Suizo de las Obligaciones, y los tratadistas explican cómo, en virtud de la expresión unilateral de la voluntad, se crea una situación de derecho que obliga al cumplimiento del contrato y que imposibilita al policitante para retirar su propuesta, no se admite sino aquel caso en el que la propuesta sea retirada antes de que la haya recibido el futuro aceptante, porque en realidad es un caso en que todavía no se ha enterado éste de la policitación, pero fuera de este caso, si una propuesta se verifica fijando un plazo, de acuerdo con el Código Civil vigente ya no puede retirarse durante todo el plazo, y esto significa, jurídicamente, no que se esté obligado al pago de daños y perjuicios si se retira la propuesta, como sucede en el Código de 1884, sino que si se le retira y el futuro aceptante, sin embargo, dentro del plazo propuesto acepta, el aceptante tendrá las acciones del cumplimiento del contrato y no las simples acciones de una indemnización por daños y perjuicios, que suponen que el contrato no se ha celebrado. Vamos a explicar esto valiéndonos del ejemplo que ya poníamos del ofrecimiento de venta de maíz.

Decíamos: la oferta de un comerciante de México dirigida a uno de Tampico proponiendo venderle ciertas cargas de maíz a un precio determinado y fijándole un plazo para que acepte; una vez que el comerciante de Tampico ha recibido la policitación, pero antes de que llegue al comerciante de la Ciudad de México su respuesta de aceptación, el de México se retracta, retira su policitación. Decíamos que, conforme al sistema del Código de 1884, en el caso en que el comer-

ciente de Tampico hubiera hecho gastos en virtud de esa peticación y hubiera sufrido perjuicios, el comerciante de la Ciudad de México, el peticante, estaba obligado a pagar esos daños y perjuicios conforme a lo dispuesto por el artículo 1292, pero el aceptante no podría obligar al peticante a mantener la propuesta. En el código vigente no sucede lo mismo. Examinemos el ejemplo: Hay una peticación del comerciante de México al de Tampico en la que le dice: “Te ofrezco maíz a tal precio y tienes 30 días para contestarme”; le llega al aceptante la propuesta, pero a los cinco días, y antes de que el peticante reciba la contestación del futuro aceptante, sube el maíz y entonces el peticante dice: “Retiro mi propuesta”. ¿Qué acción tiene el aceptante? Será nada más esa acción de daños y perjuicios, o puede responder diciendo “acepto la propuesta que me hiciste en tu carta de tal fecha en virtud de que me diste un plazo de treinta días y aún estoy dentro del plazo”. ¿Puede hacer esto? Sí puede hacerlo conforme al código vigente porque la oferta subsiste y no puede retirarse durante todo el plazo. ¿Ven ustedes la diferencia? El artículo 1806 del código vigente es igual al 1291 del de 1884 que ya examinamos. El artículo 1807 dice: “El contrato se forma en el momento en el que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes”. Como ustedes ven, ya de una manera expresa y siguiendo también el Código Civil Suizo de las Obligaciones, el Código Civil vigente resuelve que el sistema es el de la recepción, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación. El artículo 1808 del código vigente establece el único caso en que el peticante puede retirar su propuesta, y es aquel en el cual la revocación de la peticación llegue al posible aceptante antes que la peticación misma.

Coinciden los dos códigos en cuanto a aceptar el sistema sobre el fallecimiento del proponente distinguiendo: si el aceptante conoce la muerte del policitante en el momento de la aceptación, entonces no surte efecto el contrato, pero si ignora la muerte de aquél en el momento de la aceptación, entonces surte “todos sus efectos”, de acuerdo con las normas ya establecidas.

¿Qué sucederá cuando el aceptante, en vez de manifestar una aceptación lisa y llana, modifica la oferta, cosa que en la práctica sucede a menudo? El aceptante no dice simplemente “en vista de la oferta que me haces, acepto”, sino que puede decir: “no estoy conforme con el precio que me das, te propongo un precio inferior”, o puede decir: “no estoy conforme con la calidad de la cosa ofrecida, aceptaré el precio si la cosa en lugar de ser de segunda calidad me la das de primera”. El Código de 1884, lo mismo que el vigente, resuelven el asunto estableciendo que se trata de una nueva policitación y, en consecuencia, el aceptante se convierte en un policitante y esa nueva policitación se rige por todas las reglas de policitación, aceptación y efectos que establecen tanto el Código de 1884 como el vigente.

4. Contratos de adhesión

El perfeccionamiento de los contratos presenta un problema esencial cuando se trata de lo que se conoce con el nombre de contrato de adhesión, por lo menos existe ese problema especial para algunos autores. El contrato de adhesión ha sido motivo de estudio tanto por tratadistas de derecho privado como por los de derecho público.

Parece, siguiendo la doctrina más aceptada, que el contrato de adhesión se caracteriza por ser una oferta al público, a la colectividad, en la que se imponen las condiciones de un contrato que tiene un carácter reglamentario y normalmente con un contenido de servicio público. Se ha llamado contrato de adhesión porque la característica es que una persona se adhiera en un Estado de derecho o a un Estado de hecho, según consideran algunos autores como Duguit, y hace que la institución, que llama Hauriou, produzca sus efectos.

Tesis extracontractuales. Saleilles. En su obra *La declaración de la voluntad*, Saleilles dice que los contratos de adhesión no tienen de contratos sino el nombre, que no lo son propiamente sino que son actos de voluntad unilateral del proponente, del peticitante, que éste ya se encuentra obligado; claro, dice él, se requiere la adhesión de la otra parte para beneficiarse de los efectos del acto, pero no es un elemento esencial en cuanto a la creación de los efectos de derecho de la voluntad de la otra parte, la obligación que tiene el que crea esta situación de derecho surge de su voluntad unilateral.

Tesis de Duguit. La teoría de Duguit sobre el contrato de adhesión es también de voluntad unilateral, pero en mi concepto difiere fundamentalmente de la tesis de Saleilles porque, decíamos que para este último, la voluntad unilateral en el contrato de adhesión es de la persona que ha hecho la oferta al público, mientras que para Duguit la voluntad es la de la persona que se aprovecha de esa oferta.

Vamos a examinar un ejemplo que ustedes encuentran diariamente y al que se refiere Duguit, el del aparato automático que colocan las

personas o empresas, que, mediante la inserción de una moneda, da derecho a una mercancía y que cuando no sale, se tiene derecho a la devolución del dinero. Según Saleilles, la colocación de estos aparatos significa la obligación, por parte del promitente, de cumplir con la entrega de la mercancía; según la teoría de Saleilles, es la voluntad de la empresa, de la compañía, la que produce la obligación por sí y ante sí, y la persona que pone la moneda se aprovecha de esa obligación ya establecida. En cambio, Duguit sostiene en sus *Transformaciones del derecho privado* que el policitante crea una situación de hecho de la que se aprovecha una persona mediante su voluntad, es decir, es la voluntad del que aprovecha esa situación la que crea el Estado de derecho, no es, como dentro de la tesis de Saleilles, a mi modo de entender, no es la voluntad de la persona policitante. Duguit ignora en realidad la voluntad del que ha creado la situación de hecho que la considera una situación no jurídica, no creando una situación subjetiva, sino que la voluntad que determina la creación del efecto de derecho, y que por tanto habrá de determinar también su extensión, es la voluntad del que se aprovecha de la situación de hecho, esto es, en vez de ser la voluntad del que ha colocado los aparatos y ha hecho así la oferta al público, es la del que inserta la moneda la que está creando el efecto de derecho, pero, como quiera, es voluntad unilateral. Ambas explicaciones son extracontractuales.

El contrato de adhesión, verdadero contrato. Gény. A diferencia de estos autores, encontramos otros que exponen una teoría diversa, para ellos sí es una situación contractual. Para Gény, por ejemplo, que hace la crítica especialmente de la teoría de Duguit, se trata de

una situación contractual porque, ¿qué cosa es el contrato? El contrato es un acuerdo de voluntades para crear o transmitir obligaciones y derechos; luego necesitamos buscar esencialmente ese acuerdo de voluntades. ¿Qué sucede en los contratos de adhesión? Ya no pongamos el ejemplo sencillo del aparato automático, pongamos todos aquellos casos en los que hay un servicio público, por ejemplo, los contratos de prestación del servicio de energía eléctrica, de gas o de agua, el contrato de transportes, el de seguros, etc., que constituyen ofertas hechas al público en las que se impone la voluntad del peticitante mediante una serie de cláusulas reglamentarias que al aceptante no le queda sino consentir o negarse a la aceptación, pero las cláusulas esenciales y aun un gran número de cláusulas accesorias están previamente establecidas por el peticitante, y muchas veces ni siquiera por el peticitante, sino preestablecidas por la intervención del Estado.

Examinando lo que sucede en estos contratos, encuentran los autores que sostienen la teoría contractual que, efectivamente, hay acuerdo de voluntades: es la voluntad del que ofrece el contrato de adhesión, la voluntad de la empresa que establece esas condiciones que han de aceptarse o no, o que las estableció mediante la intervención o la aprobación del Estado, pero, comoquiera que sea, es la voluntad de crear el efecto de derecho (aquí encontramos una voluntad). Además, quien acepta el contrato de adhesión, ya sea que lo acepte obligado por una situación económica, ya sea por un estado de necesidad, comoquiera que sea, es su voluntad aceptar eso que Duguit llama situación de hecho y que en realidad es una situación jurídica, es una peticitación, es una oferta al público. Si encontramos,

pues, la oferta, por una parte, oferta colectiva que no por ser colectiva, no por ser una oferta a persona indeterminada, le quita su carácter de oferta ni le quita tampoco el que produzca sus efectos de derecho; y si, por otra parte, hay una persona que quiera aprovecharse de esta oferta y que a su vez se obliga, tenemos que hay una concurrencia de dos voluntades, dos voluntades poniéndose de acuerdo para crear efectos de derecho. La voluntad del aceptante produce sus efectos desde el momento de la aceptación y no desde el momento de la oferta.

Gény piensa, con razón, que se trata de una obligación de orden contractual y, en efecto, si tomamos la noción general de lo que es contrato, y si no deseamos que en cada institución que tenga caracteres diversos a los de las instituciones que acostumbramos conocer, pero que sus caracteres esenciales puedan concurrir, si no deseamos hacer una nueva institución, cada vez que encontramos una de estas instituciones, habremos de concluir que la adhesión es una obligación de orden contractual. También, ha dicho Gény, el derecho significa precisamente un esfuerzo para hacer contener dentro de la norma general el mayor número de instituciones, claro está, siempre y cuando en esencia coincidan sus elementos, y las distinciones no son científicas cuando se hacen simplemente por distinguir; por lo tanto, repito, hemos de llegar a la conclusión, desde un punto de vista jurídico, de que el contrato de adhesión, dentro de su reglamentación actual, significa todavía un acuerdo de voluntades, y como ese acuerdo tiende a la creación de los efectos de derecho, no se ve por qué no quepa en la definición de contrato que dan nuestros códigos civiles. Hay que tener en cuenta, además, que los contratos de transporte y de seguros

que se presentan como ejemplos típicos del contrato de adhesión, están expresamente clasificados en nuestro derecho positivo como contratos, no como cosas diversas a la contratación; y si examinamos la declaración unilateral de voluntad —ya lo haremos en su oportunidad—, encontraremos que en el capítulo del Código Civil vigente sobre declaración unilateral de voluntad, capítulo que no existía en el Código de 1884, por razones que hemos de expresar, encontraremos que nuestro código admite ya la voluntad unilateral como fuente de obligación. Pero no como fuente general de obligación, como pasa con el contrato, esto es, siempre que se celebre un contrato, siempre y cuando éste reúna los caracteres esenciales y las condiciones de validez, produce sus efectos aun cuando no sea uno de los contratos reglamentados expresamente en el Código Civil, sino de los no reglamentados, los que se conocen con el nombre de contratos innominados, es decir, aquellos que sin estar expresamente reglamentados producen sus efectos por llenar las condiciones de esencia y de validez. Al efecto, el artículo 1858 del código vigente establece: “Los contratos que no están especialmente reglamentados en el código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueran omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento”. Este artículo expresa el reconocimiento del contrato innominado, que, hemos de explicar, es cosa totalmente distinta del contrato innominado del derecho romano. Nuestro contrato innominado es simplemente aquel contrato no reglamentado en el código pero que surte sus efectos en virtud de la disposición del artículo 1858. Decíamos, pues, que siempre que un contrato, ya sea de los

reglamentados (contrato de compraventa, de mutuo, de donación, etc.) se celebra, produce sus efectos, y lo mismo pasa con los innominados, siempre que se celebra un contrato innominado produce sus efectos; pero no todo acto de voluntad unilateral produce efectos jurídicos, como hemos de explicar al tratar esta materia, sino que el legislador, siguiendo en esto la tesis alemana, ha admitido únicamente determinados actos de voluntad unilateral que son a los que les reconoce efectos de derecho. El capítulo respectivo sobre la declaración unilateral de la voluntad reglamenta las ofertas hechas al público, la promesa de recompensa, la estipulación a favor de un tercero y los documentos a la orden y al portador; en cambio el de adhesión, que si es una oferta al público pero que no es la oferta, digamos, común y corriente al público, sino que tiene además otras características (de predeterminación de condiciones reglamentarias, de comprender un servicio público), no está reglamentado en ese capítulo; todo eso nos lleva a la conclusión siguiente:

Si, por una parte el legislador, al reglamentar la declaración unilateral de la voluntad en una forma taxativa, en una forma de decir cuáles son los afectos de voluntad unilateral que reconoce no reglamentar el contrato de adhesión, si, por otra parte, éstos, que se dan como contratos tipo, están reconocidos, ya sea en nuestro Código Civil o en el de Comercio como verdaderos contratos, hemos de llegar a la conclusión de que, por lo menos en nuestro derecho positivo, y en mi concepto coincidiendo con la verdadera teoría en materia doctrinaria, los contratos de adhesión no han perdido su figura jurídica contractual y no son ciertas las tesis de explicación extracontractual dadas por Saleilles y por Duguit.

VI. EL OBJETO

*H*emos terminado el estudio de nociones generales del primer elemento esencial que llamamos consentimiento; ahora, siguiendo una exposición lógica, que es la planteada también en nuestro programa, vamos a estudiar el otro elemento esencial del contrato, que hemos dicho es el objeto.

En repetidas ocasiones nos hemos referido al artículo 1794 del nuevo Código Civil que dice: “Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento (cuyo estudio se supone agotado);

II. Objeto que pueda ser materia del contrato”.

Iniciaremos el estudio de este segundo elemento esencial del contrato que se conoce con el nombre de objeto y que es otro de los elementos que trae como inexistencia el contrato y no su simple nulidad.

1. Diversas acepciones de objeto

Cuando se habla del objeto del contrato en realidad se está hablando, como dice Planiol, en una forma elíptica, porque los contratos producen efectos, el efecto del contrato es, decíamos en clases anteriores, crear obligaciones o transmitir obligaciones y derechos, eso es propiamente el objeto del contrato, y son las obligaciones las que tienen un objeto, de suerte que cuando se habla del objeto de los contratos en realidad se está pensando en el objeto de las obligaciones, y en la forma elíptica, haciendo desaparecer de la noción a la obligación, para referirla al contrato. ¿Por qué? Porque el estudio y la reglamentación del objeto de las obligaciones se hace principalmente con motivo del objeto de los contratos. Dicho de otro modo, la palabra ‘objeto’ tiene diversas acepciones; puede referirse al objeto de los contratos y entonces propiamente debería decirse que el objeto es la creación o transmisión de la obligación, o bien, referirse al objeto propio de la obligación.

¿Qué cosa es el objeto de la obligación? Cuando definíamos nuestra obligación decíamos: “La obligación es una relación jurídica entre dos personas en cuya virtud una de ellas, llamada acreedor, puede exigir de la otra, llamada deudor, una prestación o una abstención”. Desde entonces decíamos que la prestación o la abstención que

el acreedor puede exigirle al deudor o que el deudor estaba constreñido (como dicen los autores) a dar a su acreedor es lo que constituye el objeto de las obligaciones. El objeto de la obligación, repetimos, es la prestación o la abstención; es lo que responde a la forma escolástica de algunos autores como Oudoit *quid debetur* que es lo que se debe, las respuestas de “¿qué es lo que se debe?” es el objeto. ¿Qué es lo que se debe? Se debe la prestación o la abstención.

Pero las prestaciones pueden ser prestaciones de cosas, o bien, prestaciones de hechos. En la prestación de cosas encontramos la transmisión de la propiedad o de un derecho real, las prestaciones de hecho son todas aquellas que no signifiquen esta transmisión de la propiedad o derecho real de una cosa y que signifiquen servicios que presta el deudor a su acreedor. Mientras que las prestaciones admiten una subdivisión entre obligaciones de hacer y obligaciones de dar, las abstenciones no admiten subdivisión alguna, y desde el punto de vista de la obligación de que son objeto, se trata de obligaciones de no hacer.

2. Prestaciones de cosas

El artículo 1824 del nuevo Código Civil establece: “Son objetos de los contratos:

I. La cosa que el obligado debe dar;

II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”.

Ahora bien, el artículo 2011 que está colocado en el capítulo sobre las obligaciones de dar, repitiendo un precepto del Código Civil de 1884 inspirado a través de sus antecedentes en el Código Civil portugués, dice lo siguiente: “La prestación de cosa puede consistir:

- I. En la traslación de dominio de una cosa cierta;
- II. En la enajenación temporal de uso o goce de cosa cierta;
- III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida”.

Ejemplos de estas diversas prestaciones de cosas: I. Transmisión de dominio de cosa cierta, como sucede en un contrato de compra-venta; se transmite la propiedad de una cosa. II. Enajenación temporal del uso o goce de la cosa cierta; un contrato de arrendamiento es el tipo de enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta. III. (Primer caso) restitución de cosa ajena, como sucede por ejemplo en un contrato de prenda, en un contrato de depósito; (segundo caso), “pago de cosa debida”, como sucede en un contrato de mutuo. Son así, nos dice Díaz Ferreira comentando el Código Civil portugués, las aplicaciones de las prestaciones de las cosas.

Transmisión de dominio de cosa cierta. Entre estas prestaciones de cosas encontramos desde luego la transmisión de dominio de cosa cierta. Estamos acostumbrados a pensar en el derecho moderno que el consentimiento es un elemento bastante para transmitir la propiedad; si nos ponemos de acuerdo sobre el precio y sobre la cosa,

desde ese momento se entiende transmitida la propiedad de la cosa y no se requiere que se haga una entrega material de la misma para que haya transmisión de dominio; basta el acuerdo de voluntades, basta el consentimiento, claro está, con su problema de forma que en este momento no estudiamos, basta el consentimiento en todo caso con la forma establecida por la ley, para que se haga la transmisión de la propiedad, para que yo, que soy el propietario de este libro, al venderlo, deje de serlo y convertir al comprador en propietario, sin que yo tenga necesidad de entregar materialmente el libro para que mi comprador se convierta en propietario. El artículo 2014 al efecto establece: “En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la translación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público”.

3. Concepto del derecho romano

Pero este concepto del derecho moderno no es el que ha prevalecido en todas las épocas del derecho; si ustedes recuerdan sus nociones de derecho romano, sabrán que el simple contrato, el *nudo pacto* que decían los romanos, no transmitía la propiedad, sino que dicha transmisión necesitaba dos actos jurídicos: I. El contrato, II. La *traditio*; la entrega de la cosa si no tomamos más que la época del derecho clásico, la época de Justiniano; en el derecho primitivo necesita, primero, la *mancipatio* y con posterioridad la *in jure cesio*. Pero no tomando sino la época del derecho romano clásico, el contrato obli-

gaba, es cierto, a hacer la entrega de la cosa, obligaba a la *traditio*, pero el *nudo pacto*, el contrato, no significaba por sí mismo la transmisión de la propiedad, sino que exigía, obligaba, a que se hiciera la entrega de la cosa, pero no era sino hasta la entrega de la cosa cuando se entendía transmitida la propiedad, y por eso hemos de explicar, en materia de compraventa, cómo la venta de cosa ajena no era nula en el derecho romano, a diferencia de lo que sucede en el derecho actual en que la venta de cosa ajena sí es nula. ¿Por qué no era nula en el derecho romano la venta de cosa ajena? Porque no estaba nadie, en virtud del contrato, obligado a transmitir la propiedad de la cosa y, en consecuencia, pudo haber una venta (que incluso se llaman ahora ventas romanas) en que no hubiera transmisión de la propiedad porque ésta se hallaba subordinada a la *traditio*, a la entrega de la cosa. Una *traditio* de cosa ajena, ésa sí era nula, pero no el contrato de compraventa de cosa ajena.

Evolución en el derecho romano hacia el nuevo concepto. Pero no es sin embargo una invención absoluta, digamos, del derecho moderno, esta transmisión de la propiedad por mero efecto del contrato; ya en el derecho romano existían algunos casos, seguramente conocidos por ustedes, en que sin necesidad de una entrega, por lo menos de entrega material de la cosa, había transmisión de la propiedad; eran las tradiciones, las entregas que se conocían con el nombre de *traditio brevi manu*, *traditio longa manu* y el *constituto posesorio*.

Ejemplos. *Traditio brevi manu*. Aquellos casos en que se posee la cosa, por ejemplo como arrendatario. Yo era arrendatario de esta casa y el dueño de la casa me vende a mí, arrendatario, la casa; como yo

estaba en posesión de la casa, no en una posesión [ilegible] sino que tenía una tenencia de la cosa, el derecho romano llegó a no exigir que devolviera yo, la entregara yo, la casa al dueño para que luego me cambiara el título de la posesión entregándome a su vez la casa, sino que le bastó al derecho romano el que yo estuviese en posesión ya, como arrendatario, cambiando el título de la posesión y convirtiéndome en dueño de la casa. Tienen ustedes ahí un caso en que no era necesario, en el derecho romano, la entrega de la cosa para transmitir la propiedad.

Traditio longa manu. Era una entrega simbólica, se entregaban las llaves del lugar donde estaba la casa, las llaves del granero donde estaban los cereales y no había la entrega material del cereal, sino que se le decía al comprador: “te entrego las llaves del lugar donde se encuentra”. Era una transmisión simbólica de la cosa mediante la entrega de las llaves.

Constitutio posesorio. Había otros casos en que se transmitía la propiedad de la cosa pero se conservaba ésta como una tenencia. Aquí, al contrario de como vimos en la *traditio brevi manu*, se cambiaba el título de propietario por el de poseedor o tenedor de la cosa; es el ejemplo en que yo, siendo propietario, vendo mi casa, pero hago un contrato de arrendamiento para quedarme con ella. No se necesitaba que yo entregara la casa como propietario y luego se me devolviera como arrendatario, cosa que sí se necesitó en el primitivo derecho romano. Se conocía con el nombre de *constitutio posesorio* la cláusula que le daba la posesión al antiguo dueño, ya no como propietario sino a título del contrato que se celebraba.

4. Efecto mediato o inmediato del contrato. El derecho comparado

Existen autores, como Baudry Lacantinerie y Planiol, que consideran que el efecto inmediato del contrato no es la transmisión de la propiedad de la cosa en los contratos traslativos de dominio, sino que el objeto inmediato es la creación de una obligación de derecho, pues como la obligación de derecho que crea el contrato se ejecuta inmediatamente, resulta que el efecto inmediato del contrato es la creación de una obligación y su efecto mediato es la transmisión de la propiedad, pero que el contrato por sí mismo no es el que transmite la propiedad.

Este esfuerzo de interpretación se ha debido especialmente a la forma en que están redactados los textos del *Derecho civil francés* que hablan de obligación de derecho. Aun en Francia, no todos los autores sostienen que el contrato no tenga como efecto inmediato la transmisión de la propiedad; Bonnecase, por ejemplo, critica el concepto de la obligación de derecho creado por el contrato traslativo de dominio, sosteniendo que es un elemento de la técnica que no se requiere en el derecho, porque el contrato por sí mismo produce el efecto de la transmisión de la propiedad.

Derecho mexicano. En nuestro derecho actual casi no puede plantearse ese problema porque encontramos que el artículo 1793 del nuevo Código establece: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”. Da pues la posibilidad jurídica de la transmisión de derechos y, entre otros, la trans-

misión del derecho de propiedad, y más claro aún es el artículo 2014 que ya hemos estudiado, según el cual, en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas la transmisión de la propiedad se verifica por mero efecto del contrato. Como, además, no existe en nuestros preceptos el concepto de la obligación de dar, cuya ejecución inmediata es, según Baudry Lacantinerie y Planiol, el efecto mediato del contrato, debemos concluir que en nuestro derecho el contrato como efecto inmediato produce la transmisión de la propiedad y no simplemente la creación de una obligación de dar que puede ejecutarse inmediatamente.

Otras legislaciones. Todavía hay algunos derechos en los que no se admite, por lo menos de una manera absoluta, el principio moderno de la transmisión de la propiedad en virtud del contrato, sino que todavía exigen una entrega de la cosa. Tenemos por ejemplo el Código Civil español, que todavía exige la entrega de la cosa, aun cuando tiene una serie de presunciones de entrega que constituyen excepciones muy importantes al principio, pero que no lo destruyen totalmente. Lo mismo podemos decir del Código Civil argentino, donde encontramos también la necesidad de la entrega de la cosa, y otro tanto podría decirse, por lo menos para algunos casos, del Código Suizo de las Obligaciones; lo mismo, aun cuando sea parcialmente, se podría decir del Código Civil alemán, que también exige en algunos casos el registro en un registro especial para las transmisiones de la propiedad. Pero la mayor parte de las legislaciones modernas acepta este principio de la transmisión de la propiedad únicamente por efecto del contrato con las excepciones a que ya nos hemos referido.

5. Caracteres que debe llenar el objeto

El artículo 1825 se refiere a las prestaciones de cosas, porque tratándose de las prestaciones de hechos el 1827 fija sus caracteres, que ya hemos de estudiar en su oportunidad. Dice el artículo 1825: “La cosa objeto del contrato debe:

I. Existir en la naturaleza.

II. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.

III. Estar en el comercio”.

a. Existir en la naturaleza

Debe tener una existencia, aun cuando no una existencia actual necesariamente, porque multitud de contratos tienen por objeto cosas futuras, pero es que las cosas futuras están destinadas a existir, y además el contrato queda condicionado por la existencia del objeto.

Que las cosas futuras pueden ser objeto de contrato ha sido admitido casi tradicionalmente por la doctrina. En nuestro Código Civil encontramos el artículo 1826, que admite expresamente esta posibilidad, con una sola excepción: “la herencia de persona viva”.

La prohibición que hace este artículo se deduce de haber considerado inmoral el pacto sobre la herencia de persona viva y, para

evitar el daño que podría ocasionársele a una persona cuando se pacta aún en vida de estas personas y se celebra un pacto de esta naturaleza; pero fuera de esta excepción, que tiene su explicación especial, encontramos que las cosas futuras pueden ser siempre objeto de contratos. De hecho, en la vida práctica encuentran ustedes multitud de ventas de cosas futuras, muchas veces la cosa, ni aun en la materia prima existe todavía cuando ya se está contratando sobre esa cosa; cuando se encarga, por ejemplo, la fabricación de un objeto, se encarga que se haga un comedor, pues puede suceder que la persona carezca hasta de la madera en el momento en que se celebra el contrato y tenga que conseguir la materia prima y después construir el objeto.

En la vida comercial, diariamente se encuentra uno con los ejemplos de la cosa futura. Ya hemos de estudiar, tratándose especialmente de los contratos aleatorios, cómo los pactos sobre cosa futura dan ocasión a lo que en derecho se conoce con el nombre de compra de esperanza; hay también lo que se llama compra de cosa esperada, pero éste es un contrato conmutativo.

Aun cuando sea anticipando un poco las ideas, pero para que ustedes comprendan mejor la noción de la cosa futura como objeto, vamos a dar algunas breves explicaciones sobre esta materia.

Contratos de esperanza. Tomemos un ejemplo, el muy conocido en derecho, cuando se habla de esta materia, del que compra la red o del que compra la cosecha. Cuando se compra la cosecha o la

red, puede hacerse de dos maneras, digo, en cuanto a nuestro estudio; puede decirse: compro todo lo que produzca la red, todos los peces de la red los compro y doy la cantidad, digamos, de cien pesos. ¿Qué sucede si la red no pesca nada? Compro la cosecha en cinco mil pesos. ¿Qué sucede si en esa cosecha no se obtiene nada? Depende de la forma en que se haya celebrado el contrato y la intención de los contratantes; si se trata de un contrato de compra de esperanza, contrato aleatorio cuya extensión de la prestación se subordina a un acontecimiento o a algunos acontecimientos futuros e inciertos, entonces el comprador está obligado a pagar el precio. Se dice en el primer ejemplo: compro la red en cien pesos, corre a mi cargo el riesgo de lo que produzca la red; si la red no produce nada, quiere decir que habré hecho un mal negocio y habré pagado cien pesos por nada, pero puede suceder que la red dé doscientos pesos y entonces el beneficio sea mío: es un contrato aleatorio que se conoce con el nombre de compra de esperanza. Compro la cosecha en cinco mil pesos y tomo a mi cargo los riesgos; si la cosecha se pierde, tendré la obligación, sin embargo, de pagar el precio de la cosecha; si ésta produce más, y es precisamente el aliciente que se lleva en estos contratos, será en mi beneficio, y el vendedor no me podrá decir “no, se ha producido más, hay más de cinco mil pesos de producto, necesitas pagarme la diferencia”.

Compra de cosa esperada. Pero puede suceder que no se celebre el contrato aleatorio de compra de esperanza, sino de cosa esperada; es un contrato conmutativo que está sujeto a una condición suspensiva. Te compro lo que produzca la red: si ésta da un producto de

cincuenta pesos, pagaré los cincuenta pesos; si no produce nada, no pagaré nada, etc. No es un contrato aleatorio como en el ejemplo anterior, que de todos modos obliga al comprador a pagar el precio, pero que a su vez le otorga el beneficio del producto; en los dos casos encontramos cosa futura, pero varía en cuanto a que la intención sea, o un contrato conmutativo sujeto simplemente a una condición suspensiva, compra de cosa esperada, o bien, que se trate de un contrato aleatorio y entonces se tendrá un contrato de esperanza.

b. Debe ser determinado o determinable en cuanto a su especie

La determinación del objeto puede realizarse de diversas maneras.

Primero. Determinación de cosa cierta. Puede haber una determinación de cosa cierta, por ejemplo, si yo vendo este libro, entonces hay una determinación individual de la cosa, es ésta la que se está vendiendo. Esta venta de cosa cierta trae como consecuencia que la propiedad se transmita por el mero efecto del contrato, es a las transmisiones de la propiedad a las que se refiere el artículo 2014.

Determinación en especie. Pero el pacto puede no hacerse con esa determinación individual de la cosa; encontramos multitud de objetos que se determinan, no individualmente, sino que pueden hacerla en especie. Si se celebra un contrato en que se determine simplemente el género, en que se determine en vista de caracteres comunes, genéricos, no siempre hay una determinación que caracterice el objeto del contrato; así, por ejemplo, si yo digo, tomando el ejemplo

de Planiol y de Baudry Lacantinerie: “te vendo un animal”. ¿Hay una determinación bastante en el objeto para que éste pueda llenar el carácter de determinación? No, porque puede suceder que la persona entregue cualquier animal, un insecto nocivo, no hay determinación más que genérica pero que no puede ser objeto del contrato en vista de esa posibilidad. Ahora, si la determinación es en especie, entonces sí es posible la celebración del contrato. Se dice, por ejemplo, te vendo un perro de caza, aun cuando la calidad de la cosa pueda no estar determinada; ya hemos de ver cómo hay reglas supletorias de la voluntad de las partes para establecer esa calidad que debe ser, según un artículo expreso, una calidad media. Ésta es una determinación en especie.

Determinación en especie y cantidad. Pero cuando ese objeto requiere una cantidad para poder ser aprovechable, será necesaria una determinación en especie y cantidad para que haya objeto determinado; así, si simplemente se dice: “te vendo vino”, el deudor podría liberarse de su obligación entregando unas cuantas gotas de vino y haciendo por tanto un contrato sin existencia real; por eso se requiere, cuando se necesita de una cantidad determinada para poder ser aprovechable, fijar la cantidad. Si vendo maíz, por ejemplo, establecido así bastarán unos granos para liberarme de la obligación, por eso cuando se trata de estas cosas determinadas en especie pero que requieren también una cantidad para ser aprovechables, es elemento esencial a la determinación misma, la cantidad; y así se puede decir: “te vendo cincuenta sacos de maíz”, y ahí encuentran ustedes un

objeto determinado, aun cuando la calidad del maíz no lo esté, se dará una calidad media, como exige la ley.

Objeto determinable. Puede suceder que se compre una cosa sin determinar específicamente la cantidad, pero dando los elementos de esa determinación; si yo tengo, por ejemplo, una maquinaria destinada a una industria que por su tamaño requiera una cantidad x de combustible y yo digo: “te compro carbón” para proveer a la maquinaria ya conocida de los contratantes, habrá no una determinación de la cantidad de carbón en el momento de la celebración del contrato, pero la cantidad será determinable por el uso que de este combustible hace la maquinaria. Son los objetos determinables a que se refiere el artículo 1825 en su segunda fracción.

Distinción entre determinación de cosa cierta y determinación en especie. La especie es una limitación al género ya con la precisión sobre la naturaleza ya sobre la cantidad, tratándose de los objetos de los contratos. ¿Cómo decíamos que se transmitía la propiedad tratándose de la cosa cierta? La transmisión de la propiedad se hace por mero efecto del contrato; si yo vendo, por ejemplo, este libro, en el momento de la celebración del contrato, siendo cosa cierta, se transmite la propiedad, pero si vendo, por ejemplo, 20 sacos de maíz, ¿cuáles son los sacos objeto del contrato si simplemente se ha dicho “te vendo 20 sacos de maíz”? No se sabe cuáles son; si, por ejemplo, en el caso de la transmisión de la propiedad del libro, ese libro conocido perece, se destruye por caso fortuito o por fuerza mayor, entonces ya hemos de estudiar cómo el que vendió la cosa queda relevado de su obligación

y puede exigir el pago del precio a pesar de que éste se haya destruido por caso fortuito o fuerza mayor. ¿Por qué? Porque ya el dueño no es el vendedor, sino que al celebrarse el contrato el dueño es el comprador, y las cosas perecen para su dueño dentro del principio general; porque la transmisión se verificó de manera inmediata, resulta dueño el comprador y la destrucción por caso fortuito perjudicará al comprador, que ahora es el dueño, no obstante que no ha recibido el libro.

¿Pero qué sucede en materia de determinaciones en especie, que algunas veces también se conocen como determinaciones en género, tomando en realidad género por especie? Se dice, y es un principio de derecho, que “los géneros no perecen”. ¿Por qué? Porque si yo he vendido 20 sacos de maíz, para que yo estuviese imposibilitado de ejecutar mi obligación, se necesitaría que se terminara todo el maíz del mundo, que ya no existiera maíz en ninguna parte, y todavía así, habría la posibilidad de cumplir esperando nuevas cosechas. Los géneros no perecen y la obligación que yo tengo existirá siempre, aun cuando sea más grave de lo que yo había imaginado. Si yo vendo 20 sacos de maíz, estoy obligado a la entrega de ellos, pero ¿cuándo se transmite la propiedad de esos sacos?, ¿cuándo puede decirse que el comprador es ya dueño y, por tanto, que los riesgos correrán a su cargo? Cuando se determine la cosa con conocimiento del acreedor. Así, le digo, “te vendo los 20 sacos de maíz que están encerrados en tal bodega”, ya está ahí determinado con conocimiento del acreedor: es en el momento en que la cosa se determina con conocimiento del acreedor cuando se transmite la propiedad y cuando puede ya resol-

verse el problema de los riesgos en contra del acreedor. Éste es el sentido del artículo 2015, que dice: “En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor”.

c. Estar en el comercio

Éste es el último de los requisitos de la cosa que puede ser objeto del contrato. Estar en el comercio significa la posibilidad de que el objeto forme parte de un patrimonio, así como in comerciabilidad significa la no aptitud de una cosa de estar en el patrimonio y, por tanto, de ser objeto de propiedad privada. Este concepto nos da positivamente una idea de la cosa que está en el comercio, a diferencia de otro que encontramos muy extendido entre los autores que definen la cosa que está en el comercio como la cosa que puede ser objeto de contrato. Esto no nos dice nada porque una cosa puede ser o no objeto de contrato, es decir, porque definir la comerciabilidad o no comerciabilidad de la cosa en poder ser objeto o no del contrato es no decir nada. Decir que está en el comercio cuando puede ser objeto de apropiación privada, nos da un concepto positivo porque existen reglas para determinar cuáles cosas están o no en un patrimonio, no correspondiendo, además, como ustedes ven, al concepto que conocemos del acto mercantil, que es una cosa totalmente diversa a este concepto de cosa que está o no en el comercio. Son distintos los dos conceptos, el de acto mercantil y el de cosa que está en el comercio. Al acto mercantil lo dividimos en un acto de indeterminación y un acto de lucro;

acto de medición entre el productor y el consumidor, y acto de lucro fundamentalmente porque se trata de obtener una utilidad entre el precio de adquisición y el de enajenación, pero, como vemos, son conceptos totalmente diversos.

El Código Civil, en sus artículos 748 y 749, dice cuáles cosas no están en el comercio: artículo 748: “Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o disposición de la ley”. Artículo 749: “Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente (la luz, el sol, el mar, etc.) y por disposición de la ley las que ella declara irreductibles a propiedad particular” (cosas de dominio público que son inalienables, por ejemplo, las aguas que son propiedad de la nación que están fuera del patrimonio de los particulares y que no pueden explotarse sino mediante una concesión dada por el Estado).

6. Distinción entre el concepto de inalienabilidad y el concepto de las cosas que están fuera del comercio

No hay que confundir estos dos conceptos, las cosas que están fuera del comercio son inalienables, no pueden enajenarse por su misma naturaleza, pero no todas las cosas que son inalienables están fuera del comercio. Hay cosas que temporalmente son inalienables y que sin embargo están dentro de él. Existen pactos en materia de compraventa, y ahora el Código Civil, siguiendo un artículo del Código Civil argentino, establece un concepto expreso sobre el particular en el que se dice: “no [...] podrás enajenar la cosa que yo te

vendo a una determinada persona”. El que vende una casa de comercio y no quiere que otra persona le haga la competencia podrá decir: “Te vendo esta casa de comercio pero tú no podrás enajenársela a fulano de tal”; hay una limitación en cuanto a la posibilidad de enajenar, pero ésta no es absoluta en sí, no se admite la cláusula en que yo como vendedor le prohíba al comprador que enajene la cosa. Es principio general el que sea posible la transmisión de la propiedad de la cosa, pero este principio no recibe en realidad una excepción trascendental cuando se dice simplemente: “Te prohíbo que vendas a fulano de tal”. Así dice el artículo 2301: “Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona; pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna”.

VII. PRESTACIÓN DE HECHOS

1. Caracteres que debe llenar el objeto en las prestaciones de hechos

l artículo 1827 establece: “El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

I. Posible.

II. Lícito”.

Son los dos requisitos que debe tener el objeto de las obligaciones tratándose de las abstenciones o de las abstenciones de hechos.

a. El hecho debe ser posible

La imposibilidad en el objeto puede ser imposibilidad física o imposibilidad jurídica, y tanto la física como la legal pueden ser relativas o absolutas.

Hay una imposibilidad física en el objeto cuando se violan leyes de la naturaleza, cuando el pacto se refiere a hechos que pueden violar las leyes de la naturaleza que hacen que el hecho no pueda realizarse. El artículo 1820 actualmente nos da un concepto muy exacto de la imposibilidad, dice: “es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza (imposibilidad física) o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización (imposibilidad legal)”. Así, por ejemplo, tratándose de la imposibilidad física, no podría yo obligarme a hacer que un objeto se quedara suspendido sin ninguna intervención, no podría yo obligarme a tocar el Sol, o la Luna, etc. Son objetos incompatibles con las leyes de la naturaleza.

Además de la imposibilidad física existe la imposibilidad jurídica. Ya hemos de ver dentro de un momento, al referirnos a las clasificaciones de las leyes en relación con los actos ilícitos, cómo hay leyes que establecen, usando la expresión de Ferrara, presupuestos o supuestos lógico-jurídicos para el objeto; es decir, hay leyes que contienen elementos esenciales de los actos jurídicos o de los hechos jurídicos que si no se realizan hacen imposible el objeto. Así, en un contrato de compraventa es esencial que una persona transmita la

propiedad de la cosa; es esencial, pues, que yo sea dueño de la cosa dentro del sistema moderno para poder transmitirla; si yo pacto la venta de una cosa que no es de mi propiedad, normalmente debemos estar en presencia de una imposibilidad jurídica; si yo pacto, por ejemplo, la compra de una cosa que ya es de mi propiedad, como no puedo adquirir lo que ya es mío, hay una imposibilidad jurídica. ¿Por qué? Porque es esencial la transmisión de la propiedad de la cosa.

El mismo artículo nos da la noción exacta de la imposibilidad jurídica, en su segunda parte, que ya hemos leído. La ley en realidad no hace otra cosa que expresar los conceptos de Ferrara en este artículo.

Imposibilidad absoluta e imposibilidad relativa. Pero la imposibilidad para afectar el objeto necesita ser una imposibilidad absoluta y no lo que se llama una imposibilidad relativa; esto es, se necesita que ninguna persona pueda realizar el hecho de que se trata; si alguna persona o algunas personas pueden realizarlo, entonces habrá una imposibilidad relativa que no afecta al contrato cuyo cumplimiento se puede exigir y que, en caso de no obtenerse efectivamente, se traduzca, como se traducen las obligaciones de hacer, en indemnizaciones de daños y perjuicios. Vamos a poner un ejemplo: a lo imposible, decían los romanos, nadie está obligado, pero vamos a suponer que se pacta que una persona realice un hecho que no puede realizar; por ejemplo, una persona que no toca el piano se compromete a dar un concierto, mismo para el que hay una imposibilidad; el que no es pintor y se obliga a pintar un cuadro tiene una imposibilidad de hecho para realizarlo, pero no es un objeto imposible porque hay muchos artistas

que pueden tocar el piano, que pueden dar el concierto o pintar el cuadro; es una imposibilidad relativa porque si es verdad que la persona obligada no puede realizar el hecho por su limitación en cuanto a sus conocimientos artísticos y falta de aptitudes, hay otras personas que pueden hacerlo y entonces ya hemos de ver, en las reglas de la ejecución forzada, que se obliga al sujeto pasivo a que otra persona en su lugar ejecute el hecho a costa de él, o bien, si finalmente eso no se puede hacer, que se le obligue a pagar una indemnización por daños y perjuicios. Por eso el artículo 1829 establece: “No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado pero sí por otra persona en lugar de él”. Es la distinción que en doctrina se hace entre la imposibilidad absoluta, que sí afecta al objeto, y la imposibilidad relativa, que no lo afecta; cuando el objeto es posible y el obligado puede convenir, mediante una acción que tiende a la ejecución forzada, debe cumplir con su obligación.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando se pacta un objeto imposible?, ¿cuál es la sanción cuando el objeto es imposible? Ya hemos dicho y repetido que son dos los elementos esenciales de todo contrato: el consentimiento y un objeto posible que pueda ser materia del contrato; entonces, cuando el objeto es imposible no se cumple con este elemento esencial que exige el artículo 1792 en su fracción segunda, y como se trata de uno de los elementos o requisitos de existencia del contrato, ya por esta consideración puede pensarse en cuál será la sanción, si es un requisito de existencia y si el objeto imposible hace que no haya objeto, la sanción será la inexistencia del contrato. En nuestro código vigente encontramos esta noción ya expresamente admi-

tida por el artículo 2224, que estudiamos en relación con la falta de consentimiento.

Diferencia entre ilicitud e imposibilidad jurídica. La imposibilidad jurídica es diversa de la ilicitud; decíamos que el hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: Primero, posible, y ya hemos visto la imposibilidad física y la imposibilidad jurídica y la sanción de esta imposibilidad y cómo esta posibilidad debe ser absoluta.

b. El hecho debe ser lícito

Segundo, vamos a pasar al otro carácter en la prestación de hechos: “Debe ser lícito”. Vamos a ver qué cosa es la ilicitud y así podremos saber *a contrario sensu* lo que es lícito. Es ilícito, dice el artículo 1830, el hecho que es contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres.

El estudio de los hechos ilícitos nos lleva a la necesidad de recordar algunas nociones que conviene tener en cuenta cuando se habla de estos hechos: ¿toda violación a una ley significa la ilicitud? Es decir, ¿es ilícito todo hecho, todo acto contrario a las leyes? Las leyes, sabemos, son de diversa naturaleza: existen leyes que se llaman supletorias de la voluntad de los contratantes; ya hicimos algunas referencias a estas leyes al tratar de la autonomía de la voluntad, estas leyes las establece el legislador suponiendo cuál sea la voluntad de los contratantes en un contrato. En los contratos no siempre se establecen todas las cláusulas del contrato, todo el régimen contractual,

normalmente los contratantes piensan en lo que es esencial al contrato y en aquellas cláusulas que resuelven los problemas que en el momento de la celebración del contrato se puede pensar que existan en el futuro; se trata de prever el mayor número de cuestiones, pero se comprende fácilmente que es imposible tener siempre una previsión absoluta, completa, y tratar de reglamentar todas las situaciones que en el futuro puedan presentarse; entonces resulta que puede llegar el caso en que los contratantes no hayan establecido un pacto que resuelva una situación que en un momento dado se presenta. ¿Qué es lo que debe hacerse? ¿Conforme a qué principios se va a resolver esta cuestión? Entonces interviene el legislador, también dentro de lo que puede prever, para establecer cláusulas que pueden suplir la voluntad de los contratantes, es decir, que en la vida normal del contrato sean las que se apliquen o sean las que los contratantes hubieran aplicado si hubieran pensado en esa cuestión y de este modo haber tratado de resolverla. Son cláusulas que vienen a llenar el hueco que haya podido dejar la voluntad expresada de los contratantes, son las leyes supletorias de la voluntad de los contratantes. Pero precisamente por su carácter de leyes supletorias, por tener este sentido de suplir la voluntad no expresa de los contratantes, es posible que los contratantes modifiquen estas leyes. Si precisamente el legislador está tratando de averiguar en un momento dado cuál es la voluntad, el principio de la autonomía de la voluntad nos lleva a la conclusión de que si se pacta de manera expresa en contra de estas leyes, éstas deben hacer lugar a la voluntad y quedar derogadas por lo que respecta a ese pacto; en este sentido, un artículo colocado en su parte general dice: Artículo 6: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la obser-

vancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”. Son estas leyes de carácter supletorio sin contenido de orden público las que pueden renunciarse actualmente sin necesidad de establecer cuál es el artículo o precepto que las contiene. Dentro del Código de 1884, cuando se renunciaba a una de estas leyes supletorias de la voluntad de las partes, era necesario incluso citar el artículo que se renunciaba, así por ejemplo, si en un contrato de fianza se renunciaba el beneficio de orden, o el beneficio de excusión, o el de división, se tenía que decir: “Renuncio al beneficio de orden o de excusión o de división que establece el artículo tantos del Código Civil”. Hoy la Corte ha llegado a establecer que bastaría con que se dijera: “renuncio a lo establecido en el artículo tal del Código Civil”, sin expresar cuál sea el beneficio que se renuncie para que se llenen los requisitos del artículo 7o. del Código Civil vigente, es decir, para que se entienda que está hecha la renuncia en términos tan claros y precisos que no dejan lugar a duda sobre el derecho que se renuncia.

En el código vigente ya no encontramos la disposición que exigía, además de la renuncia del contenido del precepto, la cita del precepto, y sobre este particular el artículo 7o. establece que la renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia. Pero ya no establece la exigencia de que se diga cuál es el precepto que contiene el beneficio, el artículo que se renuncia, y ahora podemos decir: “renuncio al beneficio de excusión que concede

el Código Civil”, o “renuncio, simplemente, al beneficio de excusión en el contrato de fianza”. Hay suficiente precisión y claridad, y se sabe lo que es ese beneficio y cuál es su contenido para que la renuncia sea válida.

Encontramos entonces: Primero, una clase de leyes supletorias cuya voluntad no significa un acto ilícito porque, precisamente por su naturaleza, la autonomía de la voluntad de los contratantes puede derivar estas reglas; luego ya podemos afirmar, por supuesto, que no toda violación de la ley significa un acto ilícito, el objeto ilícito tratando de nuestra materia.

Pero hay leyes que no tienen este carácter supletorio de la voluntad de los contratantes sino, al contrario, que significan, como explicamos al tratar el principio de la autonomía de los contratantes, limitaciones a la autonomía de la voluntad, reglas que se han dictado especialmente para conservar la vida social y el orden social; se ha considerado que el orden social necesita determinadas reglas para su existencia y esas reglas no pueden quedar naturalmente al arbitrio del individuo, de los particulares, porque irían precisamente en contra del orden social, y el derecho se plantea viviendo en sociedad. Estas limitaciones a la autonomía dadas por razones de interés general, no por razones de interés individual, son las limitaciones fundadas en el orden público. Las violaciones a las reglas de orden público sí traerían como consecuencia la ilicitud, y los hechos que significan violaciones a estos preceptos serán hechos ilícitos, objetos ilícitos de los contratos.

Las reglas de orden público normalmente afectan un carácter prohibitivo, y precisamente por ser limitaciones a la autonomía de la voluntad se enuncian como una prohibición: “no puedes hacer esto porque se viola el orden público”, o sea, una violación a principios que se consideran necesarios para la vida en sociedad. Este sentido de la prohibición, conteniendo un precepto de orden público, es lo que hace que se diga que las leyes prohibitivas no pueden ser violadas por los particulares. Dice el artículo 80. del Código Civil vigente: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”. Intencionalmente no he leído una parte que está después de “leyes prohibitivas” que dice “o de interés público”. ¿Por qué? Porque si es verdad que las leyes prohibitivas tienen contenidos de orden público y que el legislador al establecer la prohibición no quiere que se viole el precepto cuando consiguientemente establece la sanción de nulidad, también es cierto que algunas reglas de orden público afectan el carácter, no de leyes prohibitivas, sino de leyes expresadas en sentido positivo, no en sentido negativo, y por eso el Código con toda razón agrega “o de orden público”, teniendo como sanción la violación de estas reglas de nulidad.

El artículo 1830 dice: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”. Es decir, cualquiera que sea la forma que afecte la ley, ya sin atender a la forma prohibitiva, aun cuando decimos que la ley prohibitiva tiene normalmente un contenido de orden público, cualquiera que sea la forma que tenga la ley, si su contenido es de orden público, si hay un interés público

en el ordenamiento, la violación será considerada un acto ilícito, y ya veremos que la sanción será la nulidad.

Distinción entre acto ilícito e imposibilidad jurídica. ¿Es lo mismo el acto ilícito que la imposibilidad jurídica? Ésta existe también por violación a una ley, también por violación a un ordenamiento jurídico. El acto ilícito existe también al violar una ley; de aquí la necesidad del estudio de estas clasificaciones de las leyes porque explican claramente estos conceptos. Decíamos: tratándose de leyes supletorias, la violación de estas leyes no significa ilicitud, teniendo en cuenta las razones que fundan la ley supletoria; cuando la ley es de orden público, cualquiera que sea la forma que afecte, entonces sí hay ilicitud. Pero hay ciertas leyes que contienen, decíamos ya, presupuestos lógico-jurídicos para la realización de un hecho jurídico, elementos de esencia en el acto o en el objeto que, de no existir, impiden que el objeto tenga vida, es un acto inútil, que llama Ferrara, no es la violación de una ley de orden público simplemente, sino la falta de elementos en el objeto que haga posible su existencia, como los casos que ya mencionamos.

El objeto ilícito necesita, en primer lugar, contener estos elementos de esencia. Después vendrá un precepto de orden público. En cambio, cuando los elementos no existen, entonces no se habla de un acto ilícito, sino de la imposibilidad jurídica, porque no puede llegarse al acto o al hecho que forma el contrato, y así como la imposibilidad jurídica trae como consecuencia la inexistencia del contrato por la falta de un objeto que pueda ser materia del contrato, según los tér-

minos del código. Si yo, por ejemplo, o si una persona se obliga a cometer un acto delictuoso, si una persona le paga a otra para que cometa un delito, para que robe a otra persona o para que asesine a otra persona, se está pactando no sobre un objeto imposible porque es posible cometer ese delito, porque es posible asesinar a una persona y robar a una persona, no estamos dentro de la esfera del acto imposible, pero estamos dentro de la esfera del acto ilícito, porque matar a una persona o pagar para que se mate es violar preceptos de orden público.

Se ve, pues, cómo hay una diferencia sustancial entre la imposibilidad jurídica, que, repetimos, requiere que el objeto no reúna caracteres esenciales para su existencia, y la ilicitud, que significa que ya el objeto es posible jurídicamente pero que, sin embargo, se violan estas reglas prohibitivas o, en general, reglas de interés público, de interés general.

El concepto lo encuentran claramente expresado ahora en su código, pero no se encontraba así en el Código de 1884; en éste se consideraba uno de los casos de imposibilidad jurídica el objeto ilícito, confundiendo estas nociones que son esencialmente diferentes, en cambio, en el nuevo código con toda claridad encuentran la noción: Primero, porque en el artículo 1794 se establece como requisito de existencia que el objeto pueda ser materia del contrato y el artículo 2224 establece la inexistencia para los casos en que el objeto no pueda ser materia de contrato. Segundo, porque el artículo 1795 contiene los elementos de invalidez o de validez del contrato y no los elementos de

esencia, y este artículo establece: “El contrato puede ser invalidado: III. Porque su ‘OBJETO’ o su motivo, o su fin, sea ilícito”.

La fracción segunda del artículo 1794, desde el punto de vista que estamos examinando, contiene el elemento de existencia o de inexistencia jurídica sancionada en el artículo 2224 con la inexistencia, la falta de él. En cambio, el artículo 1795 nos da un caso en el que puede ser invalidado el contrato, anulado el contrato, porque el objeto sea ilícito, y es que la ilicitud del objeto no trae como consecuencia la inexistencia de un contrato, como sí la trae la imposibilidad jurídica, la ilicitud del objeto trae como consecuencia la nulidad, una nulidad que puede ser absoluta o que puede ser relativa, de acuerdo con lo que en el examen de un caso, se encuentren los caracteres que ya conocemos de la nulidad absoluta o de la nulidad relativa. El artículo 2225 con toda claridad nos dice: “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”. Después de decir en el 2224 cuál es la sanción, que es la inexistencia de la falta de consentimiento o de la falta de objeto, la imposibilidad jurídica es, repetimos, la falta de objeto.

Se entiende, pues, claramente cómo hay una diferencia esencial entre el acto imposible jurídicamente y la ilicitud, a pesar de que ambos conceptos significan violación de leyes; pero hablar de violación de leyes no es agotar el concepto de ilicitud, sino que es necesario hacer un estudio de cuáles son las leyes violadas, unas veces para llegar a la conclusión de que no hay ilicitud en la violación de la ley (el caso de las leyes supletorias), otras para llegar a la conclusión de

que la violación de esas leyes significa una imposibilidad jurídica en el objeto y, consiguientemente, un acto jurídico inexistente —falta de los presupuestos lógico-jurídicos—, y otras para llegar a la conclusión de que, reunidos los elementos esenciales del acto jurídico, se viola sin embargo un precepto prohibitivo, en general, de orden público, que trae como consecuencia la nulidad absoluta o la nulidad relativa.

Pero el Código habla también de violación a las buenas costumbres. Sin entrar en una discusión, por falta de tiempo y porque la suponemos conocida por ustedes, desde sus estudios de Introducción al derecho y de Filosofía del derecho de la relación entre la moral y el derecho, sobre la influencia que puede tener todavía la moral sobre el derecho, o sobre si es verdad que el derecho no es sino un reconocimiento de las normas morales; es cierto que encontramos en nuestro derecho positivo la influencia de la moral como reconocida expresamente en textos del derecho, y uno de ellos es este artículo 1830 que se refiere a las buenas costumbres. ¿Qué debemos entender por buenas costumbres? ¿Es el concepto de moral, digamos, teórico kantiano, por ejemplo, o de cualquier otro filósofo que haya establecido una doctrina ética? ¿O es más un concepto de estado moral práctico, de estado moral que respeta a lo que todos nosotros, o todo el mundo en un momento dado y en un lugar determinado, tenemos en conciencia?

La doctrina se inclina por pensar que se trata de un concepto relativo en cuanto al tiempo y al espacio, es decir, no es un concepto moral abstracto, un concepto de la moral que se refiera a determinada

doctrina filosófica, sino un concepto de la moral en el lugar de aplicación de la ley y, además, en la época de aplicación de la ley; porque ustedes saben perfectamente que las buenas costumbres, la moral de un lugar y de una época, no son iguales a la moral o al concepto de las buenas costumbres que se puedan tener en otro lugar o en otra época, y sabemos también que, en numerosas ocasiones, lo que puede ser una buena costumbre en un lugar, puede no serlo en otro, y lo que ha sido una buena costumbre puede dejar de serlo con el transcurso del tiempo. Esto es, se trata de un concepto relativo, práctico, que naturalmente queda sujeto a la estimación del Juez cuando el caso se le plantee, pero que debemos estimarlo con este criterio de aplicación relativa en tiempo y espacio. Así pues, este criterio debe seguirse para interpretar nuestro artículo 1830. Damos por terminado el estudio del objeto y vamos a iniciar el estudio de la causa.

VIII. LA CAUSA Y EL FIN O MOTIVO DETERMINANTE

*V*amos a iniciar el estudio de la causa con el fin de saber si ésta es un elemento de formación de un contrato, ya sea un elemento esencial, ya sea un elemento de validez, o si la causa es un elemento que no afecta a la formación de los contratos.

Es en esta forma —en mi concepto, sencilla y clara— como debe plantearse uno el problema de la causa, porque si no planteamos en primer término el problema y si no nos damos cuenta de qué es lo que estamos tratando de resolver, entonces se puede caer en confusiones en las que algunas personas han incurrido al tratar de sostener que en el derecho mexicano existe la noción de causa como elemento de formación del contrato, y erróneamente se dice, por ejemplo, que el derecho mexicano ha admitido la noción de causa porque se admite el enriquecimiento sin causa. Ya hemos de ver cómo el enriquecimiento

sin causa es una fuente de obligación y que no tiene nada que hacer propiamente con este problema de los elementos de formación de los contratos. Así pues, se trata sencillamente de saber —y de allí que se coloque esta materia de su programa después del estudio del consentimiento y del objeto y antes del estudio de la forma—, en el fondo, hasta dónde la noción de causa puede influir en los elementos de formación de los contratos, si es un elemento de esencia, de validez, o si simplemente la causa no afecta en modo alguno la formación del contrato.

1. Doctrina francesa

Idea preliminar. ¿Por qué en su programa se plantea en primer lugar, la explicación de la doctrina francesa? La razón es que la noción de causa procede efectivamente del derecho francés. Desde luego, respecto a nuestro Código Civil y a la posible influencia que en nuestros códigos puedan tener legislaciones extranjeras, ya hemos dicho en numerosas ocasiones cómo sí hay, por lo menos parcialmente, una influencia del Código de Napoleón por medio de los proyectos de códigos como el de García Goyena que, evidentemente, estuvieron en su redacción influidos por el Código Civil francés. Tratamos, pues, la doctrina francesa de la causa en primer lugar, porque se trata de una tesis que ha planteado específicamente el derecho francés. En el Código Civil francés, en el Código de Napoleón, existen dos artículos que son la base de elaboración de toda la doctrina francesa sobre la causa; son el artículo 1108 y el 1131. Aquél es el antecedente, o uno de los antecedentes, del precepto que en el Código de 1884 enume-

raba las condiciones de validez de los contratos, como puede apreciarse aún en la simple forma de redacción; dice:

Artículo 1108. Cuatro condiciones son necesarias para la validez de una convención.

I. El consentimiento de la parte que se obliga;

II. Su capacidad para contratar;

III. Objeto cierto que forme la materia del compromiso;

IV. Una causa lícita en la obligación.

Y el artículo 1131, tratando de esta fracción especial del 1108, después de haber tratado en capítulos por separado de consentimiento, de capacidad y de objeto, dice en una sección que se titula “De la causa”: Artículo 1131: “La obligación sin causa o sobre una causa falsa o sobre una causa ilícita, no puede tener ningún efecto”.

Son estos dos artículos, decíamos, del Código Civil francés, la base que sostiene toda la doctrina de la causa en el derecho francés, y ha sido la necesidad de explicar qué cosa es la causa que en estos conceptos afecta la validez de un contrato y la priva de todos sus efectos, la que en el derecho francés ha planteado también la necesidad de exponer las diversas doctrinas de la causa para tratar de investigar cuál fue la intención del legislador, y entonces los tratadistas acuden a un antecedente histórico.

2. Doctrina clásica

Pothier, como se sabe, es el inspirador de la redacción del Código Civil francés; es necesario, pues, ir directamente a las ideas expuestas por este pensador para conocer qué fue lo que el legislador quiso decir cuando se refirió a la causa como elemento de formación del contrato. Pero leyendo al teórico francés, los autores encuentran que él expone estas ideas a Domat en su *Tratado sobre las leyes civiles*, y a partir de esta explicación histórica se ha llegado a decir: Domat, el primero que en el derecho francés plantea la doctrina de la causa, es en realidad quien nos puede dar el verdadero concepto de lo que es la causa propiamente dicha en el derecho galo. Y ésa es la razón por la que ustedes encontrarán que la doctrina francesa, por lo menos lo que se conoce con el nombre de “la teoría clásica de la causa”, refiere sus ideas normalmente a las explicaciones de Domat en sus *Leyes civiles*.

La doctrina clásica de la causa consiste, pues, primero, en explicar, a partir de este antecedente histórico, la noción de causa propiamente dicha por las ideas que explica Domat en su *Tratado sobre las leyes civiles*; segundo, la doctrina clásica de la causa radica esencialmente en distinguir lo que se conoce con el nombre de causa final o causa propiamente dicha, de la causa impulsiva o motivo determinante y de la causa eficiente. Es decir, hay tres aspectos de la noción de causa que son, dentro de esta doctrina clásica, esencialmente diversos, y sólo uno de ellos es el que constituye propiamente la noción de causa que nos puede explicar estos artículos del Código Civil francés; esos tres

conceptos de la causa son: I. Causa final o causa propiamente dicha; II. Causa impulsiva o motivo determinante, y III. La causa eficiente. De estas tres maneras de concebir la causa, únicamente la primera es la que debe aplicarse como explicación de la noción de causa en el derecho civil francés.

¿Qué cosa es la causa en la doctrina clásica? Lo primero que tenemos que hacer es referirnos, como antecedente histórico, a las ideas de Domat, y encontramos que para él la explicación de la noción de causa requiere una división de los contratos; esto es, la causa es una en los contratos sinalagmáticos, otra en los contratos reales, y una más en los contratos a título gratuito.

La causa de los contratos sinalagmáticos. En los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación, dice Domat, es la obligación de la otra parte; así, en un contrato de compraventa, la causa de mi obligación de pagar el precio consiste en la obligación de mi vendedor de transmitirme la propiedad y entregarme la cosa, es el fin inmediato que se persigue en el contrato lo que constituye la verdadera noción de causa.

La causa en los contratos reales. En un contrato real, la causa es la prestación que se cumple o que se realiza, mejor dicho, en el contrato; así, en un contrato real es la entrega de la cosa lo que constituye la causa de mi obligación de devolver esa cosa.

La causa en un contrato a título gratuito. En un contrato a título gratuito, la causa de la obligación es el *animus donandi*, la intención de

hacer la liberalidad a favor de la persona a quien se hace el contrato gratuito.

Pero no basta conocer lo que según la doctrina clásica es propiamente la causa, o sea, la causa final de acuerdo con estas ideas de Domat, sino que es necesario plantear la diferencia esencial entre esta causa final, causa propiamente dicha en la que se hace esta distinción de los contratos, y otra noción de causa que no tiene influencia en la formación del contrato según la doctrina francesa, porque no constituye la causa propiamente dicha, es la que se llama causa impulsiva o motivo determinante.

Diferencias entre la causa final y la causa impulsiva. La causa impulsiva o motivo determinante, a diferencia de la causa final, es un elemento extrínseco al contrato, mientras que la causa final es un elemento intrínseco. El motivo determinante, además de ser un elemento extrínseco, es un elemento variable de acuerdo con el móvil o con el propósito de cada contrato, a diferencia de la causa final, que es un elemento fijo, siempre el mismo en los contratos. Vamos a explicarnos: En un contrato sinalagmático, decíamos, la causa final es la obligación de la otra parte; siempre será la obligación de la otra parte. La causa impulsiva son los motivos particulares que cada contratante tiene para la celebración de un contrato, motivos externos al contrato mismo y que varían de acuerdo con el contratante; así, si yo vendo este libro, la causa final de mi obligación de entregar y transmitir la propiedad de la cosa, será el pago del precio, y en todo contrato de compraventa ésa es la causa final, lo mismo sea la venta de un libro o de una casa

o de cualquier otro objeto y en cualesquiera condiciones; pero yo puedo vender este libro por muchos motivos: puedo venderlo para tener dinero y poder adquirir otro libro, o simplemente porque ya no lo necesito, deseo deshacerme de él, o porque deseo jugar con el precio del libro, en fin, por todas las razones particulares, por todos los motivos que puedan determinar la voluntad de una persona para realizar el contrato de compraventa. El motivo determinante, esa causa impulsiva que me hace celebrar el contrato, es un elemento extrínseco del contrato mismo, puesto que está fuera de él, es la razón psicológica, diríamos, que en mí influye para la celebración del contrato, y, además, es un elemento esencialmente variable porque en mí mismo el motivo puede ser de naturaleza muy diversa y en el otro contratante lo mismo. Ven ustedes, pues, cómo se distingue esencialmente la causa final o causa propiamente dicha, que es siempre la misma, que requiere una clasificación de los contratos, para ver cuál es ella, de estos motivos particulares que cada persona tiene para la celebración de un contrato y que se conoce con el nombre, por su misma naturaleza, de causa impulsiva o motivo determinante.

Diferencias entre la causa eficiente y las causas final e impulsiva. Pero además de la noción de causa impulsiva como esencialmente diversa de la noción de causa final o causa propiamente dicha, la teoría clásica acepta también que hay otra noción de causa que se conoce con el nombre de causa eficiente, pero que tampoco puede servir como una explicación para los preceptos del Código Civil francés que hablan de causa. La causa eficiente no es otra sino la causa civil del derecho romano; ustedes recuerdan, por sus estudios de derecho romano,

cómo las causas de las obligaciones no eran fundamentalmente, por lo menos en la exposición de Gayo, sino dos: el contrato y el delito, que son las fuentes de las obligaciones. ¿De dónde proceden, dónde se generan las obligaciones? El derecho romano respondía: se generan de un contrato o de un delito. Ya el derecho romano se refería a las obligaciones como si nacieran de los contratos o de los delitos, cuasi ex contratos y cuasi ex delitos, y luego los comentaristas llegaron a formular la noción del cuasicontrato y del cuasidelito, fuente también de las obligaciones; ya en su oportunidad estudiaremos estas nociones de cuasicontrato y cuasidelito, pero fundamentalmente la causa civil de las obligaciones en el derecho romano es la fuente de la obligación, de donde nace la obligación, y la obligación nace mediante un contrato o mediante un delito.

Esta noción de causa eficiente lo es también en nuestro derecho; ahora bien, en nuestro derecho, ¿cuál es la causa eficiente de la obligación? Es el contrato, es el acto ilícito, es la voluntad unilateral, es actualmente, en el nuevo Código Civil, la gestión de negocios; son todas las fuentes de la obligación, la fuente de la obligación es el acto o hecho jurídico que crea la obligación.

Como se ve, la causa eficiente, o sea, la causa de las obligaciones, no puede confundirse ni con la causa impulsiva o motivo determinante que, decíamos, son las razones particulares que cada persona tiene para celebrar un acto, ni tampoco puede confundirse con la causa final o causa propiamente dicha, que de acuerdo con la teoría clásica es una noción que varía, no de persona a persona, no de con-

trato concreto a contrato concreto, sino que varía únicamente por contratos tipo, y es siempre en un contrato tipo la misma noción lo que forma la causa; esto es, en el contrato sinalagmático, por ejemplo, la causa es la obligación de la otra parte, y en todo contrato sinalagmático siempre la causa final o causa propiamente dicha será la misma.

Distinguir esencialmente entre estas tres nociones: causa final, causa impulsiva y causa eficiente, es una explicación esencial que debe tenerse en cuenta en la doctrina clásica, porque una vez que se hace la distinción, se concluye que los artículos referentes del Código Civil francés que hablan de causa, se refieren a ella como causa propiamente dicha, es decir, como causa final, como la primera de las nociones explicadas, y ello por el antecedente histórico que se deriva, por medio de Pothier, de la obra de Domat.

La doctrina clásica ha admitido críticas que planteó en particular un autor belga, Ernest, profesor de la Universidad de Lieja, y que más tarde fue reiterada por otro autor belga, Laurent, y merced a la gran influencia que tuvo Laurent en los tratadistas franceses, llegó a Francia y fue difundida por autores como Baudry Lacantinerie y Planiol.

3. Crítica negativa de la doctrina de la causa

Planiol presenta una teoría que podemos llamar de crítica negativa a la doctrina de la causa, es decir, afirma (con Ernest, con Laurent y con Baudry Lacantinerie) que esta doctrina debe separarse del derecho civil, que el consentimiento y el objeto nos explican suficientemente

la ilicitud de un contrato sin necesidad de acudir a una nueva noción, como es la doctrina de la causa; es, pues, una crítica negativa, no construir una doctrina sobre el concepto de la causa, sino decir simplemente: los códigos y las nociones de derecho pueden pasarse sin la noción de causa. Vamos a tomar fundamentalmente la explicación de Planiol, expuesta en su *Tratado elemental* (tercera edición), y la de Baudry Lacantinerie sobre la crítica de la teoría clásica de la causa. Ya dijimos que, según Planiol, la doctrina clásica es falsa e inútil. ¿Por qué es falsa e inútil?

Contratos sinalagmáticos. En los contratos sinalagmáticos es falsa porque ¿qué cosa es la causa conforme a la teoría clásica? Es, se dice, la obligación de la otra parte, pero como las dos obligaciones surgen al mismo tiempo de su fuente, del contrato digamos, resulta una imposibilidad lógica pensar que dos cosas que surgen al mismo tiempo pueden ser, una causa, y la otra efecto; porque la causa requiere esencialmente ser anterior al efecto. Luego entonces, esta explicación es una explicación falsa y plantea una imposibilidad lógica.

Contratos reales. Tratándose de los contratos reales, ¿qué cosa es la entrega de la cosa que conforme a la noción clásica es la causa? Pues la entrega de la cosa no es sino la formación misma del contrato, es confundir la causa eficiente, la fuente de la obligación, con la causa final, y esto, decíamos, es inaceptable en la teoría clásica.

Contratos a título gratuito. Por último, tratándose de los contratos a título gratuito, ¿qué cosa es el *animus donandi*, sino la intención de

hacer la donación, o sea, el consentimiento? Luego, en la doctrina clásica el *animus donandi* es el consentimiento, o bien, si se requiere referirse a ese *animus donandi*, a los motivos determinantes, entonces se confunde la noción de motivo con la de causa final, que para la doctrina clásica nunca fue algo aceptado.

Pero además de ser falsa es inútil, porque ¿cuál es el interés de esta noción técnica de la causa? El interés de ella radica en anular o declarar inexistentes aquellos contratos en los que falta la causa, en los que hay una falsa causa, o bien, en los que hay una causa ilícita. Ahora bien, examinando la falta de causa o la falsa causa, ¿qué sucede cuando en un contrato unilateral, en un contrato real, falta la causa? Sencillamente no hay contrato, falta el contrato porque no hay fuente de la obligación; y tratándose de contratos a título gratuito, faltarán también la intención misma, faltarán el conocimiento; luego entonces, puede explicarse la nulidad a la misma inexistencia que trae la falta de causa o falsa causa por otras razones: por falta de objeto, por falta de consentimiento, independientemente de la noción de causa.

En los contratos sinalagmáticos es donde la doctrina ha hecho las aplicaciones de la falsa causa o de la inexistencia de la causa; y se dice: en un contrato sinalagmático, si falta la obligación de la otra parte, entonces falta la causa y, en consecuencia, el contrato es nulo. Una cosa es el objeto, o sea, la prestación de la obligación, y otra cosa es la causa, que es la obligación de la otra parte, no la prestación misma; puede suceder que la prestación existía y sin embargo, no haya causa; es decir, los contratos sinalagmáticos nos presentan el caso

de una falta de causa que trae como consecuencia una anulación del contrato, independientemente, se dice, del objeto.

La crítica responde: no es necesario hacer intervenir esta noción de causa porque, claro, los contratantes se obligan en un contrato sinalagmático en razón de la obligación de la otra parte; era esto independientemente de cualquier noción técnica, es por la interdependencia que existe entre las obligaciones. ¿Cómo puede pensarse, a no ser como un acto de una persona desequilibrada, que se obligue a alguien en un contrato sinalagmático si no es porque la otra parte se ha obligado? No se requiere, pues, tratándose de la causa falsa o de la falta de causa, hacer intervenir otros elementos que no sean el objeto o el consentimiento.

Sin embargo, se ha dicho, las mejores aplicaciones de la teoría de la causa han sido con motivo de la causa ilícita, porque hay casos en que el objeto es lícito y sin embargo la causa es ilícita, y si atendiéramos únicamente al objeto, entonces tendríamos que declarar válido un contrato que todo el mundo rechaza y declara nulo. Por ejemplo, se dice: si una persona se obliga ante otra a darle, digamos, en arrendamiento un inmueble para establecer una casa, ¿cuáles son las prestaciones en la obligación? ¿Cuál es el objeto de la obligación? El objeto de la obligación será pagar una renta, cosa que es lícita; pagar una cantidad de dinero, en sí misma, es una prestación lícita. ¿Cuál es el objeto de la obligación de la otra parte? El objeto de la obligación de la otra parte es hacer que se use y goce de la cosa mediante el contrato de arrendamiento; luego entonces, una obligación de esta natura-

leza, si se atiende al objeto, si se atiende únicamente a la prestación en sí misma, resulta un contrato lícito y no anulable. Otro ejemplo: una persona paga a otra por cometer un acto delictuoso, paga a un Juez para que le dicte una sentencia conforme a derecho. Dictar esta sentencia es lícito; sin embargo será nula la prestación del que paga un dinero para que se le dicte una sentencia, pero el hecho mismo de pagar una cantidad es un hecho lícito, y lo mismo es lícito dictar una sentencia justa. Es que, dicen los causalistas, aquí encontramos la contestación a “qué es lo que se debe”, que es lo que forma el objeto, como una cosa perfectamente lícita, pero, por otra parte, la respuesta a “por qué se debe”, o sea la causa, es lo que nos da el fundamento para anular el contrato.

Contestan Planiol y todos los autores que hacen la crítica de la teoría clásica: es que el objeto no es simplemente el hecho de pagar dinero; no consiste en eso el objeto de esa obligación, porque la prestación consiste en pagar dinero para que se dicte una sentencia conforme a derecho; claro que la entrega en sí misma no es un acto ilícito, pero el objeto no está desligado, por decirlo así, del motivo con que se hace la prestación. La prestación es la entrega de “X” cantidad de pesos con una finalidad, con un motivo; esa finalidad, ese motivo, es que se dicte una sentencia conforme a derecho, pero si a esa posibilidad, si a ese motivo, se le quiere llamar causa, entonces estamos también fuera del concepto de la causa final como lo entiende la doctrina clásica, estamos dentro de la doctrina de la causa impulsiva o motivo determinante. Se ve pues que es inútil aquí la noción de causa para llegar a la invalidez bastándonos la noción de objeto.

Ahora bien, tratándose de los contratos o actos a título gratuito, el *animus donandi* si se entiende como la intención pura de donar, claro que no presenta problema de ilicitud, pero esa intención no es sino el consentimiento mismo. Lo que se necesita saber es por qué se hace la donación, cuál es el motivo de llegar a la donación, si se hace por un motivo ilícito, pues será nula, por ejemplo, se hace una donación a un hijo por ser un hijo incestuoso. Claro está que hacer una donación en sí misma, entregar una cantidad gratuitamente de dinero o de cualquier otro bien, no es en sí mismo un acto ilícito, pero entregar una cantidad de dinero para un propósito ilícito convierte en ilícito el acto mismo, la donación; y si se quiere llegar a la consideración de por qué es nula, tenemos que llegar, dice la teoría crítica, al motivo determinante más que a la noción misma de la causa, tenemos que llegar al porqué de la donación.

En resumen, Planiol sigue la teoría planteada por primera vez por Ernest en Bélgica, y hace una crítica totalmente negativa, de la causa, es decir, concluye que, siendo falsa e inútil la noción de causa, no hay necesidad de que exista un elemento de formación de los contratos diverso al objeto y diverso al consentimiento; bastan las nociones de objeto y la noción de consentimiento para tener todos los elementos de formación de los contratos.

Teoría moderna de la causa. Capitant. Pero no todos los tratadistas se han conformado con esta explicación que encuentran ustedes en la obra de Planiol sobre una teoría negativa de la causa, sino que admitiendo en cierta parte la crítica de la causa en la teoría clásica, algunos

autores como Capitant en su monografía de *La causa de las obligaciones*, llegaron a la conclusión de que hay efectivamente un elemento de formación de los contratos, y no solamente de formación de los contratos, sino aun a la ejecución de los contratos, diversa al consentimiento y al objeto, este elemento es la causa.

Según Capitant, la causa en los contratos sinalagmáticos, como en todos los demás, debe ser el fin que persigue el contratante; es cierto que hablar de fin como causa plantea cierta confusión, pero él dice: “Hay razón, o por lo menos razón parcial, en llamarle causa, porque es el fin que se persigue lo que causa la obligación y, en consecuencia, es la finalidad lo que aquí se llama causa”. Según Capitant, ¿cuál es la finalidad que se persigue en la celebración de los contratos? Vamos a ver los contratos sinalagmáticos.

En ellos, es la intención de que se ejecute la otra obligación, no es la obligación, como dice la teoría clásica, ni es el objeto de ésta, como ha dicho también otra teoría causalista, lo que forma la causa, sino que es la intención que tiene el que se obliga, de que la otra parte ejecute su obligación; así, cuando yo pago un precio, ¿por qué lo pago?, se pregunta Capitant, y contesta: el precio de la cosa se paga por la intención que yo tengo de que la otra parte me transmita la propiedad y me entregue la cosa; es ese ánimo de ejecución, esa intención de que se ejecute la finalidad que yo persigo cuando celebro un contrato; en consecuencia, la causa de esta finalidad, pero no la finalidad remota, no el propósito indirecto que va a obtenerse, sino la finalidad próxima, el propósito directo. De ahí la distinción que, según

esta doctrina moderna, debe hacerse entre la causa propiamente dicha y los móviles; éstos vienen a ser la causa remota.

La causa propiamente dicha se distingue, también en esta teoría, de los móviles, porque éstos son variables, mientras que la causa es siempre la misma en un contrato tipo. Capitant considera a los contratos reales, contratos sinalagmáticos y contratos unilaterales, como siempre se les había considerado en la doctrina clásica y en nuestra legislación de 1870 y 1884. Ya el Código de 1928, a los contratos reales se les considera sinalagmáticos; dentro de esta concepción de Capitant, los contratos reales, por ejemplo el depósito, se perfeccionaban sin necesidad de que se hiciera entrega de la cosa; en los contratos reales considerados unilaterales, ustedes bien saben que el perfeccionamiento del contrato no viene o no se efectúa sino con la entrega de la cosa. Como consecuencia de esta concepción de Capitant, la causa en los contratos reales era la de los contratos sinalagmáticos.

En el contrato unilateral es la prestación y la ejecución de esa prestación lo que constituye la causa de la obligación de la otra parte; y, por último, en los contratos a título gratuito la causa consiste en la liberalidad con la intención de no recibir nada a cambio, esto es, la finalidad que se persigue es que el patrimonio de otra persona aumente, enriqueciéndose sin que mi patrimonio (patrimonio del donante) reciba nada a cambio; ésa es la causa de la obligación.

Crítica. Hemard. Tratadista francés que hace la crítica tanto de la noción de la causa en la doctrina clásica como de la de Capitant; Hemard dice lo siguiente:

Esta finalidad de que nos habla Capitant en realidad se confunde con el consentimiento, porque ¿qué cosa es la intención de que se ejecute la obligación, si no es parte de mi consentimiento?, ¿por qué consiento en que se ejecute la obligación?, ¿por qué consiento en obligarme? Pues consiento porque tengo la intención de que la otra parte se obligue, o bien lleguemos, si no al consentimiento, a confundir esta intención de que se ejecute la obligación con el motivo especial de caso concreto que yo he tenido para su ejecución; luego entonces, la doctrina no añade nada nuevo.

Lo mismo decimos en el *animus donandi*. ¿Qué cosa es el *animus donandi*, o sea, la intención de enriquecer un patrimonio sin recibir nada a cambio sino el consentimiento para hacer la donación?

Pero además, dice Hemard, la doctrina de Capitant tiene este defecto: sostener que no sólo es un elemento de formación que debe existir en consecuencia en el momento en que se forma el contrato, en el momento en el que se celebra, sino que es un elemento que, según Capitant, existe en toda la ejecución de la obligación; para Capitant, mientras la obligación de la otra parte no se ejecuta, resulta que hay falta de causa, puesto que es la intención de que se ejecute lo que caracteriza a la noción de Capitant, pues dice que no solamente se trata de un elemento de formación del contrato, sino que subsiste durante toda la ejecución, y mientras ésta no se haga efectiva no habrá causa que pueda obligar a la otra parte; así, si una persona se ha obligado a entregar una cosa y durante ese término la cosa no existe o desaparece, habrá falta de causa, según Capitant, a pesar de que existiera en el momento de la celebración del contrato. Pues bien, sostiene la crítica

de Hemard, no es ésta la noción admitida por el Código Civil francés, según éste se trata de una noción de formación del contrato, no de un elemento de ejecución; la nulidad se da cuando en el momento de la formación del contrato falta la causa o hay falsa causa o la causa es ilícita. ¿Qué sucede si a lo que Capitant llama causa, falta durante la ejecución? Pues lo que en realidad sucede es que habrá una inejecución de contrato que traería como consecuencia, no la nulidad, sino la rescisión en los casos en que se plantea el incumplimiento dentro de las posibilidades de la rescisión, y ésta es una acción que supone que se han reunido los elementos de validez del contrato, es una causa de inejecución que traerá por consecuencia, no la nulidad del contrato, sino la rescisión del contrato, y ya hemos de ver cómo nuestro Código Civil de 1884 dice en algunos de sus artículos: “Sólo se rescinden los contratos que en sí mismos sean válidos”, es decir, aquellos que hayan reunido todos sus elementos de formación y en los que por razones especiales hay lugar a una rescisión.

Jurisprudencia francesa. Bonnecase. Vamos ahora a explicar la doctrina de la jurisprudencia francesa porque, como hemos de demostrar en esta clase, tiene especial importancia en nuestro derecho vigente.

La jurisprudencia francesa es un principio para estimar la falta de causa, la causa falsa o la causa ilícita, se fundaba en la doctrina clásica atendiendo a los conceptos de Pothier y de Domat, pero, como expone Bonnecase en su estudio sobre la causa, hubo una época en que cambió la jurisprudencia (la misma explicación la encuentran ustedes, quizá sin el detalle de Bonnecase pero también coincidiendo

en esencia, en la obra de Josserand), ya que dejó de considerar que la doctrina clásica de la causa era la que servía de explicación a los textos del derecho civil francés, y que el verdadero concepto de la causa era el de los motivos determinantes, es decir, en lugar de ser la causa final la que servía de explicación a la noción de causa en el derecho francés, era la causa impulsiva o los motivos determinantes, es el móvil fin que llama Josserand, son esas razones de orden concreto, psicológico, que las partes tienen para contratar y en cuya virtud las partes celebran el contrato, es esa consideración, ese móvil que determina la celebración del contrato, que es concreto, que varía de contrato a contrato aun dentro de una categoría contractual, lo que, entiendo, se dice en esta tesis, lo que entiende el Código Civil francés por la noción de la causa, y así ya encontramos, sostiene la jurisprudencia francesa, una gran utilidad a la doctrina, así es posible anular los contratos, ya sean onerosos, ya sean a título gratuito, en los que de otra manera tendríamos que considerar que se habían reunido los requisitos de esencia y validez. Bonnecase, al hacer la historia de este cambio en la jurisprudencia francesa, se refiere a un caso que se ha hecho famoso en esta materia en la jurisprudencia francesa, el caso Pendarie. Hubo una persona que había hecho una donación por consideración de que el donatario era un hijo incestuoso del donante, y entonces la jurisprudencia francesa sostuvo que era el móvil, era el motivo determinante de la voluntad en la donación, lo que significaba la causa, lo que era la causa y, por tanto, que había una causa ilícita. De haberse aplicado en este caso la teoría clásica, no habría podido llegarse a la anulación de la causa, porque hubiera sido el *animus donandi*, la voluntad de donar, la que traería como conse-

cuencia la nulidad del acto en caso de que esa voluntad hubiera sido ilícita, pero como dicen los comentaristas sobre el caso, la voluntad en sí misma no puede ser ilícita, lo que sería ilícito era el propósito, el móvil fin que había tenido el donante para hacer la donación. A partir de este caso la jurisprudencia parece admitir como noción de causa, no el concepto clásico de la causa, sino, por el contrario, aquel que la teoría clásica quería distinguir de una manera esencial de la causa final, o sea, lo que hemos llamado la causa impulsiva o el motivo determinante.

No es pues, la tesis de la jurisprudencia francesa una tesis anticausalista; por el contrario, es una tesis causalista pero con una explicación de causa totalmente diversa a la doctrina clásica de la causa; es, repetimos, el motivo determinante, la causa impulsiva, lo que entiende el Código Civil francés como noción verdadera de la causa. En este sentido, Bonnetcase considera que la noción de causa es la noción del motivo o de la causa impulsiva; el Código Civil francés ha dado una reglamentación y ha admitido expresamente la noción de causa, luego entonces, no se puede ser anticausalista porque alguna explicación debe de tener esta noción técnica. Pero a la vez, sostiene el autor, de acuerdo con la jurisprudencia, no es la teoría clásica de la causa, a pesar del antecedente histórico, la que debe aceptarse como una doctrina causalista, sino la teoría de la jurisprudencia francesa, o sea la teoría de la causa impulsiva, del motivo determinante, o del móvil fin que llama Jossierand.

En el derecho comparado encontramos que hay códigos causalistas y códigos anticausalistas; códigos causalistas que admiten hasta

una explicación de la doctrina clásica de la causa como explicación del propio código. El Código Civil español, por ejemplo, que da hasta las nociones de Pothier inspiradas en Domat, al hacer las explicaciones de lo que se entiende por causa; el derecho italiano sigue también la tradición francesa, y algunos más. Pero hay otros códigos, especialmente los modernos, como el alemán y el suizo, que no hacen referencia a la noción de causa, que podrían considerarse, según los considera Planiol, códigos anticausalistas. Por último, hay códigos causalistas pero que no admiten la noción clásica de la causa, y entre ellos hemos de clasificar nuestro nuevo Código Civil que, sin hacer referencia propiamente a una noción de causa, sin embargo el móvil exige que el motivo determinante sea lícito, como elemento no de existencia, no de esencia del contrato, sino como elemento de validez; pero antes de referirnos a la teoría del nuevo Código Civil, vamos a hacerlo a la teoría de los códigos de 1870 y 1884.

4. Códigos de 1870, 1884 y 1928

En el Código de 1884, recuerdan ustedes, hay un precepto que enumera las condiciones que el propio código llama de validez, pero que incluye además condiciones de existencia de los contratos. Este artículo dice: “Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones:

I. Capacidad de los contrayentes;

II. Mutuo consentimiento;

III. Que el objeto material del contrato sea lícito;

IV. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley”.

Este artículo 1279 es el que correspondería a aquel otro del Código Civil francés a que nos referimos en clases anteriores y que enumera las condiciones de existencia de los elementos de existencia del contrato. Este artículo tiene el antecedente de otro artículo del Código Civil de 1870, con la única diferencia, que hemos de explicar al tratar la materia de forma, de no tener, el artículo del Código de 1870, la fracción cuarta de este artículo 1279; es decir, de no considerar de manera expresa, como elemento de validez del contrato, la formalidad, pero fuera de esa diferencia los requisitos que exige el artículo 1279 son los mismos que exige el Código de 1870 para la validez de los contratos. Ahora bien, el Código de 1870 y el de 1884, indiscutiblemente tuvieron como antecedente muy directo el Proyecto del Código Civil español comentado por don Florencio García Goyena de 1859. El Proyecto de García Goyena era causalista, seguía la tradición francesa de mencionar la causa como un elemento de formación de los contratos, se refería a ello en términos muy semejantes a los que establece el Código Civil francés; así pues, el antecedente directo de nuestros códigos de 1870 y 1884, o sea, el Proyecto de don Florencio García Goyena, y por medio de este proyecto el Código Civil francés, son causalistas y, sin embargo, nuestro Código de 1870 y el de 1884 no mencionan la causa como un elemento de formación del contrato; y si la causa no es uno de esos elementos orgánicos del contrato que

llama Bonnecase, que en un acto jurídico son el objeto y el consentimiento, y a veces, por técnica jurídica, la solemnidad; si la causa no es un elemento orgánico, sino exclusivamente un elemento de técnica de formación o de validez del contrato, y si ese elemento técnico no está reconocido en nuestro código, se puede llegar a la conclusión de que nuestro Código Civil de 1884 no era un código causalista.

Tomen ustedes por ejemplo el Código Civil francés. ¿Porqué se esfuerzan los tratadistas en derecho francés para llegar a la verdadera explicación de lo que es la causa? Porque hay un texto del Código Civil francés que establece esa noción como un elemento de formación del contrato y con una sanción para los casos en que ese elemento de formación falte o bien para aquellos en que se realice de una manera irregular, como sucede cuando se trata de la causa ilícita; y han sido estos preceptos del Código Civil francés, a partir de esa explicación que nos hace Domat —y que aun en éste no es sino una manera de presentar nociones del derecho romano, aunque en nuestro concepto falseando la noción, o cuando menos dando una interpretación diversa al derecho romano—, han sido estos textos los que han requerido este esfuerzo doctrinal de técnica jurídica para llegar a explicar qué es lo que entiende el legislador en estos artículos por la noción de causa, pero, repetimos, si estos elementos de técnica jurídica no están reconocidos en nuestros códigos de 1870 y de 1884; si, por otra parte, sabemos que el antecedente de nuestro Código Civil, que seguramente se tuvo a la vista, reconoce expresamente la noción de causa y aquí ya no aparece, estas razones nos llevan a concluir que han llevado al maestro Borja Soriano a concluir que nuestros códigos de 1870 y 1884 no

son causalistas. Esto es, en el Código de 1870 y en el de 1884 la causa no es, cualquiera que sea la explicación de ella, un elemento de formación del contrato (si reducimos el problema de la causa al planteamiento con que iniciamos la explicación de este tema); y si, por otra parte, después de las explicaciones de lo que es la causa en los diversos códigos llegamos a esta conclusión sencilla de que no es un elemento de formación del contrato, sino que basta la noción de consentimiento y de objeto para formar el contrato, se explica por qué el maestro Borja Soriano ha llegado a sostener, a pesar de que otros distinguidos profesores de la Facultad de Derecho han sostenido lo contrario, que nuestros códigos de 1870 y de 1884 no son códigos causalistas.

Pero se ha dicho: es que sí se menciona en algunos casos la causa en los contratos, se toma por ejemplo, en materia de consentimiento y de vicios del consentimiento, lo que el Código de 1884 dice en materia de error, el artículo 1296 dice: [...] “El error de derecho no anula el contrato. El error material de aritmética sólo da lugar a su reparación. El error de hecho anula el contrato:

II. Si recae sobre el motivo u objeto del contrato, declarándose en el acto de la celebración o produciéndose por las circunstancias de la misma obligación, que en el falso supuesto que motivó el contrato, y no por otras causas, se celebró éste”.

Este precepto tiene su antecedente en el Código Civil portugués, y hablando de antecedentes y derecho comparado, debe tenerse en

cuenta que el derecho portugués es un código al que se acoge en la redacción de nuestros códigos civiles de 1870 y de 1884, y el Código Civil portugués es un código anticausalista, en el que, a diferencia del español y del Proyecto de García Goyena, a diferencia del Código Civil francés y del italiano, no se exige el elemento causa entre las condiciones de formación o de validez del contrato, y los comentaristas del Código Civil portugués, Díaz Ferreira por ejemplo, sostienen que la causa no es un elemento de validez ni de formación del contrato, que la técnica jurídica no ha llegado a ese reconocimiento en el derecho civil portugués, que basta la noción de objeto, como la entiende el propio Díaz Ferreira, como la entiende Georgi, y, como hemos dicho, que puede entenderse tratándose de la ilicitud de los contratos, es decir, no refiriéndolo exclusivamente a la prestación, sino a su finalidad, a sus móviles, empleando para el efecto de la ilicitud la noción de objeto, diciendo mediante una interpretación, como dice el propio Planiol, tan ilícito es convenir en matar a una persona mediante el pago, como pagar para que se mate a una persona. Esta noción de ilicitud a través del objeto que nos explica Díaz Ferreira como comentario a la noción de objeto y de causa, la explicación de Georgi aceptada por el derecho italiano, y, por otro lado, la interpretación de Planiol, nos llevan a concluir que, sin necesidad de que aparezca expresamente en el Código de 1884, la noción de objeto así ampliado para los efectos de la ilicitud, podemos admitirla sin necesidad de acudir a la noción de causa.

El Código Civil portugués, decíamos, no es causalista, no lo es por la manera en que están redactados los preceptos ni por la expli-

cación que la doctrina nos da sobre esos preceptos, por lo cual es posible que ese antecedente haya servido en la redacción de los códigos mexicanos de 1870 y de 1884 para no tomar la causa como un elemento de formación a pesar de que, repetimos, se tuvieron seguramente a la vista los códigos causalistas. En cuanto al artículo sobre error, ya el mismo Díaz Ferreira y los comentaristas portugueses nos dicen: “aquí se está hablando de causa en realidad como motivo, porque se dice, si recae sobre el motivo u objeto del contrato y no por otra causa, o, por el motivo u objeto, es decir, en realidad se está o dentro del concepto de objeto, o dentro del concepto de consentimiento, porque el error, ya hemos de verlo, no es sino un vicio del consentimiento, luego entonces, no es una teoría, la de este artículo, referida a un elemento específico de formación del contrato que se llame causa que, por otra parte, estaría en contradicción con el artículo 1279 que tiene el propósito específico de enumerar los elementos de validez del contrato, sino que es una teoría sobre vicios del consentimiento, es decir, es insistir sobre la misma explicación de que bastan las nociones de consentimiento y objeto, entendido éste en la forma en que lo hemos explicado, para llegar a tener todos los elementos de formación y validez de los contratos.

En resumen: creemos cierta la tesis expresada en México por el maestro Borja Soriano de que nuestros códigos de 1870 y de 1884 son anticausalistas y ello lo fundamos:

I) En un planteamiento correcto del problema, no en tratar de sostener que en ninguna forma se admite la noción de causa —ya hemos

de hablar de enriquecimiento sin causa y cómo a pesar de que el Código de 1884 no establecía esta noción sino únicamente el pago indebido, nosotros aceptamos que el enriquecimiento es una fuente general de obligación—; pero el problema no consiste, como parece que se ha entendido, en sostener que nuestros códigos no mencionan la noción de causa o no admiten la noción de causa en algunas de sus explicaciones; el problema consiste en saber si la causa, como la entiende toda la doctrina, ya sea como causa final, ya sea como motivo determinante, constituye un elemento de formación en los contratos dentro de la técnica jurídica de estos códigos, y contestamos: No, porque siendo un elemento técnico, en primer lugar, no existen preceptos que lo reconozcan como elemento de formación del contrato; segundo, porque siendo un elemento técnico no es uno de los elementos orgánicos que se impone incluso al legislador: tercero, porque en virtud de los antecedentes del Código Civil, a pesar de que se tuvieron a la vista los códigos causalistas, como son el código francés y el Proyecto de García Goyena, sin embargo, al enumerar los elementos de validez, como los llaman el Código de 1870 y el de 1884, no se menciona la causa, y cuarto, porque cuando encontramos la noción de causa en estos códigos, está referida a conceptos diversos, o al consentimiento o al objeto, o está referida, como sucede en el enriquecimiento sin causa, a la causa eficiente que hemos llamado la fuente de la obligación y que ningún tratadista causalista admite como una explicación propia de lo que es la causa como elemento de formación de los contratos.

Código vigente. En el código vigente no encontramos con el nombre de causa un elemento de existencia del contrato; hemos dicho

que sus elementos: son consentimiento y objeto. Pero en el artículo 1795, al referirse el Código a los elementos de validez en la fracción tercera, nos dice: “Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado: [...] III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito”. Y la fracción tercera expresamente nos habla de motivo o fin, y es indiscutible (por los antecedentes que se tienen respecto a la redacción de estos preceptos, las ideas de Bonnecase y de la jurisprudencia francesa), que se considera útil en México admitir la noción del motivo, de la causa impulsiva, del motivo determinante, como una noción de validez del contrato que pudiera anular al contrato en caso de que ese motivo o fin fuera, ilícito, esto es, referir la explicación que da actualmente la jurisprudencia francesa a la noción de causa, y entonces podemos decir que nuestro código vigente es causalista por cuanto, entre los elementos de validez del contrato, acepta la tesis de la jurisprudencia francesa aceptada también por Josserand y por Duguit en su obra *El desenvolvimiento del derecho privado, de los móviles o motivos determinantes, concretos, variables de contrato a contrato*. Pero no es un código causalista que establezca la causa y sea como un elemento de existencia del contrato, ya sea como una explicación dentro de la teoría clásica de la causa que establece una distinción de los diversos contratos para buscar en ellos el concepto de causa final.

Promesa abstracta. Su programa, para terminar esta materia, se refiere al caso en que no se menciona la causa ni tampoco el motivo determinante de la voluntad, sino obligaciones que se reconocen sin la existencia de causa, como cuando se dice en un documento, me obligo a cubrirte en tal plazo la cantidad x de dinero, sin mencionar

en virtud de qué contrato me obligo, si es por un contrato de préstamo o por cualquier otro. La validez de esta promesa abstracta se ha aceptado en otros derechos, se ha aceptado en el derecho alemán, en el derecho francés, como presunción de la existencia de esa causa, para verse obligado. Yo considero que en nuestro derecho también se puede admitir una obligación de esta naturaleza, y esto naturalmente está sujeto a la demostración, es decir, es posible la demostración de un error, de enriquecimiento sin causa, o bien, de un motivo ilícito, porque como el Código Civil vigente no distingue de los casos en que debe haber motivo lícito al anular los contratos de motivo ilícito, si en un convenio de esta naturaleza se llegara a demostrar la ilicitud del motivo, no podríamos decir, por lo menos ésa es mi opinión, que por la forma abstracta del convenio quedaría separada totalmente de su motivo o fin y que, en consecuencia, no podría ser excepción, por parte del que firma el contrato, la existencia de una finalidad ilícita. Si, por ejemplo, se firma un contrato en esas condiciones, se hace una promesa abstracta de pagar una cantidad de dinero, pero eso se hace porque esa persona que recibe la prestación va a cometer un hecho delictuoso, por ejemplo, pues yo considero que tratándose de los documentos civiles, habrá la posibilidad de buscar la ilicitud en el motivo o fin, de acuerdo con la fracción tercera del artículo 1795, y, en ese sentido, excepcionarse del pago anulado del convenio; lo mismo podemos decir en materia de error, sí por ejemplo, yo, creyendo que debo una cantidad x de dinero, me obligo a hacer el pago de esa cantidad mediante esta promesa abstracta de pagar una suma determinada, yo tendré, en mi concepto, la excepción de error probando natu-

ralmente que yo lo he hecho por un error, aplicando los textos relativos de vicios del consentimiento y anulando ese contrato o convenio.

La consideración. La consideración, como la llaman el derecho inglés y el norteamericano, han dicho algunos tratadistas como Levy Ullman, que no es sino la noción de causa establecida en la doctrina francesa. En realidad, la consideración norteamericana e inglesa, tienen, en mi concepto, una mayor extensión que lo que entiende la doctrina francesa por causa. La consideración no es otra cosa sino el elemento de valor por el cual una persona se obliga, ya sea por el beneficio que obtenga, o ya sea por el perjuicio que se evite al obligarse, y esta consideración así entendida, como elemento de valor que causa la obligación, puede ser la más variada, y la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas admiten que tiene una gran variedad y que incluso no necesita corresponder con el valor prometido; y así encontrarán ustedes contratos en el derecho norteamericano en los que, por la consideración de un dólar, por ejemplo, se adquiere una casa o una fábrica, etc. Ha bastado este elemento de valor, aun cuando sea un elemento de valor mínimo, para que haya consideración como un elemento de formación del contrato.

IX. LA FORMA EN LOS CONTRATOS

Uno de los elementos de validez del contrato es la forma del mismo. Recordemos que los elementos esenciales del contrato son el consentimiento y el objeto, y recordemos también que los tratadistas, como Bonnecase, consideran que a veces la forma que afecta el contrato puede ser un elemento que la técnica jurídica le da el carácter de elemento esencial; pero nuestros estudios en el derecho mexicano nos han de demostrar que esa situación no ésta en nuestro derecho, en el derecho mexicano, no se trata pues de un elemento de esencia, aun cuando sí de un elemento de validez.

El artículo 1795, que establece los elementos de validez del contrato del nuevo código, dice: “El contrato puede ser invalidado: [...] IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece”. Y el artículo 1279 del Código de 1884 establece:

“Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: [...] IV. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley”.

Cuando la ley no establece ninguna forma especial para el consentimiento, sino que éste puede externarse libremente, entonces se dice que estamos en presencia de un contrato consensual. Ya hemos dicho que en todos los actos jurídicos la voluntad debe externarse, hemos definido el acto jurídico mismo como una expresión de voluntad, por lo cual el derecho tiene en cuenta la voluntad externa para darle efectos, pero a veces la ley establece una forma de externar la voluntad, como cuando dice que la voluntad, el consentimiento en los contratos, debe constar por escrito, o cuando dice que un escrito privado debe cumplir con determinados requisitos, firmado por dos testigos, o cuando dice que el consentimiento debe expresarse mediante un documento público, de un documento hecho ante un funcionario con fe pública, ante un notario. Pero hay veces en que la ley no se preocupa de darle una forma determinada, entonces se trata de un acto consensual, y, cuando sí se preocupa por darle una forma, es necesario ver que la forma reobre sobre el acto mismo, es decir, ¿cuál es la sanción por el hecho de que no se cumpla con la forma establecida por el legislador? Porque no siempre la sanción es la misma, a veces se considera que simplemente las partes estarán privadas de un medio de prueba en caso de que no externen su voluntad en la forma establecida por la ley, otras veces se dice que el hecho de que falte la forma externa trae como consecuencia la nulidad, que puede ser relativa o absoluta; y a veces se llega a decir que es un caso de inexisten-

cia, en aquellos casos en que la forma es un elemento de esencia del acto jurídico.

Cuando la forma externa de un acto jurídico reobra sobre el acto mismo, estamos en presencia de un acto formal, que es la esencia misma del formalismo, para emplear la expresión de Ihering, es el hecho de que la forma establecida por la ley reobre sobre el acto y lo prive de validez.

Así pues, el estudio del formalismo en nuestro derecho significa:

I. Un estudio de los casos en que el legislador ha establecido una limitación a la manera como se expresa la voluntad.

II. Un estudio de cuál es la forma, cuál es la manera como reobra sobre el acto jurídico la forma externa, es decir, llegar a determinar si el hecho de que no se le dé a un acto jurídico la forma externa establecida por la ley, trae como consecuencia una nulidad, una inexistencia, o si se trata simplemente de privación de pruebas, o bien si no se produce ningún efecto.

1. Consentimiento expreso y tácito

El consentimiento puede expresarse de dos maneras: puede ser tácito o expreso. Las dos maneras son formas de externar el consentimiento, nada más que el consentimiento expreso se hace por medio de palabras, por medio de la escritura o por medio de signos inequívocos.

Ésta, es la explicación que se llama material del consentimiento expreso y que encontramos en Baudry-Lacantinerie, en Georgi, y también en nuestra legislación positiva. Dentro de nuestros códigos, para llegar a la noción del consentimiento expreso es necesario tener en cuenta la forma material en que se externa el consentimiento, aun cuando hay alguna otra tesis que considera que el consentimiento expreso significa una manera positiva y directa de externar el consentimiento respecto al acto jurídico, y esto es lo que se llama una tesis psicológica del consentimiento expreso, independientemente de la forma que afecte el consentimiento o de la manera de externar el consentimiento; si éste va de manera positiva y directa hacia el acto jurídico tenemos un consentimiento expreso; pero la verdad es que nuestros códigos, más que la forma psicológica del consentimiento expreso, admiten lo que se llama la forma material, esto es, se explica el consentimiento expreso en función de la manera material de externarlo, y ven ustedes cómo el artículo 1803 del nuevo Código Civil de una manera expresa admite esta noción al establecer que el consentimiento expreso es el que se manifiesta “verbalmente, por escrito o por signos inequívocos”.

El Código de 1884 establece en sus artículos 1286 y 1287 lo siguiente: “Artículo 1286. El consentimiento de los que contratan debe manifestarse claramente. Artículo 1287. Sólo el que tenga imposibilidad física para hablar o escribir, podrá expresar su consentimiento por otros signos indubitables”.

Ésta es la noción de consentimiento expreso. ¿Pero qué cosa es el consentimiento tácito? Decíamos que el consentimiento debe exter-

narse y ya; el artículo 1286 del Código de 1884 dice que debe manifestarse claramente, de tal suerte que si una persona calla, simplemente sin decir nada, cuando se conserva en silencio, no está manifestando su consentimiento, no está diciendo nada; a pesar de que se diga que el que calla otorga, en derecho el que calla no otorga, sencillamente no está expresando su consentimiento. Ya hemos de hacer inmediatamente una alusión al problema del silencio en el derecho, que ha sido especialmente estudiado en la doctrina italiana, pero para simplificar la explicación decíamos: primero, hay una manera material de externar el consentimiento mediante la palabra, mediante la escritura, mediante signos inequívocos, dice el nuevo Código Civil, esto es lo que llamamos consentimiento expreso; pero puede suceder que no se exprese el consentimiento de ningún modo sino simplemente que se calle, que haya silencio, como cuando ustedes todos los días reciben proposiciones, les escriben ofreciéndoles una venta y sencillamente no contestan; allí no han externado su consentimiento, no han empleado ninguna de las formas materiales de externar el consentimiento ni, menos aún, han empleado la tesis psicológica del consentimiento expreso, o sea, manifestar la voluntad de una manera directa y positiva.

Pero puede suceder que no se esté ni ante un consentimiento manifestado materialmente ni tampoco ante este simple callar, ante el silencio, sino que se ejecuten actos que aun cuando no van directa y positivamente encaminados a consentir en un acto jurídico, sin embargo no se pueden explicar sino por el consentimiento, como cuando se les ofrece una cosa en venta y ustedes, sin decir que aceptan esa

cosa, toman la cosa y la pagan, como cuando suben a un tranvía y, sin decir una palabra al conductor, compran el boleto y hacen uso del transporte.

En todos estos casos no se ha manifestado el consentimiento y sin embargo se han ejecutado actos que presuponen la existencia del consentimiento, que no puede recibir otra explicación sino porque ha habido un consentimiento, y éste no se ha externado de una manera positiva y directa sino interior; esto es lo que se llama consentimiento tácito.

Como ustedes ven, una cosa es el silencio, que es no decir nada, y otra cosa es el consentimiento tácito, que sí es decir, no de una manera directa, no mediante una de las formas materiales que establece el artículo 1803, sino en una forma interior, realizando actos y hechos que presuponen la existencia del consentimiento y que reciben su mejor explicación por el consentimiento. El artículo 1803, en su última parte, dice: “El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”. Luego, si no hay un precepto de la ley o un convenio que exija una manifestación expresa de la voluntad en los términos de la primera parte del 1803, la regla general en nuestro derecho, por lo menos en el código vigente, es que se admite el consentimiento tácito y que en todo contrato en que haya esta manifestación indirecta de la voluntad mediante estos actos que sólo pueden recibir una explicación en el consentimiento, habrá consentimiento y habrá, en consecuencia, contrato.

En el Código de 1884, la situación no era tan clara como aparece en este artículo 1803, porque decíamos, uno de los preceptos exige que el consentimiento se manifestará claramente, esto es, este precepto nos resuelve el problema del silencio, puesto que exige una manifestación clara y el silencio no es manifestación clara del consentimiento; al contrario, es la no manifestación del consentimiento; luego entonces, conforme al Código de 1884, y lo mismo conforme al código vigente, puesto que exige en el artículo 1803 que el consentimiento se manifieste de una manera expresa o tácita, se resuelve negativamente el problema del silencio. ¿Pero exigir que el consentimiento se manifieste claramente significa que no se admite el tácito? (Código de 1884). En nuestro concepto, no basta este precepto para resolver el problema, porque el consentimiento tácito es tan claro, o puede ser tan claro, como el expreso, no es problema de claridad; si una persona, en las condiciones indicadas, paga una planillam recibe un boleto y hace uso del derecho de transporte, claramente está manifestando su consentimiento.

El decir que el consentimiento debe manifestarse claramente no quiere decir que no haya lugar al consentimiento tácito, porque los contratos que indirectamente presuponen el consentimiento pueden ser tan claros como aquellos en los cuales se manifiesta materialmente. Sin embargo, se ha dicho: en el Código de 1884 no se admite el consentimiento tácito como regla general, primero porque el artículo 1286 exige una manifestación clara de la voluntad. Se contesta: este precepto no nos resuelve el problema porque, repetimos, puede ser tan claro el consentimiento tácito como el expreso. Pero se dice: el artículo 1287

establece que sólo el que tenga imposibilidad física para hablar o escribir podrá expresar su consentimiento por otros signos indubitables; luego entonces, no admite el consentimiento tácito, luego requiere que se exprese el consentimiento, ya sea hablado, ya sea escrita o mediante signos indubitables, como sucede en el caso, digamos, de un sordomudo que mediante el lenguaje convenido expresa su consentimiento de una manera clara, es un caso de consentimiento expreso, no tácito. Aisladamente, hay casos, en el Código de 1884 en que se admite el consentimiento tácito como, por ejemplo, en el caso del mandato, cuando se otorga el mandato a una persona y ésta ejecuta el mandato sin haber aceptado previamente de una manera expresa, se entiende que acepta el mandato y, en consecuencia, hay contrato de mandato, y ustedes saben que, normalmente, cuando se otorga el mandato no concurre el mandatario, especialmente cuando está fuera del lugar en que se celebra el contrato; otro ejemplo, lo que en derecho se llama la tácita reconducción del contrato de arrendamiento, es decir, los casos en que, cumplido el plazo que fija la duración del contrato, el arrendatario sigue pagando la renta y el arrendador sigue aceptándola, este caso también está admitido expresamente en nuestro Código de 1884. Pero las personas sostienen que no hay consentimiento tácito como regla general en el Código de 1884: “en estos casos se acepta el consentimiento tácito porque así lo expresa la ley”.

Respecto al artículo 1287, debe decirse que dentro de la necesidad de interpretar nuestros códigos de acuerdo con lo que realmente sucede y ha sucedido en la vida práctica, y, por otra parte, dentro de una interpretación que está o puede ponerse de acuerdo con los

textos, el artículo 1287 no prohíbe el consentimiento tácito, lo único que hace es definir lo que es consentimiento expreso. Hemos dicho: la noción material de lo que es el consentimiento expreso consiste en decir precisamente que es aquel en que la forma en que se expresa el consentimiento es por medio de la palabra, por medio de la escritura o por medio de signos indubitables, y el artículo 1803 del nuevo Código Civil define expresamente el concepto así, y sin embargo admite el consentimiento tácito. ¿Qué dice el artículo 1287? Pues dice: sólo el que tenga imposibilidad física para hablar o escribir, podrá expresar su consentimiento por otros signos indubitables; luego entonces, el artículo nos está diciendo lo que es el consentimiento expreso. ¿Cómo puede expresarse el consentimiento? Pues se puede expresar mediante la escritura, mediante la palabra o mediante signos indubitables; no es otra la explicación de Baudry-Lacantinerie, de Georgi y de Bonnecase acerca de lo que es el consentimiento expreso, que no está negando la posibilidad del consentimiento tácito. Ésta es la interpretación que el maestro Borja Soriano ha dado a estos preceptos, y sostiene que el consentimiento tácito se admite en el Código de 1884 tanto por la forma de redacción de los preceptos como por la necesidad indudable que se admite al consentimiento tácito. El nuevo Código Civil ha evitado el problema y ha dicho terminantemente: hay consentimiento expreso y tácito, y define tanto uno como el otro.

Documento público y documento privado: La materia de prueba no es propiamente una materia que vamos a estudiar en nuestro curso, toda vez que, a diferencia de lo que sucede en el derecho civil francés,

en el derecho italiano o en el español, no forma parte de la teoría del derecho civil, sino que forma parte de la teoría del derecho procesal civil; en cambio, en las legislaciones que antes mencionábamos, la materia de prueba sí está contenida en el Código Civil y, consiguientemente, los tratadistas se ocupan de ella. Nosotros no nos ocupamos en virtud de que, repetimos, se encuentra en el Código de Procedimientos, en el derecho procesal, y es materia de estudio en su curso de derecho procesal; únicamente para completar la materia, en el programa se hace referencia al documento privado, o sea al documento que se hace entre particulares sin intervención de un funcionario con fe pública, que es lo que caracteriza al documento público. En su Código de Procedimientos encuentran ustedes una enumeración de todos los documentos públicos que se caracterizan, como regla general, por la intervención de este funcionario público que tiene fe pública y que le da su característica especial y su valor probatorio especial.

Contratos celebrados por telégrafo. Su programa se refiere también a los contratos que se celebran por telégrafo y que no estaban admitidos o reconocidos mediante una reglamentación especial en el Código de 1884, a diferencia de lo que sucede en el Código de Comercio, en el que sí se admiten ya esos contratos por telégrafo si se cumplen ciertos requisitos que repitió el artículo 1811 del nuevo Código Civil. Este artículo está inspirado en el artículo 80 del Código de Comercio que ya admitía este sistema de contratos por telegrama mediante los requisitos de signos convencionales y de firmas en los telegramas que exige el artículo 1811.

2. Evolución del formalismo

Vamos ahora a referirnos propiamente a la evolución del formalismo en los contratos. Ya en clases anteriores manifestábamos que las legislaciones fijan a veces la manera, a veces la forma, en que el consentimiento debe expresarse, mientras que en otros casos dejan en una libertad absoluta a las partes para manifestar su consentimiento.

Cuando la ley, el derecho positivo, deja en libertad a las partes para expresar su consentimiento o para escoger la forma que le den a la expresión del consentimiento sin que haya una sanción legal para el caso en que no se adopte determinada forma, decimos entonces que los contratos son consensuales, pero que hay veces en que el legislador interviene para fijar la forma en que se ha de expresar el consentimiento y además establece una sanción para los casos en que no se adopte esa forma, entonces estamos frente a los contratos formales. Ihering expresaba o sintetizaba la esencia del formalismo diciendo que el acto formal es aquel en que la forma establecida por la ley reobra sobre el acto mismo, porque el legislador ha establecido una sanción para los casos en que no se adopte esa forma.

a. Antecedentes históricos de las formalidades en los contratos

Por sus estudios de derecho romano ustedes conocen la evolución que en el propio derecho romano tuvo el formalismo, la primitiva solemnidad en que el derecho es un procedimiento, y ya recordábamos, al tratar la transmisión de la propiedad, cómo se requería un

mancipi, toda la formalidad, todo un procedimiento para poder transmitir la propiedad y hasta para celebrar el contrato de nexo; la falta naturalmente de esta forma, de esta solemnidad, hacía que el contrato careciera de todos sus efectos, y con la evolución del derecho romano encontramos (puede afirmarse que todo el derecho romano reconoce el principio) otras formas válidas en el formalismo, pero siempre se exigirá ese formalismo para que el contrato pueda surtir sus efectos; es la estipulación, es el contrato verbal, es el contrato literal, pero siempre la existencia de una forma para que el contrato produjera sus efectos. Cuando el contrato no reviste la solemnidad que el derecho romano le exige, entonces el contrato era un *nudo pacto* que no producía efectos; es verdad que en el mismo derecho romano encontramos las excepciones al principio, pero que no pasaron de ser excepciones, que no afectaron al principio mismo; los contratos reales constituyen ya una excepción a este principio, porque bastaba la entrega de la cosa ya fuera de un contrato de prenda o de depósito, para que el contrato se entendiera perfeccionado sin necesidad de un formalismo.

Más adelante encontramos nudos pactos que originariamente carecieron de fuerza legal pero que por su figura, por las necesidades prácticas, por la evolución misma del derecho romano, llegaron a producir efectos. Estos nudos pactos, o sea, contratos que carecían de la forma establecida por el derecho romano, eran únicamente cuatro: el contrato de compraventa, el contrato de arrendamiento, el contrato de mandato y el contrato de sociedad; nudos pactos, es decir, contratos sin forma que llegaron, en la evolución del derecho romano, a ser

verdaderos contratos y a producir todos sus efectos; pero, repetimos, fuera de esta excepción de los contratos reales que se perfeccionaban por la entrega de la cosa y de estos cuatro contratos del derecho romano: compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad, que eran nudos pactos que llegaron en la evolución del propio derecho a producir efectos jurídicos, la regla general de derecho romano fue siempre la misma: la existencia de una formalidad, de una solemnidad, para que los contratos y los actos jurídicos produjeran sus efectos.

Siguiendo la evolución, encontramos que el derecho germánico, menos evolucionado que el derecho romano, vuelve al concepto de formalidad y a exigir determinadas solemnidades para la producción de efectos jurídicos en los contratos; no es sino analizando ya la Edad Media, o el resurgimiento del derecho italiano, cuando volvemos a encontrar una tendencia hacia el consensualismo, especialmente derivada del derecho canónico, y entonces se llegó a pensar que la evolución del formalismo consistía precisamente en suprimirlo y que era el consensualismo puro lo que debería terminar con esta evolución; así, en el derecho español encontramos una ley de ordenamiento de Alcalá y que después repite la Novísima Recopilación, que en el derecho español se consideró el fin de la evolución, que decía: “de cualquier manera que los contratantes se obliguen, quedarán obligados. Se piensa, así decíamos, que el fin de esta evolución en el formalismo era la supresión del mismo y que era el consensualismo, el consensualismo puro, el que debería terminar esa evolución.

Pero en el derecho moderno encontramos, según algunos autores, un neoformalismo, según otros, una supervivencia del formalismo,

un formalismo que ya no está inspirado en esas ideas de solemnidad, de procedimiento, que influyeron al derecho romano, sino un formalismo que está inspirado en ideas de la desconfianza, es decir, el exceso de cultura ha venido a llevarnos en esta materia al derecho primitivo; por lo menos en tesis general se requieren ahora formalidades porque dada la gran variedad de relaciones de orden comercial, especialmente, es necesario garantizar: primero, que esas relaciones se puedan realizar en una forma rápida, sin traba alguna, pero, al mismo tiempo, que esa rapidez en las relaciones no las ponga en peligro; es la desconfianza y la garantía tanto para las partes que intervienen en un contrato como para los terceros, lo que obliga a darles una forma a los contratos, y así encuentran ustedes que una letra de cambio debe llenar determinados requisitos y aun determinadas menciones que la ley establece, y adoptar una forma; y así examinamos los diversos contratos y diversos actos jurídicos del derecho moderno, a cada momento encontramos el formalismo en su esencia, tal y como lo concibe Ihering, reobrando sobre el acto mismo, pues ya hemos de ver cómo el legislador se ha cuidado de establecer determinadas sanciones para los casos en que falte esa forma. La verdad es que, sin llegar al extremo de esta forma de procedimiento del derecho romano, es necesaria la forma por las razones que tanto Planiol como Demogue exponen, y que fundamentalmente radican sobre la desconfianza y sobre la garantía tanto para los contratantes como para terceros.

b. Evolución del formalismo en México

¿Cuál ha sido la evolución del formalismo en nuestro derecho? Desde luego, antes de tener un derecho legislado y mientras estaba

en vigor el derecho español, encontramos esa antigua Ley del Ordenamiento de Alcalá y de la Novísima Recopilación que se había considerado el fin de una evolución que llevaba de la solemnidad al consensualismo.

Códigos de 1870 y 1884. El Código de 1870 seguramente estuvo inspirado en estos conceptos y no estableció, como uno de los requisitos para los contratos, la forma externa que fija la ley, considerando quizás que se estaba en un periodo en el que el consensualismo era el que debería regir; pero a pesar de que en el Código de 1870 no se encuentra de manera expresa como uno de los requisitos, la forma externa establecida por la ley, si se revisa el código, se encuentra que a cada momento, en cada contrato, se van estableciendo formalidades, y que en muchas ocasiones están sancionadas con la nulidad en caso de que no se dé la forma que adopta la ley. Esto es, no era verdad que el principio del consensualismo hubiera sido realmente adoptado por el Código de 1870, a pesar de la forma en que se habían redactado los preceptos.

El Código de 1884 tuvo en cuenta: primero, una crítica de esta evolución de la formalidad, por razones diversas, y segundo, consideró que aun cuando los artículos del Código de 1870 aparecen redactados como si la forma no afectara los contratos, esto estaba negado en muchos contratos en los que encontramos siempre una forma que afecta la validez de los propios contratos.

Es interesante conocer los comentarios que hace don Miguel Macedo en una obra que ya en alguna ocasión les he citado, *Los datos*

para el estudio del nuevo Código Civil y que tienen la ventaja de haber sido redactados por el secretario de la Comisión Redactora del Código de 1884 y además por una persona, un eminente jurista, como fue don Miguel Macedo. Éste va haciendo un estudio de todos los artículos que fueron modificados del Código de 1870 al Código de 1884, y comentando las razones por las que se hace la reforma. Tratándose del artículo 1276 del Código de 1884 que en el de 1870 era el artículo 1392, refiere don Miguel Macedo:

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley”. Artículo 1392 del Código de 1870 que corresponde al 1276 del Código de 1884, que dice: “Los contratos legalmente celebrados obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley”. Ven ustedes la diferencia de redacción que existe entre el artículo 1293 del Código de 1870 y el 1276 del de 1884. Al artículo 1276 sencillamente dice: “Los contratos legalmente celebrados [...]”, mientras que el 1392 del Código de 1870, empezaba diciendo: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, etc.” Es decir, se suprimió del artículo 1392 precisamente esta declaración de consensualismo que encontrábamos en dicho código, y así nos lo ha de explicar don Miguel Macedo, que después de copiar el artículo 1392 del Código de 1870, sigue diciendo: “De este artículo se suprimió la declaración de que los contratos se perfeccionan por el mero con-

sentimiento, y sólo se declararon obligatorios los contratos legalmente celebrados”. Este artículo se había tomado del Proyecto del Código Civil Español y copiando textualmente su artículo 978. La Ley única, título VI, del Ordenamiento de Alcalá (I, título I, libro X, Nov. Rec.), separándose del derecho romano, sancionó el principio de que todos los contratos son consensuales: “Parecido que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por algún contrato, o en otra manera, se ha tenido de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepción, que no fue hecha estipulación, que quiere decir, prometimiento con cierta solemnidad de derecho, o que fue hecho el contrato u obligación entre ausente, o que no fue hecho ante escribano público, o que fue hecha a otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, o que se obligó alguno, que haría otro, o daría alguna cosa; mandamos que todavía valga la dicha obligación y contrato que fue rehecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro”.

“Desde esta ley, ha prevalecido la teoría de bastar el simple consentimiento para dar por perfeccionados los contratos. Sin embargo, las legislaciones modernas, que han comprendido que existe un gran interés público en prevenir los pleitos y asegurar ciertos bienes por su mayor importancia, han sancionado el precepto de que determinadas especies de obligaciones deben constar precisamente en cierta forma, y que en consecuencia no son válidas si se otorgan en forma diferente”. (Artículo 1439 a. : 1279 y 1323 del nuevo Código: 1001, 1002 y 1220 del Proyecto de Código Español.) Es inexacto el principio de que todo contrato consensual se perfecciona por el simple consentimiento,

independientemente de las formalidades externas. Si al mismo tiempo se sancionan ambos principios, como se hizo en el Código de 1870 y en el Proyecto del Código Español, inmediatamente aparecen la confusión y la duda. Goyena, comentando el artículo 973 del Proyecto Español, dice: “Sin embargo, debe tenerse presente la sección 6a. del capítulo 2o. (que se ocupa de la forma o solemnidad de los contratos): el solo consentimiento de las partes no basta en algunos casos para producir obligación; y los de la mencionada sección pueden muy bien llamarse contratos escritos”. La necesidad de exigir una forma determinada para ciertos contratos es indudable, y ha sido reconocida por los códigos modernos, ya imponiendo la pena de nulidad al contrato otorgado en forma diferente, ya prohibiendo que puedan ser probados por medios diversos de los prescritos en la ley, como lo hace el Código de Napoleón, artículo 1341. Además, para la forma de este artículo, se tuvo presente que, aunque abolida la antigua división de los contratos en consensuales y reales, ha subsistido siempre la declaración de que “el contrato de prenda no puede surtir efecto alguno si la prenda no ha sido entregada y se conserva en poder del acreedor”.

Sigue don Miguel Macedo comentando, comparando los artículos 1279 del Código de 1884 y 1359 del 1870. El artículo 1279 del de 1884 dice: “Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: i. Capacidad de los contratantes. ii. Mutuo consentimiento. iii. Objeto lícito”. Se aclaró la redacción de las fracciones. Además, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la nota relativa al artículo 1276 del nuevo Código, se agregó en este artículo, como frac-

ción IV, que “es condición necesaria para la validez que el contrato se haya celebrado precisamente en la forma que exige la ley”. Como hemos dicho, al determinar formalidades externas especiales para ciertos contratos, el legislador se ha propuesto evitar litigios y poner a salvo, fuera de toda duda y de todo ataque, los derechos que ha creído de mayor importancia, como son las de propiedad raíz, o que ha considerado más expuestos a abusos, como los de seguros, etc. A fin de proteger este interés social, se han establecido formas especiales y necesarias, que no pueden ser modificadas ni dispensadas por contrato: *Privatorum conventio juri publico non derogat*. (Dig. Ley 45, Tít XVII, Lib. L)”. (Pongan mucha atención a esta última parte del comentario.) “Para dar sanción a este precepto, ha sido necesario declarar nulos los contratos celebrados sin respetarlo, que es lo que se ha hecho al adicionar el artículo en cuestión. La reforma hecha en él, combinada con la hecha en los artículos 1392 a 1396 del Código de 1884, hace ya insostenible, en nuestra humilde opinión, la doctrina frecuentemente sostenida en la práctica de que el contrato celebrado sin las formalidades externas prescritas por la ley a acción para reclamar que se llenen esas formalidades, y una vez llenadas, para reclamar el cumplimiento del contrato: esta teoría desvirtúa fundamentalmente los preceptos legales, no hace sino alargar el camino para obtener la ejecución del contrato y autorizar que se llegue a exigir el cumplimiento de una obligación nula, lo cual es en contrasentido. Creemos que las disposiciones del nuevo código en esta materia alejan todo peligro e impiden toda discusión. Conforme a ellas, sólo son obligatorios los contratos legalmente celebrados, y no son válidas sino las obligaciones contraídas en la forma exigida por la ley. (Véanse los arts. 1322

y 1323 del nuevo código, y los arts. 9 y 10 del nuevo Código de Procedimientos, que corresponden a los arts. 10, 11 y 12 del Código de 1870, los cuales establecen un caso de excepción, que a nuestro juicio es el único que existe; dichos artículos se refieren al caso de minuta firmada ante notario, la cual consideran instrumento que puede ser equiparado a las escrituras públicas en cuanto a fuerza probatoria.)

Les llamé la atención sobre la última parte del comentario, porque hemos de ver cómo precisamente esto que sostiene don Miguel Macedo no puede hacerse conforme al Código de 1884, o sea, demandar la forma que se había omitido cuando esta forma afectaba la validez de un contrato y después de obtener, mediante la demanda, que se dé la forma establecida por la ley, poder exigir el cumplimiento del contrato; esto que según don Miguel Macedo quedaba resuelto de una manera negativa, es decir, de no poder hacerse, es precisamente la esencia del código vigente, a diferencia del de 1884. Pasemos a estudiar el nuevo código.

Código vigente. En el código vigente el artículo 1795, en una de sus fracciones, la IV, dice: “El contrato será invalidado: [...] IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece”.

Hasta allí el artículo es muy semejante al sistema del Código de 1884, pero al tratar la materia de la forma encontramos que el artículo 1832 del nuevo Código Civil establece: “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”. Parece que estamos leyendo en su esencia la Ley del Ordenamiento de Alcalá y de la Novísima Recopilación, es decir, que se vuelve al sistema del Código de 1870, de considerar que el formalismo evoluciona y debe terminar en consensualismo. Pero todavía hay otro dato que nos hace pensar que el legislador se inspiró más en una idea de consensualismo, que se quiso hacer consensualismo, aún puro, que en una idea de formalismo. El artículo 1833 dice: “Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que estén o 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”.

Encontramos aquí acogido el sistema que no admitía el Código de 1884 según el comentario expreso, claro y terminante de don Miguel Macedo, es decir, conforme al nuevo código hay la posibilidad de que si un contrato no reúne la forma establecida por la ley, los contratantes pueden demandar: primero, que se le dé la forma que la ley establece, y segundo, una vez que tenga la forma, demandar el cumplimiento del contrato.

Vamos a poner un ejemplo que nos aclare estas nociones. Vamos a suponer que se celebra un contrato de compraventa de inmuebles dentro del Código de 1884 por un valor de \$500, que es de los que

exigían escritura pública; si se comprara un inmueble cuyo valor fuera de más de \$500, conforme al Código de 1884 se requeriría la escritura pública, y conforme hemos de explicar muy pronto, la falta de escritura traía como consecuencia la nulidad, pero sucedía que si una de las partes deseaba que se llevase adelante ese contrato al que le faltaba la forma, ¿podía demandar a la otra parte diciendo, por ejemplo: consta por esta carta que hemos celebrado el contrato de compraventa, le falta la escritura pública, te vengo a demandar el otorgamiento de la escritura pública con el objeto de que una vez que se te condene por el Juez, y en caso de rebeldía, que se firme por el Juez la escritura para entonces exigir el cumplimiento del contrato y aun la entrega de la cosa y la transmisión de la propiedad? No podía hacerse eso; si la ley exigía que un contrato tuviese una forma determinada y sancionaba la falta de firma con la nulidad, si este contrato se celebraba ya no podía demandarse por la forma, ese contrato era nulo y ya fuera la excepción o la acción de nulidad, según el caso, debería prosperar sin que se admitiera en cambio ninguna acción o excepción para que se diera la forma, y si con este contrato faltó de forma exigía una de las partes la entrega de la cosa, la otra se exceptuaba, opondría la excepción de nulidad por falta de forma. Pero, ¿qué sucede ahora, conforme al código vigente, si celebramos un contrato de compraventa de un inmueble, ya no de \$500, sino de \$5,000 (que son las compraventas de inmuebles en las que el nuevo código exige escritura pública) y no le damos la forma que establece la ley? ¿Puedo yo, que soy uno de los contratantes, ir a los tribunales y demandar que se cumpla el contrato? Me dirán, excepción de nulidad por falta de forma; pero, en cambio, yo tengo la opción de ir a los tribunales y decir: hemos celebrado

este contrato, tengo estas pruebas y vengo a demandar que se le dé la forma establecida por la ley, es decir, que se eleve a escritura pública; entonces la acción sería procedente y, una vez que yo tenga la escritura pública, ya sea porque la firme la otra parte al ser vencida o porque en su rebeldía la firme el Juez, puedo demandar el cumplimiento del contrato y la entrega de la cosa. Éste es el sentido del artículo 1833. Ya hemos de ver, en materia de nulidad, otro artículo, el 2232, que coincide exactamente con este sistema, dice: “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”.

3. Estudio de la sanción. Sistemas

Pero no basta decir que un acto jurídico debe adoptar la forma establecida por la ley para que agotemos todo el tema de formalidad. Ya recordando una expresión de Ihering, decíamos que se requiere que la forma reobre sobre el acto, que se prive de sus efectos al acto jurídico; entonces, es necesario el estudio de la sanción en los casos en que el acto jurídico no revista la forma establecida por la ley, es necesario estudiar, pues, cuál es el efecto de que un contrato no tenga la forma que la ley establece, y en este sentido, se piensa de diversa manera, adoptando diversos sistemas.

Primer sistema. Consiste en sostener que la forma no afecta la validez del contrato y que éste produce todos sus efectos. En realidad en este sistema se trata del consensualismo y no de un sistema de formalismo, pero para examinar toda la gradación en cuanto a sanciones,

comenzamos por éste que es, en realidad, falto de sanción, que es lo que caracteriza al acto consensual.

Segundo sistema. Para otros autores la forma es un elemento esencial del contrato, del acto jurídico en general. Recuerden lo que manifestábamos al tratar de los elementos que se consideran orgánicos o esenciales en el acto jurídico, especialmente dentro de la explicación que sobre esta materia a Bonnecase, y decíamos: el acto jurídico debe tener dos elementos esenciales que tienen un carácter orgánico, es decir, que van de acuerdo con la naturaleza de las cosas, y esos dos elementos esenciales son el elemento psicológico y el elemento material; el elemento psicológico, en el acto jurídico, como elemento esencial del mismo, es la voluntad que, tratándose del contrato, es consentimiento; el elemento material en el acto jurídico es el objeto, y ya hemos estudiado cómo consentimiento y objeto forman, en nuestra legislación, los dos elementos esenciales del contrato que traen como sanción la inexistencia del contrato. Pero decíamos también que dentro de esta explicación dada por Bonnecase, hay casos en que no por la naturaleza de las cosas, sino por la técnica jurídica, hay otro elemento material, además del objeto, que es la forma, y cuando el derecho positivo y la técnica jurídica en general, elevan la forma a rango de un elemento esencial, de una solemnidad, entonces se dice que el contrato es un contrato solemne, y ¿cuál será la sanción de ese contrato? Revisando nuestras nociones, fácilmente encontraremos la sanción en caso de que la forma fuese un elemento esencial del acto jurídico como es la voluntad, como es el objeto; la sanción debería ser la inexistencia porque le faltaría al contrato uno de los elementos

esenciales, que son indispensables para que exista el contrato. Se entiende, pues, dentro de este sistema, que la forma constituye un elemento esencial del acto jurídico y, en consecuencia, que la falta de ese elemento no es una nulidad sino que es una inexistencia, y para aquellos tratadistas, especialmente la corriente de tratadistas de derecho civil francés, que no aceptan la noción de inexistencia sino que confunden la inexistencia con la nulidad absoluta, la sanción sería en estos casos la nulidad absoluta.

Son, por decirlo así, dos sistemas opuestos: el del consensualismo y el de la formalidad o el de la solemnidad, que es el sistema del derecho romano primitivo que consideraba que el acto jurídico al que le faltaba la forma no existía, porque la forma era elemento orgánico, elemento de esencia del acto jurídico.

Tercer sistema. Hay un tercer sistema, que se puede considerar un sistema intermedio.

No es verdad que la forma no afecta al contrato, no es verdad que la forma carezca de efectos jurídicos y, por tanto, que la falta de forma no signifique nada en la vida del acto, pero tampoco es verdad que la forma constituya un elemento esencial del contrato, sino que la forma constituye un elemento de validez del acto jurídico en general. (Recordemos la distinción que hemos hecho entre los elementos de existencia y los elementos de validez.) Afecta la validez del contrato o del acto, pero no afecta su existencia, esto es, se supone que el acto existe pero que alguno de sus elementos se ha realizado en una forma

irregular, en una forma imperfecta, y que, en consecuencia, interviene el legislador para privar a este acto así, imperfectamente realizado, para privarlo de todos sus efectos o solamente de algunos de ellos, esto es, el concepto de validez del contrato o del acto y no de existencia, y la sanción también es fácil determinarla una vez que se tiene esta noción, será la nulidad del contrato, y será la nulidad relativa, esto es lo que algunos tratadistas italianos, como Georgi, llaman los actos formales, entendiendo por éstos, en este sentido restringido de la definición, aquellos actos en que la forma afecta la validez sin constituir un elemento de esencia que traiga consigo la inexistencia del acto en los casos de falta de forma establecida por la ley, pero afectando la validez en el sentido de que la falta de forma significa una nulidad relativa del contrato, acción de nulidad que termina con la ratificación, ya sea expresa o tácita, y aun con la prescripción.

Cuarto sistema. Pero las formalidades pueden no afectar ni la esencia del contrato ni la validez del contrato, sino simplemente la prueba del contrato. Éste es el sistema que se conoce con el nombre de formalidad *ad probationem*; esto es, la forma se entiende como una manera de probar un contrato, en general un acto jurídico. Cuando la ley dice, dentro de este sistema, que un contrato debe constar, por ejemplo, en escritura pública, no está afectando propiamente la validez del contrato, y por eso, decíamos, es un sistema que más bien queda comprendido dentro de los que piensan en el consensualismo y no en la forma, afectando el contrato, sino que lo que sucede es que la persona que desee probar ese contrato en el que la ley ha exigido una forma determinada y en el que los contratantes no le han otorgado esa forma, se

verán privados en el procedimiento del derecho de prueba a que la ley se refiere y necesitaría (el interesado) presentar en el mismo procedimiento de igual o mayor valor que la establecida por la ley. Así, si por ejemplo en un contrato la ley exige como prueba que conste en escrito privado, la presentación de la escritura pública será una prueba mejor para la demostración del contrato, y en consecuencia el contrato no estaría afectado porque precisamente se puede sustituir la prueba de escritura privada por la escritura pública, que tiene un mayor valor probatorio. Si, por ejemplo, un contrato debería constar en la escritura pública y no adopta esta forma, se ha admitido que la confesión de la existencia de ese contrato puede suplir la escritura pública, considerando que una de las pruebas que tiene mayor valor es la confesión de las partes. Veán ustedes cómo, dentro de este sistema de la formalidad *ad probationem*, propiamente no hay acto jurídico formal dentro del sentido de la formalidad y de la esencia del formalismo, que hemos explicado en clases anteriores, porque en verdad el acto jurídico no está afectado por falta de forma: se trata simplemente de una cuestión de procedimiento, de una dificultad mayor en la prueba, pero el acto jurídico es válido, produce todos sus efectos y solamente será una cuestión de prueba. De estos diversos sistemas, ¿cuál es el admitido por nuestra legislación? En realidad la jurisprudencia y las resoluciones de la Suprema Corte han variado mucho en esta materia, y en algunas ocasiones la Corte ha dicho que tratándose por lo menos de algunos contratos, la forma es una verdadera solemnidad, y el acto jurídico debe quedar privado de todos sus efectos sin que se admita la ratificación expresa o tácita. Recuerdo yo un caso en que la Corte anuló, casi podríamos decir, declaró inexistente o afectado de nulidad

absoluta, un contrato de compraventa de un inmueble, cuyo valor excedía de \$500; se aplicaban los preceptos del Código de 1884. Pues a pesar de que se demostró en el juicio que durante muchos años las partes habían cumplido con el contrato porque una de ellas había transmitido la propiedad y había entregado la cosa y la otra el precio, se consideró que no era posible la ratificación de un contrato por la falta de forma tratándose de bienes raíces, y la Corte anuló, en contra del voto de una minoría, el contrato. Ya hemos de explicar cómo, tratándose de una nulidad relativa, en nuestro concepto, es posible la ratificación expresa o tácita por cumplimiento voluntario.

Otras veces la Corte ha dicho que se trataba de una formalidad *ad probationem*, siguiendo en esto una monografía brillantísima de don Jacinto Pallares que se llama *Los contratos solemnes*; yo les recomiendo que cuando la encuentren en alguna biblioteca, no dejen de leerla. Don Jacinto Pallares, tratando esta materia brillantemente, después de hacer un estudio histórico de la forma en el derecho romano y de la formalidad en nuestra legislación (códigos de 1870 y 1884), llegaba a la conclusión de que la forma a que el Código de 1880 y el de 1884 se referían, era *ad probationem*, y que si en un contrato de arrendamiento (el estudio se refiere especialmente a un caso concreto en que un contrato de arrendamiento no había afectado la forma establecida por la ley) se había demandado en juicio por el cumplimiento del contrato y se había opuesto la excepción de nulidad por falta de forma, bastaba con que se probara la existencia de ese contrato por otros medios de prueba como, por ejemplo, por testigos o por confesión, para que ese

contrato no careciera de validez, para que ese contrato tuviera todos sus efectos. Ésta es la tesis especialmente sostenida por tratadistas franceses, tesis de las formalidades *ad probationem*.

Como ustedes ven, entre una tesis de la Corte y la otra hay una diferencia fundamental, y esto se explica por la diversa integración que ha tenido la Tercera Sala de la Suprema Corte, que es la que ha conocido de estos juicios.

No parece, sin embargo, que en el Código de 1884, ni en el de 1870, sea cierta ninguna de las dos tesis, porque no es verdad que el código exija como un elemento esencial y que la sanción establecida sea la inexistencia, pero tampoco es verdad que la forma sea simplemente un medio de prueba. En nuestro concepto, la forma en el Código de 1884 y en el de 1870 afecta la validez del contrato, y el mismo código se encarga de establecerlo así en algunos artículos a los que ya nos hemos referido. Desde luego, el artículo 1279, varias veces citado por nosotros, dice: “Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: [...] IV. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley”. Luego entonces ya este artículo nos está indicando que la ley establece casos en que la forma afecta la validez del contrato; en consecuencia, no se trata, y eso aparece demostrado desde luego, de simple formalidad *ad probationem*. Por otra parte, los artículos 1322 y 1323 del Código de 1884, preceptos que están colocados en un capítulo que se llama “De la forma externa de los contratos, establece lo siguiente: “Artículo 1322. Todo contrato a plazo por más de seis meses y cuyo interés exceda de doscientos pesos, necesita para ser válido constar precisamente por escrito, ya sea otorgándose el contrato mismo en documento privado, ya otorgándose recibo

u otra constancia escrita, salvo los casos comprendidos en disposiciones especiales. Si las prestaciones, etc.” El artículo 1323 dice: “Ningún contrato necesita para su validez más formalidades externas que las expresamente prevenidas por la ley”.

Luego entonces, es claro que por lo menos algunos contratos en nuestro derecho exigen la forma como elemento de validez del contrato, y lo vamos a demostrar precisamente con el ejemplo que le sirvió a la Corte para sostener la teoría de la inexistencia o de la nulidad absoluta, que en nuestro concepto tampoco es cierta.

En el Código de 1884, tratándose de la forma del contrato de compraventa, los artículos 2920, 2921 y 2924 establecen lo siguiente: “Artículo 2920. El contrato de compraventa 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 2924. Si el valor del inmueble excede de quinientos pesos, la venta se reducirá a escritura pública”.

Se ve, pues, que en el artículo 2920 se exige como requisito de validez del contrato la formalidad, tratándose de bienes muebles. En los artículos 2921 y 2924 se hace una distinción: tratándose de bienes inmuebles cuyo valor no exceda de 500 pesos, no necesitan escritura pública, y excediendo de este valor sí es necesaria esta formalidad.

Estos preceptos nos están demostrando claramente que no se acepta el consensualismo, y además recuerden ustedes el antecedente expresado por don Miguel Macedo de cómo se hizo la modificación a un precepto del código para fijar los requisitos de validez (esto lo leíamos hace un momento), al agregar en el artículo 1279 del Código de 1884, en relación con su antecedente, el artículo 1395 del Código de 1870, la fracción IV considerando que ni la evolución del formalismo nos llevaba al puro consensualismo, ni tampoco era verdad que ese puro consensualismo estuviese así admitido en el Código de 1870, sino que encontrábamos numerosos casos en el mismo código en que se exigía la forma establecida por la ley; y este capítulo de forma externa a que se refiere el Código de 1884, lo encontramos también en el de 1870, y ya el Proyecto de Código Español de García Goyena decía que la excepción del consensualismo era precisamente el capítulo de forma de los contratos en que ya se establecían sanciones que afectaban la validez del contrato. Queda pues, en nuestro concepto, desechada la tesis consensualista.

Pero tampoco es verdad que se trate de una solemnidad en el sentido de dar una acción o una excepción de nulidad absoluta o de inexistencia de un contrato al que le falta la forma. En primer lugar, el código habla de elementos de validez, es cierto que nuestro Código de 1884 no hace una referencia expresa a la inexistencia, sino que habla en general de validez de los contratos, pero se puede llegar a esa conclusión a partir de un artículo citado con frecuencia, tratándose de esta materia de forma y que la Corte tuvo en cuenta al resolver ese caso de compraventa de inmuebles que mencionábamos, pero en nuestro concepto haciendo una interpretación del precepto.

El precepto 1679 del Código de 1884 dice: “La ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo en que se hagan, extinguen la acción de nulidad; exceptuándose los casos en que la ley expresamente dispone lo contrario”, y el artículo 1674 dice: “La acción y la excepción de nulidad competen a las partes principales y a sus fiadores; exceptuándose aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa”.

Se ve, pues, por estos dos artículos que se trata de una nulidad, pero de una nulidad relativa, pues una nulidad que puede ratificarse y que es dada únicamente a determinadas personas no es sino una nulidad relativa, no es una nulidad absoluta porque ésta no se ratifica ni se da únicamente a determinadas personas, y con menos razón es una inexistencia. Una ineficacia jurídica que puede ratificarse es precisamente una nulidad relativa. La ratificación puede ser expresa o tácita.

¿Qué se entiende por ratificación expresa? Esto significa la renuncia a la acción de nulidad dándole al acto jurídico la misma forma que la ley establece y que no se le dio cuando se celebró el contrato. Así, si celebramos un contrato de compraventa de un bien inmueble cuyo valor exceda de \$500 sin extender una escritura pública en que conste, este contrato, según el Código de 1884, estará afectado de nulidad. ¿Pero qué sucede si le damos con posterioridad la forma que la ley establece, es decir, si elevamos a escritura pública el contrato? El contrato adquirirá plena validez, y no desde el momento en

que sea elevado a escritura pública, sino que se retrotraerán los efectos de ese contrato al momento mismo en que se celebró originariamente y en que no se le dio la forma establecida por la ley, porque éste es el efecto de la ratificación. Ratificación expresa significa, pues, darle al acto o contrato la forma establecida por la ley.

Pero además de la ratificación expresa está la ratificación tácita. ¿En qué consiste? Consiste en el cumplimiento voluntario de una obligación, de un contrato. Si, por ejemplo, vendemos un inmueble para el que se exige escritura pública y lo hacemos en escritura privada, pero conociendo que se tiene la acción de nulidad, porque se necesita el conocimiento de esa acción de nulidad toda vez que, como explica Laurent, para renunciar a una acción de nulidad se necesita hacerlo con conocimiento de que se tiene la acción, porque de otra manera el cumplimiento voluntario nada significaría, toda vez que yo, ignorando la existencia de esa nulidad, no podría consentir tácitamente en renunciar a la propia nulidad; pero si yo conozco la existencia de la acción de nulidad y cumplo voluntariamente el contrato, si yo entrego la cosa que me ha sido comprada y me entregan el precio, entonces el contrato está ratificado, se ha renunciado a la acción de nulidad y, en consecuencia, esta acción ya no debe existir, aun cuando no se haya dado la forma establecida por la ley. Éste es el sentido casi expreso del artículo 1679.

La expresión “disposición en contrario” de la parte final del artículo 1679 significa que cuando existan preceptos en que la ley diga que la falta de forma no se puede ratificar, aun cuando se ratifique

expresamente o se cumpla voluntariamente la obligación, sin embargo ese contrato seguirá afectado de nulidad, y esto no significa, como se ha pensado, que disposición en contrario quiere decir que la ley exige la forma, porque entonces el precepto nunca tendría aplicación y no tendría sentido.

Sistema de Código de Comercio. En el Código de Comercio se establece un principio de consensualismo en cuanto a que un artículo declara que en cualquier forma en que los contratantes aparezcan que quieren obligarse, quedan obligados (art. 78), y más adelante un precepto, tomado del Código de Comercio español, indica que los contratos mercantiles no necesitarán más formalidades que las que establece el Código de Comercio u “otras leyes” (art. 79, fracc. 1). Suprimió la expresión contenida en el Código de Comercio español de “otras leyes especiales”, lo que ha dado motivo a una interpretación diversa.

Según don Jacinto Pallares, el hecho de que se haya suprimido la palabra “especiales” para dejar únicamente “otras leyes”, no significa que en los contratos mercantiles se deba atender al Código Civil, sino únicamente debe atenderse a leyes mercantiles, y que la supresión de “leyes especiales” para dejar “otras leyes”, solamente se hizo quizá por un purismo constitucional consistente en no hablar de leyes especiales en vista de la prohibición del artículo 13 constitucional, pero que la idea del precepto, según don Jacinto Pallares, era referirse, como en el Código de Comercio español, únicamente a formalidades que constaran en leyes mercantiles y no a formalidades que constaran en otras leyes, incluyendo el Código Civil.

En contra de esta opinión, el Lic. Tena y el Lic. Borja Soriano piensan que al hablar de otras leyes se debe comprender, pues, todo lo que indica el precepto, incluyendo el Código Civil, y que la supresión de “especiales” dejando únicamente “leyes”, de no constar expresamente que fue con el propósito de no comprender el Código Civil, debe interpretarse en el sentido de haberse suprimido la expresión de “leyes especiales” y haberse generalizado para comprender otras leyes; y como desgraciadamente no se tienen las exposiciones de motivos del Código de Comercio, y no consta que la idea del legislador haya sido, como sostiene don Jacinto Pallares, la misma contenida en el Código de Comercio español, debemos atender a los términos del precepto.

4. La minuta

La minuta, a la que se refiere también su programa en materia de forma, es un documento característico de nuestro derecho que consiste en un documento que se deposita ante notario y en el que consta ya el contrato definitivo, faltándole únicamente la forma cuando ésta es escritura pública; es decir, la minuta es un documento destinado a ser elevado a escritura pública, pero que en el momento en que se confecciona este documento no es todavía la escritura pública.

La minuta contiene ya, sin embargo, el contrato definitivo con sus condiciones, y únicamente le falta la forma, ya sea la forma establecida en la ley, porque ésta declara que en esos casos se requiere escritura pública, ya sea la forma establecida por los contratantes, porque ellos hayan manifestado que quieren que el contrato se eleve a escritura pública.

La minuta no es, como han pensado algunas personas, una promesa de contrato. La promesa de contrato (ya lo hemos de ver en el estudio de los contratos en particular, en el estudio especial de lo que se llama en el derecho civil francés “los antecontratos”) es un contrato en el que las partes se obligan a celebrar otro contrato en el futuro, es decir, contraen una obligación de hacer consistente en la celebración del contrato prometido; así, un contrato de promesa de venta significa que las partes se obligan a celebrar el contrato de compraventa; no es el contrato de compraventa en sí, y ya hemos de explicar cómo una de las razones por las que se diferencia fundamentalmente consiste en que, tratándose de la compraventa, la obligación tiene un objeto de prestación de dar, de la transmisión de la propiedad de la cosa; es decir, la compraventa es un contrato translativo de dominio, y en cambio la promesa de contrato de compraventa tiene por objeto una obligación de hacer que consiste en celebrar el contrato prometido, conceptos que no claramente expresados en el Código de 1884, ya los encontramos con toda claridad en el nuevo Código Civil (arts. 2243 y 2245).

La minuta no es, pues, como han sostenido algunas personas en México, esa promesa de contrato, es un documento en el que consta un contrato, en el que incluso puede constar el contrato de promesa, pero en este documento puede constar cualquier otro contrato definitivo; es un documento en el que consta un contrato que va a elevarse a escritura pública pero que todavía no es una escritura pública, sino que las partes se obligan a elevarlo a escritura pública; entonces este

documento se deposita ante notario y genera el derecho de las partes de exigir que se eleve a escritura pública y que se paguen los daños y perjuicios en caso de que no se cumpla con esa obligación.

Así pues, el contrato que debe constar en escritura pública y que únicamente consta en una minuta no da acción para la ejecución del contrato; así, si por ejemplo dos personas celebran un contrato de compraventa y no le dan la forma establecida por la ley, vamos a suponer que se trata de nuestro viejo ejemplo de compraventa de un inmueble que excede su valor de \$5,000, si no le dan a este contrato la forma de escritura pública, sino que lo hacen constar en la minuta, puede uno de los contratantes presentarse ante los tribunales a exigir el cumplimiento del contrato diciendo: “aquí en esta minuta constan todos los requisitos de la compraventa (porque normalmente en la minuta, siendo ya el contrato definitivo, constan todas las condiciones), y la otra parte no me quiere entregar la cosa”. ¿Cabría la excepción, por parte del demandado, de nulidad del contrato de compraventa en virtud de que no consta en escritura pública? Sí, sí cabe la excepción, porque la minuta, repetimos, no da acción para el cumplimiento del contrato, y la razón es muy sencilla: no la da porque carece de la forma que la ley establece o que las partes han querido que tenga, pero en cambio sí puede pedirse que se eleve a escritura pública, y una vez establecida la forma de escritura pública, entonces ya se puede demandar por la ejecución del contrato celebrado.

5. Ley del Timbre

En la Ley del Timbre encontramos también la necesidad de determinada forma. Todo contrato, conforme a esta ley, debe constar por

escrito. Conforme al Código Civil, hay contratos que no tienen por que constar por escrito, la ley no exige más que la forma verbal, pero la Ley del Timbre exige que todo contrato conste por escrito para el efecto de que se fijen los timbres y se pague el impuesto respectivo en ese contrato. No todo contrato, conforme a la Ley del Timbre se timbra, pero cuando un contrato, conforme a la ley, debe cubrir este impuesto, entonces la misma ley, en uno de sus artículos, establece que no produce acción ni excepción en juicio o fuera de él, mientras no se haya cumplido con el pago del impuesto, y aun las autoridades ante las que se presenta un contrato de esta naturaleza, es decir, un contrato no timbrado, tienen la obligación de hacer la consignación a las autoridades fiscales para el efecto de que se timbre y se paguen los recargos, multas, etc. Pero esto no significa que esté afectado de nulidad el contrato, esto es, que sea un requisito interno del contrato, sino que basta que el contrato se timbre para que adquiera su acción y todos sus efectos propios; y si se pudiera hablar de nulidad, diríamos que sería una nulidad provisional, puesto que lo que sucede únicamente es que la Ley del Timbre ha seguido el procedimiento de privarlo de sus efectos mientras no se pague el impuesto, con el propósito de que se pague, el contrato no está afectado de ineficacia y, consiguientemente, produce todos sus efectos.

La Corte ha admitido hasta la posibilidad de rechazar una demanda cuando ésta va acompañada de un contrato que no está timbrado, de acuerdo con el precepto de la Ley del Timbre que la priva de validez; pero hecha la consignación y pagados el impuesto, los recargos y las multas, el contrato adquiere plena validez.

Estudiado este requisito de validez que hemos denominado “formalidad de los contratos”, vamos a continuar con el estudio de los otros requisitos.

X. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

*H*emos dicho que el consentimiento es un elemento de esencia del contrato, pero puede suceder que exista y, sin embargo, no haya sido otorgado con la inteligencia y la libertad que se requiere para que produzca sus efectos, esto es, que el consentimiento esté viciado. Si el consentimiento falta, el contrato no existe y la sanción será la inexistencia; el consentimiento viciado es existente pero otorgado en una forma irregular que consiste en uno de los vicios establecidos por la ley, o sea: el error, el dolo y la violencia o intimidación.

El artículo 1795 del nuevo Código Civil establece: “El contrato puede ser invalidado: [...] II. Por vicios del consentimiento”. Y esta invalidez por vicios del consentimiento no significará, ya lo hemos dicho, la inexistencia del contrato sino, como hemos de estudiar al

examinar la sanción de los vicios del consentimiento, la sanción es una nulidad relativa. Ya el artículo 1795 nos está indicando que no se tratará de una inexistencia sino que se tratará de una nulidad, toda vez que figura, no dentro de los requisitos del artículo 1794, que trata de los requisitos de existencia, sino dentro de los requisitos del 1795, que son los requisitos de validez del contrato.

¿Cuáles son los vicios del consentimiento? El error, el dolo y la intimidación o la violencia. Dice el nuevo Código Civil en su artículo 1812: “El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”. Casi una copia de un artículo del Código Civil francés.

En el Código de 1884 encontrábamos una diferencia respecto al código vigente en esta materia, diferencia que, según hemos de demostrar, es sólo aparente, porque establecía que los vicios del consentimiento eran sólo dos: el error y la intimidación. ¿Es que el dolo no estaba comprendido en el Código de 1884? Sí estaba comprendido en el Código Civil de 1884, lo que sucedía era que constituía una de las causas del error, y ya hemos de ver cómo éste es el concepto del código vigente; así, el artículo 1296 del Código de 1884 se refería al error de hecho, y dentro de las causas del error de hecho, la fracción tercera indicaba: “Si procede de dolo o mala fe de uno de los contratantes”. Y en el artículo 1298 se refiere a la intimidación. Ahora encontramos en el artículo 1812 del código vigente una enumeración que contiene error, dolo y violencia, que no es otra cosa que la intimidación, como hemos de estudiar.

1. El error

¿Qué cosa es el error? El error ha sido definido por Demogue, en su *Tratado sobre las fuentes de las obligaciones*, diciendo que es la no concordancia o la no correspondencia de estado psicológico con la realidad objetiva, es decir, una concepción equivocada, falsa, de la realidad.

El error obstáculo. Error sobre la naturaleza del contrato y error sobre la identidad del objeto. El error en materia de contratos no siempre produce el mismo efecto, hay un error que los tratadistas franceses llaman “el error obstáculo” que trae como consecuencia la falta de consentimiento y que no es una materia de nuestro estudio de vicios del consentimiento, y que mencionamos tanto para que se conozca el concepto como para distinguirlo del concepto de error como vicio del consentimiento. Esto es, hay ciertos errores que impiden la formación misma del consentimiento y, por tanto, no significan un vicio del consentimiento, ya que hemos dicho que el vicio del consentimiento supone la existencia del consentimiento. Estos errores son de dos clases: errores sobre la naturaleza del contrato y errores sobre la identidad del objeto.

Error sobre la identidad del objeto. Cuando los contratantes consideran que están celebrando un contrato y uno de ellos cree que el objeto de la obligación es uno, y el otro cree que el objeto de la obligación es otro distinto del que piensa el otro contratante, en realidad no hay acuerdo de voluntades, no hay consentimiento, porque acuerdo de voluntades significa dos voluntades en común y en este caso hay

dos voluntades diversas. Las voluntades en el consentimiento deben encontrarse para formar el acuerdo. Cuando no se encuentran entonces no hay acuerdo de voluntades, no hay consentimiento. Vamos a poner un ejemplo: Si por ejemplo en un contrato de compraventa de un inmueble yo considero que estoy comprando la casa número 223 y la contraparte que es dueño de dos casas, las números 221 y 223, entiende que me está vendiendo la número 221, cuando yo estoy comprando la número 223, en realidad no se ha formado el consentimiento porque habrá dos voluntades diversas: una relativa a la compra de la casa número 223 y la otra relativa a la venta de la casa número 221; se trata de un error obstáculo que impide la formación del consentimiento.

Error sobre la naturaleza del contrato. Cuando los contratantes consideran que están celebrando un contrato y uno de ellos cree que el contrato es de una naturaleza determinada y la otra parte cree o estima que es un contrato de otra naturaleza, en realidad aquí, como en el caso anterior, tampoco hay consentimiento por las razones que ya expusimos, porque no hay acuerdo de voluntades sino dos voluntades diversas. Ejemplo: si yo entiendo vender una cosa y la otra parte, que recibe la cosa, entiende que se trata de una donación, no se habrá formado el consentimiento porque habrá dos voluntades diversas; la naturaleza del contrato es diversa porque yo creo que estoy vendiendo mientras que la otra parte cree que se le está haciendo una donación; no han coincidido las voluntades, no hay acuerdo de voluntades sino falta de consentimiento.

Así pues, los errores obstáculos son dos: el error sobre la identidad del objeto y el error sobre la naturaleza del contrato. Como ven ustedes en estos dos casos, no se trata propiamente de un vicio del consentimiento sino que se trata de una falta de consentimiento que estará prevista en el artículo 1794 del nuevo Código Civil y cuya sanción no va a ser la nulidad, sino la inexistencia por falta del elemento esencial: consentimiento. Repetimos, el vicio del consentimiento supone que éste existe pero que está otorgado en condiciones de irregularidad, mientras que el error de esta naturaleza, el error obstáculo, impide la formación misma del consentimiento. ¿Cuáles son pues los errores que significan vicios del consentimiento que, suponiendo que el consentimiento existe, sin embargo se ha formado de una manera irregular?

Errores de hecho y de derecho. Por otra parte, no todo error afecta la validez del contrato, pero hay ciertos errores que si afectan esa validez y otros que no. En el Código de 1884 el error que tenía influencia sobre el contrato era el error de hecho; actualmente en el código vigente afectan la validez del contrato tanto los errores de hecho como los de derecho en las condiciones que el código establece. El Código Civil de 1884 no admitía más que errores sobre hechos materiales, errores sobre las circunstancias, sobre el objeto, sobre el motivo del contrato, pero con el concepto de hechos materiales; y no admitía errores sobre la interpretación o el conocimiento jurídico, considerando quizá que todo el mundo debe conocer la ley; la presunción de que la ignorancia de la ley a nadie aprovecha. El nuevo código no admite ya este concepto, sino que, siguiendo la jurisprudencia francesa, comprende tanto el error de hecho como el de

derecho, considerando quizá que la presunción de que todo el mundo conoce el derecho es falsa, muchas veces hasta en los que figuran como peritos del derecho, con mayor razón en las personas que no se dedican a estos estudios, y entonces establece que en determinadas condiciones sociales, lo que debe presumirse no es el conocimiento del derecho sino la ignorancia del mismo. Como quiera que sea, el código vigente acepta que el error de hecho y el error de derecho pueden anular un contrato en las condiciones que hemos de estudiar; y así, el artículo 1813 del nuevo código establece: “El error de derecho o de hecho invalidan el contrato cuando recaen sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa”. En cambio, el artículo 1296 del Código de 1884 expresamente declara: “El error de derecho no anula el contrato. El error material de aritmética sólo da lugar a su reparación. El error de hecho anula el contrato:

I. Si es común a ambos contrayentes, sea cual fuere la causa de que proceda;

II. Si recae sobre el motivo u objeto del contrato, declarándose en el acto de la celebración o probándose por las circunstancias de la misma obligación, que en el falso supuesto motivó el contrato, y no por otra causa, se celebró éste;

III. Si procede de dolo o mala fe de uno de los contrayentes:

IV. Si procede de dolo de un tercero que pueda tener interés en el contrato. En este caso, los contrayentes tienen también acción contra el tercero.

Veán ustedes cómo hay una diferencia a favor del nuevo Código Civil en relación con el de 1884. La jurisprudencia francesa ha admitido también el error de derecho, y los autores como Hemard, por ejemplo, sostienen el error de derecho tanto por la falsedad de la presunción del conocimiento del derecho como porque dice: “Si lo que se quiere al no anular un contrato por error de derecho es el cumplimiento del derecho, en realidad lo que se está consiguiendo es que el derecho no se cumpla, porque si una persona estima que el derecho es en forma A y en realidad es en forma B, si se le obliga a estar a derecho en forma A —que es como no existe en realidad— se está violando la norma jurídica obligándole a cumplir con la norma que no existe o cuya interpretación es inexacta”.

Pero no siempre, decíamos, el error de derecho en el nuevo código anula el contrato. Desde luego el error de aritmética, o sea el error de cálculo, no da lugar a una nulidad, no lo daba en el Código de 1884 en los términos ya leídos del artículo 1296 ni conforme al 1814 del nuevo Código Civil.

El error de hecho produce el efecto de anular el contrato en determinadas condiciones. En el Código Civil francés se habla de que el error produce la nulidad del contrato cuando recae sobre la sustancia de la cosa, y hay una amplia bibliografía sobre qué se entiende por sustancia de la cosa.

Lo que se entiende por sustancia de la cosa en la escuela exegética. Después de la promulgación del Código Civil Francés, la escuela de la

exégesis, por lo menos su mayor parte, sostuvo la tesis de que el error sobre la sustancia de la cosa significaba error sobre la materia misma de que estaba formada la cosa. Es una tesis materialista en cuanto confunde la sustancia de la cosa con la materia de la cosa, y así se dice en un ejemplo muy usado por los autores: “Si yo cometo un error, mi concepción psicológica no corresponde a la realidad objetiva respecto a la materia de la cosa; así, por ejemplo, estimando yo que un reloj es de oro cuando en realidad es de cobre y está simplemente chapado, estoy cometiendo un error sobre la sustancia de la cosa y el contrato podrá ser anulado. Es la materia de que está formada la cosa lo que significa el error sobre la sustancia, pero en cambio si yo cometo un error que consista sobre alguna cualidad subjetiva, sobre algún motivo que me ha determinado para contratar independientemente de la materia, ese error no anula el contrato (naturalmente, dentro de la tesis que estamos estudiando). Por ejemplo, si yo cometo un error de apreciación del valor histórico de la cosa, considero, por ejemplo, que perteneció a cualquier personaje de la historia, y si por esa consideración compro la cosa, y luego resulta que no fue cierto esto, sino que es una cosa común y corriente, vamos a suponer, un reloj común y corriente, conforme a esta teoría de la escuela exegética, no se anulaba el contrato porque el hecho de que hubiera pertenecido a una persona o no hubiera pertenecido a ella, no formaba parte de la materia de la cosa. Este concepto, repito, es un concepto materialista del error.

La sustancia de la cosa en la jurisprudencia francesa. Su evolución. La jurisprudencia francesa se inclinó en su origen, después de la promulgación del Código Civil francés, por esta tesis, pero una evolu-

ción del concepto del error sobre la sustancia empezó a hacer pensar que había ciertos atributos de las cosas que podían formar la materia, es decir, es el mismo concepto pero más amplio en cuanto a qué es lo que se entiende por materia de la cosa, y llega a decirse que en una pintura, en un cuadro, forma materia de la cosa el hecho de que el cuadro fuera realizado por un pintor determinado. Pero no porque se abandone realmente el concepto material del error sobre la sustancia, sino porque se trata de abrir, por decirlo así, el cuadro de los errores materiales. Esto ya era un paso hacia lo que terminó consiguiendo la jurisprudencia francesa, que es lo siguiente: de acuerdo con toda la doctrina moderna del error, el error sobre la sustancia (y esto es importante porque vamos a ver cómo en su última evolución, este concepto de error va a coincidir con el concepto de error de nuestros códigos de 1884 y vigente) para la jurisprudencia francesa actual y para la teoría francesa, no significa error sobre la materia de la cosa, sino error sobre las cualidades de la cosa que haya tenido en cuenta el contratante al celebrar el contrato; ni siquiera la concepción en abstracto de las cualidades de una cosa, sino en concreto, la cualidad o cualidades que hayan determinado al comprador a celebrar el contrato; esto es, poco importará que yo haya pensado que un reloj era de oro o de cobre, si mi voluntad ha estado determinada porque ese reloj perteneció a una persona a quien yo se lo he atribuido: lo que ha determinado mi voluntad no es la materia de que esté formado el reloj, lo que ha determinado mi voluntad es la persona a quien perteneció, es decir, el antecedente histórico de esa cosa. Lo que determinó mi voluntad no fue la pintura de calidad más o menos fina con que estaba pintado el cuadro, sino que lo que determinó mi voluntad pudo ser, y normal-

mente es, el pintor que ha pintado el cuadro, o la ejecución conforme a la que se ha hecho éste. Las sustancias son, pues, las cualidades que de manera psicológica se han tenido en cuenta en la celebración del contrato; éste es el concepto del último estado de la jurisprudencia francesa. Veamos ahora cuál es la situación en nuestro código.

El artículo 1813 del nuevo Código Civil dice:

El error de derecho o de hecho invalidan el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los contratantes, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

Ya al tratar de la materia de la causa explicamos cuál es el sentido de la causa en este artículo 1813, confundido con los motivos determinantes de la voluntad, y vimos cómo el precepto se refería precisamente en términos semejantes a la justicia y a la jurisprudencia francesa modernas, esto es, para que el error de hecho o de derecho produzca la nulidad de un contrato, se requiere que haya sido el motivo que me determinó a contratar ese error; pero nuestro código exige algo más de lo que ha exigido la doctrina francesa, y la jurisprudencia exige no simplemente un estado psicológico que no corresponda a la verdad objetiva, sino además que se haya declarado que es en virtud de ese motivo por el que se celebró el contrato, o bien, que haya circunstancias que de una manera tácita comprueben que el error fue el motivo de la celebración. Vamos a explicarlo.

En nuestro ejemplo de la pintura, si yo pienso que compro un cuadro porque lo pintó Diego Rivera y no lo manifiesto así en la celebración del contrato, sino que simplemente es un concepto psicológico, y no hay ningún dato para presumir que yo compré el cuadro por haber sido pintado por Diego Rivera, a pesar de que aparezca que yo he cometido un error porque el cuadro no fue elaborado por ese pintor, este error no produce los efectos de anular el contrato, no produce los efectos del artículo 1813. Pero si, en cambio, en el momento de adquirir el cuadro yo manifiesto que pago 1,000 pesos por ese cuadro en virtud de que está firmado por un pintor determinado, entonces, si ese cuadro no fue hecho en realidad por el pintor cuya firma aparece en el lienzo, sí habré cometido un error declarado y, en consecuencia, ese error afectará la validez del contrato, de acuerdo con el artículo 1813.

Pero no es necesario que, en todo caso, se declare así la voluntad de adquirir el cuadro para que pueda producir sus efectos el error, sino que puede haber circunstancias que hagan presumir la existencia de ese consentimiento. Si, por ejemplo, en ese cuadro aparece la firma de un pintor determinado, y si ese cuadro de no estar firmado como está, tuviera un valor muy limitado, ya que la firma de ese pintor le da gran valor, y si yo pago un valor excesivo precisamente por las condiciones del cuadro, acompañadas por el hecho de que aparece la firma de un gran pintor, y si en realidad el cuadro no fue creado por el pintor cuya firma aparece, pues habrá elementos bastantes para hacer pensar que yo adquirí erróneamente el cuadro en aquel

precio excesivo sin que yo haya expresamente manifestado que pagaba ese precio por el pintor que supuestamente había firmado el cuadro. Éste es el sentido de la segunda parte del artículo 1813. En el mismo sentido se resolvía este problema en el Código Civil de 1884.

Error sobre la persona. Los autores estudian también el error sobre la persona. Éste es otro error normalmente indiferente en sus efectos respecto a la validez del contrato, porque poco importa que una cosa se haya vendido a Pedro o se haya vendido a Juan, el hecho de que yo me haya equivocado y haya vendido una cosa a una persona A es indiferente si es que en verdad se vendió a B. Pero hay ciertos contratos que se celebran en consideración a la persona (*intuitu personae*), y entonces, si dentro de nuestro código ha sido motivo determinante la consideración de la persona, el contrato será nulo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1813 del nuevo código. Así, por ejemplo, hay un contrato, el de donación, que se hace precisamente en consideración a la persona; si yo cometo un error al donar una cosa y considero que se la he donado a Juan cuando la ha recibido Pedro, he cometido un error, y como el motivo determinante de mi voluntad ha sido una liberalidad, el *animus donandi* no es indiferente a la persona, sino que se refiere a persona determinada y, por consiguiente, yo tendré acción de nulidad. Lo mismo cuando se contrata con alguna persona en razón de su aptitud para ejecutar determinada obra; cuando yo contrato para pintar un cuadro con un artista A y en realidad él es B, a mí me interesa que sea A quien pinte el cuadro, por su capacidad, y entonces por error en la persona, en esta clase de contratos, tengo la acción de nulidad.

En estos casos el error sobre la persona sí afecta al contrato porque es un error determinante de la voluntad de los contratantes; estamos, pues, dentro de la misma situación a que antes nos hemos referido, pero normalmente, repetimos, el error sobre la persona es un error indiferente en cuanto a la validez de un contrato.

2. El dolo y la mala fe

Dolo. (C.V.). Error causado por dolo (Cód. 1884). En el Código de 1884 el error podría estar causado por maquinaciones o artificios tendientes a hacer que una persona incurriera en el error o permaneciera en él. Éstos son los errores que no son casuales, como es el error que hasta aquí hemos estudiado, sino que son errores que están motivados por dolo.

El dolo se define tanto en el Código de 1884 como en el vigente diciendo: (art. 1297 Cód. 1884 y 1815 del C.V.) “Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes”. En la parte final de estos artículos se define la mala fe diciendo: “Se entiende por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido”.

Como decíamos, el artículo 1812 del código vigente hace aparecer al dolo como un vicio del consentimiento diverso del error, pero este precepto nos está diciendo lo mismo que el relativo del Código de 1884, “que es necesario que se induzca al error o se mantenga en él”;

esto es, las maquinaciones o artificios, el ánimo doloso exteriorizado, no basta para anular un contrato, sino que se requiere que ese acto produzca el efecto de hacer incurrir en el error, o bien, mantener en un error al contratante que ya estaba en estado de error, de aquí que, en realidad, más que un vicio del consentimiento especial, debe clasificarse como un error que tiene una causa especial, como un error no casual (como son los errores a que nos hemos referido con anterioridad), sino provocado mediante estas maquinaciones o artificios. Es el mismo concepto que encontramos en el Código de 1884.

La mala fe. La mala fe es, por decirlo así, el aspecto negativo del dolo; es el aspecto negativo en cuanto a que no se realizan actos positivos, maquinaciones o artificios, sino que es una simple disimulación del error una vez conocido, pero que anula también el contrato, lo mismo que el dolo.

Dolo principal y dolo incidental. En la doctrina se distingue lo que se llama ‘dolo principal’ de lo que se llama ‘dolo incidental’. Se entiende por dolo principal el dolo determinante de la voluntad, es decir, el dolo que interviene para que el contrato se celebre, de tal suerte que de no haber intervenido las maquinaciones o artificios, no se habría celebrado el contrato. Esto es lo que se llama dolo principal, porque puede suceder que haya maquinaciones o artificios, pero maquinaciones o artificios que no hayan determinado mi voluntad, sino que simplemente me hayan obligado a celebrar el contrato en condiciones más onerosas, pero que de no existir esas maquinaciones o artificios, yo hubiera de todos modos celebrado el contrato. Esto es lo

que se conoce con el nombre de dolo incidental, aquel que no determina la voluntad de contratar, aun cuando sí puede causar condiciones más onerosas. En el primer caso tenemos un dolo que ha de afectar la validez del contrato anulándolo, en el segundo caso no se anula el contrato, sino que, en todo caso, se repara el daño causado.

Esta distinción no la encontramos expresada en el Código de 1884, pero era una doctrina común establecer la distinción, y si se estudian los comentaristas del derecho portugués, que es de donde proceden estos preceptos, que a su vez citaban comentaristas del derecho francés, y que era la doctrina aplicable a nuestro derecho, se llega a la conclusión de que debería hacerse en el derecho mexicano esta distinción entre dolo principal y dolo incidental. Por otra parte, se podía esgrimir el argumento de que, siendo el dolo una causa del error, representaba un caso (dolo principal), el error determinante de la voluntad del contratante y, por consiguiente, traía el efecto de anular el contrato, mientras que en el caso del dolo incidental éste no inducía a error determinante de la voluntad y, por tanto, no traía como consecuencia la nulidad.

El código vigente resuelve con toda claridad este problema al establecer en su artículo 1816 lo siguiente: “El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anula el contrato *si ha sido la causa determinante de este acto jurídico*. Aquí ya, con toda claridad, se hace la distinción entre el dolo principal, o sea este dolo determinante, y el dolo incidental, que no trae como consecuencia la nulidad del contrato, para aceptar únicamente como causa de nulidad el dolo principal.

Dolo de un tercero. Pero el dolo produce sus efectos también cuando procede de un tercero. ¿Cómo es posible que esto suceda? Hay muchos ejemplos y muchos casos en que las maquinaciones y los artificios no proceden de los contratantes o de uno de los contratantes, sino de un tercero; algunas veces el tercero con interés en el contrato y algunas veces, incluso terceros que no tienen interés alguno en el contrato. Normalmente son terceros interesados; tienen ustedes el caso del comisionista encargado de la venta de una casa que ejecuta maquinaciones o artificios para que haya un comprador y ese comprador adquiera la casa. Es común el caso de ventas de casas de departamentos en que el corredor hace aparecer que los departamentos producen una renta determinada muy elevada, cuando en la realidad no la producen, y si el que trata de adquirir la casa lo hace como un medio de inversión y por las maquinaciones o artificios cree, engañado, que ya va a obtener por su capital invertido un producto de 8% anual, y en realidad no lo obtiene, por las causas mencionadas, entonces el dolo habrá determinado su voluntad de comprar en vista de que iba a hacer una buena inversión que en realidad le resultó mala. He aquí un caso corriente en el que las maquinaciones, los artificios, no han procedido del contratante sino de una tercera persona.

Puede suceder que el contratante ignore esos actos dolosos del tercero, como puede suceder que los conozca. En el Código de 1884 no había en realidad una distinción entre estos dos casos en que el tercero procedía con conocimiento del contratante, con la complicidad del contratante y cuando procedía sin el conocimiento del vendedor. Pero también en este caso la doctrina, especialmente la doctrina del

derecho portugués, llegaba a la misma conclusión, de que se necesitaba el consentimiento o la intervención del contratante para poder anular el contrato, es una especie de castigo a la complicidad entre el tercero y el contratante, porque si es el tercero simplemente el que presenta la operación realizando las maniobras dolosas sin la intervención y conocimiento del contratante, en realidad parece injusto e inequitativo anular el contrato en que el vendedor no había intervenido para que se celebrara, sino que él había considerado de buena fe que se celebraba en las condiciones que había pedido sin ninguna intervención de su parte.

El nuevo Código Civil resuelve expresamente la cuestión como la resolvían los tratadistas portugueses y como, en mi concepto, se puede resolver en el Código de 1884; el artículo 1816 del nuevo código, que ya leímos, dice claramente: “El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo *que proviene de un tercero sabiéndolo aquélla*, anula el contrato, etcétera”.+

De suerte que este artículo 1816 resuelve dos problemas que en el Código de 1884 requerían una interpretación para llegar a las mismas conclusiones porque no había un precepto que así lo determinara; resuelve: primero, el problema relativo a saber si el dolo que anula un contrato es el dolo principal o también el dolo incidental, y lo resuelve en el sentido de ser únicamente el dolo principal el que anula el contrato; y en segundo lugar, resuelve también el problema que consiste en saber si las maquinaciones o artificios provenientes de un tercero sin ninguna intervención del contratante traen como

consecuencia la nulidad del contrato; doctrinalmente se resolvía, o resolvíamos nosotros, en el sentido de que se necesitaba el conocimiento del contratante para anular el contrato, y en este sentido el artículo 1816 ha resuelto este problema, pues considera necesario que el contratante conozca las maniobras dolosas del tercero para que se pueda anular el contrato.

3. Violencia o intimidación

Además del vicio del consentimiento dolo, que en realidad hemos tratado como una causa de error, tenemos otro vicio del consentimiento que el nuevo Código Civil denomina violencia y que el Código de 1884 denominaba intimidación. Es colocarse (al dar estas denominaciones), ya sea en el punto de vista del sujeto que recibe la amenaza (y entonces diremos intimidación), o bien en la perspectiva del que la provoca, del que hace la amenaza o del que emplea la fuerza física (entonces hablaremos de violencia). En realidad, como sostienen Baudry-Lacantinerie y algunos autores, si lo que anula el contrato es el efecto que produce en el sujeto la amenaza o la fuerza física, parece más correcto hablar de intimidación, como lo hace el Código de 1884, y no de violencia, por más que no sea sino la denominación de una misma figura jurídica. ¿Qué cosa es la violencia o la intimidación? Las definiciones de los códigos de 1884 y el vigente son parecidas, pero en éste encontramos una adición que varía en el campo de la aplicación del precepto. El artículo 1819 del Código Civil vigente dice: “Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenaza que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su

cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”. Esta última expresión de parientes colaterales dentro del segundo grado no la encontramos en el Código de 1884.

La violencia trae como consecuencia la nulidad porque no deja que el consentimiento se exprese libremente; es cierto, como ya lo decían los romanos, que la voluntad coartada no es voluntad, y por eso se trata de un vicio del consentimiento, no de un caso en el que el consentimiento se destruye, pero el consentimiento no se ha expresado libremente sino que, ya sea mediante una fuerza física o mediante una fuerza moral, que son las dos formas que afectan la violencia o la intimidación, se ha obligado al contratante a manifestar ese consentimiento, y de ahí que se trate de un consentimiento viciado.

Pero la violencia no solamente influye cuando es el contratante el que recibe directa y personalmente la violencia física o la violencia moral, sino que puede suceder —y de hecho sucede—, que por los lazos de parentesco, que suponen lazos de afecto, una persona se ve obligada a celebrar un contrato en vista de la violencia que se ejerce sobre una tercera persona y así lo establece el código cuando dice: “Hay violencia cuando se emplea la fuerza [...] que importen el peligro de perder la vida [...] el contratante, su cónyuge, sus ascendientes, sus descendientes o sus parientes colaterales dentro del segundo grado”.

Se supone que siempre que la violencia se ejerza sobre una de estas personas, se produce el vicio del consentimiento, le priva al contratante de su libertad y, en consecuencia debe anularse el contrato.

¿Pero qué sucederá cuando la violencia se ejercite, no sobre una de las personas enumeradas limitativamente en el artículo 1819, sino sobre otras personas con las que el contratante también tenga lazos afectuosos? Porque puede suceder que los actos de violencia se realicen sobre persona diversa a las enumeradas y que, sin embargo, producen el efecto de obligar a la persona a contratar. Es el ejemplo del que ejecuta un acto de violencia ejercido, por ejemplo, sobre algún amigo íntimo que no está comprendido en los casos del artículo 1819. Ustedes saben cómo los lazos de amistad pueden obligar a una persona a contratar, una persona se puede obligar a contratar en contra de su voluntad porque el amigo se encuentre en las condiciones de peligro de perder la vida, la honra, la libertad, etc., a que se refiere el código; entonces, ¿quiere decir este artículo que solamente cuando la violencia se ejecuta sobre las personas enumeradas es cuando hay lugar a que se afecte la validez del contrato? (La cuestión se ha propuesto también en la doctrina del derecho civil francés en vista de un artículo semejante al 1819, que también contiene una enumeración, y se ha resuelto en el sentido de que, tratándose de las personas a que se refiere el precepto, hay una presunción de violencia en el sentido de que se da por comprobado que, ejercida sobre estas personas, significa una intimidación que anula el contrato sin necesidad de probar que a la intimidación se deba el haberla celebrado.)

Si simplemente se lee el artículo, parece que efectivamente se trata de una enumeración limitativa que no admite otras causas, pero la doctrina, con razón, ha sostenido que el artículo lo único que hace es considerar que en estos casos hay una presunción de *juris et de jure*, de

que la violencia ha producido su efecto, presunción que no admite prueba en contrario (se resuelve el problema igual que en el derecho francés); si las amenazas, si la fuerza física se realizan sobre una de estas personas enumeradas en el artículo 1819, el contrato, independientemente de una investigación respecto a saber si esas amenazas o esa fuerza física fueron lo suficientemente fuertes para hacer que en virtud del cariño que se le tiene al ascendiente o al descendiente se celebra el contrato, es nulo. La práctica les puede demostrar cómo en ocasiones el hecho puede no haber tenido influencia en el ánimo de la persona, pero, por la enumeración que establece la ley, la consecuencia será que el contrato se anule. En cambio, cuando la violencia se ejerce sobre una de las personas no enumeradas en la ley, entonces, sostiene la doctrina, si se afecta la validez del contrato siempre que se demuestre que al ejercitarse esa violencia se produjo en el contratante la intimidación bastante para obligarlo, en contra de su voluntad, a celebrar el contrato, y eso requiere naturalmente la demostración de que el hecho ha obligado al contratante a celebrar el contrato.

Hay, pues, una distinción entre los casos enumerados en el precepto en que de pleno derecho, por decirlo así, se admite que el vicio del consentimiento existe, y aquellos casos no enumerados en el precepto que requieren una demostración de que efectivamente la intimidación, la violencia, han tenido el efecto de que se obligue el contratante en vista del peligro de muerte, digamos, en que se encuentra el amigo, a celebrar el contrato.

¿Cuál es el efecto de que un contrato se celebre por intimidación? Ya, durante la explicación, hemos dicho que se trata de una nulidad,

pero como en todos nuestros estudios de ineficacia jurídica, es necesario conocer qué clase de nulidad es.

Desde luego, no es una inexistencia, porque hemos dicho que se trata de una condición de validez de los contratos y no de una condición de existencia, pero puede ser una nulidad absoluta o una nulidad relativa. Tanto en el Código de 1884 como en el Código Civil vigente, esta nulidad admite la posibilidad de ratificación, ratificación que significa, naturalmente, que el vicio haya desaparecido y que sin que continué, ya sea el estado de error, ya sea el estado de dolo o el estado de error causado por dolo, o el estado de violencia, una vez libre la voluntad del contratante, éste ratifica el contrato que había celebrado, es decir, renuncia conscientemente a la acción de nulidad que tiene, que es lo que se llama ratificación. Pero además de admitirse la ratificación, se admite la posibilidad de prescripción, y el código establece los términos para la prescripción de la acción de nulidad que procede de los vicios del consentimiento; y si, por otra parte, encontramos que la acción sólo se otorga al contratante cuya voluntad está viciada, de que tanto en el Código de 1884 como en el Código vigente se trata de una nulidad relativa. De hecho bastaría, conforme a tesis del nuevo código, comprobar que uno de estos requisitos concurre, es decir: posibilidad de ratificación, posibilidad de prescripción, o el hecho de la nulidad sólo se diera a determinadas personas, para que no concurrieran todos los requisitos de la nulidad absoluta que prescribe el artículo 2226, y de acuerdo con el artículo 2227, llegaremos a la conclusión de que se trata de una nulidad relativa. Dice el artículo 2227: “La nulidad es relativa cuando no reúnen

todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos”.

En el artículo 2228 encuentran ustedes, en el código actual, definida con toda precisión la sanción establecida en estos casos; dice:

“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”.

Pero además del principio establecido en el artículo 2228 de ser una nulidad relativa, tenemos preceptos que nos confirman por sus caracteres la clasificación; 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 2233: “Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra otra causa que invalide 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 los derechos de tercero”. Artículo 2231: “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 pla-

zos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido”. Artículo 2237: “La acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por violencia, prescribe a los seis meses contados desde que cese el vicio del consentimiento”.

De tal suerte que, por los caracteres que de manera expresa establece el código, como por un artículo que también expresamente clasifica la nulidad, se trata de una nulidad relativa.

XI. LESIÓN

n su nuevo Código Civil encuentran ustedes un precepto que está colocado en las disposiciones preliminares y que es el artículo 17. Este precepto es el que contiene el concepto de la lesión, y hemos de ver más adelante cuál es la razón por la que está colocado dentro de estas disposiciones preliminares y qué explicación tiene, tanto en cuanto al alcance del precepto como a la naturaleza jurídica de la lesión.

La lesión no tiene el sentido etimológico del término de daño, sino que en materia contractual la lesión significa una diferencia en las contraprestaciones en un contrato sinalagmático que hace que una de las prestaciones no equivalga en valor a la otra prestación. ¿Cuál es el efecto jurídico de que exista esta diferencia de valor en las contraprestaciones, en aquellos contratos en que naturalmente existe la posibilidad de contraprestaciones?

1. *Antecedentes históricos*

Derecho romano. El derecho romano primitivo ignoraba el concepto de lesión, como ignoraba también el de vicios del consentimiento. En el derecho civil romano bastaba la solemnidad del contrato para que esa solemnidad cubriera, por decirlo así, cualquier vicio de consentimiento o cualquier concepto de lesión, y, en consecuencia, carecía de efecto el hecho de que las contraprestaciones no fueran equivalentes en valor. Pero ya desde el derecho pretorio, y con las excepciones de dolo, el derecho romano empezó en su evolución a tener en cuenta la lesión para determinados contratos. Y en la época de Diocleciano y después reproducida la noción en las *Institutas* de Justiniano, encontramos admitido el principio, y ya legislado, de que se invalidan los contratos en los que haya una determinada diferencia en las contraprestaciones, y hay también una posibilidad de anular el contrato.

Pero el derecho romano, aún dentro del último Estado del derecho clásico de la época de Justiniano, no pasa de considerar que solamente en un caso, en el contrato de compraventa de bienes inmuebles y cuando acontece lo que el derecho romano llama “la lesión enorme”, esto es, cuando el vendedor recibe la mitad o menos de la mitad del precio, cuando hay lugar a una lesión y, por tanto, a una excepción que prosperará en derecho a una acción de nulidad; pero hay que fijarse bien: esta acción o excepción sólo se le daba al vendedor que recibía la mitad o menos de la mitad del precio de la cosa, pero no se le daba al comprador; conviene fijarse en esta limitación.

El sistema de considerar la lesión en el derecho romano era pues un sistema limitado, puesto que sólo se refería a este contrato de compraventa de inmuebles, y además se tendría en cuenta, para determinarla, un criterio que hemos de llamar, en esta materia, criterio objetivo, porque atendía exclusivamente a la diferencia de la contraprestación, a una diferencia, por decirlo así, planteada matemáticamente: si no se daba la mitad del precio, si se daba la mitad o menos de la mitad del precio, había lugar a lesión.

Derecho canónico. En el derecho canónico encontramos una ampliación del concepto de lesión fundada en lo que el derecho canónico llama la teoría del justo precio, esto es, todas las cosas tienen o deben tener un precio justo, y si no se paga ese precio, si en las contraprestaciones el justo precio de la cosa desaparece, el derecho debe intervenir para equilibrar esas contraprestaciones dando acciones de nulidad. Ven ustedes cómo aquí el concepto es más general, generalidad que ha desaparecido en algunas legislaciones y que se encuentra en otras, si bien como un concepto diverso.

Derecho moderno. En el derecho moderno se pueden plantear, en primer término, dos grandes corrientes: una primera que sostiene que no debe admitirse la lesión y otra que sostiene que sí debe admitirse.

Teoría negativa de la lesión o teoría individualista. Esta teoría sostiene que la autonomía de la voluntad de los contratantes debe ser totalmente libre en cuanto a la fijación del precio de las cosas, y que si una parte resulta lesionada, no debe atenderse a esa lesión para anular

o para rescindir un contrato, sino que dentro de la autonomía de la voluntad y dentro del libre juego económico, el que se fije el precio y el que se fijen las contraprestaciones sería, según esta tesis, un grave inconveniente estar afectando la validez o rescindiendo los contratos cuando hubiera una diferencia de contraprestaciones; debe dejarse, de acuerdo con esta tesis, al dejar hacer, al dejar pasar (*laissez-faire, laissez-passer*). Ven ustedes cómo es un principio netamente individualista. Conforme a este concepto, la lesión no produce efecto alguno; es la tesis adoptada por códigos como el portugués, como el brasileño y como el rumano, y como hemos de ver, está aceptada por nuestro Código de Comercio. Ésta es la primera tesis, diríamos negativa, del efecto de la lesión; para este concepto y para estas legislaciones, la lesión carece de efectos, como carece en el derecho romano primitivo, pero por razones diversas; mientras en éste era la solemnidad la que cubría cualquier vicio del consentimiento o cualquier concepto de lesión, en el derecho rumano, en el derecho portugués, etc., es la libertad de la contratación, es el principio de la autonomía de la libertad a la que ya nos hemos referido, lo que hace desaparecer la lesión.

Teoría que admite los efectos de la lesión o teoría socialista. Existe otra corriente que dice que deben admitirse los efectos de la lesión que afectan el contrato, y que el no admitir la lesión, en cualquiera de sus aspectos, significa un individualismo exagerado y dejar frecuentemente a una de las partes en manos de la fuerza económica de la otra parte, y como la ley y el Estado deben intervenir en todos aquellos casos en que no se trate simplemente del interés individual, sino que además de cuidarse un interés individual se cuida al mismo tiempo

un interés social, debe admitirse la lesión que afectan los contratos, sobre todo aquellos de carácter inmoral o delictuoso. El legislador debe intervenir en estos casos para admitir la lesión en alguno de sus aspectos, y según algunos tratadistas, este concepto irá evolucionando cada vez más y abriéndose más y más el cuadro de la lesión en lugar de desaparecer como ha sucedido en algunas legislaciones.

2. Sistema objetivo. Estudio de la lesión en el Código de 1884

Nuestro Código Civil de 1884 admitía los efectos de la lesión siguiendo el sistema del derecho romano y de las legislaciones latinas en general. El Código de 1884 considera a la lesión como una causa de rescisión y no como una causa de nulidad del contrato; hace una distinción entre la rescisión y la nulidad, diciendo que solamente se rescinden aquellos contratos que en sí mismos son válidos, lo que supone que al celebrarse el contrato habrían concurrido todos los elementos de validez del mismo, pero que independientemente de esa concurrencia de los elementos de validez (forma, ausencia de vicios del consentimiento, etc.), podía haber alguna razón que privara de sus efectos al contrato y que aun se los privara de manera retroactiva, como es el efecto de la rescisión, y dentro de estos contratos que se rescinden pero que son en sí mismos válidos, estaba la noción de lesión.

Existía un capítulo en el Código de 1884 que se llamaba “De la rescisión y nulidad de las obligaciones”, y el primer artículo, el 1656, establecía: “No pueden rescindirse más que las obligaciones que en sí

mismas son válidas”, lo que nos daba ya este criterio a que nos hemos referido de la rescisión. Ahora, ¿en qué casos había rescisión? El artículo 1659 establecía “Hay lugar a rescisión: [...] II. En los que la establece expresamente la ley”. Y tratando la lesión el artículo 1657 establecía: “Ninguna obligación se rescinde únicamente por lesión, salvo lo dispuesto en el artículo 2890”. Y éste es un artículo colocado en materia de compraventa, ya no una compraventa de bienes inmuebles como en el derecho romano se establecía, sino una compraventa de bienes muebles o inmuebles pero con la limitación de que no se hiciera un avalúo en el momento de la celebración del contrato; si se practicaba este avalúo, entonces aun cuando apareciera una diferencia de contraprestaciones, no surtía efectos la lesión, y así lo establecía el artículo 2839. De suerte que encuentran ustedes: *primera limitación*; el concepto de lesión se refería exclusivamente al contrato de compraventa y no a los demás contratos en que podía haber contraprestaciones; *segunda limitación*, se refería a los contratos de compraventa en aquellos casos en que no había habido avalúo en el momento de la celebración del contrato, sino que por un avalúo posterior aparecía la diferencia de contraprestaciones. A esto se refieren los artículos 2889 y 2890, que dicen: “El contrato de compraventa no podrá rescindirse en ningún caso a pretexto de lesión, siempre que la estimación de la cosa se haya hecho por peritos al tiempo de celebrarse el contrato”. Artículo 2890: “Si la cosa ha sido valuada por peritos con posterioridad a la celebración del contrato, podrá rescindirse éste si del dictamen de aquéllos resulta que alguna de las partes ha sufrido lesión en los términos que establece el artículo 1658”.

Veán ustedes cuál es la limitación en cuanto al contrato y en cuanto a la posibilidad de que exista un avalúo en el momento de la celebración del contrato, pero todavía hay otra limitación que coloca el sistema de nuestro código dentro de los sistemas que se llaman sistemas objetivos, al que también pertenece el derecho romano. El artículo 2890 que acabamos de leer que dice “si la cosa etc., podrá rescindirse el contrato si resulta que alguna de las partes ha sufrido lesión en los términos que establece el artículo 1658”. Ahora bien, el artículo 1659 establecía: “Sólo hay lesión cuando la parte que adquiere da dos tantos más, o la que enajena recibe dos tercios menos del justo precio o estimación de la cosa”. Encuentran ustedes también aquí el sistema de la determinación matemática que no tiene en cuenta un estado objetivo, sino simplemente un estado subjetivo, es decir, considerar que en las contraprestaciones haya esta diferencia de valor a que se refería el artículo 1658; es el mismo concepto de la lesión enorme del derecho romano en que mediante una tasa, una tarifa matemática, se determinaba si había lugar a la lesión o no había lugar a ella; es, pues, otra limitación al sistema de la lesión, no basta que haya diferencia de contraprestaciones, sino que se requiere que la diferencia sea precisamente la establecida en el artículo 1658, si la diferencia en la contraprestación es menor, no habrá lugar a la rescisión por lesión; en cambio, si la diferencia existe más allá o dentro de los límites establecidos en el precepto, entonces habrá lugar a la rescisión independientemente del estado subjetivo de la persona, independientemente de que, incluso, no se haya aprovechado de ningún estado económico de la otra parte, de ningún estado de necesidad de la otra parte, que ya hemos de ver es un elemento subjetivo de los sistemas

eclécticos, como es el nuevo Código Civil. La explicación sobre el código nos da las bases para ir considerando los diversos sistemas que en el derecho moderno encontramos sobre la lesión.

Así pues, en primer lugar encontramos el antecedente, el derecho romano, como un sistema que limita la lesión exclusivamente al contrato de compraventa de inmuebles y limita también la lesión en cuanto a que se necesita un valor matemático para que la lesión influya en el contrato de compraventa, y además, esta otra limitación que ya no encontramos en el Código de 1884 que en el derecho romano se refería exclusivamente al vendedor y no al comprador, esto es, el vendedor que ha recibido la mitad o menos de la mitad del precio de la cosa, tenía la acción derivada de la lesión, pero el comprador que hubiera pagado más del doble de lo que valía la cosa, en el derecho romano, no tenía la acción derivada de la lesión, pero en el fondo se trata de un sistema limitado y de un sistema objetivo que no tiene en consideración cuál es el estado económico del sujeto que recibe o que se aprovecha de la lesión, sino que tiene en cuenta exclusivamente las diferencias de las contraprestaciones en una forma matemática, y por eso se denomina sistema objetivo; el Código de 1884 es también de los códigos que podemos catalogar dentro de este sistema objetivo así explicado, pero que difiere del derecho romano en varios aspectos circunstanciales, por decirlo así, pero no en el sistema mismo, porque, decíamos, se refiere a todos los contratos de compraventa de muebles o inmuebles, no distingue (el Código de 1884) como lo hace el derecho romano, entre inmuebles y muebles; segundo, se refiere al comprador y al vendedor y no, como establece el derecho romano, exclusivamente

al vendedor. Pero esta ampliación del concepto de lesión en los códigos del 1870 y de 1884 se detiene ahí, no ha continuado, no ha establecido que todo contrato en el que haya diferencia en las contraprestaciones puede dar lugar a la lesión, sino que es exclusivamente el contrato de compraventa; en segundo lugar, a semejanza de lo que sucedía también en el derecho romano, las contraprestaciones se fijan objetivamente estableciendo un precepto expreso del código; cuál es el límite más allá del cual hay lesión y por debajo del cual no existe el concepto de lesión, cualquiera que sea, decíamos, el estado de ánimo del sujeto. Es, pues, un sistema objetivo un poco más amplio que el sistema del derecho romano, pero todavía sumamente restringido.

3. Sistema subjetivo de la lesión

Además de este sistema objetivo de la lesión, encontramos en el derecho lo que se llama “el sistema subjetivo”, esto es, considerar a la lesión, como lo hace el derecho anglosajón, un verdadero vicio del consentimiento, un vicio del consentimiento que está en el mismo rango del dolo o de la violencia o la intimidación, pero que no se confunde con la violencia ni con la intimidación, sino que existe en el derecho inglés lo que se llama “la indebida influencia”, aprovecharse de una influencia derivada de parentesco, derivada de la amistad, que no cabe en el concepto de intimidación, que no es la fuerza física o las amenazas que pongan en peligro la vida, la honra, el patrimonio, etc., de la persona, sino que es simplemente ese concepto, naturalmente, estimado en cada caso concreto, de influencia indebida que en cierta forma obliga moralmente a una persona a celebrar

un contrato que de no haber existido esa indebida influencia, no habría celebrado; naturalmente, se requieren diferencias en las contraprestaciones, pero no es el concepto objetivo en el que se fija matemáticamente la diferencia que debe existir para que la lesión surta sus efectos, sino que, cualquiera que sea la diferencia de las contraprestaciones, si la indebida influencia existe, habrá lugar a anular el contrato. Se tiene en cuenta principalmente el estado de espíritu del sujeto, el estado subjetivo y no el estado objetivo como en el Código de 1884 y en el derecho romano, que, independientemente de saber cuál era el estado del sujeto, rescindían el contrato si se comprobaba una diferencia matemática de la contraprestación.

Algunos autores piensan, para explicar esta tesis subjetiva, que la lesión significa una presunción de vicios del consentimiento. ¿Por qué se celebra un contrato?, se preguntan algunos tratadistas, habiendo esta desproporción en las contraprestaciones, pues sólo se puede explicar porque haya habido una intervención de la violencia, porque haya habido un error o porque haya habido actos dolosos; pero no se puede aceptar este concepto ni siquiera para explicar la teoría subjetiva, porque es tanto como confundir la lesión con los otros vicios del consentimiento, no sería sino una presunción de la existencia del vicio del consentimiento, y se comprobará que no había existido ese vicio a pesar de la presunción, la consecuencia natural de la tesis sería anular el contrato. No, la teoría subjetiva, tal y como la explican en el derecho anglosajón, consiste en esta noción de la indebida influencia que pone en una situación moral de inferioridad a la persona que celebra el contrato y que admite esa diferencia entre las contraprestaciones, cualquiera que sea esa diferencia.

4. Sistema ecléctico. Código vigente

Además de la teoría objetiva y de la teoría subjetiva anglosajonas, encontramos una teoría que podemos llamar intermedia o ecléctica, aceptada fundamentalmente por el Código alemán, por el Código Suizo de las Obligaciones y, siguiendo el Código alemán y el suizo, por nuestro artículo 17 del nuevo Código Civil.

En efecto, en el Código Civil alemán y en el Código Suizo de las Obligaciones encontramos esta situación; no basta que haya una diferencia en las contraprestaciones como basta en todos los sistemas objetivos, sino que es necesario que esa diferencia se derive de que uno de los contratantes haya aprovechado un estado especial del sujeto, un estado de necesidad, un estado de penuria, de la otra parte y que por el provecho obtenido así, es por lo que ha habido la diferencia de las contraprestaciones, y por ello se anula el contrato.

En el Código Civil alemán, en el artículo 136, que está colocado entre las disposiciones generales que reglamentan el acto jurídico, encuentran ustedes la lesión que anula los contratos inmorales, y ya esto nos está dando el sentido de cuál es el concepto del Código Civil alemán. Por otra parte, los antecedentes, y como los expone Saleilles en su obra *De la declaración de la voluntad en el derecho civil alemán*, los antecedentes de la nulidad de los contratos celebrados cuando interviene la lesión, fueron las antiguas leyes alemanas que trataron de impedir el lucro que se obtenía indebidamente en un préstamo, es decir, las leyes contra la usura; pero luego se vio que la usura podía existir no

simplemente en el contrato de préstamo, sino que el concepto de usura podía aplicarse en todo contrato en que hubiera contraprestaciones, y la implicación de la noción de la usura y de estas leyes contra la usura del derecho alemán fue lo que hizo redactar el artículo respectivo. Este artículo del Código Civil alemán, que pasa a ser el artículo 21 del Código Civil Suizo de las Obligaciones, es el que inspiró indudablemente, y por declaración expresa de la exposición de motivos, al nuevo Código Civil. El Código Civil alemán y el Código Suizo de las Obligaciones son los inspiradores del artículo 17 del nuevo Código Civil, y no como se ha pensado que fue el Código Civil ruso, tesis que niega expresamente el Lic. García Téllez en su exposición de motivos.

En el Código Civil alemán, recordarán ustedes, el acto jurídico está reglamentado en una forma especial: hay capítulos que reglamentan el acto jurídico, cosa que no tenemos en ninguna de las legislaciones latinas, ni en el mismo Código Civil suizo hay una reglamentación del acto jurídico, que está reglamentado como tesis general en el Código Civil alemán; y este artículo de lesión está colocado precisamente dentro de la reglamentación general del Código Civil alemán al acto jurídico porque quiere que se aplique a todos los actos jurídicos, y ésa es la explicación, en mi concepto, de que el artículo 17 aparezca en las disposiciones preliminares del nuevo Código Civil, porque como no se reglamenta en él el acto jurídico, como se hace en el Código Civil alemán, se creyó que colocando la materia en las disposiciones generales se le daba ese carácter de generalidad que se le quiso dar al precepto.

En mi concepto, pudo colocarse, y debió haberse colocado este artículo en las disposiciones generales sobre los contratos, pero se olvidó que en esta materia nosotros seguimos al Código Civil suizo en cuanto que hay un precepto, que ya hemos leído en alguna otra ocasión, que establece que las disposiciones que encontremos en el código sobre el contrato, se aplican a todos los actos jurídicos. El artículo 1859 dice: “Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en los que no se oponga la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”. Es decir, nuestra técnica jurídica no fue la alemana de reglamentar por separado el acto jurídico, sino que fue en realidad la técnica del Código Civil Suizo de las Obligaciones de dar una reglamentación especial sobre contratos y aplicar las reglas del contrato a todo convenio y a todo acto jurídico, naturalmente cuando no vayan en contra de su naturaleza; en el Código Civil suizo hay un precepto muy semejante al 1859. Ésta es la explicación de que el artículo 17 aparezca entre estas disposiciones preliminares del nuevo Código Civil y que en el Código de 1884 se haya quedado la lesión en materia de rescisión, y también esto es lo que explica por qué muchos abogados ya no encuentran la lesión y piensan que ya no existe: lo que pasa es que existe como otro concepto y colocado en el artículo 17.

Este artículo 17 se halla colocado en esta materia porque corresponde ya a un concepto diverso de la lesión que sostenía el Código de 1884 ; en efecto, se advierte desde luego su carácter general, esto es, ya la lesión no está, en el nuevo Código Civil, aplicándose exclusivamente al contrato de compraventa como sucedía en el Código de

1884, sino que la lesión la encontramos en todos los contratos del derecho civil que naturalmente presentan el problema de una existencia de contraprestaciones, pero ya no es el caso especial relativo a un contrato determinado como sucedía en el derecho romano y como sucede en la mayor parte de las legislaciones del derecho latino y como sucedía en el 1884, sino que, admitiendo la tesis del artículo 136 del Código Civil alemán y del artículo 21 del Código Civil suizo, nuestro artículo establece, en primer lugar, que la lesión se aplica a todos los contratos, y ya hemos de ver aplicaciones especiales en materia de mutuo, pero esta aplicación de la lesión en materia de mutuo no significa que únicamente en esa materia haya lugar a lesión, sino que es una de tantas aplicaciones que se creyó importante consignar en la materia de préstamo, pero el artículo 17 tiene un carácter general para todos aquellos contratos en que haya posibilidad de presentarse una diferencia en las contraprestaciones.

Primera diferencia, pues, con el Código de 1884, la generalidad del precepto que ya nos lo indica hasta el hecho de haberse colocado en las disposiciones preliminares del documento.

Segunda diferencia. Exige la intervención de un elemento subjetivo, pero no al estilo de un vicio del consentimiento, no se trata de un error ni de dolo ni de intimidación, ni siquiera del concepto de indebida influencia del derecho anglosajón, sino que el elemento subjetivo de la lesión de nuestro artículo 17, consiste en que se explote la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria; esto es, se necesita la explotación de un estado especial del sujeto, porque éste sea

ignorante, porque carezca de la experiencia necesaria para celebrar el contrato o porque se encuentre en un estado de miseria extrema. Pero no basta que el sujeto que sufre la lesión se halle en las circunstancias enunciadas, sino que (y la idea del precepto la encuentran ustedes en los comentaristas, especialmente los comentaristas del derecho suizo) se requiere que se explote esa situación del sujeto; es decir, se trata de un acto en cierta forma ilícito (que es también el concepto del derecho alemán), inmoral, por parte del que obtiene la diferencia ventajosa de la contraprestación; de tal suerte que se puede llegar a esta conclusión: “Si se ignora el estado de miseria, la ignorancia o la inexistencia de la parte que sufre la lesión, aun cuando ese estado de miseria exista, o aun cuando sea ignorante, etc., no habrá lugar a la lesión, porque no hay aprovechamiento indebido de esos estados de miseria, ignorancia o inexperiencia”. Es necesario no perder de vista este concepto porque se puede hacer una aplicación errónea de él, si se considera únicamente el estado del sujeto que sufre la lesión; no basta, repetimos, el estado del sujeto que la sufre, sino que es necesario aprovecharse de ese estado, aprovechamiento por parte de aquel que se beneficia con la lesión. Es, en mi concepto, la misma idea que encontramos en el Código Penal vigente en el Distrito Federal; si ustedes revisan los preceptos del Código Penal, encontrarán en materia de fraude un artículo que dice:

[...] Artículo 386. Se impondrá multa de cincuenta a mil pesos y prisión de seis meses a seis años: VIII. Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtiene de estas ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado.

Se castiga la lesión precisamente por este aprovechamiento del estado económico de la persona que determina el lucro o una usura que no está dentro de las costumbres comerciales.

Tercera diferencia con respecto al Código de 1884. Pero no basta ese elemento subjetivo a que nos hemos referido como sí basta en el derecho anglosajón la indebida influencia, cualquiera que sea la diferencia de las contraprestaciones, sino que además en nuestro Código Civil, en el artículo 17, se exige un elemento objetivo de diferencia entre las contraprestaciones, pero la diferencia en las contraprestaciones no es la diferencia matemática que ya no se exigía en el derecho romano y que sí exigía el Código de 1884, tratándose del contrato de compraventa, sino que, siguiendo también los antecedentes del derecho alemán y del derecho suizo, se establece una diferencia que es estimada en cada caso concreto por el Juez; dice el artículo 17: “Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, etc., de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año”. Y esta noción de lucro excesivo, evidentemente desproporcionado, será naturalmente cuestión de apreciación de caso concreto.

No hay, pues, como en el Código de 1884 una tasa matemática que pueda determinar por su simple aplicación cuándo existe la lesión o cuándo no existe, sino que el código emplea una expresión que necesariamente hace que el Juez tenga que intervenir para el estudio

concreto del caso; pero de todos modos existe el elemento objetivo consistente en esta diferencia de las contraprestaciones en los términos del artículo 17.

Se ve, pues, por qué se ha afirmado que el artículo 17 de nuestro Código Civil, de acuerdo con sus antecedentes, está dentro del sistema que llaman intermedio, objetivo y subjetivo, porque requiere no solamente una situación particular de los sujetos, sino también una situación particular de las contraprestaciones, una desproporción, un lucro evidentemente desproporcionado obtenido por una parte en perjuicio de la otra.

Requiere el artículo 17, decíamos, desde el punto de vista del que sufre la lesión, suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, y en este concepto ya no coincide con sus antecedentes, ni con el artículo 136 del Código Civil alemán, ni con el 21 del Código Federal Suizo de las Obligaciones, porque en esos códigos, que sirvieron de antecedente, el concepto es más amplio; se habla, en efecto, o bien de estado de necesidad, o bien de estado de penuria, que en la doctrina coinciden tanto en el Código Civil alemán como en el Código Civil suizo; en cambio, nuestro precepto tradujo —en mi concepto mal traducida— la palabra “gene” por miseria, en lugar de haber hablado de extrema penuria o de extrema necesidad, y vamos a ver por qué es importante el concepto.

En un examen profesional se hizo resaltar cómo, efectivamente, el precepto es defectuoso. Vamos a suponer que una persona que no

está en estado de miseria sino que, al contrario, es un millonario, contrae una enfermedad de vida o muerte y requiere una intervención quirúrgica urgente; contrata en esas condiciones los servicios profesionales de un médico y este médico, sabiendo que es la única persona que puede intervenir por tratarse de que en esa población no hay más médicos que él, y además que esa población está desligada de comunicaciones con algunas otras en que pudiera encontrarse otra persona capaz de intervenir en la curación, pues, en vista de estas circunstancias, el médico, en vez de cobrar \$200, que es, supongamos, lo que normalmente cobra por su intervención, cobra \$5,000, y hay que pagárselos porque de lo contrario el paciente se muere. Ahora bien, el paciente no es un ignorante, vamos a suponer que es un médico, que sabe la enfermedad que tiene y el peligro que corre, además tiene experiencia y como indicábamos hace un momento, es millonario, no se encuentra en estado de miseria. ¿Habría en este caso lugar a la lesión dentro de nuestro derecho vigente?

Yo creo que sí hay lesión, pero no conforme al artículo 17; esto es, la verdad es que resulta criticable el precepto en cuanto a que habla de extrema miseria y la miseria es un concepto económico. En cambio, los antecedentes, el Código Civil suizo y el alemán, hablan de estado de necesidad, que es una cosa distinta: se puede estar en estado de necesidad por miseria, pero también se puede estar en estado de necesidad por muchas otras causas distintas, y en el ejemplo que hemos propuesto, vemos cómo se presenta un estado de necesidad que no precisamente es un estado de miseria, de tal suerte que, en mi concepto, quizá una mala traducción o una limitación para que se apli-

cara sólo al estado de miseria, es lo que ha cambiado el sentido del precepto de nuestro Código Civil en relación con sus antecedentes. Desde este punto de vista, sí creo que ameritaría una reforma el artículo, dentro, naturalmente, de la idea de que la lesión es un concepto general que ha venido ganando cada vez más terreno y que no hay para qué restringir ni a determinados contratos ni a determinadas situaciones, como lo hace el artículo 17. Muchas veces, pues, quizá sea menos grave aprovecharse de un estado de miseria que aprovecharse de un estado de necesidad. Supongan ustedes a una persona que está naufragando y a quien se le dice: “tengo un salvavidas, pero no te lo doy si no me firmas en este momento un cheque por \$5,000”.

Hay que tener en cuenta que en realidad es un concepto de acto inmoral y con características de acto delictuoso el que funda la lesión, y eso se entiende muy bien leyendo el artículo 136 del Código Civil alemán que en su primer párrafo establece primero la nulidad de los actos jurídicos inmorales, y en el segundo párrafo se refiere a lo que dice el artículo 17.

Recomiendo a ustedes la lectura de un comentario de Saleilles, *De la Declaración de la Voluntad*, donde con motivo del capítulo sobre “Declaración de voluntad del código alemán”, hace el estudio del artículo 138 y de otro precepto que hemos de ver, especialmente de interpretación de los contratos, y allí se ve con toda claridad cómo, refiriendo este artículo 138 al antecedente de las leyes usurarias o que prohibieron la usura en Alemania, refiriéndolo también a disposiciones de carácter

penal en Alemania y después al carácter inmoral de determinados actos jurídicos que implican su nulidad, será como un caso de aplicación de actos inmorales el precepto de la lesión de nuestro artículo 17.

El Código Civil vigente clasifica la lesión como una causa de rescisión, olvidando quizá que suprimió el capítulo de “Rescisión y nulidad” para hablar de inexistencia y de nulidad. La rescisión, tal y como la encontramos en el Código de 1884, significa validez previa de un contrato y que, por incumplimiento posterior o por algunas otras consideraciones, se destruyen los efectos retroactivamente.

Pero no es el concepto de rescisión idéntico al de nulidad; nulidad significa afectar la validez en el origen del acto; rescisión, en cambio, significa afectar la validez, no en su origen, sino que priva al contrato de su eficacia por causas posteriores a la celebración del contrato.

Ahora bien, la lesión, tal y como se ha aceptado en otros derechos, da lugar a una acción de nulidad, porque es en el momento de la celebración del contrato cuando se afecta la validez y no es por circunstancias posteriores a la celebración del contrato por lo que se le prive de su validez, caso en que realmente se tratará de una rescisión.

Por otra parte, sí es verdad que en el artículo 17 se habla de que se tiene derecho a pedir la rescisión; en cambio, el artículo 2228, que está colocado en el capítulo de inexistencia y nulidad, nos da la verdadera clasificación de la noción. Dice: “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”. El artículo 2230 dice: “*La nulidad* por causa de error, dolo, violencia, *lesión* o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios del consentimiento, se ha perjudicado por lesión o es incapaz”.

De tal suerte que encontramos en el Código Civil una clasificación ya correcta, que considera que la lesión trae consigo la nulidad del contrato, y nulidad relativa, pues así se desprende del artículo 2230 que acabamos de citar, por lo que debemos entender que el artículo 17, cuando habla de rescisión, en realidad confunde la noción de rescisión con la de nulidad tal y como está clasificada en estos últimos artículos.

XII. LA CAPACIDAD

*V*amos a continuar el estudio de los elementos de validez de los contratos, y entre ellos encontramos la capacidad del contratante.

El artículo 1795 del nuevo Código Civil establece: “El contrato puede ser invalidado: I. Por la incapacidad legal de las partes o de una de ellas”. Y en la reglamentación del código se encuentra un capítulo que se llama “De la capacidad”.

1. Definición

Capitant, en su obra *Introducción al estudio del derecho civil*, define la capacidad diciendo que, consiste en la aptitud de ser sujeto de derechos y ejercitar esos derechos, comprendiendo esta definición

tanto la capacidad de goce como la capacidad de ejercicio. La capacidad puede ser de goce, y a ella se refiere la primera parte de la definición de *Capitant*, o bien, de ejercicio, y esto significa que, teniendo derechos, siendo sujeto de derechos (que es lo que quiere decir capacidad de goce), se ejercitan efectivamente esos derechos. Porque puede suceder, y de hecho sucede, que se tenga un derecho, que se sea sujeto de derechos, pero que por circunstancias especiales no pueda ejercitarse.

La incapacidad, o sea, lo contrario a la capacidad, trae como consecuencia una ineficacia del acto jurídico, pero la capacidad en el derecho privado es la regla, a diferencia de lo que sucede en materia de competencia, que es el concepto análogo en el derecho público administrativo. A diferencia de lo que sucede en el derecho público administrativo donde la competencia del funcionario es la excepción, en cuanto a que únicamente los actos que pueden realizar legalmente los funcionarios son precisamente aquellos que les marca la ley, en aquellos casos en que la ley expresamente no les marca competencia para efectuar determinados actos, si los realizan, no tienen validez, precisamente porque la competencia, siendo la excepción, comprende únicamente los casos marcados por la ley. En cambio, el artículo 1798 del nuevo Código Civil establece que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley. En derecho civil, como en derecho privado en general, la capacidad, decíamos, es la regla y se necesita una excepción establecida en la ley para que haya lugar a la incapacidad; en derecho público administrativo, repetimos, la competencia es la excepción. Mientras la competencia del fun-

cionario no esté determinada en el estatuto legal, el funcionario no tiene esa competencia, no se puede aceptar en el derecho público administrativo, como en el derecho privado, que el funcionario tenga competencia para realizar cualquier acto; su competencia está limitada a las atribuciones que la ley señale. En cambio, razonando dentro del derecho privado, encontramos un precepto, el 1798, conforme al cual son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.

2. Generalidades

Distinguen los autores entre dos clases de incapacidades: la incapacidad parcial y la incapacidad general. La general es aquella incapacidad en virtud de la cual el sujeto carece de la aptitud de tener un derecho o para ejercitarlo, referida a todos los actos jurídicos que pueda realizar el sujeto de derecho. Hay incapacidad parcial cuando esa inhabilidad de realizar actos jurídicos se refiere únicamente a ciertos y determinados actos. Se comprende así porque la incapacidad de goce no puede ser general, sino únicamente incapacidad parcial, porque la general significaría tanto como sostener que hay personas que no son sujetos de derecho; la incapacidad de goce admite únicamente incapacidades parciales, no generales. Algunos ejemplos de incapacidades parciales de goce serían el señalado por el artículo 390 del Código Civil, que establece que no se puede adoptar a una persona sino después de haber cumplido 40 años; los extranjeros no pueden adquirir bienes inmuebles sino mediante permiso de la Secretaría de Relaciones, que significa renuncia de la nacionalidad respecto del bien que

se adquiere, etc. Y así encontrarán ustedes numerosos ejemplos, pero siempre verán que se trata de incapacidades parciales de goce, no de incapacidades generales. La incapacidad de ejercicio sí puede ser general, porque puede estar el sujeto en una situación personal en que no tenga el ejercicio de sus derechos, sino que ese ejercicio tiene que darse por medio de un representante legal; es el caso de los menores, de las personas en estado de demencia, y todos aquellos actos que requieren para ejercitarse la intervención de un representante legal.

¿Pero por qué es incapacidad de ejercicio la del menor? Porque tiene los derechos, puede ser sujeto de derechos, nada más que, dado su estado de minoridad, no puede ejercitar esos derechos. Ven ustedes allí la diferencia entre la incapacidad de goce y la incapacidad de ejercicio: el menor tiene capacidad de goce porque es sujeto de derechos, pero no tiene capacidad de ejercicio porque no puede ejercitar esos derechos que tiene, y el ejercicio de sus derechos se deja a otra persona que la ley reconoce como su representante legal. Hay otros casos en que la persona tiene capacidad de ejercicio para algunos de sus actos, pero hay ciertos actos para los que carece de capacidad de ejercicio; son las capacidades o incapacidades, según el punto de vista que se tome, parciales. Por ejemplo, un menor emancipado puede celebrar contratos, celebrar actos jurídicos, pero hay ciertos actos que no puede celebrar, es una incapacidad de ejercicio, incapacidad parcial de ejercicio con respecto al menor emancipado. Otro ejemplo: una mujer casada, para ciertos contratos con su marido necesita autorización judicial, pues mientras no tiene esa autorización no puede contratar; en cambio, puede celebrar libremente otra clase de actos

jurídicos, no está impedida totalmente de celebrar actos jurídicos; es otro caso de incapacidad de ejercicio parcial.

Como ustedes ven, algunos autores han hablado, más que de dos clases de capacidad o incapacidad, de dos grados de capacidad, porque la capacidad de goce no supone la capacidad de ejercicio, pero la capacidad de ejercicio sí supone la capacidad de goce; es necesario tener los derechos, ser sujeto de derechos, poseerlos en el patrimonio, y después viene el segundo grado de capacidad, o sea, el derecho de ejercitar esos derechos que ya se tienen. El primer grado de derecho dentro de estos autores será la capacidad de goce, y el segundo grado, la capacidad de ejercicio.

¿Qué sucede cuando celebra un contrato el incapacitado? ¿Puede decirse que no hay consentimiento y que en consecuencia el contrato no existe? Esto es, ¿se trata de un caso en el que falta un elemento de esencia del contrato como es el consentimiento, o es simplemente una causa de nulidad?

La incapacidad, afectando la validez del contrato, no destruye el consentimiento, el consentimiento del capaz existe, nada más que dado en una forma irregular; por esta razón el artículo 1795 establece que pueden ser invalidados los contratos por incapacidad de uno de los contratantes. Esto es, no se trata de una sanción de inexistencia, porque la capacidad no es un elemento esencial del contrato, sino un elemento de validez.

Ya hemos de estudiar y de ver cómo la sanción es efectivamente una nulidad, pero esa nulidad puede ser o nulidad absoluta o nulidad relativa. Tratándose de los incapaces, ¿qué clase de nulidad es? Se trata de nulidad relativa, lo que significa la posibilidad de confirmación, o sea, renuncia de la acción de nulidad; pero esta confirmación no puede hacerla el incapaz mientras dure su estado de incapacidad, porque si el incapaz ratificara el contrato estando dentro de un estado de incapacidad, entonces la incapacidad afectaría la confirmación misma y no podría darle validez al contrato; la ratificación que puede hacer el incapaz es aquella que realiza cuando ya no es un incapacitado. Esto es lo que se entiende por la ratificación en materia de incapacidad.

El artículo 2228 establece: “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, *la incapacidad* de cualquiera de los autores del acto, produce *la nulidad relativa* del mismo”.

Tienen ustedes que este artículo del nuevo Código Civil, expresamente clasifica la acción de nulidad por incapacidad como una nulidad relativa. En el artículo 2230 se determina quién tiene la acción de nulidad. “Artículo 2230: La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o *incapacidad*, *solo puede invocarse* por el que ha sufrido esos vicios del consentimiento, sea perjudicado por la lesión, o sea, *el incapaz*.”

De acuerdo con la doctrina sobre la nulidad relativa, son únicamente determinadas personas las que tienen acción de nulidad, y tra-

tándose del incapaz, como la incapacidad es protegida por el legislador en favor del incapaz, es a él a quien debe darse la acción de nulidad y no al otro contratante que se supone capaz y que por tanto no ha sufrido en su consentimiento al celebrar el contrato, sino que lo ha dado consciente y libremente. Es el antiguo antecedente de las restricciones *in integrum* dadas por el derecho romano, las acciones protectoras que se daban únicamente a la persona que hubiera sufrido la incapacidad. Pero en el Código de 1884, a diferencia de lo que dice el artículo 2230 de manera expresa, parecía suponerse que la acción de nulidad proveniente de incapacidad, en algunos casos se daba al otro contratante cuando se ignoraba la incapacidad; era el artículo 1675 que decía: “La nulidad que proviene de incapacidad de uno de los contratantes, no puede alegarse por el otro, si no se prueba que al tiempo de contratar ignoraba la incapacidad”.

En el Código de 1884, como ustedes ven, había casos en que el capaz que había contratado tenía la acción de nulidad derivada de la incapacidad de su contratante, lo que era en realidad contrario a los principios en materia de nulidad derivada de la incapacidad, que sostenía unánimemente que la acción de nulidad se daba únicamente al incapaz.

Este precepto estaba en cierta forma en contradicción con algún otro artículo de la Ley de Relaciones Familiares que establecía que la acción únicamente se daba al incapaz, y se había resuelto, por lo menos después de la vigencia de la Ley de Relaciones Familiares, que como ésta era posterior en su vigencia al Código Civil de 1884, había

una derogación de este precepto y, por tanto, que la acción era dada solamente al incapaz.

El artículo 2233 dice: “Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error, *puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad*, siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación”. Tienen ustedes aquí el concepto a que antes nos referíamos; si la incapacidad ha cesado, el incapaz, ahora capaz, puede ratificar el contrato. Vamos a suponer que un menor de edad, sin acudir a sus representantes legales, celebra un contrato, el contrato es nulo por incapacidad y el incapaz es el único que tiene la acción; pero llega a la mayoría de edad y entonces desea ratificar el contrato que celebró dentro del estado de incapacidad renunciando expresamente a la acción, puede hacerlo. Ahora se presentan otros problemas: ¿desde cuándo tiene valor jurídico ese contrato?, ¿desde el momento en que lo celebró o desde el momento en que lo ratificó ya habiendo salido del estado de incapacidad? El artículo 2235 resuelve el problema, cuando dice: “La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo”. Así pues, el contrato tiene valor jurídico desde el día en que se celebró.

Pero este artículo 2235 tiene una segunda parte que dice: “El efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero”. Este artículo tiene un antecedente en el Código Civil argentino y los tratadistas se preguntan: ¿qué es esto de que ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero? Vamos a suponer que este menor celebra un contrato de compraventa en estado de minoridad y por tanto la venta

es nula, pero llega a la mayoría de edad y con otra persona celebra otra vez el contrato de compraventa y enajena el bien, pero más tarde, ya en estado de capacidad, ratifica la venta que hizo como menor de edad; el efecto normal de la ratificación sería retrotraer los efectos del contrato a la época de la celebración, darle validez al contrato celebrado en estado de minoridad y, en consecuencia, anular todos los actos que se hubieran hecho con posterioridad porque ya se considera que el bien había sido válidamente vendido y no se puede vender de nuevo ese bien; pero como después del estado de minoridad, y antes de ratificar el contrato que había celebrado en estado de incapacidad, celebró un contrato de venta del mismo bien con otra persona, el efecto normal de la ratificación sería cancelar ese nuevo contrato, retrotrayendo los efectos del contrato celebrado en estado de minoridad; esto es lo que no permite el artículo 2235, sino que atiende a mantener los derechos de tercero, quizá por el concepto ya expuesto por Demogue de la seguridad dinámica y no de la seguridad estática, es decir, seguridad dinámica, posibilidades de relaciones con terceros de buena fe y que ignoran contratos anteriores o que consideran nulos los contratos anteriores. ¿Qué sucede en nuestro ejemplo? Normalmente, decíamos, la confirmación debería darle validez al primitivo contrato y, por tanto, hacer desaparecer el segundo; el artículo 2235 no permite que en contra de terceros produzca efectos la confirmación y, por tanto, una persona que ha salido del estado de incapacidad, que es ya capaz y que enajena nuevamente un bien que vendió en estado de incapacidad y cuya venta hecha en estado de incapacidad trata de ratificar, esta ratificación no puede anular el contrato que celebró siendo ya capaz, aun cuando lo haya celebrado después

del contrato que celebró en estado de incapacidad. Éste es el sentido del artículo 2235 en su segunda parte.

Siguiendo en nuestra exposición para demostrar que la nulidad que afecta a la incapacidad es una nulidad relativa, diremos que además de que la acción de nulidad se da solamente al incapaz, requisito que sería ya bastante para asegurar que se trata de una nulidad relativa y que además lo dice expresamente el artículo 2228, y además de que hay la posibilidad de ratificación hay la prescripción, el artículo 2236 dice al respecto: “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 estos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días contados desde que el error fue conocido”.

De manera que tenemos: I. La acción dada únicamente al incapaz; II. Posibilidad de una confirmación que significa ya no estar en estado de incapacidad para otorgarla y que además no afecte derechos de tercero, según hemos visto en el artículo 2235, pero de todos modos, posibilidad de ratificar el contrato; y III. Prescripción de la acción de nulidad, la que completa el cuadro de las nulidades relativas, por más que, decíamos, dentro del sistema de nuestro Código Civil, y según hemos explicado, en materia de nulidades, bastaría que existiera uno de estos requisitos para que, no existiendo todos los requisitos de la nulidad absoluta en su totalidad, se tratase de una nulidad relativa, según establece el artículo 2227.

XIII. LA REPRESENTACIÓN

l nuevo Código Civil, además de este capítulo sobre capacidad, contiene un capítulo sobre representación, a diferencia de lo que sucede en el de 1884, en el que el capítulo II del libro III, título primero, se refería únicamente a la capacidad de los contrayentes, y erróneamente en este capítulo de capacidad de los contrayentes comprendía la materia de capacidad y la de representación, que es cosa esencialmente diversa de la capacidad.

Si ustedes ven los artículos 1282 y siguientes (del Código de 1884), comprobarán lo que hemos manifestado. El 1282 establece lo mismo que el 1798 del Código Civil vigente: “Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley”. Este artículo está bien colocado. El 1283 establece: “El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro, legalmente autori-

zado”. Ya aquí encontramos una noción de representación, y en los siguientes artículos se habla de la representación y no de la capacidad. El nuevo código distingue entre los preceptos de capacidad y representación, y a cada uno le da un subtítulo, el de representación comprende los artículos del 1800 al 1802. El 1800 es el 1283 del Código de 1884, y ya se coloca en representación en el nuevo código, pero en el de 1884 se agrupaba, no se confundía, se agrupaba indebidamente con la capacidad. No se presenta esto más que como una observación de perfeccionamiento en la técnica jurídica del nuevo código. Vamos ahora a estudiar la materia de representación.

En derecho existen actos jurídicos, contratos que celebra una persona, que producen sus efectos en el patrimonio de otra persona y no en el patrimonio de la persona que celebró el contrato; esto es lo que se conoce con el nombre de representación: “Obrar en representación de otra persona significa realizar actos jurídicos con la intención, con el propósito, de que los efectos no se produzcan directamente en el patrimonio del representante, sino que se produzcan en el patrimonio del representado”. Esta noción de la representación cuya naturaleza jurídica ha sido explicada de muy diversa manera, no ha existido siempre en el derecho.

1. Derecho romano

El derecho romano (y esto es fácil de entender por nuestras primeras clases relativas a la evolución histórica de la obligación), no conocía el concepto de la representación, y era natural, recordemos, cómo la

obligación en el derecho romano primitivo era una relación esencialmente personal en la que respondía el obligado, no con su patrimonio, sino con su persona misma, en la que la persona, mediante la *manus*, se colocaba en la misma situación en que estaban colocados los bienes, y era la vida, la honra, la libertad del obligado, lo que respondía al acreedor del cumplimiento efectivo de la obligación; y recuerden ustedes cómo explicábamos la posibilidad de poner en prisión, en cárcel privada, a los deudores en el caso de incumplimiento de la obligación, cómo se les cargaba de cadenas y habiendo aun la posibilidad de matarlos. Esto quiere decir que en esta relación, eminentemente personal, no había posibilidad de la noción de representación, es decir, de tratar de que se produjeran los efectos de ese contrato en el que yo voy a quedar ligado con mi persona, mi libertad, mi vida, a mi acreedor, en otra persona; la garantía era la persona misma, y de ahí, y esto lo hemos de explicar al hablar de la transmisión de las obligaciones —y lo explica brillantemente don Clemente de Diego en su monografía *La transmisión de las obligaciones*—; de ahí, decía, la imposibilidad de la sesión de deudas, ni siquiera de la sesión de créditos, y ya hemos de ver, en materia de sucesiones, la imposibilidad de transmisión a título universal, de tal suerte que esta noción de derecho moderno de la representación no era conocida en el derecho romano primitivo.

Con la evolución se llegó, si no al concepto abstracto de la noción de representación, si no a llamar así a la institución jurídica, si a una noción semejante a la representación. En efecto, en la evolución del derecho en Roma, empezó a ser posible que una persona contratara,

no a nombre de otro, sino que apareciera contratando a nombre propio para después transmitir los efectos del contrato a esa tercera persona; yo compraba un bien, pero no para mí, sino lo compraba para pasárselo a otra persona, y ese traspaso se tenía que hacer mediante un nuevo contrato de compraventa, pero desde que yo adquiría el bien, no lo adquiría para mí. ¿Qué sucedía si, por ejemplo, el vendedor no cumplía con la obligación, o si bien, yo no cumplía con la mía? ¿Se habrán establecido relaciones entre el vendedor y esa tercera persona para quien yo compro? No se establecen estas relaciones, las relaciones existen sólo entre el primitivo vendedor y el primitivo comprador, porque de otro modo era llegar a la representación. Se necesitaba, pues, una doble operación para hacer llegar al vendedor interesado la cosa, y en la evolución del derecho romano se llegó, no a darle las acciones de derecho civil al tercero interesado, pero sí a darle las acciones útiles a ese tercero para intervenir en el primitivo contrato y tener acción en contra del primitivo vendedor, y, a la vez, se daban acciones útiles al primitivo vendedor para tener acción contra el representado y no simplemente contra el representante, acciones útiles, normalmente fundadas, como ustedes saben, en nociones de buena fe, de equidad, pero las acciones civiles subsistieron entre el que celebró el primitivo contrato como vendedor y el que aparecía como comprador, por más que no era el interesado en el contrato. Las acciones útiles detenían la acción del derecho civil, y de esta manera prácticamente se llegó en el derecho romano a la representación.

2. Representación legal y representación convencional o voluntaria

La representación voluntaria es aquella representación que se hace mediante un contrato que se llama “contrato de mandato”; mejor

dicho, el contrato de mandato es la fuente voluntaria de la representación, pero no toda representación es un mandato ni todo mandato es representativo, porque la representación puede ser voluntaria, teniendo como fuente el contrato de mandato, o bien, puede ser representación legal, que no es mandato, y que, sin embargo, es representación. Tienen ustedes la representación de los incapacitados, la representación de los menores, derivada de la ley, una representación legal que no se deriva de un mandato; es más, al tratar del contrato de mandato hemos de explicar con todo detenimiento cómo no es verdad que toda representación sea mandato ni que todo mandato sea mandato representativo, esto es, no toda representación es mandato, por lo que acabamos de explicar hace un momento, diciendo que hay otras clases de representación que se derivan de fuentes diversas al contrato de mandato, que se derivan de la ley, pero además no todo mandato es representativo. Ya hemos de ver oportunamente cómo en el Código Civil de 1884 encontramos definido únicamente el mandato que se llama “mandato ostensible” o “mandato representativo”, pero que aun cuando no encontramos la reglamentación en el Código de 1884, hay un mandato que no es mandato representativo, sino que en el derecho civil francés se llama “contrato de prestanombres”.

En el mandato representativo, como dice un precepto del Código de 1884, el mandatario obra a nombre del mandante, es decir, en representación del mandante. Cuando un mandatario celebra contratos, o en general, cuando ejecuta actos jurídicos, no a nombre de su representado sino a nombre propio, aun cuando la operación jurídica

finalmente vaya al patrimonio del representado, entonces hay lo que se llama en derecho un “*mandato no representativo*” y que el derecho civil francés conoce con el nombre de contrato de prestanombre: allí el mandatario obra por cuenta del mandante pero a nombre propio. En las relaciones con el tercero no se establece esa noción de representación, que significa relación jurídica directa entre el tercero y el representado, sino que se establece únicamente en este mandato, y por esto no es representativo; una relación entre el mandatario que obra por cuenta propia y el tercero, después, mediante un acto posterior, el representado, el mandante, puede exigirle a su mandatario cuentas del acto realizado por su cuenta, pero no hay una noción de representación en virtud de que, repetimos, la representación se caracteriza por establecer esa relación directa entre el representado y el tercero, de tal suerte que los efectos del contrato son sufridos por el representado, interviniendo únicamente el representante. Este mandato no representativo, o sea, este contrato que el derecho civil francés llama contrato de prestanombre, no lo encontramos reglamentado en el Código de 1884 que define el contrato de mandato haciendo intervenir el concepto de “actos realizados en nombre del mandante”, pero en el Código de 1884 aunque admitía la existencia del contrato de prestanombre como un contrato innominado, era un contrato lícito que reunía, por hipótesis, las condiciones de existencia y de validez y que aun cuando no estaba reglamentado, producía sus efectos, según hemos explicado, en relación con todos los contratos innominados.

El nuevo Código Civil sí admite, ya de una manera expresa, lo que se llama el mandato no representativo, o sea, el contrato de presta-

nombre del derecho civil francés; al definir el contrato de mandato ya no utiliza la noción de actos realizados a nombre del mandante, sino “por cuenta del mandante”, lo que significa la posibilidad de obrar a nombre del mandante o no obrar a nombre de él, sino simplemente por su cuenta, obrando a nombre propio.

El artículo 2546 dice: “El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga”. Esta noción, contenida en el artículo 2546, comprende, decíamos, tanto el mandato representativo como el mandato no ostensible, o sea, el contrato de prestanombre del derecho civil francés. En el Código de Comercio, antes de la vigencia del nuevo Código Civil, ya se admitía que el comisionista podía obrar de dos maneras: podía obrar a nombre de quien le daba la comisión o a nombre propio. En materia mercantil sí encontramos esta doble clase de mandatos, puesto que la comisión no es sino el mandato aplicado a los actos de comercio, encontrábamos el mandato representativo y el mandato no ostensible. El Código Civil vigente, además de que en el artículo 2546 comprende en su definición tanto el mandato representativo como el no ostensible, en los artículos 2560 y 2561, copiando casi textualmente los artículos relativos del Código de Comercio, reglamenta ya lo que el derecho civil francés llama contrato de prestanombre, o sea, el mandato no representativo. El artículo 2560 dice: “El mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante”. Nos indica este artículo lo que se entiende por mandato representativo y lo que se entiende por mandato no ostensible o no representativo.

El artículo 2561 establece: “Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. Es decir, no se establece la relación de presentación porque, repetimos, consiste fundamentalmente en entablar una relación directa entre el representado y el tercero, en la representación en sí misma, y para explicar su naturaleza no importan las relaciones entre el representante y el representado. Sigue diciendo el artículo: “En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuere personal suyo. Exceptuándose el caso en que se trate de cosas propias”. Se ve aquí también cómo la relación es entre mandatario y tercero y no una relación directa entre tercero y mandante; el artículo sigue: “Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario”. Acciones que, repetimos, no se derivan de la noción de representación.

Explicábamos esto con motivo de nuestra afirmación, ahora demostrada, de que ni toda representación es mandato ni todo mandato es mandato representativo, porque hemos visto cómo hay mandatos que producen la representación, que son los que se llaman mandatos ostensibles, y eran a los únicos que se refería el Código de 1884, y hay mandatos no ostensibles a los que se refería el Código de Comercio y a los que expresamente ya se refiere el nuevo Código Civil y que en el Código de 1884 existían como contratos innominados.

Utilidades de la representación. Es posible comprender por qué la noción de representación es útil en el derecho. Desde luego, hace

posible que todas las personas que no pueden expresar legalmente su consentimiento, como son los incapacitados, puedan, mediante el representante, celebrar y realizar actos jurídicos, ejecutar todos aquellos actos para los que tienen capacidad de goce pero no de ejercicio. Pero además, respecto a las personas capaces, se entiende fácilmente que la representación significa, como dice Demogue, un ahorro de tiempo y un ahorro de actividad; de lo primero porque impide esa doble operación que era necesaria en el derecho romano para llegar al efecto que produce ahora la representación como relación directa entre representado y tercero; además, posibilita que una persona pueda en su ausencia celebrar actos jurídicos, celebrar contratos; hace factible que una persona realice al mismo tiempo diversos actos; además, hace posible que una persona sin conocimientos técnicos especializados realice actos mediante un representante que sí tenga esos conocimientos. Todo esto hace que la representación tenga una gran utilidad en la práctica diaria.

3. Naturaleza jurídica de la representación

Pero, ¿cuál es la naturaleza jurídica de esta relación directa entre representados y tercero? Son diversas las doctrinas que han querido explicar la naturaleza jurídica de la representación, claro, dentro de la teoría de Duguit, quien considera sin valor la intervención de la voluntad en el acto jurídico. Se entiende fácilmente que él haga una crítica, no de las doctrinas sobre la naturaleza jurídica de la representación, sino de la representación misma, negándole toda realidad; pero entre todas las demás tesis que admiten la existencia de la representación y

entre los preceptos de nuestros códigos que admiten la representación en el derecho, se plantean diversas teorías para explicar su naturaleza jurídica.

Teoría de la ficción. Ésta es, por decirlo así, la teoría clásica del derecho civil francés, porque derivándose de Pothier, se creyó que esta doctrina era la verdadera explicación de la doctrina del derecho civil francés, toda vez que sabemos la influencia que tuvo la obra de Pothier en la redacción del Código de Napoleón.

La teoría de la ficción, como aparece expresada en la mayoría de los autores, consiste en lo siguiente: En la representación interviene realmente el representado, el representado es el que celebra el contrato, el que ejecuta el acto jurídico, y por una ficción se entiende que en vez de representante es el representado el que interviene, y por eso se producen los efectos del contrato en el patrimonio del representado y no en el del representante, es la noción técnica de la ficción lo que hace que a pesar de que intervenga directamente el representante, los efectos del contrato, en general del acto jurídico, se realicen en el patrimonio del representado, noción que ha sido, decíamos, muy aceptada en la doctrina francesa, pero que desde luego presenta el inconveniente que presentan normalmente las ficciones, o sea, no dar una explicación de la naturaleza jurídica de las cosas, sino contentarse con la afirmación de que es por una ficción por lo que el representado resulta obligado a pesar de no haber intervenido directamente en el contrato.

Como dicen los autores que critican la noción de la ficción: en realidad es evadir el problema cuando se dice que se trata de una ficción, pero además la doctrina de la ficción no nos explica cómo es posible la representación legal de los incapacitados, porque si en virtud de la ficción el que interviene es el representado y no el representante, no se puede explicar cómo la voluntad del incapacitado puede intervenir en un acto jurídico válido, porque sería la voluntad del incapaz la que intervendría mediante la ficción; en realidad el que interviene es el representante.

Teoría del nuncio. Savigny. (Teoría expuesta por Savigny en su *Tratado de derecho romano* y que tuvo gran éxito en Alemania). Savigny dice que lo que sucede es que el representante obra simplemente como un nuncio, como un mensajero, como una persona que lleva una noticia, de allí el nombre de nuncio; el nuncio no interviene propiamente en el acto jurídico sino que es el transportador, por decirlo así, de la voluntad del representado, simplemente es un mensajero, como lo es la persona que lleva una carta de una persona a otra, sin intervenir propiamente en el acto jurídico.

Esta teoría está abandonada en virtud de las críticas muy justificadas que se le han hecho. Primero, afirmar la teoría del nuncio, es ignorar la noción de la representación porque entonces se elimina al representante totalmente de la representación jurídica y resulta que en el representante no se pueden ver, por ejemplo, vicios del consentimiento o incapacidades; un nuncio de 10 años podría ser, dentro de esta teoría, representante, porque simplemente obra repitiendo el acto

que celebra el representado; el dolo, el error, la violencia realizadas en el representante no influirían para nada en el acto jurídico; y esto es falso porque es contrario a la realidad de las cosas; el representante interviene voluntaria y conscientemente en el acto, sí es verdad que él obra mediante instrucciones de su representado, hay que tener en cuenta que él escoge las condiciones en que cumple el contrato, celebra una serie de actos propios, muchas veces jurídicos, que incluso pudieran no ser ejecutados por el representado, interviene realmente en el acto celebrando directamente el contrato y no es posible ver en todos estos actos a una persona que simplemente lleva la voluntad de otra. Podemos poner como ejemplo el mandato de carácter general, en que se pueden realizar todos los actos jurídicos y aquí el representante interviene escogiendo cuáles son los actos más convenientes, etc. La teoría del nuncio ha sido rechazada en la actualidad casi unánimemente por los autores, y aun en Alemania, donde la tesis que se admite, por lo menos en la generalidad, es otra.

Doctrina de la cooperación. Se dice que debemos atender no simplemente a la voluntad del representado ni atender simplemente a la voluntad del representante; la naturaleza jurídica de la representación se explica en la colaboración, en la cooperación de las dos voluntades, la voluntad del representante y la voluntad del representado. No podemos abandonar esta unión de voluntades, sino que es necesario tener en cuenta los vicios del consentimiento que puedan existir y la capacidad en el representante, pero también los vicios del consentimiento y la capacidad en el representado, porque colaboran con su voluntad para dar lugar a la representación. Nada más que esta cooperación

varía según el contrato, esto es, según la representación que se otorgue; en unas ocasiones esencialmente debe atenderse a la voluntad del representante, como en los casos de mandatos generales; en otros casos, en los mandatos específicos, en los mandatos para realizar determinado acto jurídico, entonces debe atenderse especialmente a la voluntad del representado.

La doctrina ha sido criticada, y con razón: primero, por dar lugar a una serie de sutilezas, de distinciones para determinar cuál es la voluntad que en un momento dado debe tomarse esencialmente en consideración. Segundo, ha sido criticada también por su falta de resultados a pesar de todo este trabajo de técnica y de esfuerzos jurídicos; es criticada por Vivante en su *Tratado de derecho mercantil*, porque dice él que lo que se está tratando de explicar fundamentalmente es la relación jurídica entre el representado y el tercero y no las relaciones que se establecen entre representante y representado, que son las que en realidad trata de explicar esta doctrina.

Teoría de Pilon. Esta teoría se ha hecho famosa en Francia, ha sido generalmente aceptada en Alemania y se encuentra en una monografía de Popesco Ramniceano que les recomiendo. Esta teoría consiste en afirmar una sustitución real de la voluntad del representado por la del representante; el representante es el que realmente celebra el acto y el que produce la relación jurídica entre representado y tercero, es decir, la noción propia de la representación.

Bonnecase, en su *Tratado elemental del derecho civil*, no en el *Suplemento*, se refiere a la doctrina de Madray, doctrina del derecho civil

francés sobre la representación, que en realidad se apoya en la misma tesis de Bonnecase sobre el hecho y el acto jurídicos. Dicen estos autores que la representación la podemos explicar fácilmente dentro del concepto del acto jurídico mejor que dentro del contrato, cuyos efectos normalmente son relativos entre las partes que intervienen, pero el acto jurídico, y esto nos recuerda nociones ya conocidas por ustedes, el acto jurídico funciona poniendo en movimiento la regla de derecho y convirtiendo la situación jurídica abstracta en una situación jurídica concreta. Ahora bien, en la representación lo que sucede es que el acto del representante con el tercero pone en movimiento una regla de derecho, se condiciona dentro de las normas legales que hacen que el representado, una vez aceptando el tercero, sufra las consecuencias del acto, porque ésa es la situación abstracta que se ha convertido en situación concreta. En realidad, aun cuando los autores no lo manifiesten, se puede ver la misma noción de la sustitución real de la voluntad del representado por la del representante, porque es el acto de éste el que realmente condiciona la situación jurídica para convertirla de situación jurídica abstracta en situación jurídica concreta, y el representado lo que hace es sufrir las consecuencias de esta conversión, por decirlo así, de una situación jurídica abstracta en una situación jurídica concreta (la situación jurídica abstracta en el derecho positivo).

¿Cuál es la tesis aplicable al derecho mexicano? En México, decíamos, en los códigos encontramos la noción de representación, y la hallamos desde el Código de 1884 confundida en un capítulo sobre capacidad, aunque con artículos diversos; en el Código Civil vigente

también encontramos la noción, sólo que ya distinguida con toda claridad de la noción sobre capacidad. ¿Cuál podría ser la explicación de la naturaleza jurídica? ¿Estamos en realidad ligados por alguna tesis especial de éstas a las que hemos hecho referencia?

Creo que no, aunque sí es verdad que por los antecedentes del Código de 1884 podría sostenerse dentro de este código que la mejor explicación sería, en vista de sus antecedentes, la explicación de la doctrina francesa. No pienso que las explicaciones doctrinales de una institución deban estar ligadas por el antecedente mismo de la institución; esto es, si la doctrina en su evolución va transformando los conceptos de la explicación de una institución, no veo por qué debamos ligarnos exclusivamente a la doctrina que haya prevalecido en un momento dado, a no ser que de manera expresa esté así admitida y que esa doctrina tenga consecuencias jurídicas especiales; no veo por qué debamos estar obligados totalmente por la explicación jurídica del momento en que surgió la noción. Además, hay que tener en cuenta que si es verdad que los preceptos del Código Civil nuevo siguen los del Código de 1884, también es cierto que corresponden ya a una serie de ideas modernas dada la época en que se promulgó el nuevo Código, y que dentro de esas ideas pudieron los autores del código pensar que la explicación jurídica era la del derecho moderno y no las explicaciones que existieron cuando estaba en vigor el Código de 1884; por estas razones, considero que la mejor explicación doctrinal es la que encontramos en las teorías de los tratadistas alemanes sobre la sustitución real de la voluntad del representado por la del representante, porque en realidad la intervención jurídica es la del repre-

sentante; y como explicación de cómo funciona la representación y cómo se llega a obligar al representado a pesar de existir un acto de un tercero, la teoría de Madray, fundada en la exposición del acto jurídico y la definición de acto y hecho jurídicos de Bonnecase, es la que satisface más, en mi concepto, desde el punto de vista doctrinal. Desde el punto de vista del derecho positivo, no encontramos aceptada ninguna de estas nociones, y es posible, por esto, aplicar aquella doctrina que satisfaga más nuestro espíritu.

4. Efectos de los contratos que celebra el representante aun careciendo de representación

Ya apuntábamos en clases anteriores que la representación se confiere ya sea por la ley o voluntariamente; a esta distinción entre representación voluntaria y representación legal se refiere el artículo 1800 cuando dice: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley”. Entonces los efectos del acto jurídico así celebrado se producen en el patrimonio del representado a pesar de que interviene directamente el representante, sin que el patrimonio de éste sufra con esa operación en virtud del acto de representación.

¿Pero qué sucede si el representante aparece realizando actos que no están dentro de la representación? En principio debía entenderse que ese acto no tiene existencia para el representado, porque él no ha otorgado su consentimiento para que el acto se realice y en consecuencia, faltando el consentimiento, falta un elemento esencial al contrato y debe entenderse que no hay contrato. Además, hay que tener

en consideración que para el representado ese contrato es *res inter alius acta*, puesto que no ha intervenido ni directamente, ya que por hipótesis el contrato se ha celebrado por otra persona aun cuando aparece celebrado a su nombre, ni tampoco mediante la noción de representación, porque por hipótesis también el representante carece de facultades para celebrar el acto jurídico en cuestión. La consecuencia debería ser la inexistencia de ese acto jurídico que no puede obligar al representado, toda vez que, repetimos, no ha conferido representación para ese acto ni ha intervenido él en la celebración del contrato.

El artículo 1802 del Código Civil vigente, establece:

Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley. Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató.

La última parte del primer párrafo de este artículo no existía en el 1884, sino que está tomado del proyecto franco-italiano de las Obligaciones y de los Contratos; el precepto anula contratos celebrados por un representante a nombre del representado cuando carece de representación, y es más, no sólo los anula, sino que permite la ratificación mientras el tercero con quien se contrató no haya retirado su consentimiento, no se haya retractado. Si esto ocurre, entonces es posible la ratificación, que es un acto unilateral del representado, pero

que obliga al tercero en el contrato que celebró con el representante, a pesar de que en este contrato se carecía, por hipótesis, de representación; y entonces podemos preguntarnos: ¿cómo es posible que un contrato que hemos considerado inexistente por falta de consentimiento pueda ratificarse? ¿No hemos dicho que la inexistencia no admite ratificación y que ni siquiera nulidades como la nulidad absoluta admite esta ratificación y que solamente la admite la nulidad relativa? La explicación de la doctrina sobre el particular es la siguiente.

En realidad, la ratificación de que trata el artículo 1802 no es la ratificación como renuncia de acción de nulidad que hemos estudiado al tratar de los vicios del consentimiento, de la forma, de la lesión, de la capacidad; lo que significa esta ratificación es que en realidad el representado le confiere, en el momento en que acepta el contrato, un mandato a su representante para que ese acto tenga efectos retroactivos. Es la ratificación, como la entendía el derecho romano y que la equiparaba al mandato, es la ratificación en una noción semejante que hemos de encontrar en la gestión de negocios; no esta renunciada de una acción de nulidad, sino de consentimiento, y así el contrato confiere el mandato al representante y le da un efecto retroactivo que obliga, en virtud de una disposición legal, al tercero, mientras éste no haya retirado su consentimiento.

Estas nociones de inexistencia por falta de representación y de ratificación no son siempre bien entendidas. Recuerdo una discusión muy reciente en la Suprema Corte en la que se llegó a opinar que era absurdo sostener que se trataba de una falta de existencia del contrato, y que podía entenderse así el contrato celebrado sin representación.

Sin embargo, hay opiniones tan respetables como la del maestro Borja Soriano en un laudo cuyos nombres voy a callar; daré simplemente la esencia y llamaré por letras a las personas, en el que el maestro Borja Soriano dice lo siguiente (voy a leer únicamente la parte relativa a esta noción):

Considerando décimo tercero. Que el señor licenciado A en su contestación a la demanda niega haber causado algún daño o perjuicio al señor B por el convenio que celebró con el señor C en la escritura otorgada ante el señor notario D, y por consiguiente hay que resolver si por dicho convenio se causó al señor A el daño de haberse extinguido el crédito hipotecario a que se refiere la demanda. En este caso se había planteado en esencia este problema: un albacea de una sucesión que tenía dentro del patrimonio de la sucesión un crédito hipotecario, ¿tiene la facultad de admitir en pago documentos que obliguen a una tercera persona o se necesita que haya un pago real para el efecto de que el albacea pueda admitir el pago y consentir en la cancelación de la hipoteca?

El maestro Borja sostuvo, en mi concepto, con razón, que el albacea en estas condiciones no está facultado para admitir documentos que convierten inclusivamente la garantía real de hipoteca en un derecho personal (y se comprende, y ustedes lo entenderán mejor cuando estudiemos la hipoteca, cómo no es lo mismo tener una garantía personal de una persona que incluso puede ser insolvente, que tener una garantía de un bien inmueble con un derecho de persecución y un derecho de preferencia); se considera en este laudo, en mi concepto, con razón, no un acto de administración sino un acto de dominio; hemos de referirnos en esta misma clase a estas nociones, el albacea únicamente tiene la administración de un patrimonio y

disposición en aquellos casos en que lo admite la ley, o sea, en el que la ley requiere autorización judicial. Entonces, se ha dicho, si el albacea carece de facultades para admitir un pago con documentos que no sea pago real y extinguir el crédito hipotecario en estas condiciones, y realiza, sin embargo, ese acto, el acto así celebrado está fuera de la representación legal y debe llegarse a la consecuencia de que no produce efectos, que es un acto inexistente, que inclusive no necesita declaración judicial, no necesita, como también se dijo en este caso, ir a una acción de nulidad para anular el contrato, sino que basta con que dentro del juicio se haya comprobado la inexistencia para que no surta efectos.

Sigue diciendo el maestro Borja Soriano: “A este respecto hay que determinar el sentido y alcance del artículo 2368 del Código Civil de 1884 transcrito en el considerando undécimo”. Este artículo procede del artículo 1338 del Código Civil portugués, que dice: “El mandatario, que se excediere de sus poderes, será responsable por los daños y perjuicios que causare, tanto para con el mandante [...]”. Al comentar este artículo, Cunha Gonçalves se expresa así: “Este artículo, sin embargo, debe ser confrontado con los artículos 1351 y 1352, que establecen cuándo el mandante responde por los excesos del mandato y cuándo el tercero podrá demandar al mandatario por los mismos excesos. Por tanto, el mandatario que se exceda en sus poderes no deberá indemnización alguna al mandante, en los casos en que éste no quede obligado por aquel exceso, ni al tercero, fuera de los casos apuntados” (*Tratado de direito civil em comentario an Código Civil português*, tomo VII, núm. 1023, pp. 450-451). Lo mismo enseñan

Baudry Lacantinerie y Wahl en estos términos: “El mandatario es responsable por haberse excedido de su mandato, pero solamente si el mandante ha sido obligado respecto de los terceros por el acto excesivo del mandatario o, más generalmente, si los actos ejecutados injustamente por el mandatario son válidos” (*Traité théorique et pratique de droit civil. Des contrate aleatoires, du mandat, du cautinement, de la transaction*, 3a., ed., núm. 617, p. 322). Los artículos 1351 y 1352 del Código Civil portugués citados por Cunha Gonçalves concuerdan con los artículos 2380 y 2381 de nuestro Código Civil de 1884. El primero de estos últimos artículos dice: “Los actos que el mandatario practique en nombre del mandante, pero traspasando los límites expresos del mandato, serán nulos con relación al mismo mandante, si no los ratifica tácita o expresamente”. Refiriéndose Cunha Gonçalves al citado artículo 1351 del Código Civil portugués dice que los actos que ese precepto llama nulos no obligan al mandante ni para con los terceros ni para con el mandatario (*op., cit.*, tomo VII, núm. 1031, p. 4800). El artículo 1351 del Código Civil portugués, lo mismo que el artículo 2380 de nuestro Código Civil de 1884, concuerdan con la segunda parte del artículo 1998 del Código de Napoleón, artículo concebido en estos términos: “El mandante está obligado a ejecutar las obligaciones contraídas por el mandatario, conforme al poder que le haya sido dado. No está obligado por lo que haya podido hacerse más allá, sino en tanto que lo haya ratificado expresa o tácitamente”. En relación con este artículo, procede transcribir los siguientes comentarios: “El mandante no está obligado por los actos del mandatario sino cuando este último ha obrado en los límites de su mandato. En tanto que los excede está sin poder y por consiguiente no obliga ya al man-

dante [Art 1998] [...] Por aplicación del principio, los terceros no pueden oponer al mandante un acto hecho fuera de los términos del mandato. Este último no tiene necesidad de intentar una acción en nulidad de esos actos” (Baudry Lacantinerie y Wahl, *op. cit.*, núm. 617, p. 322). “Los actos jurídicos hechos en nombre del mandante, pero fuera de los límites del mandato, deben, a menos de ratificación expresa o tácita de parte de este último, ser considerados como no acontecidos respecto de él” (art. 1998, párr. 2.5). “El mandante no tiene necesidad de atacar semejantes actos por la vía de la nulidad, son respecto de él *res inter alius acta*” (Aubry y Rau, *Cours de Droit Civil Français*, 4a. ed., tomo IV, párr. 415, p. 651) “De los actos del mandatario que sobrepasan los límites de su mandato”, ¿cuál es el efecto de esos actos respecto del mandante? Los autores coinciden al responder que esos actos no existen respecto de él. Es la aplicación del principio elemental consagrado por el artículo 1165: los convenios no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no perjudican a los terceros y no les aprovechan. Ahora bien, el mandante es un tercero en cuanto a los convenios que el mandatario ha consentido más allá de sus poderes; no habla allí directamente y no figura como estado representado por el mandatario puesto que éste no tiene el derecho de representarlo fuera de su mandato. De aquí se sigue que esos convenios no tienen ningún efecto respecto de él, no más que los de cualquier tercero. El mandante no está obligado a demandar la nulidad de lo que el mandatario ha hecho sin poder; no se demanda la nulidad de lo que no existe. Ahora bien, el convenio extraño al mandante no tiene existencia respecto del mandato; puede rechazarle en cualquier época en que se le oponga (Laurent, *Principes de droit civil Français*).

Consagrando la misma teoría que el artículo 2380 de nuestro Código Civil de 1884, el artículo 1285 del propio código establece: “Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados lo ratifique antes de que se retracten por la otra parte...”. Este artículo tiene como antecedentes el 980 del Proyecto de Código Civil español comentado por García Goyena y el 846 del Código Civil portugués. Refiriéndose a este último, Cunha Gonçalves se expresa en estos términos:

La representación, sea legal, sea contractual, no implica que el representante proceda siempre dentro de los límites de sus poderes; por el contrario, frecuentemente, el representante se sale de la órbita de sus atribuciones legales o de sus poderes contractuales. En estos casos, cuando alguno procede en nombre de otro sin mandato ni representación legal o como gestor de negocios, el representado no queda ciertamente obligado por los actos así practicados, porque no es su voluntad jurídica la que intervino en ellos.

Aplicando las doctrinas expuestas al caso sujeto al fallo arbitral, se ve que, aunque el señor A, en el convenio que celebró con el señor C en la escritura de 10 de mayo de 1929, tuvo la voluntad de extinguir el crédito que existía a favor del Señor B, como heredero éste del señor F, su voluntad fue jurídicamente impotente para realizar tal extinción por carecer de facultades para ello, pues con su carácter de albacea sólo tenía facultades para extinguir créditos por pago, lo cual es un acto de administración, pero no para extinguirlos sin pago, lo cual es un acto de disposición. La obligación existente a favor del señor B

tenía por objeto dinero, así es que sólo entregando el dinero se cumplía con esta obligación, es decir, sólo así se pagaba. Al entregar el señor C al señor A, en vez de dinero, unos documentos firmados por él, no hizo pago alguno: en este punto están conformes el actor y el demandado. Resulta, pues, que el acto ilícito firmado por el Señor A, obrando fuera de sus facultades, debe reputarse inexistente para el señor B, en consecuencia, no le causó el daño de hacerle perder su crédito y, por lo mismo, falta uno de los elementos esenciales para que por tal concepto proceda la responsabilidad civil reclamada en la demanda [Los artículos 1285 y 2362 corresponden al 1802 del Código Civil vigente].

Como ustedes ven, tanto la doctrina francesa como la doctrina del derecho portugués y la que se deriva del Proyecto de García Goyena, esto es, los antecedentes que pueden considerarse antecedentes directos de nuestro Código de 1884, y repetido el precepto en el artículo 1802, con el añadido de la última parte que no afecta al problema, la doctrina, decíamos, en estos artículos se inclina a sostener que en realidad, aun cuando el precepto habla de nulidad, es necesario determinar qué clase de ineficacia jurídica es, y llega a la conclusión de que faltando la voluntad jurídica del representado en un acto que el representante ejecuta fuera de la órbita de sus atribuciones, en realidad se debe llegar a una inexistencia que no es necesario demandar como nulidad en un juicio; lo sería si la tesis fuera correcta, implicando una nulidad relativa, pero hemos dicho que aunque el artículo 1802 permite una ratificación del contrato, no tiene esta ratificación el sentido de la ratificación como renuncia de la acción de nulidad, y

en este sentido también está toda la doctrina que explica lo que se entiende por ratificación en el artículo 1802.

5. Contrato consigo mismo

Vamos a estudiar ahora lo que la doctrina conoce con el nombre de “contrato consigo mismo”, dentro, naturalmente, de las nociones de representación a que nos estamos refiriendo.

El contrato consigo mismo puede presentar un doble aspecto; se entiende por contrato consigo mismo: 1) ya sea el contrato que celebra una persona a nombre de un representado y a nombre propio, o bien 2) el contrato que celebra una persona a nombre de dos representados. Esto es, puede suceder que a mí me confieran un mandato o una representación legal para realizar determinado acto; supóngase que para la venta de una cosa, una persona me confiere el mandato para venderla, entonces el contrato consigo mismo puede significar esto: que yo personalmente como representante compre la cosa cuya venta se me ha encargado en representación y aparezca en el contrato físicamente como una sola persona y jurídicamente como una doble persona interviniendo a nombre de mi representado como representante, e interviniendo en el contrato a nombre propio. Éste es un aspecto del contrato consigo mismo; pero puede suceder que yo intervenga como representante de dos personas, no a nombre propio, sino que tenga el mandato de A para vender y el mandato de B para comprar, y siendo mandatario de ambos, celebro un contrato en el que hago aparecer a A vendiendo y a B comprando; allí no he intervenido personalmente, sino en representación de otros dos sujetos jurídicos.

Este contrato consigo mismo, en la doctrina francesa, y especialmente en la alemana, ha sido muy estudiado, una corriente doctrinal le ha negado la posibilidad de existir, y otra lo ha admitido; y los que la han admitido tuvieron también en cuenta la explicación de la naturaleza jurídica de este contrato.

Parece ser que la doctrina, por lo menos la que se considera más aceptable, ha llegado a esta conclusión: no hay razón para no admitir el contrato consigo mismo siempre y cuando el contrato no plantee un conflicto de intereses; en el Código Civil encontramos una serie de aplicaciones sobre prohibiciones del contrato consigo mismo. Tienen ustedes que en materia de compraventa se prohíbe comprar a las personas que tengan la representación, ya sea representación legal o representación voluntaria para vender. El artículo 2280 dice:

No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados: I. Los tutores y curadores, (es decir, representación legal); II. Los mandatarios (representación voluntaria); III. Los ejecutores testamentarios y los que fueron nombrados en caso de intestado; IV. Los interventores nombrados por el testador o por los herederos; V. Los representantes, administradores o interventores en caso de ausencia; VI. Los empleados públicos.

Se ha dicho: aquí tenemos una prohibición sobre el contrato consigo mismo porque el artículo 2280 plantea un conflicto de intereses, porque hay un conflicto evidente entre el interés del tutor, digamos, que trata de comprar una cosa y trata, de acuerdo con su propio interés, de pagar el menor precio posible, y el pupilo que trata

naturalmente de obtener el mayor precio por la cosa que vende; y siendo la misma persona la que va a vender y la que va a comprar, podía, por lo menos, tomando los casos generales que, como la ley tiene que proceder, suceder que en perjuicio de los intereses del menor, el tutor apareciera cuidando su propio interés y pagando menos de lo que la cosa vale en realidad. También podemos encontrar ciertos casos en el Código Civil, en que los representantes legales necesitan, para celebrar contratos con sus representados, que a éstos se les nombre lo que se llaman “tutores *ad hoc*”, tutores para un caso especial en que también pueda plantearse ese conflicto de intereses; luego se dice, el código está prohibiendo la representación o el contrato consigo mismo. Pero una gran parte de la doctrina dice: no, no debemos generalizar estos casos, que son excepciones a la capacidad, sino que debemos pensar en todos aquellos en que se plantee una situación semejante a la que plantean estos preceptos; no debe admitirse el contrato consigo mismo, es decir, de estas excepciones debemos obtener un concepto general, pero no el concepto general de prohibición sobre la representación consigo mismo o del contrato consigo mismo, sino un concepto general que se funde en los propios preceptos, esto es, de una prohibición siempre y cuando existan condiciones semejantes a las que se fijan en estos preceptos. Y esas condiciones, ¿cuándo existen? Existen cuando hay la posibilidad de un conflicto de intereses entre representantes y representados, pero fuera de estos casos excepcionales y todos aquellos en que existe la misma razón, en que existe el mismo concepto que funda estos preceptos, debe admitirse, dice esta doctrina, la representación o el contrato consigo mismo. Creo que es correcta la doctrina que sostiene que debemos admitir el con-

trato consigo mismo siempre y cuando no plantee un principio de conflicto de intereses. Queda por saber cuál es la naturaleza del contrato consigo mismo.

Naturaleza del contrato consigo mismo. ¿Es en realidad una noción contractual? ¿Es un acto de voluntad unilateral? Confieso que el problema no deja de ser, a más de interesante, un problema de solución dudosa, depende mucho de la naturaleza jurídica del contrato consigo mismo, de la noción que se tenga de representación, es decir, de la explicación de la naturaleza jurídica de la representación. Vamos a explicarnos.

Dentro de la doctrina de la ficción, por ejemplo, resulta fácil llegar a la explicación jurídica contractual que plantea una gran parte de la doctrina, que aun en Alemania se ha aceptado por una parte de la doctrina, porque se dice: si por una ficción, quien interviene en realidad en un contrato celebrado en representación es la voluntad del representado, a pesar de que aparece interviniendo el representante, resulta así que tenemos dos sujetos jurídicos, el representante que interviene personalmente (en el primer aspecto del contrato consigo mismo), por una parte, el sujeto jurídico, y por la otra, el representado cuya voluntad interviene por una ficción; luego tenemos dos sujetos jurídicos en presencia y, en consecuencia, la posibilidad de una noción contractual que requiere por lo menos la intervención de dos sujetos en el contrato.

En el segundo aspecto del contrato consigo mismo, esto es, en el que interviene una persona representando a otras dos pero sin inter-

venir personalmente, sin ser parte del contrato, también tenemos la misma situación dentro de esta doctrina porque si por una ficción las voluntades que en realidad intervienen son las de los representados, encontramos que esos dos representantes son los sujetos jurídicos que en realidad celebran el contrato y sufren los efectos del contrato, y no la persona del representante, y en realidad, dicen los autores que se inclinan por la teoría de la ficción y los autores y los tratadistas que ven que en nuestro Código Civil, por ejemplo estamos en cierta forma ligados por el antecedente histórico con la doctrina de la ficción, se llega a la conclusión correcta dentro de un sistema, de que es una relación contractual.

Pero si se acepta la doctrina que, según hemos dicho, desde un punto de vista doctrinal parece la más aceptable, o sea, una sustitución real del representado por el representante, entonces no podemos llegar a la tesis contractual, porque es el representante el que interviene real, directa, y únicamente por la transformación de una situación jurídica abstracta en situación jurídica concreta, por lo que los efectos de esa representación se producen en el patrimonio del representado, pero el que interviene realmente en el contrato de presentación es el representante, y entonces encontramos que habrá una sola persona, o sea el representante, obrando en el primer caso de contrato consigo mismo, personalmente, y como representante de otra persona, y en el segundo como representante de dos personas.

Claro está que se puede extremar la cosa y decir que son dos voluntades jurídicas, y de hecho se ha querido decir eso, pero tratadistas como Hupka contestan diciendo que es muy difícil imaginar un

desenvolvimiento de la voluntad de un sujeto para en unos casos referirse a una representación que él realiza, y por otra parte referirse a su intervención personal, o bien, todavía la cosa es peor, desenvolverla para ser voluntad de una persona y de otra, todavía una tercera voluntad que supone la voluntad propia. En realidad, una explicación de esta naturaleza da lugar a la explicación contractual, pues es posible, pero parece no corresponder a la realidad objetiva, y por eso pensamos también, como el autor citado —que ha escrito una monografía muy interesante sobre la representación en los actos jurídicos, traducida al español—, que quizá la mejor explicación consiste en sostener que se trata de un acto de voluntad unilateral, como dice Demogue, que también sostiene la voluntad unilateral, que tiene las consecuencias y los efectos del contrato, pero que teniendo las consecuencias y efectos de un contrato, su explicación en su naturaleza misma no puede ser un consentimiento, un acuerdo de voluntades cuando esas voluntades no existen, sino que debe ser una explicación de voluntad unilateral, y ya veremos cómo no es contrario a las normas del derecho esta explicación como una fuente de las obligaciones.

6. El acto de administración

Para terminar nuestro estudio de representación, y de acuerdo con su programa, nos vamos a referir rápidamente al acto de administración teniendo en cuenta la distinción que han de encontrar constantemente en la práctica entre el acto de administración y el acto de dominio.

Encuentran ustedes en su Código Civil disposiciones que ponen a cargo de determinada persona la administración de un patrimonio, por ejemplo, los que ejerciten la patria potestad y los tutores respecto de los bienes del menor; y también han de encontrar en la práctica constantemente el problema de saber hasta dónde llega esa administración y qué actos puede realizar la persona que tiene la administración de esos bienes.

Distingue su programa entre el patrimonio de derecho común, el patrimonio de explotación y el patrimonio de liquidación; distinción que tiene por objeto explicar qué debe entenderse por acto de administración, según el patrimonio de que se trate, porque efectivamente, en los casos presentados de patrimonios que están bajo la administración de otra persona, normalmente patrimonios de familia, el acto de administración tiene un significado especial, según el patrimonio de que se trata, diverso en todos ellos.

Patrimonio de derecho común o patrimonio de familia. En el patrimonio de derecho común encontramos en el Código Civil disposiciones que establecen, por lo menos en algunas ocasiones, qué actos puede realizar el administrador y cuáles no, se determinan casos aun dentro del mismo contrato, digamos el de arrendamiento, en que se puede celebrar un contrato de arrendamiento hasta por nueve años, de acuerdo con el código anterior, y hasta por tres años según el Código Civil vigente, dándole facultad al administrador para que pueda celebrar ese contrato siempre que no exceda de ese plazo; en cambio, prohíbe el contrato, a no ser mediante autorización judicial, cuando excede

de ese plazo. Así pues, no siempre hay un criterio determinado en la ley, no es como el que se ha de derivar del concepto general, o el que pensemos que se deriva del concepto general, para saber cuáles son los actos de administración en el patrimonio del derecho común.

Los actos de administración, tratándose de patrimonio de derecho común, desde este punto de vista del derecho positivo, son aquellos en que legalmente está facultado el administrador para realizar, y serán actos de dominio los que no queden entre las facultades del administrador, aquellos que la ley establece que no puede realizar. Pero no siempre la ley establece la posibilidad legal para que el administrador pueda verificar un acto determinado, sino que refiriéndose a unos administradores se refiere la ley a determinados actos, en cambio, tratándose de otros puede referirse a otros actos, entonces es necesario tener en cuenta no solamente aquellos actos que el administrador puede verificar porque así lo establezca la ley, sino hay que tomar también el criterio de analogía de otros administradores para los que el legislador ha considerado que un acto determinado es un acto de administración.

Esto desde el punto de vista del derecho positivo, ¿pero qué sucede en todos aquellos actos que no están expresamente comprendidos en la ley, ya sea para permitírseles al administrador, ya sea para prohibírseles en forma expresa? El criterio que los autores sostienen como concepto general para saber si se trata de un acto de administración del patrimonio de familia es el siguiente.

Se dice: el patrimonio de derecho común es un patrimonio de carácter permanente, es la conservación de un capital que está en manos de una tercera persona y que se requiere que fructifique; al administrador lo que se le exige, a lo que se le obliga, es hacerlo fructificar y no poner en peligro el capital en sí mismo, aun cuando sí puede disponer de las rentas. Todos aquellos actos que tiendan a que fructifique el capital sin comprometer el capital mismo, se consideran dentro de este concepto general, actos de administración; en cambio, aquellos que puedan poner en peligro el capital, se consideran actos de disposición. Vamos a referirnos al ejemplo que poníamos en la clase pasada del albacea que mediante el recibo de un pagaré extinguía un crédito hipotecario; recibir un pago es un acto de administración porque es un acto que no pone en peligro el capital, al contrario, integra el capital que forma el patrimonio del cual el administrador está encargado, pero si ese pago no es un pago real, sino que se trata de extinguir mediante una obligación personal una obligación real, entonces ya se tratará de comprometer el capital mismo y será no un acto de administración, sino lo que se conoce como un acto de dominio, el compromiso del acervo del patrimonio que se tiene encargado.

Patrimonio de explotación. Tratándose ya no del patrimonio que se llama patrimonio de derecho común, y algunas veces llamado patrimonio de familia, sino del patrimonio de explotación, esto es, del conjunto de bienes que no se toman como tales en su individualidad sino más bien en su valor, porque esos bienes están destinados dentro de la actividad comercial a cambiarse por otros, a salir continuamente del patrimonio haciendo entrar otros valores; es decir,

cuando el bien no está en el patrimonio como un bien individualmente considerado, sino como un valor que se permite que se modifique constantemente (tienen ustedes como tipo de este patrimonio de explotación el patrimonio de un comerciante, el patrimonio de una sociedad, digamos, ese patrimonio es un valor y está destinado a cambiar frecuentemente); tratándose de estos patrimonios, los tratadistas y, por lo menos una parte de la doctrina sostiene, que el acto de administración varía del acto de administración del derecho común, porque aquí (en el patrimonio de explotación) el acto de administración más bien se confunde con el acto de disposición. En el patrimonio de explotación, desde el momento en que el patrimonio del comerciante está destinado a este cambio de valores, normalmente el administrador tendrá la disposición de esos bienes para poder enajenarlos y para poder disponer de ellos, o de otra suerte sus facultades estarían tan limitadas que no corresponderían a la finalidad de la administración. Supongan ustedes una sociedad que tiene por objeto la adquisición, digamos, de terrenos, y la construcción en esos terrenos; y el comercio mediante la venta de esos terrenos; el administrador o los administradores de la sociedad, por el objeto mismo de ella, no simplemente tienen la facultad de conservar el capital como en el patrimonio de derecho común, sino que su facultad es precisamente la de realizar actos de disposición que puedan permitir el acrecentamiento del patrimonio, que finalmente es el objeto que persigue el comerciante; no hace operaciones simplemente con carácter gratuito, sino para obtener un lucro, o sea, una diferencia de valor en el objeto que tiene en su propiedad y vende, y el precio que obtiene.

Patrimonio de liquidación. Por último, en el patrimonio de liquidación, en el de liquidación que encontramos en materia de herencia, liquidación de sociedades, etc., se trata de patrimonios destinados a liquidarse; esto es, a que con su producto o con los bienes del mismo patrimonio se haga un pago para terminar el estado de sociedad o de indivisión que existía anteriormente. Tomen ustedes el caso de la disolución y liquidación de una sociedad; la administración del patrimonio consiste precisamente en pagar las deudas y pagarle a cada uno de los socios, entregarle a cada uno de los socios los bienes, o enajenando esos bienes al repartir entre los socios su haber social.

Como ustedes ven, en el patrimonio de liquidación y el patrimonio de explotación, es necesario tener un concepto mucho más amplio del acto de administración que en el patrimonio de derecho común, y de ahí la necesidad de distinguirlos.

XIV. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

La interpretación como problema se plantea *a posteriori*, después de haber planteado los problemas sobre elementos esenciales y elementos de validez del contrato; se supone que el contrato tiene ya esos elementos esenciales y de validez; el consentimiento existe y se ha manifestado en la forma establecida por la ley sin vicios de consentimiento y con los requisitos todos de validez, pero cuando se ha exteriorizado la voluntad (hablamos en general del acto jurídico, o el consentimiento si hemos de referirnos exclusivamente al contrato) cuando la voluntad se ha exteriorizado, requisito indispensable en el acto jurídico, puesto que se tiene en cuenta esta voluntad exteriorizada y no la voluntad interna, psicológica. Cuando la voluntad se ha exteriorizado, ¿hasta dónde llegan los efectos de esa voluntad? Fijar los alcances del consentimiento en el contrato o de la voluntad en el acto jurídico, es lo que significa interpretar un con-

trato o un acto jurídico, en saber hasta dónde llegan los efectos de la voluntad una vez que se ha exteriorizado, en ello consiste esencialmente el problema de la interpretación, y entonces se plantean diversas posibilidades.

1. La doctrina

a. Teoría de la voluntad psicológica

Desde luego, una teoría que podemos considerar la teoría clásica y que hemos de ver admitida por nuestras legislaciones consiste en afirmar que se trata, en el acto jurídico, de un acto de voluntad; en consecuencia, es necesario hacer una investigación de lo que hayan querido los contratantes para determinar el alcance del contrato, los efectos del contrato; se requiere una investigación de carácter psicológico de la voluntad interna para saber lo que el contratante quiso decir, para saber cuál ha sido el alcance que se le quiso dar al contrato. Esta teoría subjetivista es la que se conoce también con el nombre de teoría de la voluntad interna o teoría de Savigny.

b. Teoría de Saleilles

Saleilles dice: es cierto que el contrato es un acto de voluntad, pero una vez que se ha declarado la voluntad, una vez que se ha exteriorizado, entonces debe adquirir un valor objetivo independientemente del sujeto que haya hecho la declaración, el valor objetivo, independientemente del sujeto, se lo debe dar el Juez que está interpretando un contrato debe ser el que fije su alcance dándole una validez obje-

tiva con una moralidad objetiva; en general el Juez debe ser el que interprete el alcance del acto jurídico sin importarle qué fue lo que quiso decir el contratante, lo que le interesa es cómo está expresada la voluntad y qué valor concreto debe tener esa voluntad en un momento dado y en una situación particular. No hace Saleilles sino continuar su teoría objetivista del derecho que, desde luego, ha suscitado críticas.

Crítica. La teoría de Saleilles sacrifica totalmente al contratante en beneficio de esta validez y de esta moralidad objetiva que el Juez debe atribuirle al acto jurídico, porque dicen los autores, y con razón, vamos a suponer la existencia de un Juez de una moralidad absoluta con un propósito y una intención que no están a discusión sobre su buena fe, de tal suerte que se piensa en un Juez tipo tan alejado de nuestra realidad..., pero en fin, haciendo la crítica aun dentro de esa posición; es verdad que los intereses de los terceros deben respetarse, pero también hay que tener en cuenta que el acto jurídico es un acto de voluntad, y que en la posición de Saleilles nunca sabrá el contratante cuál pueda ser el efecto del contrato, cuál pueda ser el alcance y cuáles los efectos que en un momento dado le atribuya el Juez, puesto que él no estará obligado por la forma en que se haya manifestado la voluntad, menos aún por la voluntad psicológica.

Esto tal vez dentro de un sistema puramente teórico pudiera tener algún resultado, pero en la práctica resulta contrario aun al desarrollo de los negocios, al desarrollo del contrato mismo, querer no tener en consideración ni la voluntad interna, ni siquiera la forma de la declaración.

c. *Teoría de la voluntad declarada o de la declaración de voluntad*

En el derecho alemán, especialmente después de la promulgación del Código Civil alemán que, como ustedes saben, entró en vigor en 1900, se ha planteado una doctrina que ha tenido gran éxito en cuanto a los numerosos estudios que se han realizado, y que se conoce con el nombre de “la declaración de la voluntad”. Si se examina el Código Civil alemán en la materia en que se reglamenta el acto jurídico, se encuentra un capítulo que se llama, “De la declaración de la voluntad”, y ha sido éste el que principalmente ha dado origen a numerosos estudios verificados desde fines del siglo XIX, ya con los proyectos del Código Civil alemán y los estudios en Francia de Saleilles que lo llevan a escribir una monografía que se ha hecho famosa y que contiene ideas fundamentales sobre la teoría de él mismo, y que se llama también *De la declaración de la voluntad*, que no es sino un estudio del proyecto del Código Civil alemán en esta materia.

No es que la doctrina —lo hacen constar tratadistas franceses— se derive del Código Civil alemán o de los proyectos de éste, pero la verdad es que la riqueza en su evolución se adquiere con posterioridad a los estudios sobre esta legislación. El problema lo plantea Saleilles con toda claridad en su comentario al artículo 116 especialmente y al artículo 133 del Código Civil alemán, y lo hace con sencillez y claridad en estos términos: “Cuando la voluntad interna no coincide con la declaración de voluntad, es decir, con la voluntad como está declarada, como está exteriorizada, ¿qué es lo que debe prevalecer: la voluntad interna o la voluntad declarada”. He aquí el problema, sencillamente expuesto.

Savigny y la teoría clásica de la interpretación de los contratos, dirían: debe prevalecer la voluntad interna y es necesario que el Juez haga una investigación psicológica de esa voluntad. La teoría de la declaración de la voluntad contesta en forma diversa diciendo: lo que debe prevalecer no es la voluntad interna sino la voluntad como está declarada. En el conflicto que presenta la tesis de Demogue entre la seguridad estática y la seguridad dinámica, la teoría de Savigny contesta: debe respetarse la seguridad estática, es decir, la seguridad del que ha hecho la manifestación de la voluntad, la seguridad de aquel de quien procede el acto jurídico, de aquel de quien procede el acto de la voluntad, porque al fin y al cabo es él quien se ha obligado; tesis subjetivista de Savigny de voluntad interna. En cambio, la doctrina de la declaración dice que: debe respetarse el acto jurídico, el contrato ha entrado a vivir fuera del sujeto mismo, para terceros, y son los terceros como entienden el contrato, como entienden la manifestación de la voluntad, según parezca en su forma externa, lo que debe ser respetado.

Ésta es, sencillamente expuesta, la doctrina, por una parte, de la voluntad interna, y, por la otra, de la voluntad declarada; en la voluntad declarada; cuando hay conflicto entre la voluntad interna y la voluntad declarada; cuando no coincidan estas voluntades, la declaración de la voluntad significa atenerse a la forma en que está declarada la voluntad, independientemente de la voluntad psicológica y aun en contra de la voluntad psicológica; si de la voluntad interna aparece que la interpretación, el alcance de un contrato es uno, y conforme a la voluntad declarada se desprende que el alcance es otro, es a este otro alcance al que debe atender el jurista, el Juez, para decidir en caso de duda.

Sin embargo, esta sencillez de exposición no es sino aparente como sencillez en la aplicación de la tesis. Desde luego, se ocurre preguntar: ¿cuál es la diferencia entre esta tesis de la declaración de la voluntad aceptada por el Código Civil alemán y por los comentaristas de este código y la teoría de Saleilles? Porque, según hemos dicho, en esa teoría también hay una forma objetiva de interpretar el contrato mediante la interpretación del Juez, que es ajena, que se hace independiente de la voluntad del sujeto. La diferencia estriba en lo siguiente: desde luego, como se ha visto en la explicación, Saleilles, aun cuando atiende el modo en que la voluntad está declarada, no es sino la forma en que el Juez interviene objetivamente, pero éste obra enteramente de árbitro, conforme a la moralidad y conforme a la interpretación que él piensa que debe darse; en cambio, dentro de la teoría de la declaración de la voluntad, por lo menos como la encontramos en algunos autores, el Juez está obligado por una interpretación no libre, como en la tesis de Saleilles, sino por una interpretación limitada a un tipo de hombre honesto que es el que debe imaginarse interviniendo en el caso concreto, imaginar cómo aparece una persona ante los términos declarados de un contrato, pero como un tipo de hombre honesto, es fijar el efecto del contrato en el caso concreto. ¿Y qué sucede aun dentro de este tipo imaginario ante la posibilidad de varias interpretaciones? porque eso puede suceder, no siempre los problemas de derecho aparecen con toda claridad, ni siquiera teniendo en cuenta solamente lo declarado, muchas veces (de allí la dificultad de la interpretación), los mismos términos en la declaración parecen confusos, aparecen con varias interpretaciones posibles, y este tipo de hombre honesto de la declaración de la voluntad

podría seguir una u otra interpretación. Entonces se contesta: en estos casos sí se permite al Juez ir a la voluntad interna, tratar, mediante la voluntad interna, mediante las circunstancias del contrato, de averiguar qué es lo que más se podría acercar a esa voluntad interna de los contratantes para darle la verdadera interpretación al contrato; es más, la declaración de la voluntad reconoce la existencia de los vicios del consentimiento; una teoría pura de declaración no debería reconocer los vicios del consentimiento, basta la forma en que esté declarada la voluntad, que es la que llega a los terceros y la que se pone en contacto con los terceros, para que el respeto absoluto de la seguridad dinámica nos lleve a sostener que cualquier vicio que existiera, la noción de lesión misma, la inexistencia de la voluntad, debería quedar cubierta con la simple declaración. Era lo que sucedía en el antiguo derecho romano con la solemnidad, ésta cubría de todos estos vicios al acto jurídico; sin embargo, nunca ha llegado la teoría de la declaración de la voluntad, ni menos en los textos del derecho positivo del Código Civil alemán, a esta conclusión, porque en ellos se respeta el vicio del consentimiento y se respetan los conceptos de lesión; recuerden ustedes cómo nos referíamos a un artículo del Código Civil alemán como antecedente en materia de lesión de nuestro artículo 17.

Lo que sucede es esto: la doctrina alemana distingue entre la voluntad en la declaración y la voluntad en los efectos, la voluntad en la declaración significa que al hacerse la declaración de la voluntad se necesita que exista la voluntad, que la voluntad no esté viciada, que no haya habido lugar a la lesión. Para examinar la voluntad en la declaración, el consentimiento, tratándose del contrato, se permite

esta investigación psicológica de la voluntad interna porque es necesario de otro modo, cualquier vicio del consentimiento quedaría cubierto por la declaración, pero —dice la doctrina alemana— la voluntad debe existir con validez jurídica; luego se requiere hacer el examen en la declaración y un artículo del Código Civil alemán, el 133 establece: “Para la interpretación de la declaración de voluntad hay que buscar la voluntad real, y no atenerse al sentido literal de las palabras”. Este texto del artículo ha sido explicado, para no hacerlo contradictorio con toda la teoría de la declaración, en la forma que hemos indicado, es decir, distinguiendo entre la voluntad en la declaración y la voluntad en los efectos; si este precepto se interpretara en forma literal, en realidad el capítulo de la declaración de voluntad en el Código Civil alemán carecería de interés y casi coincidiría con la tesis de la voluntad verdadera de Savigny, pero no es así, sino que los tratadistas le han dado esta interpretación especial.

Repetimos, en el derecho civil alemán no se admite una tesis pura de declaración de la voluntad que simplemente se atenga a la forma externa de manifestación de la voluntad, porque ello, repetimos, nos llevaría en el derecho civil alemán a no admitir siquiera vicios del consentimiento, sino que se hace una distinción entre la voluntad en la declaración, en cuyo caso se permite una investigación psicológica de voluntad interna para ver si realmente ha existido la voluntad y no ha estado viciada, y la voluntad en los efectos cuando se trata de examinar los efectos del acto jurídico, los efectos del contrato; entonces, sostiene esta doctrina, ya no debe atenderse a la voluntad interna

sino a la voluntad declarada con la limitación, ésta que hace la doctrina de tipo de hombre honesto, y cuando no puede darse una solución exacta, es necesario también ir a la voluntad psicológica. Encuentran ustedes en la misma exposición la primera crítica, quizá una de las fundamentales a la declaración de la voluntad: su pobreza de resultados, porque, ya sea para investigar la voluntad en la declaración o para investigar qué es lo que pudo querer este tipo de hombre honesto, necesitamos hacer una investigación psicológica de la voluntad, y no hemos salvado el problema fundamental que ha querido salvar la teoría, o sea, atender a los términos, a la declaración más que a la voluntad interna, para asegurar esto que Demogue llama “la seguridad dinámica” y no la seguridad estática; aun en el derecho positivo alemán, se requiere esta investigación para los efectos de la declaración, y, en efecto, la práctica ha indicado la pobreza de resultados de esta interpretación por la necesidad de estar acudiendo constantemente, aun cuando sea para uno de los aspectos, a la voluntad interna.

Pero además hay una crítica de la esencia misma de las cosas, crítica que formulan autores como Bonnecase, y es la siguiente: el acto jurídico es un acto de voluntad, fundamentalmente es una manifestación exterior de la voluntad, y si el dueño de la voluntad es aquel a quien se le van a aplicar los efectos del contrato, parece esencial acudir a su voluntad para determinar cuales son los efectos que ha querido; es verdad que en ocasiones se sacrificaría el interés de terceros por la forma en que afectara la declaración, pero también es verdad que de otro modo se sacrifica la seguridad de aquel que originó el acto, es

decir, de aquel que parece ser el más responsable. En este conflicto de intereses, ¿cuál es la sustitución en nuestros textos?

2. Códigos Civiles en México

Código vigente. Desde luego, el nuevo Código Civil, a pesar de que seguramente sus autores conocieron estas nuevas tesis procedentes del Código Civil alemán, de la doctrina de Saleilles, de Bonnecase mismo (tengo conocimiento cierto de que fue conocida toda la doctrina, al menos por medio de este autor, que hace una exposición muy completa del problema), nuestros autores no admitieron la doctrina de la declaración de la voluntad, no por desconocimiento de la tesis, sino conscientemente, conociendo la teoría de la declaración y todas sus críticas, no admitieron la teoría en el nuevo Código Civil; es más, copiaron casi textualmente el capítulo del Código Civil español en vigor, y ése no es otro en nuestro Código Civil que los artículos 1851 a 1857.

El artículo 1851 dice lo siguiente: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”. Esto es, en este caso no hay propiamente un problema, no hay una diferencia entre voluntad declarada y voluntad interna, y en realidad los casos de interpretación existen únicamente cuando el alcance o los efectos de un contrato puedan ser A o B, pero cuando los términos de un contrato son claros y no dejan duda, debe estarse al sentido literal de esos términos, porque por hipótesis la voluntad declarada coincide con la voluntad interna y

el problema, repetimos, existe en los casos en que no hay coincidencia entre estas dos voluntades; pero es más, tan es teoría de la voluntad interna la admitida en nuestro código, que en el segundo párrafo de este mismo artículo 1851 se sacrifican los términos a la intención; dice este segundo párrafo: “Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas”. En los siguientes preceptos encuentran ustedes también la teoría de la voluntad interna como la encuentran en los comentaristas de derecho español. Valverde, por ejemplo, admite la teoría de la voluntad interna y no la teoría de la voluntad declarada.

Código de 1884. Se ha dicho, y no falta razón para decirlo, que el Código de 1884 admite por lo menos un efecto, más que de voluntad interna, de voluntad declarada, porque el artículo 1324 establece: “Es nulo el contrato cuando por los términos en que está concebido, no puede venirse en conocimiento de cuál haya sido la intención o voluntad de los contratantes sobre el objeto principal de la obligación”. Y se ha dicho, y repetimos que es opinión muy respetable y que tiene fundamentalmente, que si el Código Civil habla de que “por los términos en que esté concebido no pueda venirse, etc.” eso quiere decir que atiende a los términos y no a la intención.

No deja de presentar dificultad el hecho de que entre los antecedentes históricos de esta doctrina de la voluntad interna; pueda existir este precepto del Código de 1884, que no es más que una repetición de un precepto del Código de 1870 y que tiene sus antecedentes en el Proyecto de García Goyena y en el derecho civil francés, donde la doctrina ha sido, por decirlo así, unánime, al acoger la doctrina clásica

de la voluntad interna. Pero hemos dicho en clases anteriores que la explicación doctrinaria de un texto puede no respetar una explicación de antecedente histórico, y para ser consecuentes con esas afirmaciones, vamos a atender a la forma misma en que está el texto.

Yo creo que no es una admisión de la doctrina de la voluntad declarada sino más bien una simple limitación de la forma de apreciar la voluntad interna; la teoría de la voluntad declarada consiste en atender a la forma de la declaración y no a la voluntad interna cuando no coinciden estas dos formas, pero en el artículo 1324 no se atiende a la forma en que está declarada la voluntad sino simplemente se limita una posible interpretación de la voluntad interna: “Es nulo el contrato cuando, por los términos en que está concebido, no pueden venirse en conocimiento de cuál haya sido la intención o voluntad de los contratantes sobre el objeto principal de la obligación”. Luego lo que se está haciendo, es precisamente tratando de investigar cuál es la intención o la voluntad de los contratantes, y como los términos no nos dicen cuál ha sido la intención, se anula el contrato; es verdad que para anular el contrato se atiende a los términos pero se considera como limitación a la interpretación de la voluntad interna. Creo, pues, que se establece la doctrina de la voluntad interna cuando dice el artículo que se trata de buscar la voluntad interna, la intención, y que en caso de no encontrarse por medio de los términos, se anula el contrato. Sin embargo les repito que hay una opinión muy respetable en el sentido de que, por lo menos en esta expresión, “Es nulo el contrato cuando por los términos en que está concebido, etc.”, se ha admitido sino la teoría de la voluntad declarada si una de las consecuencias de esta doctrina.

XV. EFECTOS DE LOS CONTRATOS

1. Efectos de los contratos entre las partes

El efecto fundamental de un contrato, su efecto principal, consiste en el cumplimiento del contrato. Los contratantes están obligados a cumplir el contrato; un precepto del Código Civil de 1884, el artículo 1419, establecía: “Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos, y no podrán revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes, salvo las excepciones consignadas en la ley.” La primera parte de este artículo no era sino otra forma de decir lo mismo que establece el Código Civil francés en un precepto en el cual se declara “que los contratos tienen fuerza de ley”. Los tratadistas franceses comentan el artículo indicando que los contratos deben cumplirse, y la

posibilidad de lo que en derecho se llama “la ejecución forzada” para los casos en que no se cumpla. Si un contratante no cumple con el contrato existe una acción en derecho para obligarlo al cumplimiento; esto es, ya decíamos al tratar de la obligación, como no puede quedar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de un contrato, se destruiría la fuerza misma de la obligación, en el caso de que así fuera, ¿pero qué sucede cuando el contratante se niega al cumplimiento, ya sea porque considere que hay un motivo fundado para no cumplirlo, ya sea simplemente porque no desee cumplirlo? Entonces, y ya también expresábamos estas ideas al tratar la obligación, al tratar el elemento de la relación jurídica en la obligación, entonces hay la posibilidad de que intervenga el poder público y obligue al contratante mediante una acción que se sigue en los tribunales y en los procedimientos que la misma ley establece para llegar al cumplimiento efectivo de la obligación. Lo normal, y esto es también normal en la vida práctica, es que el cumplimiento sea voluntario, pero, repetimos, cuando ese cumplimiento voluntario no existe, puede intervenir, dentro del procedimiento que se conoce como de ejecución forzada, el poder público para obligar al contratante a cumplir con el contrato.

El artículo 1419 del Código Civil de 1884 no está reproducido en sus términos en el nuevo Código Civil, y es que en realidad establece algo que va implícito en el concepto mismo de lo que es un contrato, y de lo que es una obligación, si un contrato reúne los requisitos de esencia, los requisitos de validez, y no se trata de un contrato con objeto ilícito, por ejemplo, sino que, repetimos, reúne todos esos

requisitos, el contrato produce el efecto de que se cumpla. El artículo 1797 del nuevo Código Civil, en cierta forma, lleva en sí la misma idea contenida en el 1419 del Código de 1884, cuando dice: “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

Esto quiere decir que en tanto no exista acuerdo de voluntades para que un contrato no se cumpla (ya hemos de referirnos a esta noción del *mutuo dissensus* en lugar de *mutuo consensu*, o sea el consentimiento), si no hay un acuerdo de voluntades para que un contrato deje de cumplirse, una de las partes no es la dueña, por decirlo así, de la situación jurídica, no puede, por su voluntad, dejar de cumplir el contrato porque, repetimos, eso sería la destrucción misma de la noción de obligación, o sea, lo que el contrato produce.

La validez del cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. ¿Pero qué es lo que están obligados a cumplir los contratantes? ¿Simplemente lo que se establece en el contrato? ¿Simplemente tienen la obligación de cumplir con sus cláusulas? ¿O hay algún otro precepto que indique cuál es la extensión de la obligación?

El artículo 1796 del nuevo Código Civil, que ya conocemos en su primera parte, establece: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley”. Problema de forma al que ya nos referimos en clases anteriores, artículo que en esta parte ha modificado otro precepto del

Código de 1884 y que en realidad vuelve al concepto establecido en el Código de 1870 dentro de esta idea de consensualismo a que quiso llegar el nuevo Código Civil. Sigue diciendo el artículo: “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”. Esto es, que los contratantes no están obligados exclusivamente a cumplir con las cláusulas expresas del contrato, sino también de todo aquello que sea conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Refiriéndonos en primer término a este concepto de ley como supletorio de la voluntad de los contratantes en el cumplimiento de un contrato, y a este concepto en primer lugar, porque en realidad ya hemos adelantado nociones sobre el particular, debemos decir que en la ley encontramos una serie de cláusulas, una serie de disposiciones que son supletorias de la voluntad de los contratantes, ya hemos dicho que los contratantes normalmente no prevén todo lo que pueda suceder en la vida misma del contrato, muchas veces no es posible incluso por la previsión, establecer en un contrato todas y cada una de las cláusulas que rigen todos y cada uno de los efectos del contrato, sino que lo que se hace normalmente es estipular aquellas cláusulas que se consideran esenciales en el contrato, o bien, todo aquello que pueda estar dentro de la previsión de los contratantes y que ellos deseen resolver de manera expresa desde la celebración misma del contrato.

El código ha venido a reglamentar los diversos tipos de contrato, aun tratándose de los no reglamentados, hemos expuesto cuál es la

noción de contratos innominados, es decir, del contrato no reglamentado, y en estas disposiciones el código ha establecido una serie de reglas que son supletorias de la voluntad de los contratantes, que están establecidas por una especie de presunción de lo que éstos pudieran haber convenido en caso de haberse enfrentado con esos problemas. Esto, además de todas aquellas prohibitivas o de carácter permisivo que tienen un contenido de orden público y que hemos dicho quedan más allá de la voluntad de los contratantes. A estas reglas supletorias y a estas disposiciones de orden público que necesariamente deben cumplirse, es a lo que se refiere el código en su artículo 1796.

Las reglas de carácter supletorio, también por su propia naturaleza, según hemos explicado en casos anteriores, pueden ser derogadas por la voluntad de los contratantes, toda vez que si la razón de esta ley es precisamente llenar los vacíos, los huecos que puedan dejar los contratantes al externar su voluntad, quiere decir que una expresión en contrario ya sea tácita o expresa, deberá derogar la ley supletoria, así en todas aquellas leyes, en todas aquellas disposiciones que tienen un contenido de orden público y que no pueden ser afectadas por la voluntad de los contratantes.

2. Concepto de buena fe

Este concepto es empleado en el artículo 1796, y significa lo que normalmente o corrientemente se entiende por buena fe; es decir, lo que corresponde con un hombre honrado, un hombre honesto,

lo que no tiene malicia. No es el concepto de buena fe al que ya nos hemos referido también al tratar de los vicios del consentimiento dentro del concepto de dolo, o sea, a la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido el error, como dice el artículo 1815 del nuevo Código Civil, porque ese concepto se refiere a un elemento de validez del contrato que ya no es nuestro problema. Suponemos que un contrato reúne los requisitos de esencia y los requisitos de validez, que entra a la vida jurídica produciendo sus efectos, y en el momento en que se cumple, se plantea el problema de cómo debe cumplirse, y responde el código: “Debe cumplirse de buena fe, debe cumplirse sin malicia, debe cumplirse honestamente”.

3. Concepto de uso y concepto de costumbre

Pero también debe cumplirse de acuerdo con el uso, dice el mismo artículo 1796, y con motivo de este término se hace o se ha hecho siempre la distinción entre el uso y la costumbre.

La costumbre, como ustedes saben por sus estudios anteriores, se presenta como una fuente del derecho que tiene el mismo valor que la ley, que en los países de derecho consuetudinario aun puede derogar o modificar una ley, porque es, lo mismo que la ley, una fuente de derecho y tiene el mismo rango que la ley. La costumbre es una repetición de actos, una repetición de hechos, pero no basta con su repetición, sino también, como seguramente ustedes saben, se necesita lo que en derecho se llama la *opinio juris*, la *opinio necessitatis*, es decir, el concepto que tiene la persona de cumplir la costumbre considerándola una fuente de derecho, es decir, considerándola, con todo su

valor obligatorio, como si fuera una ley. Es esta *opinio necessitatis* la que le hace falta al uso, el uso es también una repetición de actos, la repetición de hechos, pero que no tiene el elemento esencial que presenta la doctrina al aplicar la costumbre como fuente del derecho, de la *opinio necessitatis*. La costumbre, se dice, tiene fuerza de ley, el uso tiene fuerza de convenio; es decir, hay ciertos usos, especialmente en materia comercial, ciertos usos comerciales, ciertos usos también en las prácticas de los contratos civiles, que vienen en cierta forma a suplir la voluntad de los contratantes, ya sea porque de una manera tácita o de una manera expresa los contratantes se refieran a ese uso, no porque consideren que del uso tiene una fuerza legal, no porque sujeten ese contrato a ese uso como lo sujetan a las disposiciones, digamos, del Código Civil, sino porque preexistiendo el uso, ellos voluntariamente, ya sea expresa o tácitamente, sujetan el contrato al uso; esto quiere decir que si expresaran una voluntad en contrario, o bien si de manera tácita no quisieran referirse al uso, podrían hacerlo y derogar así el uso.

El artículo 1796 no se refiere a la costumbre, y menos se refiere a la noción de costumbre como fuente de derecho, porque nuestro derecho no es, según ustedes saben, un derecho consuetudinario, sino que es un derecho de ley escrita; ustedes saben que aún, por disposición constitucional, del artículo 14 el Juez, para resolver una contienda, debe atender a la ley, a su interpretación jurídica y, a falta de ley o interpretación jurídica, a los principios generales de derecho, no deja así oportunidad al Juez para hacer intervenir la costumbre como una fuente de derecho, y es que, repetimos, nuestro derecho

no es un derecho consuetudinario, como sucede por ejemplo con el derecho anglosajón, sino un derecho de ley escrita, pero cuando la ley dice, atiéndose para el cumplimiento de los contratos al uso, ello significa que hay reglas usuales que pueden suplir la voluntad de los contratantes, siempre y cuando a ellas se refiera ya sea una voluntad tácita, ya sea una voluntad expresa; pero al contrario, cuando una voluntad tácita o una voluntad expresa termina con una regla usual, entonces no hay aplicación del uso, lo que no podría suceder si se tratase de una costumbre como fuente de derecho, por lo menos de una costumbre de aquellas que tuviesen un contenido que no pudiera ser derogado por la voluntad de los contratantes, como dicen los autores. Repetimos, la costumbre tiene fuerza de ley, el uso tiene fuerza de convenio.

Los contratantes deben, pues, cumplir los contratos en la siguiente forma: primero, cumpliendo con las cláusulas, con las disposiciones que expresamente hayan establecido en su contrato, pero además deben cumplir con todo aquello que esté conforme con la buena fe, con el uso y con la ley.

4. Cláusulas que pueden establecerse en un contrato

¿Cuáles son las diversas cláusulas que pueden establecerse en un contrato? Pueden ser de tres órdenes: cláusulas esenciales, cláusulas naturales y cláusulas accidentales.

Cláusulas esenciales. Son aquellas que se refieren a la existencia misma del contrato, a requisitos sin los cuales un contrato no existe o

bien existe otro contrato; por ejemplo, el precio en el contrato de compraventa es una cláusula esencial de la misma, si no hay precio no hay compraventa, puede haber otro contrato, puede existir el contrato de donación, pero no será contrato de compraventa. La transmisión de la propiedad de una cosa en el contrato de compraventa es una cláusula esencial del contrato de compraventa, porque aun cuando hemos de ver la discusión sobre si el contrato de compraventa es por esencia o por naturaleza translativo de dominio, hemos de resolver el problema al tratar del contrato de compraventa en el sentido de que la transmisión de la propiedad es esencial al contrato de compraventa, no la transmisión inmediata de la propiedad, que es cosa distinta; puede suceder que en un contrato de compraventa no se transmita inmediatamente la propiedad de la cosa sino que quede aplazada en virtud de que los contratantes hayan establecido una condición para la transmisión; ya hemos de ver cómo el nuevo Código Civil resuelve de una manera definitiva otro problema que se presentaba en el Código de 1884 en materia de compraventa, establece la posibilidad de la compraventa con reserva de dominio, pero esta reserva no es una reserva de dominio para siempre, sino una reserva provisional, por ejemplo, en los casos en que no se pague el precio en su totalidad, sino que se den plazos para hacer el pago, y entonces, al verificarse el pago, al terminar los plazos y haberse cumplido con ellos pagando el precio, se transmite la propiedad, y se transmite en forma retroactiva, es decir, desde el momento de la celebración del contrato, funciona como una condición resolutoria que tiene efecto retroactivo por volver las cosas al estado de la celebración del contrato, pero la transmisión de la propiedad en el contrato de compraventa debe existir siempre,

ya sea la transmisión inmediata, ya sea una transmisión futura, pero siempre pactándose la existencia de esa transmisión de la propiedad; Cuando no hay esa transmisión, no hay tampoco contrato de compraventa, podría existir otro contrato, un contrato de arrendamiento, pero no uno de compraventa. Éstas son las cláusulas esenciales de un contrato, aquellas, repetimos, de la existencia misma del contrato, sin las cuales no se concibe que ese contrato exista, aun cuando sí pueda existir un contrato de otra naturaleza.

Cláusulas naturales. Hay cláusulas que no tienen ese carácter, sino que son simplemente cláusulas que lógicamente van unidas al contrato, que normalmente, naturalmente, se unen a él pero que pueden no existir y, sin embargo, existen en el contrato de que se trata; estas cláusulas son las que se llaman cláusulas naturales. Ejemplo: es cláusula natural de un contrato el que, por ejemplo, los gastos de la entrega de la cosa sean por cuenta del vendedor, pero si los gastos de la entrega de la cosa son por cuenta del comprador porque así se pactó, no se destruye por eso el contrato de compraventa, aun cuando normalmente y en forma natural suceda que los gastos sean por cuenta del vendedor.

El saneamiento para el caso de evicción, que se pone también como ejemplo de cláusula natural, ya hemos de ver cómo, al tratar de la evicción, existe una indemnización, es una verdadera indemnización, para el caso en que una persona que haya adquirido una cosa se vea privada de la propiedad de la cosa con posterioridad al contrato y por un derecho anterior al contrato de adquisición, digamos, al con-

trato de compraventa. Si yo compro una cosa y resulta que la cosa que se me vendió no era del vendedor, puede el tercero, que es el verdadero dueño, privar al comprador de la cosa en virtud de que se ha vendido una cosa ajena, tiene, por ejemplo, una acción reivindicatoria para decir: “la propiedad de la cosa es mía y esta persona vendió una cosa que no era suya, que no estaba en su patrimonio, sino que vendió una cosa ajena”. El dueño no tendrá la acción de nulidad del contrato (ya también hemos de explicar esto en su oportunidad), no es parte en el contrato, pero sí tendrá la acción reivindicatoria, o acciones de posesión, en su caso, para hacer que el vendedor le entregue la cosa que es de su propiedad. Pues bien, el comprador, que en estas condiciones ha sufrido la acción reivindicatoria, que ha sufrido la privación de la cosa en virtud de un derecho anterior al contrato que celebró, tiene contra su vendedor lo que se llama una acción de saneamiento para el caso de evicción; evicción es la privación de la cosa que se ha comprado por un tercero. Evicción quiere decir ser vencido en juicio por una tercera persona, y saneamiento significa la indemnización que debe pagarse al comprador por el vendedor que vendió cosa ajena. Por eso no debe hablarse de acción de evicción, sino de acción de saneamiento para el caso de evicción. Ahora bien, en toda transmisión de propiedad, ya sea contrato de compraventa, o cualquier otro contrato, hay lugar al saneamiento para el caso de evicción, de suerte que es una cláusula natural y normalmente se pone entre las cláusulas del contrato de compraventa que una persona responde por la evicción, se obliga al saneamiento para el caso de evicción. Si ustedes revisan los contratos de compraventa encontrarán que en 90% de ellos está esa cláusula de saneamiento para el

caso de evicción. ¿Qué sucede si no se pacta el saneamiento? El nuevo Código Civil se encargará de establecer que el saneamiento existe, ¿pero qué sucede si se pacta, lo que es posible, que no exista el saneamiento, es decir, que la persona que vende no se obliga a pagar indemnización, ni siquiera a devolver el precio? ¿Qué sucede si se pacta que el vendedor, en caso de que su comprador se vea privado por un tercero de la cosa, no responde del saneamiento? El pacto es lícito, ¿pero por eso hay contrato de compraventa? Sí hay contrato de compraventa, porque la cláusula no se refiere a la esencia del contrato, sino que se refiere a una cláusula de la naturaleza del contrato.

Cláusulas accidentales. Por ultimo, hay cláusulas que no están en la esencia del contrato, que no se refieren a estos elementos esenciales del contrato, ni tampoco están de acuerdo con la naturaleza del mismo, con lo que lógicamente acompaña al contrato, sino que son cláusulas que establecen los contratantes para resolver cuestiones de orden accidental, particulares, por ejemplo, cuando se establece una cláusula penal, o cuando se hace un pacto de un interés que no sea el interés legal, o cualquier otra cosa que sea un accidente del contrato.

El artículo 1839 establece: “Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley”.

Ven ustedes aquí, cómo las cláusulas naturales (tomen ustedes otra vez su ejemplo del saneamiento para el caso de evicción), si no se establecen, la ley misma se encarga de decir cómo funciona la evicción y el saneamiento para el caso de evicción, pero eso no impide que, mediante una cláusula del contrato, se termine incluso con esa acción de indemnización que la ley establece en caso de que no haya pacto, como cuando se pacta que los gastos de la entrega de la cosa sean a cargo del comprador, si no se dice nada, entonces la ley resuelve que estén a cargo del vendedor, pero puede haber un pacto que vaya en contra de esta cláusula natural del contrato y que establezca que los gastos serán por mitad o a cuenta del comprador.

Conforme al Código Civil de 1884, estas renunciaciones sobre cláusulas de la naturaleza ordinaria deberían hacerse explícitas, y esto nos recuerda algo ya explicado, citándose la ley cuyo beneficio se renuncia en términos claros y precisos; el artículo 1307 del Código de 1884 decía: “Las renunciaciones que legalmente pueden hacer los contrayentes no producen efecto alguno si no se expresan en términos claros y precisos y citándose la ley cuyo beneficio se renuncia”. Recordemos que en clases anteriores explicábamos que en el nuevo Código Civil se suprimió este requisito de citar la ley cuyo beneficio se renuncia, y que la Corte, por lo menos en alguna ejecutoria que yo conocí, había llegado conforme al Código de 1884, a exigir simplemente la cita del artículo,¹ así se decía, renunciemos (y éste era el caso de la ejecutoria)

¹ En la página 168, por un error mío, la resolución de la Corte está dirigida al Código vigente y en realidad debe referirse al Código de 1884.

los beneficios que establecen los artículos tales y tales en los casos de fianza, la Corte admitía la renuncia aun cuando no se hubiera dicho “renunciamos a los beneficios de división de orden y excusión que establecen los artículos tales y tales del Código Civil”. Pero en el nuevo Código Civil ya no se necesita hacer la cita del precepto, sino que, de acuerdo con el artículo 7o. del nuevo código, “La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia”. “Artículo 6o. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros”. Ya no es necesario citar el artículo o la ley que contenga el beneficio, sino simplemente dar con toda precisión y claridad cuál es el beneficio al que se renuncia.

5. Revocación

Su comparación con la rescisión de los contratos y con la nulidad. Un contrato puede producir o estar produciendo sus efectos porque es un contrato de tracto sucesivo y no de los de ejecución instantánea, sino que, como el contrato de arrendamiento, dentro del plazo del contrato está produciendo sus efectos. En estas condiciones, ¿es posible que uno de los contratantes, unilateralmente, pueda dejar de cumplir el contrato? Vamos en este ejemplo a suponer el caso del arrendatario en un arrendamiento, digamos, de uno o dos años forzosos; el arrendatario está haciendo uso de la cosa y está pagando una renta, pero

en algún momento dado ya no tiene necesidad del inmueble sino que por cualquier circunstancia necesita, digamos, salir de la Ciudad de México, que es donde está viviendo. ¿Puede el arrendatario, unilateralmente, y en vista de esta necesidad de abandonar la Ciudad decirle al arrendador, aun cuando falta un término forzoso de seis meses o de un año, que ya no cumplirá el contrato? Decíamos en la clase anterior que el efecto fundamental del contrato consiste en su cumplimiento, y que la validez y el cumplimiento de un contrato no podía dejarse al arbitrio de uno de los contratantes; debe, pues, resolverse esta cuestión en el sentido de que no es legalmente posible dejar de cumplir unilateralmente un contrato por la voluntad de un contratante, en el caso concreto, por la voluntad del arrendatario, y en el caso de que el contrato no se siga cumpliendo, entonces la otra parte, el arrendador, tendrá una acción ante los tribunales para exigir el cumplimiento del contrato más el pago de los daños y perjuicios cuando éste proceda.

¿Pero que sucederá si ya no por voluntad unilateral de un contratante, sino por acuerdo mutuo entre arrendador y arrendatario, convienen en terminar para el futuro los efectos de ese contrato? Dicen ellos, que aun cuando el plazo forzoso de un año o dos años aún no ha transcurrido, por mutuo consentimiento, por mutuo acuerdo, convenimos en terminar los efectos de ese contrato, de tal suerte que tú, arrendatario, me devuelves el uso y goce de la cosa y a la vez dejas de tener la obligación de continuar pagándome una renta. Esto es lo que se llama “revocar un contrato”, privarlo por mutuo consentimiento de sus efectos para el futuro. La revocación de los contratos natural-

mente es legalmente posible, puesto que si el consentimiento forma el contrato, si la situación jurídica depende de los dos contratantes, el consentimiento, el *mutuo disensus* que se llama, tratándose de revocación, puede a su vez terminar con los efectos de ese contrato. El artículo 1797 del nuevo código a que nos hemos referido, establece: “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Lo que significa que cuando intervienen los dos contratantes sí puede terminarse o modificarse el cumplimiento de un contrato.

En algunas ocasiones se confunde, y en la práctica lo encontrarán ustedes confundido, el concepto de revocación con el concepto de rescisión, y para estos casos en que se terminan los efectos del contrato voluntariamente y para el futuro, se emplea la expresión de que se rescinde el contrato entre las partes. En realidad la expresión técnica correcta es que se revoca el contrato. La revocación de un contrato cuando ya no se trata de estos contratos de tracto sucesivo como el de arrendamiento, sino de ejecución inmediata, como, digamos, uno de compraventa en el que se transmite inmediatamente la propiedad, significa en realidad la celebración de un nuevo contrato de compraventa; así, si yo he vendido una cosa habiendo transmitido la propiedad en forma inmediata, y con posterioridad se conviene en que se revoque el contrato de compraventa, en realidad lo que estamos haciendo es celebrar un nuevo contrato de compraventa en cuya virtud yo, antiguo vendedor, me convierto en comprador, y el comprador antiguo se convierte en vendedor y me da la cosa mediante el mismo precio o inclusive mediante un precio diverso. Encontramos también

el *mutuo disensus*, el consentimiento para terminar el contrato en todos sus efectos futuros.

En cambio, hay otras situaciones jurídicas en nuestro derecho que sí deben llamarse rescisión de contrato y no revocación. La rescisión de un contrato se presenta en caso de incumplimiento por una de las partes en los contratos sinalagmáticos. Hemos de encontrar también la rescisión o resolución de los contratos en materia de condición resolutoria cuando estudiemos las modalidades de las obligaciones. Vamos a tomar un ejemplo para explicar mejor la noción.

Celebramos un contrato, digamos de compraventa, en el que yo me he fijado como obligación principal, a entregar el precio y la otra parte se ha obligado a transmitir la propiedad de la cosa y hacer su entrega y, efectivamente, he entregado yo el precio pero la otra parte no me ha entregado la cosa, ¿qué sucede si, habiendo yo entregado el precio y no habiendo recibido la cosa, quiero ejercitar las acciones que se derivan de este contrato?

Primero, es posible que yo haga que se cumpla el contrato y para este efecto ejercitaré una acción de cumplimiento tendiendo a que se me entregue la cosa, y los tribunales llegarán hasta obligar esa entrega. Pero puede suceder que yo no quiera que se cumpla el contrato con todas las consecuencias del pago de daños y perjuicios cuando éstos existan, sino que deseo terminar con el contrato en virtud de que la otra parte no cumple con su obligación, y entonces encuentran un precepto que está colocado en materia de condición conforme al cual

la condición resolutoria va implícita en todo contrato sinalagmático para el caso de que una de las partes no cumpla con su obligación. En este contrato de compraventa en el que yo no he recibido la cosa, hay el cumplimiento de la obligación de mi parte, y tendré una acción independientemente de mi acción de cumplimiento, para resolver, para rescindir ese contrato, lo que significa privar de sus efectos al contrato, pero no para el futuro, como ha sucedido con la revocación, sino retroactivamente, haciendo desaparecer en realidad los efectos del contrato. En nuestro ejemplo, yo puedo pedir la devolución de la cosa que he vendido y a mi vez ya no tendré la acción para exigir el precio en caso de que yo sea el vendedor, y si ha sido pagado el precio, entonces tendré la obligación de devolver ese precio, es decir, volver las cosas al estado que tenían cuando se celebró el contrato. Esto es lo que significa rescindir o resolver un contrato, privar al contrato de sus efectos retroactivamente; ello puede derivarse, decíamos, de un incumplimiento de las obligaciones. Ya hemos de ver también cómo la resolución de un contrato puede derivarse de una condición resolutoria; en realidad el incumplimiento se examina en el Código Civil y también una parte de la doctrina así lo examina, como un caso de una condición que no se ha cumplido; la condición consistirá en cumplir efectivamente con el contrato y tener la acción de rescisión o resolución en caso de que no se cumpla.

Como ustedes ven, hay una diferencia sustancial entre la noción de revocación, que produce sus efectos para el futuro, por el consentimiento de los contratantes, privándole de sus efectos en el futuro al contrato, y la noción de rescisión, que en sus efectos es semejante

a los efectos de la nulidad, o sea, que obra retroactivamente, volviendo las cosas al estado que tenían en el momento de la celebración del contrato.

Pero también se confunde la noción de rescisión y la noción de nulidad. Más que en el efecto, la rescisión y la nulidad difieren en la causa; el efecto, como decíamos, por lo menos el efecto principal de volver las cosas al estado que tenían en el momento de la celebración del contrato, es el mismo, pero la nulidad constituye, por decirlo así, un vicio original en el contrato; son vicios del consentimiento, ilicitud en el objeto, en el motivo o fin, incapacidad en el momento de la celebración del contrato, lesión al celebrarse el contrato. Son, pues, vicios, decíamos, en la formación del contrato, mientras que la rescisión supone, y ya lo decía con toda claridad el Código de 1884, que el contrato es válido, que se ha cumplido con todos los requisitos de esencia y de validez, pero que por una causa en el cumplimiento del contrato el legislador interviene para rescindirlo, o para dar la acción de privación legislativa de los efectos de ese contrato. Decíamos, y ahora se comprueba, la diferencia más que en el efecto está en la causa y en lo que significa la noción jurídica de nulidad o de ineficacia de los actos jurídicos.

Modificación de los contratos. La alteración en un contrato está sujeta a las mismas reglas de la revocación, el consentimiento interviene en la misma forma en que interviene en una revocación; por el *mutuo disensus* se puede llegar a alterar, a modificar el contrato; tomen ustedes nuestro ejemplo del contrato de arrendamiento, pues mediante

un convenio, no unilateralmente porque no es posible, pero sí mediante un convenio, pueden modificarse los efectos del contrato, puede decirse por ejemplo, que el arrendatario, a partir de tal fecha, en lugar de pagar una renta x va a pagar una renta R , o bien, puede decirse que el arrendatario no ocupará sino determinada porción del edificio a partir también de determinada fecha, modificándose a su vez la renta. Está dentro de los mismos principios de la revocación, nada más que en la revocación se termina con los efectos totalmente para el futuro, mientras que la modificación no es sino un convenio en virtud del cual se alteran algunos de los efectos del contrato.

6. Teoría de la imprevisión

En su programa encuentran ustedes, tratándose del efecto de los contratos entre las partes, la teoría de la imprevisión. Efectivamente, es una teoría que se relaciona con el efecto de los contratos, porque de admitirse esta doctrina en el derecho, habría lugar a una limitación de los efectos de los contratos o una modificación de los efectos de los contratos, dependiendo de ciertas circunstancias especiales no previstas en el momento de la celebración del mismo pero realizadas en el futuro, cuando está produciendo sus efectos. La teoría de la imprevisión, como noción general, puede decirse que consiste en eso: en que deben modificarse los efectos de un contrato cuando ocurre un acontecimiento que no fue previsto por los contratantes pero que, sin embargo, influye, por decirlo así, sobre la economía del contrato. Por ejemplo, se adquiere, se compra una cosa de las que en México se importan, se compra un automóvil, se compra en moneda nacional y

viene un cambio en el tipo de cambio del dólar. En México los automóviles normalmente se importan de los Estados Unidos y el precio se paga —naturalmente, en los Estados Unidos, en dólares—; si se hace la operación a tipo, digamos, de 3.60, tipo que existió hace algún tiempo, y el pago va a realizarse cuando el tipo de la moneda ha cambiado y se encuentran como sucede en la actualidad, a 5.80 o 5.90, entonces el importador puede decir: no se previó esta modificación en la moneda; en realidad, cuando hicimos la operación parecía que había un tipo estable y esto correspondía aún con la realidad, pues durante bastante tiempo se estabilizó el tipo mediante la intervención en el mercado del Banco de México, y ahora resulta que tengo que pagar este automóvil al tipo de 5.80 o 5.90; hay un cambio en la circunstancia independiente de la voluntad de los contratantes que pudo no ser prevista; pudo haber sido prevista y entonces la teoría de la imprevisión no se interesa por estos casos. En ocasiones, tratándose de estos tipos de cambio, se establece una previsión especial, ya sea para manifestar que los contratos estarán obligados al tipo del día en que se celebró el contrato o de otra manera; entonces la teoría no tiene nada que hacer. Decíamos que en la hipótesis de una imposibilidad de previsión de estos cambios económicos, la teoría de la imprevisión dirá que el contrato se celebró dentro de determinadas circunstancias económicas, si las circunstancias han variado independientemente de la voluntad de los contratantes y por causas imprevisibles, entonces quiere decir que debemos también cambiar los efectos y condiciones del contrato para que uno de los contratantes no sufra una lesión indebida en su patrimonio.

Este concepto de la imprevisión fue admitido por el derecho canónico y traducido en la cláusula que se considera cláusula tácita de los contratos, de *rebus sic stantibus*, que es a la que se refiere su programa, es decir, en el contrato tácitamente se prevé que debe ser en las condiciones en que existe en el momento de la celebración, y que así debe permanecer, pero si las condiciones se modifican, entonces debe intervenir el Juez para modificar también los efectos del contrato.

La teoría de la imprevisión ha sido muy discutida. Para algunos autores como Planiol, Ripert y Esmein, sí debe admitirse, en el principio de buena fe, que uno de los preceptos del Código de Napoleón reconoce como principio conforme al cual debe cumplirse el contrato (es el mismo precepto a que nos referíamos en la clase pasada de cómo se cumplen los contratos conforme a las cláusulas, a la buena fe, al uso y a la ley), la teoría de la imprevisión. Del concepto de buena fe pretenden los autores citados derivar este concepto de la teoría de la imprevisión. En realidad no es ése, ya lo sabemos, el sentido de la buena fe en este precepto; el sentido de la buena fe es, decíamos, el sentido corriente, por decirlo así, del término, de cumplir totalmente con un contrato de acuerdo con los principios de honestidad, de honradez.

Demogue considera también que es de admitirse la teoría de la imprevisión porque el contrato en la vida moderna ya no tiene un aspecto esencialmente individualista, sino que hay una función social del contrato, y que habiendo presencia de intereses o intereses opuestos entre quienes celebran el contrato en el desenvolvimiento de la vida jurídica del contrato, debe, según él, hacerse el reparto de las pérdidas por las imprevisibilidades, entre quien ha sufrido la pérdida

por el cambio de las condiciones del contrato, y aquel que ha recibido el beneficio.

Ripert sigue su tesis de considerar que sería contrario a un principio moral, contrario a la conciencia misma del contratante, aprovecharse de las condiciones en las que, en forma extraordinaria, sin previsión posible y sin que se haya pactado nada en contrario, se sufran condiciones nuevas que modifiquen las condiciones económicas del contrato. Admite, pues, la noción de la imprevisión con las limitaciones de los casos en que ésta pueda funcionar.

Por último, Bonnetcase reconoce la existencia de la noción derivada, más que de un desarrollo legislativo, de los datos del derecho, del principio del dato directo del derecho, que está, según toda su doctrina, por encima del derecho positivo mismo, pero haciendo también consideraciones sobre preceptos del Código de Napoleón que, en su concepto, confirman la admisión por lo menos de ciertos casos de la tesis de la imprevisión.

Colin y Capitant, Hemard, Planiol en su tratado elemental sostienen por el contrario que la doctrina de la imprevisión es una doctrina inconveniente para el desarrollo del contrato, que normalmente los contratantes están a las resultas del contrato y si han previsto que su contrato tenga un desarrollo en sus efectos en una vida más o menos larga, quiere decir que también han querido cubrirse de las eventualidades y normalmente se pactará un precio o condiciones del contrato que prevean esas eventualidades en el desarrollo de la vida

del contrato; de otro modo sería destruir el principio de la autonomía de la voluntad con perjuicio de la economía del contrato.

En nuestro derecho, la verdad es que no encontramos textos que nos hagan derivar una teoría de la imprevisión, que requeriría en nuestro concepto una reglamentación expresa de la teoría, o bien, admisión de casos que pudieran derivarse de la teoría de la imprevisión. Es más, en México se han resuelto estos problemas en los casos de carácter extraordinario mediante legislaciones especiales, recuerden ustedes las leyes de moratoria que existieron en México cuando, por las condiciones económicas especiales, el valor de nuestra moneda fue ínfimo, cuando teníamos el papel moneda, pero un papel moneda totalmente despreciado, por lo menos en su última época, y que hizo necesario que intervinieran las leyes de moratoria, como intervinieron en Francia también, después de la guerra, para establecer una moratoria de pagos; conforme a estas leyes, no se podía obligar a una persona a recibir un pago, como tampoco se podía obligar al deudor a pagar, hasta que cambiaron las condiciones económicas en México. Vuelve la moneda de oro, que era la que servía de base al sistema monetario, y la moneda de plata, se derogaron las leyes moratorias, y volvimos a entrar en un régimen normal. Así fue posible resolver estas condiciones especiales que la teoría de la imprevisión trata de resolver mediante disposiciones de orden legal. La jurisprudencia francesa tampoco ha aceptado, la noción de la imprevisión, como no lo aceptan los últimos autores que citamos, y que en nuestro concepto no debe admitirse, a menos que haya un texto legal que así lo establezca.

XVI. EFECTOS DE LOS CONTRATOS EN RELACIÓN CON TERCEROS

La regla general en materia de efectos de los contratos es su relatividad; es decir, los contratos normalmente producen efectos entre las personas que los otorgan, ya lo decía en el artículo 1277 del Código Civil de 1884: “Los contratos sólo obligan a las personas que los otorgan”.

Este principio se deriva del derecho romano, en el que se establecía que los contratos sólo producían efectos entre las partes y no podían ni perjudicar ni beneficiar a otras personas, principio que correspondía a la noción personal de la obligación que ya hemos explicado, noción personal que impidió, como sabemos, aun la representación, por lo menos en el derecho romano primitivo, y que no llegara el derecho romano a la noción abstracta de la representación, aun cuando sí haya llegado a una institución semejante a nuestra representación en el derecho moderno.

En el derecho moderno hemos de ver también el principio que nadie puede estipular para otro, esto es, también una relatividad en cuanto a los efectos del contrato. Este principio del derecho romano pasa por medio de las ideas de Pothier al derecho civil francés, y encuentran ustedes un precepto del Código de Napoleón, el artículo 1165, que dice: “Los convenios no tienen efecto sino entre las partes contratantes, ellos no dañan a los terceros ni les aprovechan, sino en el caso previsto en el artículo 1121”. Ya hemos de ver cómo el artículo 1121 del Código Civil francés se refiere a los casos de las posibles estipulaciones a favor de terceros que contiene el propio código.

En el Proyecto de García Goyena, que hemos visto en repetidas ocasiones, sirvió de base al primer proyecto del doctor Justo Sierra; en este proyecto también encontramos el mismo principio de la relatividad de los efectos del contrato, relacionados estos efectos exclusivamente con las partes. Encontramos también este principio reproducido en el proyecto del doctor Justo Sierra, y en el Código de 1870 y en el de 1884, en los términos del artículo 1277 del nuevo Código Civil. En el Código Civil vigente encontramos también preceptos, el que define el contrato, los casos especiales de estipulación en favor de terceros, el artículo 1796, que establece: “desde que se perfeccionan, etc.”. Pero no encontramos un precepto semejante al artículo 1277, aun cuando si se deriva el mismo principio de estos preceptos, y no lo encontramos por razones que hemos de explicar relativas a la estipulación a favor de tercero. Ahora bien, si los contratos sólo obligan a las personas que los otorgan, y en el término obligación se comprende tanto el lado pasivo como el lado activo de la obligación, es necesario estudiar quiénes son contratantes y quiénes son terceros.

Se entiende que son contratantes aquellos que intervienen en el contrato directamente o por medio de representante. Son terceros los que no participan en el contrato, ya sea directamente o por medio de representante; así, los representados no son terceros, sino que son partes del contrato, toda vez que hemos dicho que la noción de representación consiste precisamente en que se produzcan los efectos del contrato en el que interviene directamente una persona, en el patrimonio del representado, luego, si el contrato por la representación produce los efectos en el patrimonio del representado, se entiende fácilmente que los representados no sean terceros, sino partes que participan en el contrato.

Lo mismo debemos decir de los sucesores a título universal, pues, como ustedes saben, desde el derecho romano subsiste el principio de que se transmiten al heredero los derechos y obligaciones del autor de la sucesión, y entre esos derechos y obligaciones están, naturalmente, los efectos del contrato. Así, se entiende que los sucesores a título universal no son terceros en el contrato, sino sucesores de los contratantes a quienes obligan, ya sea dándoles el beneficio del contrato, ya sea perjudicándolos.

1. Sucesores a título particular

Los sucesores a título particular normalmente son terceros en el contrato, porque no son personas que participen o que estén representadas en el contrato; en efecto, si una persona, por ejemplo, contrata los servicios de otra para que haga determinado trabajo en un bien

inmueble (ponemos el ejemplo de un bien inmueble para verlo a partir de la transmisión de la propiedad), y luego el dueño del inmueble que ha contratado los servicios personales de esta persona transmite la propiedad de la cosa, el adquiriente de la propiedad no estará obligado en la relación contractual de prestación de servicios, será un tercero desde el momento en que no ha participado en el contrato, que no ha estado representado en el contrato, y que además no es un sucesor a título universal a quien le obliguen las relaciones contractuales del autor de la sucesión; así, en el ejemplo propuesto, el contrato de prestación de servicios será entre los que contrataron, entre el dueño y el que va a prestar el servicio, y en cuanto al adquiriente del inmueble, como no ha formado parte de la relación contractual, no estará obligado por el contrato ni tampoco podrá derivar los beneficios que en el contrato se hayan pactado; es un tercero, y es la regla general, decíamos, que los terceros no se obliguen, porque ya hemos de encontrar por razones especiales casos de excepción. Tienen ustedes, por ejemplo, lo que sucede en materia de arrendamiento; el contrato obliga al adquiriente del bien inmueble, pero en su oportunidad, al tratar sobre la naturaleza del derecho del arrendatario para ver si es un derecho real o un derecho personal, explicaremos la razón por la que el contrato de arrendamiento surte sus efectos no simplemente entre arrendador y arrendatario, sino que al transmitirse el inmueble subsiste en sus términos el contrato de arrendamiento, de tal suerte que el adquiriente de la cosa estará obligado como lo estaba el primitivo arrendador.

Terceros en general son pues aquellos que no participan en la celebración del contrato o no están representados en él. Una persona

no puede, de acuerdo con este efecto relativo del contrato, obligar a otro ni a otros si no es su representante, en cuyo caso, repetimos, ya estamos dentro de la noción de partes contratantes y no de tercero; así, yo no puedo, por mi voluntad, obligar a una tercera persona en una relación contractual, porque no contamos con la voluntad, con el consentimiento de la tercera persona, en vano querría yo obligarlo, toda vez que faltaría el elemento esencial de su voluntad, pero como al mismo tiempo, cuando yo pretendo obligar a otra persona en un contrato que celebro, yo no soy el que toma a cargo la obligación, mi voluntad no es nada para obligarme, sino para obligar a un tercero, tampoco podrían deducirse efectos respecto de mí, derivados del contrato. Esto es lo que se llama una obligación por otro, que, como decíamos, no es posible jurídicamente, toda vez que significa una falta de consentimiento del tercero, y de consentimiento para obligar a un tercero, pero no para obligarse el contratante, de donde resulta que no puede haber efectos ni en relación con el tercero ni en relación con la parte que interviene, derivados del contrato.

En el derecho francés hay una institución que también puede existir en el nuestro, que se llama “la promesa de *porter-fort*”. No es otra cosa sino la promesa de obtener el consentimiento de una tercera persona; y constituye en realidad una obligación de hacer para el que hace la promesa, es una obligación válida que consiste en hacer; en obtener el consentimiento o la prestación, ya sea como obligación de hacer, o de dar, o la abstención de una tercera persona. No es, ni estamos pretendiendo en esta promesa, obligar a una tercera persona, como en el caso de la obligación por otro, sino que nos estamos obligando los contratantes para realizar un hecho que, en caso de no

cumplirse, traerá como consecuencia lo que trae normalmente como consecuencia la obligación de hacer no cumplida, o sea, una indemnización por daños y perjuicios. Así, por ejemplo, en una copropiedad, uno de los copropietarios vende una parte de la copropiedad que le pertenece, contrato en el que es parte, produciéndose efectos entre las personas que otorgan ese contrato. Pero como la persona que va a comprar el derecho de copropiedad no le convendría comprar únicamente la mitad, digamos, que le pertenece a esta persona, le dice: “Yo te compro tu mitad pero te obligas a que el otro copropietario me venda”, y entonces este copropietario vendedor, se obliga a obtener el consentimiento, en cuya virtud el otro copropietario va a vender su parte; hace, pues, una promesa y contrae la obligación de hacer que está entre las normas generales de la obligación de hacer; no es que esté obligando al otro copropietario sin su consentimiento, que es la obligación por otro, sino simplemente se está comprometiendo él a una obligación de hacer, a una prestación que consiste en obtener el consentimiento del otro copropietario; esta promesa, decíamos, tiene validez no porque sea una excepción al efecto relativo de los contratos, sino porque, constituye una obligación propiamente, una obligación contractual.

2. Estipulación a favor de tercero

Vamos ahora a estudiar lo que en derecho se llama “la estipulación a favor de tercero”. En el derecho romano, al mismo tiempo que se establecía que lo hecho por otro no beneficiaba ni perjudicaba a los que no hubieran intervenido en el contrato, se establecía el principio

de que nadie podía estipular para otro, esto es, que no se podía hacer derivar efectos de un contrato confiriéndole una acción directa a un tercero cuando éste no había intervenido en el contrato.

Puede afirmarse que el principio subsistió en todo el derecho romano, nada más que ya en el derecho de Justiniano encontramos algunas excepciones. El pacto para recibir el pago no era, en mi concepto, propiamente una excepción, porque si es verdad que el pago hecho a la persona designada era válido, no le daba al designado la acción para exigir el pago, que es lo característico de la estipulación para el otro; pero sí era una excepción al principio, lo que en el derecho de Justiniano se conocía como “la donación submodo”; esto es, la donación con la carga en contra del donatario de hacer alguna prestación a favor del tercero, como cuando se donaba una cosa y se obligaba al donatario a hacer participar en los frutos de la cosa a un tercero, quien tenía, una vez aceptada la carga, la acción directa en contra del donatario derivada de la donación submodo. Lo mismo se encuentra una excepción al principio en ciertos casos de constitución de dote, que hace posible la acción de un tercero para hacer que se entregue la dote. Pero fuera de estos casos excepcionales admitidos hasta el derecho de Justiniano, el principio era terminante en el derecho romano, de que nadie podía estipular para otro, y así también pasa el principio al derecho civil francés por medio de las ideas de Pothier, y encontramos un artículo en el Código Civil francés, el 1119, que establece: “No se puede en general obligarse ni estipular en su propio nombre, si no es para sí mismo”. El 1120 dice: “Sin embargo, se puede hacer la promesa para un tercero, la obligación para un

tercero (*porter fort*, que es la noción que habíamos explicado), prometiéndolo el hecho de éste”. El artículo 1121 dice: “Se puede, de manera semejante, estipular en provecho de un tercero, cuando tal es la condición de una estipulación que se ha hecho para sí mismo o de una donación que se le ha hecho a otro. El que hace esta estipulación no puede revocarla si el tercero ha declarado querer aprovecharla”.

Tienen ustedes cómo, en el Código de Napoleón, se ha tratado de conservar el principio general de que no se puede estipular para otro, pero se han dado dos excepciones: los casos en que una persona haya estipulado para sí mismo, poniendo como condición la estipulación para otro, y el caso tradicional en el derecho romano de la donación submodo; y la doctrina francesa y la misma jurisprudencia han extendido tanto las excepciones del artículo 1121, que los autores sostienen que en realidad las excepciones se han convertido en la regla general del Código Civil francés.

Pasando por nuestros antecedentes, encontramos que el Proyecto de don Florencio García Goyena establecía también el principio de que no se podía estipular a favor de tercero, pero que cuando esto se hacía, y la estipulación era aceptada por el tercero antes de que fuera revocada, entonces el tercero tenía la acción directa.

Es curioso observar cómo el proyecto del doctor Justo Sierra, formulado por Sierra a instancia de don Benito Juárez, contenía un precepto semejante al Proyecto de García Goyena, y que ya en el Código de 1870 y después en el de 1884 no encontramos, sino que

el artículo que corresponde al proyecto del doctor Justo Sierra y al Proyecto de García Goyena, o sea el 1277 del Código de 1884, establece exclusivamente que los contratos sólo obligan a las personas que los otorgan, sin establecer ni los casos de excepción del Código Civil francés, ni el precepto de García Goyena, ni tampoco las disposiciones semejantes al Código Civil francés que encontramos en el Código Civil español actualmente en vigor, y que encontramos también en el Código Civil italiano; y estos antecedentes han llevado al maestro Borja Soriano a afirmar en diversos estudios que la estipulación para otro no la encontramos en nuestro derecho hasta el Código Civil de 1884, sino que se sigue en el artículo 1277 la tradición pura del derecho romano, esto es, no darle efectos a los contratos sino entre las personas que los otorgan.

No quiere decir esto que no haya casos en el Código de 1884 que no sean unas verdaderas estipulaciones a favor de tercero, como excepción hemos de ver, al tratar el contrato de seguros, cómo el seguro no puede pactar a favor de un tercer beneficiario que tiene una acción jurídica en contra del promitente para exigir el pago de lo prometido, y lo mismo que decimos del contrato de seguros, decimos del contrato de renta vitalicia, pero fuera del seguro y de la renta vitalicia en materia de contratos, encontramos como regla general lo establecido en el artículo 1277 del Código Civil de 1884.

Ya hemos de ver cómo, en el Código Civil vigente, se admite de manera expresa la estipulación para otro y se le da una reglamentación especial, es más, la colocación de la materia de la estipulación a favor

de tercero nos da la naturaleza jurídica de la misma estipulación, naturaleza que ha sido tan discutida en la doctrina.

En la estipulación a favor de tercero encontramos pues tres personas: el estipulante, el promitente y el tercero beneficiario. El contrato se celebra entre el promitente y el estipulante. Tomemos un ejemplo, el contrato de seguros. Una persona va a celebrar un contrato, con una compañía de seguros, pero en beneficio de una tercera persona, de una persona de su familia a la que se designa como beneficiario del seguro, de tal suerte que al morir, digamos, el asegurado, el pago se hace no a los herederos conforme a las reglas de la sucesión, sino que se le hace a este tercero beneficiario; encontramos aquí que la compañía será el promitente, el que celebra el contrato de seguros será el estipulante, y la persona designada para recibir el pago será el tercero beneficiario; de suerte que en la estipulación a favor de tercero, o estipulación para otro, se celebra un contrato entre promitente y estipulante que va a producir sus efectos a favor de un tercero beneficiario, puesto que del contrato se deriva una acción directa para que el tercero beneficiario pueda exigir lo prometido por el promitente, y hay que fijarse que no interviene la noción de representación, esto es, el estipulante no es un representante del tercero beneficiario, de ser un representante entonces estaríamos dentro de los principios generales de la reglamentación y el tercero beneficiario no sería tercero en el contrato sino sería parte contratante; por hipótesis la estipulación a favor de tercero significa que sin representación el estipulante estipula, de allí su nombre, a favor del tercero beneficiario, de tal suerte que el promitente se obliga directamente con el tercero benefi-

ciario, quien deriva una acción directa para exigir el cumplimiento de esa promesa. Los antecedentes históricos nos indican que hasta el Código de 1884, decíamos, no se admite la estipulación a favor de tercero en virtud del principio del artículo 1277, y de estos antecedentes a que nos hemos referido, a no ser en los casos excepcionales del contrato de seguros y del contrato de renta vitalicia, pero ello supone, como hemos de ver en su oportunidad, que hay preceptos expresos que hacen derivar una acción directa a favor del tercero beneficiario, ya sea en un contrato de seguros, ya sea en el contrato de renta vitalicia, y de ahí que durante la vigencia del Código de 1884 se resolviera este problema que vamos a plantear en el sentido que ha expresado el maestro Borja Siriano, y es al que se refiere su programa como caso práctico.

Es muy común, y lo era durante la vigencia del Código de 1884, un pacto de esta naturaleza: una persona le presta dinero a otra, digamos, le presta 5,000 pesos, con hipoteca; el otro hipoteca una casa suya; con posterioridad el deudor hipotecario vende la casa. Cuando se celebró el contrato de hipoteca el acreedor hipotecario, o sea el que ha prestado su dinero con hipoteca, tenía dos acciones (como hemos de explicar también en el contrato de hipoteca), la acción personal que se deriva del contrato de mutuo para exigir la devolución de esos 5,000 pesos y además una acción real, o sea, la acción que se deriva de la garantía hipotecaria en contra del bien inmueble que le da un derecho de persecución de la cosa y un derecho de preferencia. Pero el deudor hipotecario, como habíamos dicho, vende la finca y la vende, digamos, en 10,000 pesos y al vender la finca le dice

a su comprador: entrégame 5,000 como pago del precio y los otros 5,000 te obligas a entregárselos a mi acreedor, a quien le debo 5,000, préstamo por el que he dado en hipoteca esta casa; tú extinguirás pues la hipoteca pagando esos 5,000 pesos, y hay casos prácticos y aun resueltos por la Suprema Corte, en los que puede suceder lo siguiente: en el ejemplo se supone que no ha intervenido en el contrato de compraventa para prestar su consentimiento el acreedor hipotecario, sino que, independientemente de su voluntad, el vendedor de la cosa le ha dicho al comprador: “Tú te obligas a pagarle al acreedor hipotecario los 5,000 pesos”. ¿Qué sucede una vez que se celebra el contrato de compraventa? ¿El acreedor hipotecario tiene acción personal en contra del adquirente de la cosa hipotecada? Naturalmente que no se discute la acción real si es que el adquirente todavía tiene la cosa, puesto que la acción legal que se deriva de la hipoteca sigue a la cosa en manos de cualquier poseedor; independientemente de cualquier obligación personal, de cualquiera obligación contractual, cualquier adquirente de la cosa hipotecada está obligado, y el acreedor podrá dirigirse contra la cosa para ejercitar las acciones que se deriven de la hipoteca para embargarla mediante la fijación de la cédula hipotecaria, y finalmente sacarla a remate y hacerse pago con el producto de la venta. Pero como el comprador de la cosa se obligó a pagarle al acreedor hipotecario esos 5,000 pesos, ¿puede el acreedor demandar esa suma al comprador de la cosa? Vamos a suponer, en una hipótesis, que se remata el bien hipotecado (en realidad no es sino otra forma de representar el problema, pero que se ha dado como caso práctico y es interesante que lo conozcan); vamos a suponer que se remata el bien hipotecado, pero que esos 5,000 pesos, por el tiempo transcu-

rrido, por los réditos después de varios años, se han convertido en 20,000, hipótesis muy posible, y no sólo es posible, sino que tenemos casos normales en la práctica en que se asciende a esos 20,000 pesos, y entonces el acreedor se dirige contra el poseedor de la cosa en acción real hipotecaria, saca a remate el bien y lo saca, decíamos en nuestro ejemplo, en 10,000 pesos, y quedan otros 10,000 sin cobrar, y entonces él dice al que adquirió la casa: “como tú te obligaste en el contrato de compraventa a pagar 5,000 pesos, te vengo a demandar por el saldo de esos 10,000 porque esos 5,000 subieron a 20,000, y de tu casa no he obtenido más que 10,000. ¿Tiene esa acción el acreedor hipotecario para que, independientemente de su crédito hipotecario, se pueda dirigir en acción personal contra el adquiriente de la cosa en virtud de que este adquiriente, repetimos, se obligó con su vendedor a pagarle esos 5,000 pesos?

Segundo. ¿Puede este acreedor personal seguir la acción hipotecaria, hacerse pago parcial del crédito con el bien hipotecado y conservar una acción personal contra este adquiriente de la cosa que se ha obligado a hacer, el pago de los 5,000 pesos, para demandarle esa cantidad? ¿Tendrá la acción personal para embargarle no solamente los bienes hipotecados que por hipótesis se supone que ya fueron rematados, sino cualquier bien de su patrimonio para hacerse pago, como sucede normalmente en una acción penal, con todos los bienes de su patrimonio?

Se resuelven los dos problemas negando la acción dentro del Código de 1884, negándole la acción al acreedor por el principio

derivado del artículo 1277, de que los contratos sólo obligan a las personas que los otorgan, y el contrato entre comprador y vendedor de la cosa hipotecada no obliga sino a los que son partes en el contrato, es decir, al comprador y al vendedor; quiere decir que el vendedor tendrá acción en contra del comprador para exigirle que pague esos 5,000 pesos que es parte del precio, pero que el acreedor hipotecario no tiene acción personal en contra del comprador, del adquirente de la cosa, puesto que no ha sido parte del contrato, y aun cuando con posterioridad dijera el acreedor hipotecario que acepta el beneficio que se deriva del contrato, como no ha habido una oferta dirigida a él, no puede existir ninguna relación contractual.

En el segundo ejemplo, cuando el acreedor se dirige en acción real contra el comprador, la acción real está bien ejercitada porque, repetimos, procede contra cualquier poseedor de la cosa; saca el bien a remate, se paga la totalidad o parte de su crédito, pero si nada más se paga una parte y quiere deducir la acción penal en contra del adquirente por la diferencia y hasta el monto que se haya obligado el comprador, tampoco tendrá la acción personal por la misma razón, porque no ha sido parte en el contrato, y los contratos sólo obligan a las personas que los otorgan. En este sentido se presentó ya algún caso, por lo menos, que yo conozca, ante la Suprema Corte, y la Corte dictó sentencia en el sentido de que no había personal que pudiera deducir el acreedor hipotecario en contra del adquirente del bien hipotecado; aun cuando ese adquirente se hubiese obligado con su vendedor a pagarle al acreedor hipotecario, se supone que éste no intervino en el contrato, puesto que de haber intervenido no habría sido parte y estaría dentro de la regla general.

FUENTES EXTRA CONTRACTUALES
DE LAS OBLIGACIONES

XVII. LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

1. Generalidades

*S*e ha sostenido en derecho que la obligación debe surgir únicamente cuando hay dos voluntades que se ponen de acuerdo para crear la obligación, y que no es posible que una sola voluntad pueda crear la obligación; así, tratadistas como Planiol consideran que el contrato y la ley son las únicas fuentes de obligación, no habiendo pues posibilidad para que la voluntad por sí sola, independientemente de otra voluntad que de acuerdo con la primera forme el consentimiento, pueda crear obligación.

El derecho moderno admite ya que una voluntad, independientemente de acuerdo de voluntades, una voluntad sola crea la obliga-

ción; sin embargo, no se admite como tesis general que siempre que haya una declaración unilateral de voluntad tendiendo a crear una obligación, la obligación surge, sino que hay determinados casos en que habiendo la declaración unilateral de voluntad, sea la fuente de la obligación, pero hay otros casos en que aun cuando haya esa declaración de voluntad, esa voluntad no es suficiente por sí sola para crear la obligación, no se puede tomar como fuente de obligaciones; esto es, se estima que no es la voluntad unilateral una fuente general de obligación como es el contrato; siempre que hay contrato, siempre que se celebra un contrato, ya sea que ese contrato sea de los reglamentados en el código o de los contratos que sin estar reglamentados en el código hemos llamado innominados porque, reuniendo los requisitos de esencia y los requisitos de validez, producen obligación, crean la obligación, decíamos, siempre que hay un contrato en estas condiciones se crea una obligación, esto es lo que significa que el contrato es una fuente general de obligación; en cambio, tratándose de la voluntad unilateral, ¿cuándo se admite que ésta pueda ser jurídicamente fuente de obligación? Se dice que la voluntad unilateral no es una fuente general de obligación, sino que debe admitirse únicamente en determinados casos, los casos que están establecidos en la ley; así, el Código Civil alemán, que es un tipo de legislación que admite la voluntad unilateral como fuente de obligación, lo hace sólo en determinados casos: la oferta con plazo, los títulos al portador, la promesa de fundación que desde el antiguo derecho germánico venía considerándose como ejemplo de voluntad unilateral creadora de obligaciones, y (quizá con menos claridad) la estipulación a favor de tercero, son los casos que el derecho civil alemán moderno admite como casos en que la voluntad unilateral es fuente de obligación.

Nuestro Código Civil, al admitir la voluntad unilateral, lo hace también dentro de este concepto de ser una fuente limitada a ciertos casos de la obligación; y, repetimos, no es —como el contrato— una fuente general de obligación que significa que siempre hay un contrato que reúne los requisitos de validez y los de esencia, aun cuando no sea de los contratos reglamentados, se produce, se crea la obligación.

Distinción entre contrato unilateral y acto de voluntad unilateral. Debemos distinguir esencialmente entre lo que se entiende por contrato unilateral y acto de voluntad unilateral, distinción que, aun cuando sea en otros términos, ya la hemos hecho, e insistimos, no porque la noción deje de ser clara, sino porque a veces se confunde, y en las preguntas a los alumnos a veces incurren en confusión; pero la diferencia entre los conceptos es esencial y absolutamente clara. Decíamos cuando clasificamos los contratos que éstos podían ser sinalmáticos o bilaterales y unilaterales; que en los primeros encontramos obligaciones recíprocas, es decir, para las dos partes contratantes, mientras que en el unilateral se hallan únicamente obligaciones para una de las partes, pero siendo contrato el unilateral, no significa que no haya acuerdo de voluntades: hay por lo menos dos voluntades, puesto que es esencial al contrato el consentimiento, o sea, el acuerdo de voluntades; lo que sucede es que del acuerdo, del consentimiento contractual, digamos, surgen obligaciones para una sola de las partes, pero la otra parte ha intervenido y ha prestado su consentimiento aceptando el contrato. Se ve, pues, que el contrato unilateral tiene que ser esencialmente distinto del acto de voluntad unilateral, que supone la falta de consentimiento, la falta de acuerdo de voluntades; es la

distinción que hemos hecho entre el acto jurídico unilateral y el acto jurídico plurilateral, en donde hemos colocado los convenios y contratos, mientras que en el acto jurídico unilateral encontramos una sola voluntad.

Decíamos: existe una corriente doctrinal que niega en lo absoluto la posibilidad de que surja o nazca una obligación de una sola voluntad, y otra corriente que considera que debe admitirse la voluntad unilateral como fuente de obligación pero limitada a ciertos casos, limitación que se explica por tratadistas como Demogue en estos términos.

La voluntad unilateral debe ser fuente de obligación porque al externarse esa voluntad, al ponerse en presencia de otros intereses, hace que dichos intereses obren en consecuencia y, por tanto, que dejen exigir el cumplimiento de la obligación; tomen ustedes el caso que hemos de estudiar de la oferta al público o de la promesa de recompensa; cuando se promete una cantidad de dinero porque una persona en un concurso ejecute determinada obra sin que haya aceptación de la otra parte, y muchas veces incluso sin el consentimiento, puede suceder que se obre en consecuencia, es decir, que haya una persona que ejecute la obra, que realice el trabajo. Cuando un comerciante ofrece sus mercancías al público, está lanzando una oferta a un conjunto de personas indeterminadas, pero que conocen o que pueden conocer la oferta, que pueden obrar en consecuencia, que pueden incluso dejar de aprovechar otras ofertas, con la seguridad de que la hecha por este comerciante debe ser cumplida. El respeto a la palabra dada, y estos intereses en presencia, hacen que en determinados casos

haya, por decirlo así, la conciencia pública de que ciertas ofertas indeterminadas, ciertos actos de voluntad unilateral, deben ser cumplidos a pesar de que no haya habido otra voluntad que acepte la obligación, pero esta misma explicación de orden social, con respecto a los actos de voluntad unilateral, nos da la explicación de su limitación; quiero decir, que cuando no existe esa conciencia pública, ese argumento de orden social, entonces no debe admitirse la voluntad unilateral, porque es un hecho que reviste peligros, especialmente para el que hace la declaración; y las legislaciones modernas, decíamos, que admiten la voluntad unilateral como fuente de obligación, han seguido esta tesis de limitación de los casos en que la voluntad unilateral produce el efecto de crear la obligación.

2. Antecedentes históricos

Vamos a hacer un estudio, aunque sea breve, de los antecedentes históricos de esta fuente extracontractual de la obligación que se llama declaración unilateral de voluntad.

Derecho romano. Encontramos que en el derecho romano, la regla general es que la obligación deber surgir del consentimiento, de un acuerdo de voluntades; no mencionamos naturalmente el problema de forma, que es un problema diverso y al que ya nos hemos referido. Es el contrato, es el convenio el que hace surgir la obligación; la simple policitud, la simple declaración de voluntad unilateral, normalmente no es suficiente para crear la obligación, pero autores como Saleilles y los tratadistas de derecho romano han encontrado, sin embargo,

casos en que, por excepción, la voluntad unilateral produce obligaciones; en algunos pasajes del digesto, tratando la materia de las peticiones, se encuentra que hay peticiones que por sí mismas son obligatorias, son las ofertas hechas a los dioses y las ofertas hechas a la ciudad. Las ofertas hechas a los dioses que podían ser exigidas seguramente por los sacerdotes del dios a quien se había hecho la petición sin que hubiera habido una aceptación de la petición, por más que extremando la teoría contractual algunos tratadistas de derecho romano hayan pensado que dentro del espíritu de aquel pueblo, la aceptación estaba en que se hubiera concedido por el dios el favor que había hecho surgir la oferta; pero, por lo menos dentro del derecho romano, que es al que nos referimos, no se ve aceptación de otra parte, hay una petición obligatoria por sí misma. Lo mismo podríamos afirmar de las ofertas hechas a la ciudad, hechas en algunas ocasiones para obtener un puesto público, para obtener una magistratura, que podían ser exigidas por el representante de la ciudad aun cuando no hubieran sido aceptadas por estos representantes; éste es otro caso de petición válida por sí misma y que no requiere consentimiento, un acuerdo de voluntades, pero fuera de estas excepciones, el derecho romano consagra siempre el principio de la necesidad de una fuente de obligación contractual, de un acuerdo de voluntades, para crear la obligación.

Derecho canónico. Encontramos también que los votos hechos al Dios, ya no a los dioses, que las ofertas hechas a la divinidad, podían ser exigidas y deberían cumplirse en los términos del voto.

Derecho germánico. En el derecho germánico encontramos una vieja institución que todavía hemos de encontrar en el derecho

moderno, que es la fundación; la promesa de fundación era exigible como acto de voluntad unilateral, puesto que en el momento en que se hacía la promesa no había un patrimonio que como persona moral aceptase la fundación, el destino de un patrimonio o el conjunto de bienes para la realización de una finalidad determinada. En el momento en que se hacía la fundación, no se encontraba una persona, ya fuese física o jurídica, que aceptara la fundación, sino que después de hacerse la fundación venía la creación de la persona moral que entraba ya en relaciones con terceros, de ahí que también en el derecho germánico se admitan como caso excepcional estas fundaciones o promesas de fundación, como acto de voluntad unilateral, y ya hemos dicho cómo el derecho alemán moderno en el Código Civil alemán, acepta como caso de obligación que nace de una declaración unilateral de voluntad, el de la fundación, como acepta la polización con plazo, los títulos al portador y la capitulación a favor de tercero.

Derecho francés. El antiguo derecho francés con Pothier inspirando el código francés, sostenía que la voluntad unilateral no podía ser fuente de obligación, que así como yo no podía obligar a una persona sin su voluntad, como tampoco la podía hacer acreedora sin su voluntad; que era necesaria la intervención de su voluntad para constituir la como deudora o acreedora.

Derecho francés moderno. En el derecho francés moderno la doctrina está dividida entre tratadistas del tipo de Planiol que, decíamos, consideran que las únicas fuentes de obligación son el contrato y la

ley, y tratadistas como Colin y Capitant, quienes admiten que la voluntad unilateral puede ser fuente de obligación y la comprenden dentro de la enumeración que los autores hacen fuentes de las obligaciones.

El principal obstáculo que en el derecho civil francés se encuentra para admitir la voluntad unilateral como fuente de obligación consiste en que, como el español, el código francés contiene una clasificación expresa en uno de sus artículos de las fuentes de las obligaciones, la clasificación tradicional del contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito y la ley; y se ha dicho: si el Código Civil francés en uno de sus preceptos dice que las fuentes de las obligaciones son el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley, no hay posibilidad de admitir una fuente distinta, como sería esta declaración unilateral de la voluntad.

Colin y Capitant contestan: la clasificación de las fuentes de las obligaciones es una clasificación doctrinaria, tiene el mismo carácter que tienen las definiciones en derecho, que la doctrina puede modificar si encuentra que hay elementos esenciales diversos, o que hay, tratándose de fuentes de obligaciones, fuentes de obligación diversa de las que de manera expresa ha enumerado este artículo del Código Civil francés, de tal suerte que no es la clasificación en el Código Civil francés, como diríamos también en el Derecho Civil español, no es un obstáculo para admitir una nueva fuente, y si encontramos que en el derecho moderno, sostienen Colin y Capitant, hay casos en los que la pura voluntad puede crear una obligación, no debe ser un obstáculo insuperable una clasificación doctrinal, aun cuando se encuentren en un texto del Código Civil.

Derecho mexicano. En nuestro derecho, en el Código Civil de 1884, no encontramos que se admita de manera expresa la voluntad unilateral, como tampoco encontramos un precepto semejante al del Código Civil francés que establezca una clasificación de las fuentes de las obligaciones; entonces debemos examinar si hay casos en los que se admite la voluntad unilateral, o por lo menos instituciones que admitan como explicación doctrinaria la voluntad unilateral.

Desde luego, el Código Civil de 1884 no hace, como ya lo hace el nuevo Código Civil, una reglamentación de la declaración de voluntad unilateral; dada la época de promulgación de este código, no es fácil pensar que se hiciera así, pero encontramos algunos casos aislados que en nuestro concepto admiten como mejor explicación, no una explicación contractual, sino una explicación extracontractual.

Decimos que por regla general los contratos sólo producen efectos entre las personas que los otorgan, pero que hay casos excepcionales en los que los contratos producen efectos respecto a terceros, dentro del concepto de estipulación a favor de tercero, estos contratos son, decíamos, el contrato de seguros y el de renta vitalicia, y ya hemos de explicar cómo la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero radica en la voluntad unilateral mejor que en cualquiera otra doctrina, y ya hemos de ver cómo el nuevo Código Civil de una manera expresa considera que la estipulación a favor de tercero es un acto de voluntad unilateral, luego, si hemos de admitir que la estipulación a favor de tercero tiene como fuente de voluntad unilateral, y si en el Código de 1884 encontramos que hay en materia del contrato de seguro y en

materia del contrato de renta vitalicia casos en los que debemos admitir estipulaciones a favor de tercero, llegamos así a la conclusión de que en estos casos el Código de 1884 admitía la voluntad unilateral como fuente de obligación. Es más, entiendo que ya dimos también una explicación sobre el particular cuando hablamos del artículo 1292 del Código de 1884 que dice: “el proponente está obligado a mantener su propuesta mientras no reciba contestación de la otra parte, en los términos señalados en los artículos 1289, 1290 y 1291. De lo contrario, es responsable de los daños y perjuicios que puedan resultar de su retracción”. Y decíamos entonces que ha sido muy discutida la fuente de la obligación de pagar daños y perjuicios en el caso en que un policitante retire su oferta sin que se haya vencido el plazo, decíamos que hay explicaciones de orden contractual y de orden extracontractual, que se ha querido dar la explicación de la culpa *in contraendo*, que no es sino una explicación contractual, y que no admitimos porque precisamente por hipótesis no hay todavía contrato; por hipótesis se retira la oferta antes de que venga la aceptación, porque si viene la aceptación entonces ya no podemos hablar de la situación del artículo 1292, sino que tenemos que hablar de una situación en que, habiéndose ya perfeccionado el contrato, se deducirán las acciones de cumplimiento del contrato.

Decíamos también que se ha intentado una explicación de orden contractual un poco, por decirlo así, “traída de los cabellos”, en que se considera que al hacerse la oferta con plazo, se ofrecen dos cosas: la celebración del contrato y un determinado plazo, que aun cuando este ofrecimiento aparezca en forma tácita, como la otra parte, al acep-

tante, no le perjudica el ofrecimiento sino que en todo caso le beneficia, debe entenderse que acepta el plazo. Como se ve, es una forma de llegar a una explicación contractual y que en realidad establece una ficción que no corresponde con la realidad.

También nos referíamos a la tesis de Windscheid, según la cual la obligación surge de la ley; ya hemos de ver, aplazando la explicación, que la ley por sí sola no es una fuente especial de obligación, sino que también, de acuerdo con ideas ya expresadas, la ley constituye la situación jurídica abstracta que se pone en movimiento mediante hechos o actos jurídicos que pueden ser las fuentes de la obligación, para convertirse en situación jurídica concreta.

Por último, llegamos a considerar, como lo hace también una parte de la doctrina, que esta responsabilidad de daños y perjuicios no puede derivarse sino de la voluntad unilateral del policitante.

Ésta es la situación en el Código de 1884, es decir, no admite la voluntad unilateral dentro de una reglamentación adecuada como la que ya existe en el código vigente, como la que existe en el Código Civil alemán, pero sí admite la voluntad unilateral como fuente de obligaciones en ciertos casos particulares de instituciones que en nuestro concepto se explican mejor que por alguna otra doctrina, por la voluntad unilateral.

Código vigente. En el nuevo Código Civil, siguiendo ya las ideas modernas sobre el particular, la primera fuente extracontractual que

encontramos es precisamente la declaración unilateral de voluntad, artículos del 1860 al 1881, pero, primera observación: no hay un concepto que declare que siempre que haya una declaración unilateral de voluntad se crea la obligación, como tampoco existe un concepto de esta naturaleza en el Código Civil alemán, sino que el código en este capítulo ha reglamentado la declaración unilateral de voluntad mediante la reglamentación de instituciones particulares que admiten como naturaleza jurídica un acto de voluntad unilateral, y estas instituciones son: la oferta al público, la promesa de recompensa, la estipulación a favor de tercero, y los títulos a la orden y al portador; fuera de estos casos y de todos aquellos que encontraremos en el Código en los que la mejor explicación sea la voluntad unilateral, pero ya admitida así en un precepto legal, no hay una fuente general de obligación que se llame “voluntad unilateral”, como sí hay una fuente general de obligación que se llama “contrato”, de tal suerte que el estudio de la voluntad unilateral debe hacerse a partir del estudio de estos casos particulares, por decirlo así, de aplicación de la voluntad unilateral como fuente de obligación.

Tienen ustedes desde luego la oferta al público. Artículo 1860: “El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento.” Lo encuentran ustedes especialmente en materia comercial, donde ven constantemente ofreciendo al público objetos en un precio determinado, y entonces, para hablar en términos de Demogue, se encuentra ahora la necesidad, la conciencia pública de que, habiendo intereses en presencia que pueden obrar en consecuencia, debe cumplirse con la obligación como un respeto a la

palabra dada, y también como un respeto a los intereses del público; son ofertas a personas indeterminadas que tienen obligatoriedad por la oferta misma, son actos de voluntad unilateral, como de manera expresa los clasifica el capítulo al poner estos casos dentro de la declaración unilateral de voluntad.

La promesa de recompensa la encuentran ustedes reglamentada en los artículos 1861 a 1865 y una reglamentación especial de la promesa de recompensa. En general puede decirse que conforme a estos preceptos la promesa de recompensa es obligatoria por sí misma; cuando se ha ofrecido al público algo y el público, o mejor dicho, algunas personas han cumplido con las condiciones de la promesa, se tiene una acción para exigir su cumplimiento; sin embargo, dada la forma en que las promesas se presentan ante el público, se admite en ciertos casos la revocación de la promesa, pero esta revocación, desde el momento en que existe una obligación, tiene una serie de limitaciones en el código; así, no podrá revocarse la promesa si ya se ha cumplido con la condición o si se han realizado los trabajos por los que se hizo la promesa; no puede, aun cuando no se haya cumplido con la condición ni se hayan determinado los trabajos, no puede libremente retirarse la promesa, sino que en caso de que no se haya cumplido, pero se hayan hecho gastos en la realización de esos trabajos, deben pagarse esos gastos; si quiere retirarse la oferta, debe tener además la misma publicidad que tuvo la policitación.

El artículo 1865 dice: “si el acto señalado por el promitente fuere ejecutado por más de un individuo, tendrá derecho a la recompensa”.

En este artículo se fijan las personas que deberán ser recompensadas. Se sigue primero un criterio de tiempo: el que primero ha cumplido es el que tiene derecho; después, se divide la recompensa y, por último, cuando tiene un carácter indivisible, entonces interviene la suerte, por medio de la suerte se fija el que ha de obtenerla. Éste es uno de los casos excepcionales en que el código acude a la suerte para determinar la obligación.

En los concursos lo único esencial es establecer, en las condiciones, el plazo, ya que sin éste no hay promesa de recompensa para el concurso; así lo encuentran establecido en el artículo 1866.

Estos artículos están inspirados especialmente en el código brasileño y por eso son útiles los comentarios de los tratadistas brasileños, (Beviláqua, por ejemplo) y también están inspirados en el Código Civil alemán.

Después de esta reglamentación de la oferta al público y promesa de recompensa, encuentran ustedes en los artículos 1868 y siguientes hasta el 1872, reglamentada ya la estipulación a favor de tercero, es decir, a diferencia de lo que sucedía en el Código de 1884, donde hemos dicho que la regla general es o consiste en que los contratos sólo producen efecto entre las personas que las otorgan y que únicamente cuando así lo ha expresado la ley, por excepción encontramos casos de estipulación a favor de tercero, o de instituciones jurídicas que admitan como mejor explicación la estipulación a favor de tercero, a diferencia, repetimos, de lo que sucede en el de 1884, el código vigente

establece, como regla general, la posibilidad de estipular a favor de tercero dentro de las condiciones que el mismo código establece. El artículo 1868 dice: “En los contratos se pueden hacer estipulaciones a favor de tercero de acuerdo con los siguientes artículos”.

3. Naturaleza jurídica de la estipulación a favor de un tercero

Antes de estudiar más o menos a detalle los artículos que reglamentan la estipulación a favor de tercero, vamos a referirnos, así sea brevemente, a la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero, porque si es verdad que ya en el nuevo Código Civil no encontramos un problema de clasificación de esta naturaleza, también es cierto que la doctrina ha admitido diversas explicaciones con más o menos fundamento; estas explicaciones fundamentalmente son: primero, la teoría de la oferta; segundo, la teoría de la gestión de negocios; tercero, la teoría de la creación directa de la acción, y cuarto, la teoría de la voluntad unilateral. La teoría de Planiol en realidad es una tesis que toma de la teoría de la oferta, de la teoría de la gestión de negocios y de la teoría de la creación directa de la acción, no de la voluntad unilateral, y precisamente por no admitir la voluntad unilateral se ve obligado a hacer este esfuerzo, porque Planiol, decíamos, no admite la voluntad unilateral como fuente de obligación. Por último, se trata de una teoría que tiene un carácter especial, que tiene un carácter contractual.

Teoría de la oferta. Conforme a la teoría de la oferta, el estipulante ofrece al tercero beneficiario los efectos del contrato que antes han

sido establecidos entre el promitente y el estipulante, es decir, la oferta pasa por el patrimonio del estipulante, va hacia el tercero beneficiario. Esta teoría ha sido criticada por la doctrina en virtud de que, en primer lugar, la intención no es que se produzcan los efectos en el patrimonio del estipulante, sino que se produzcan en el patrimonio del tercero beneficiario, claro es que entre el promitente y el estipulante existan efectos contractuales, pero no son estos efectos los que tratamos de investigar, ni tampoco cuya naturaleza jurídica tratamos de fijar, porque el contrato entre promitente y estipulante está suficientemente explicado por esa fuente contractual; así, en un contrato de seguros, el beneficio del seguro a favor de una tercera persona es el que trata de explicarse en cuanto a cuál es la fuente de obligación, no se trata de explicar las relaciones entre la compañía aseguradora y el que contrata el seguro, que están ligados por el contrato. Además, la teoría de la oferta hace posible que en un caso de insolvencia del estipulante, el tercero beneficiario no tenga sino una acción común con todos los acreedores del estipulante, lo que es contrario a la idea de estipulación. Por otra parte, la muerte del estipulante traería como consecuencia el que terminara la póliza, porque ustedes saben que la muerte del pólizante extingue la oferta, a no ser en los casos excepcionales en que el aceptante no conozca la muerte antes de la aceptación. Si la muerte del estipulante trajera como consecuencia el retiro de la oferta, esto sería contrario a lo que sucede en casos como el de seguros, en que lo importante es precisamente que después de la muerte del estipulante, la estipulación surta sus efectos a favor del tercero beneficiario, ésa es la idea del contrato de seguros. Por todas estas razones, la teoría de la oferta ha sido abandonada y se ha tratado de explicar la natu-

raleza jurídica de la estipulación a favor de tercero, por medio de la gestión de negocios.

Teoría de la gestión de negocios. Se dice: el estipulante procede como un gestor de negocios del tercero beneficiario y el consentimiento del tercero beneficiario constituye la ratificación que hemos de encontrar en materia de gestión de negocios. La gestión de negocios que en el Código de 1884 se explicaba como un contrato de mandato tácito y que en la actualidad constituye una fuente especial de obligación tampoco explica en su esencia jurídica la estipulación a favor de tercero y tropieza con dificultades que hacen inaceptable la tesis.

Desde luego, en la gestión de negocios no cabe la posibilidad de una revocación por parte del gestor de negocios; el gestor de obra por cuenta del dueño del negocio, en cambio, en la estipulación a favor de tercero, hemos de ver cómo hay un precepto expreso que hace posible la ratificación, en tanto que no haya habido la ratificación, o sea, la aceptación por parte del tercero beneficiario. Además, en la gestión de negocios hay responsabilidades a cargo del dueño del negocio, aun independientemente de su voluntad; por ejemplo, debe hacer el pago de los gastos que haya verificado el gestor, es más, hemos de ver cómo en la gestión de negocios del derecho moderno, encontramos obligaciones contra el dueño del negocio y casos en que aquél se ve obligado a aceptar las consecuencias del contrato en contra de su voluntad, lo que tampoco es posible dentro de los propósitos de la estipulación a favor de tercero, en los que el tercero beneficiario no puede ser obligado en contra de su voluntad a aceptar la estipulación, sino que debe

haber un acto de voluntad que constituya la ratificación, para admitir las consecuencias en su patrimonio, y es que ni la oferta ni la gestión de negocios pueden explicar la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero.

Teoría de la creación directa de la acción. Otra tesis ha dicho: en realidad lo que sucede es que en virtud de la estipulación se crea una acción directa a favor del tercero beneficiario y en contra del promitente, y es esta acción directa lo que explica la naturaleza jurídica de la estipulación.

Planiol con razón critica la tesis diciendo: es verdad que hay una acción directa a favor del tercero beneficiario, pero eso no es una explicación de la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero, sino que es la explicación de lo que sucede en el fenómeno, es el fenómeno mismo, pero no es la naturaleza jurídica lo que se está buscando; es cierto que eso sucede en la estipulación a favor de tercero, es cierto que existe la creación de una acción directa del tercero beneficiario en contra del promitente, pero lo que se está buscando es la fuente de esa acción directa a favor del tercero beneficiario. Responder que la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero estriba precisamente en la creación directa de la acción a favor del tercero beneficiario, dice Planiol, no es responder sobre la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero, sino que es dar la explicación misma de lo que sucede en la estipulación.

Teoría de Saleilles. Saleilles sostiene que en la estipulación a favor de tercero encontramos una fuente contractual de las obligaciones,

porque la obligación surge del contrato que celebran promitente y estipulante, luego, si surge de ese contrato, quiere decir que la fuente es contractual y que no hay necesidad de una explicación extracontractual para llegar a conocer la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero.

La explicación de Saleilles en realidad confunde dos cosas: las relaciones entre promitente y estipulante que, efectivamente, son relaciones contractuales, y la acción directa a favor del tercero beneficiario que surge con motivo del contrato celebrado entre promitente y estipulante, pero que no surge del contrato, toda vez que el tercero no ha sido parte de él, no ha sido otorgante del contrato, sino que es simplemente una persona que se beneficia con una obligación que ha surgido del contrato en el que no es parte; es verdad que hay una relación contractual, repetimos, entre promitente y estipulante y que con motivo de ese contrato ha surgido una obligación, pero que no ha surgido del contrato. ¿De dónde ha surgido esa obligación? De las explicaciones sobre la fuente de la obligación y de la acción directa a favor de tercero, que es lo que caracteriza esencialmente la estipulación a favor de tercero. Creemos que la explicación que más se acerca a la verdad es la voluntad unilateral del promitente que crea la obligación.

Teoría de la declaración unilateral de voluntad. Además de las relaciones contractuales que existen entre promitente y estipulante, hay una voluntad del promitente, una declaración de voluntad del promitente que es unilateral porque no tiene en presencia una aceptación para formar el acuerdo de voluntades, el convenio que haga surgir la

obligación, sino que ésta surge de la sola voluntad del promitente a favor del tercero beneficiario. Claro, así como a una persona no se le puede hacer deudora independientemente de su voluntad, tampoco se le puede hacer acreedora independientemente de su voluntad, y se hace necesaria una ratificación de la estipulación para que intervenga la voluntad del tercero beneficiario, pero esa voluntad no interviene generando la obligación, sino aceptando simplemente los efectos de una obligación que ya ha surgido. Si fuera verdad que hasta el consentimiento del tercero beneficiario había lugar a la obligación, entonces ésta nacería en el momento en que ese consentimiento se daba; en cambio, la obligación surge dentro de toda estipulación a favor de tercero (por lo menos dentro de la reglamentación que hemos de encontrar en nuestro código), desde el momento en que el promitente se obliga a favor del tercero beneficiario.

Esta explicación de la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero la encontramos ya en nuestro código como una explicación de derecho positivo, porque, como ya decíamos, la estipulación a favor de tercero la encontramos reglamentada en el capítulo de la declaración unilateral de la voluntad, es decir, entre las disposiciones de las fuentes extracontractuales y no entre las disposiciones del contrato como fuente de obligación, de tal suerte que, por lo menos desde el punto de vista del derecho positivo, no existe ya en el nuevo código un problema de clasificación de cuál es la fuente de la obligación y de la acción directa a favor del tercero beneficiario. Tienen ustedes que el artículo 1968 del nuevo código establece: “En los contratos se pueden hacer estipulaciones en favor de tercero de acuerdo

con los siguientes artículos”. El artículo 1869 dice: “La estipulación hecha a favor de tercero hace adquirir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente la presentación a que se ha obligado. También confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación”.

De estos artículos se desprende que la regla general es que hay una acción directa a favor del tercero beneficiario, aunque pueda haber un pacto en cuya virtud solamente tenga la acción el estipulante y no el tercero beneficiario en contra del promitente, porque no hay que olvidar que la estipulación a favor de tercero no es, en nuestro concepto, una obligación contractual para el tercero, pero que si surge con motivo de un contrato y, por tanto, los dueños del contrato le pueden fijar modalidades. Ya hemos de ver cómo es posible ponerle condiciones, plazos, y hasta revocar la estipulación, mientras el tercero beneficiario no la haya aceptado.

El artículo 1869 dice en su segunda parte: “También confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación”. Esto como una consecuencia de la relación contractual que existe entre promitente y estipulante que le da acción al estipulante para exigirle al promitente, a la compañía de seguros de nuestro caso, que cumpla con su obligación con el tercero. Esta acción no tiene ningún carácter extraordinario, puesto que surge del contrato, del contrato de seguros en nuestro ejemplo.

El artículo 1870 establece: “El derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los con-

tratantes conservan de imponerle las modalidades que juzguen convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato”. Tienen ustedes aquí la consecuencia de la explicación por la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero; la obligación a favor de tercero beneficiario contraída por el promitente con motivo de este contrato, no va a nacer cuando se cuente con la voluntad del tercero beneficiario, sino que nace antes, cuando se perfecciona el contrato, al celebrarse el contrato entre promitente y estipulante. Pero esto no significa que nazca la acción directa a favor del tercero beneficiario del contrato, sino que nace en el momento de la celebración del contrato como acto unilateral por parte del promitente.

El artículo 1871 dice: “La estipulación puede ser revocada mientras que el tercero no haya manifestado su voluntad de querer aprovecharla. En tal caso, o cuando el tercero rehúse la prestación estipulada a su favor, el derecho se considera como no nacido”. El tercero beneficiario no acepta la acción directa dentro de la acepción que perfecciona un contrato y que completa una oferta para que haya contrato, sino que acepta en el sentido de aprovechar el acto de voluntad unilateral y una obligación que ya existe, pero, naturalmente, no se puede imponer su beneficio a una tercera persona si no es contando con su consentimiento de aprovechar esa obligación, esa estipulación a favor de tercero, y fíjense ustedes cómo el mismo precepto trae inmediatamente la consecuencia: “en tal caso, o cuando el tercero rehúse la prestación estipulada a su favor, el derecho se considera como no nacido”. Es decir, si el tercero no admite la estipulación, entonces ha sido necesaria una especie de ficción y una disposición expresa del

código para borrar de la vida jurídica una cosa que ya existía: “el derecho se considera, dice [hay una verdadera ficción de derecho], como no nacido”, y si se considera no nacido, sólo puede considerarse tal si ya ha nacido, y es que, repetimos, la obligación se genera por la voluntad unilateral del promitente y en el momento en que esa voluntad se declara, se manifiesta, o sea, al celebrarse el contrato entre promitente y estipulante.

Artículo 1872. “El promitente podrá, salvo pacto en contrario, oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato”. Ha sido necesario también establecer esto, que si fuese una relación contractual, sería una consecuencia natural y necesaria, porque no hay que olvidar que la estipulación nace con motivo del contrato y que es necesario no aplicar totalmente la obligación a una vida propia que no tiene sino en virtud de ese contrato entre promitente y estipulante. Los preceptos están inspirados en el Código Federal Suizo de las Obligaciones, en el Código Civil alemán y en una tesis profesional del licenciado Pablo Nacedo en la que se estudia la estipulación a favor de tercero.

4. Los títulos a la orden y al portador

Además de la oferta al público, de la promesa de recompensa con la subdivisión, podríamos decir, de la promesa de recompensa en el concurso y de la estipulación a favor de tercero, encontramos en el Código Civil admitida la declaración de voluntad unilateral con otra institución que se explica también por la declaración unilateral de

voluntad, por lo menos también desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, y en mi concepto coincidiendo con la verdadera doctrina sobre el particular, que son los títulos a la orden y al portador que aparecen reglamentados en el derecho civil por primera vez en México, en el nuevo Código Civil, y por este motivo su programa se ocupa, aunque sea en forma ligera, de estos títulos, de los títulos negociables. Claro, no lo permite la extensión de nuestra clase y, por otra parte, es motivo de un curso especial de derecho mercantil, hacer un estudio detallado de los títulos negociables, por lo que sólo nos referiremos a ideas generales.

Ya hemos tratado de la transmisión de las obligaciones y cómo, además de la forma específica de transmisión de las obligaciones del derecho civil, la transmisión afecta a veces una forma particular en los títulos que se llaman negociables, o sea, aquellos que se transmiten ya sea mediante un endoso (títulos a la orden), ya sea mediante la simple entrega del título (títulos al portador).

En la actualidad tenemos una Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, inspirada fundamentalmente en el proyecto italiano que se conoce con el nombre de Proyecto de Vivante porque fue de éste, el presidente de la comisión, de donde se derivó el proyecto, inspirado también en el proyecto que se conoce con el nombre de D'Amelio, que es el proyecto de la Comisión Real Italiana y que fue presidido por el jurista italiano D'Amelio, Vivante el vicepresidente del mismo, en estos dos proyectos muy avanzados, producto de una gran tradición jurídica mercantil en Italia; en estos dos proyectos, decíamos, se inspiró fundamentalmente la nueva Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Encuentran ustedes en esa ley una reglamentación particular de los títulos de crédito. En el artículo 5o. se dice que “son títulos de crédito los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna”. Esto es, conforme a la teoría de la nueva Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y conforme a la teoría de los proyectos de Vivante y de D’Amelio, (en realidad el artículo 5o. no hace sino reproducir casi en forma textual preceptos de esos dos proyectos), en el título de crédito está incorporado el derecho. Éste es el concepto al que ha llegado por lo menos una parte de la doctrina, en nuestro concepto también es la que tiene un mayor fondo de verdad, y que ahora de manera expresa se encuentra admitida en esta nueva ley; y sólo se puede exigir el derecho en los términos del mismo título, o sea, el concepto de valor literal; y así como una consecuencia, tienen ustedes el artículo 17 de la Ley de Títulos que establece: “El tenedor de un título tiene la obligación de exhibirlo para ejercitar el derecho que en él se consigne. Cuando sea pagado, debe restituirlo. Si es pagado sólo parcialmente o en lo accesorio, debe hacer mención del pago en el título. En los casos de robo, extravío, destrucción o deterioro grave, se estará a lo dispuesto por los artículos 42 al 68, 74 y 75”. Artículo 18: “La transmisión del título de crédito implica el traspaso de derecho principal en el consignado y, a falta de estipulación en contrario, la transmisión del derecho a los intereses y dividendos caídos, así como de las garantías y demás derechos accesorios”. Ésta es la noción fundamental de los títulos de crédito y la nueva Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que entró en vigor el 15 de septiembre de 1933.

Los títulos de crédito están considerados en esta nueva ley como cosas mercantiles: el artículo 1o. dice al respecto: “Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación y las demás operaciones que en ellos se consignen, son actos de comercio”.

Los títulos de crédito conforme a la nueva ley pueden ser títulos nominativos y títulos al portador. Son títulos nominativos aquellos cuya propiedad se transmite mediante un endoso y, como su nombre lo indica, están hechos a favor de una persona determinada, su nombre aparece en el título, como cuando en un pagaré se establece: páguese incondicionalmente a la orden del señor “fulano de tal” la cantidad de “tanto”.

Son títulos nominativos, dice el artículo 23, los expedidos a favor de una persona cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento. Y en materia de transmisión, el artículo 26 dice: “los títulos nominativos serán transmisibles por endoso y entrega del título mismo, sin perjuicio de que puedan transmitirse por cualquier otro medio legal”. Claro, el hecho de que el título sea negociable, es decir, que admita estas formas de transmisión particulares del derecho mercantil, no significa que no se pueda transmitir por los medios del derecho común; se puede hacer una cesión de un crédito consignado en un título nominativo, pero entonces la cesión estaría sujeta a las disposiciones en materia de cesión del derecho común; así, el artículo 27 dice: “la transmisión del título nominativo por cesión ordinaria o por cualquier otro medio legal diverso del endoso, subroga al adqui-

rente en todos los derechos que el título confiere; pero los sujeta a todas las excepciones personales que el obligado habría podido oponer al autor de la transmisión antes de ésta. El adquirente tiene derecho a exigir la entrega del título”. Es decir, ya no funciona el principio de la inoponibilidad de las excepciones, porque ese principio no funciona, lo hemos de ver tratándose de una cesión de derecho común, en cambio, tratándose de una transmisión de estas formas particulares del derecho mercantil, ya sea mediante el endoso en los títulos nominativos o mediante la entrega del título en los títulos al portador, no hay lugar a oponer las excepciones que pudieran tenerse en contra de cada uno de los endosantes o de los que entregan el título, sino que las excepciones contra todos los endosantes no existen en contra del último cesionario que presenta el título a cobro. (Todas éstas son nociones que ustedes estudiarán con todo detalle en un curso especial, pero aquí nos referimos brevemente a ellas y quizá en su vida práctica estas ideas, si no les son conocidas, puedan servirles.)

No existe el endoso simplemente traslativo de propiedad, sino que la ley reglamenta el endoso en procuración y el endoso de garantía. En el endoso en procuración se da un verdadero mandato mediante un endoso a favor de una persona que puede ejercer las acciones que se derivan del documento y puede ir judicialmente a que se le haga el pago; el artículo 34 se refiere al endoso en propiedad, y dice: “el endoso en propiedad trasfiere la propiedad del título y todos los derechos a él inherentes. El endoso en propiedad no obligará solidariamente al endosante, sino en los casos en que la ley establezca la solidaridad. Cuando la ley establezca la responsabilidad

solidaria de los endosantes, éstos pueden librarse de ella mediante la cláusula ‘Sin mi responsabilidad’ o alguna equivalente”. Ya han de ver en sus estudios de derecho mercantil cómo todo endosante, digamos de una letra, todo endosante de la letra contrae una obligación solidaria con los demás obligados, de suerte que cuando a ustedes les endosen una letra y ustedes la vuelvan a endosar a otra persona, al hacer el endoso quedan obligados solidariamente a pagar el documento y podrá haber una acción del último endosatario en contra de toda la cadena de los endosantes para exigir hasta el pago total del documento, pero esa solidaridad que en la letra está establecida legalmente, debe establecerse así en forma legal, dice el artículo 34, pero existe la posibilidad de que haya un endoso sin responsabilidad, es decir, sin que el endosante, el que transmite la propiedad del documento mediante esa anotación que se llama endoso, quede obligado si recurre a esta cláusula que encontramos en el artículo 34, “Sin mi responsabilidad”.

El endoso en procuración lo encontramos reglamentado en el artículo 35 de esta ley, que dice:

Artículo 35. El endoso que contenga las cláusulas “en procuración”, “al cobro”, u otra equivalente, no transfiere la propiedad; pero da facultad al endosatario para presentar el documento a la aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo en su caso. El endosatario tendrá todos los derechos y obligaciones de un mandatario. El mandato contenido en el endoso no termina con la muerte o incapacidad del endosante, y su revocación no surte efecto respecto de tercero sino desde que el endoso se cancela conforme al artículo 41. En el caso de este artículo, los obligados sólo podrán oponer al tenedor del título las excepciones que tendrían contra el endosante.

Fue motivo de una larga discusión en el Código de Comercio saber si se admitía o no el endoso en procuración, y yo recuerdo una ejecutoria de la Corte cuando todavía no estaba en vigor la nueva Ley de Títulos, que mediante un esfuerzo de interpretación llegó a la conclusión de admitir el endoso en procuración.

Por último, tenemos el endoso que se llama endoso en garantía y que es distinto al endoso en procuración y al endoso traslativo de propiedad, que está reglamentado en el artículo 36. “Artículo 36. “El endoso con las cláusulas ‘en garantía’, ‘en prenda’, u otro equivalente, atribuye al endosatario todos los derechos y obligaciones de un acreedor prestatario respecto del título endosado y los derechos a él inherentes, comprendiendo las facultades que confiere el endoso en procuración. “Mediante el endoso en garantía se constituye la prenda del título negociable, poniéndole así, ‘endoso en garantía’ o ‘endoso en prenda’. Éstos son los tres endosos que encuentran ustedes reglamentados en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito con motivo de los títulos nominativos.

Por último, encontramos los títulos al portador, que son aquellos que no tienen un nombre determinado, no están hechos a favor de determinada persona, sino que se transmiten por la entrega del título mismo. Son títulos al portador, dice el artículo 69, los que no están expedidos a favor de persona determinada, contengan o no la cláusula “al portador”. El artículo 70 dice: “Los títulos al portador se transmiten por simple tradición”. Es decir, por la entrega del título. El artículo 71 dice: “La subscripción de un título al portador obliga a

quien lo hace, a cubrirlo a cualquiera que se lo presente, aunque el título haya entrado a la circulación contra la voluntad del subscriptor, o después de que se sobrevengan su muerte o incapacidad”.

Los títulos a la orden y al portador en el derecho civil. En el Código Civil encontramos, en el capítulo de la declaración unilateral de la voluntad, una reglamentación sobre estos títulos a la orden y al portador, reglamentación que aparece establecida en los artículos 1873 a 1881.

El artículo 1873 dice: puede el deudor obligarse otorgando documentos civiles pagaderos a la orden o al portador.

Y después, en los artículos siguientes encuentran ustedes cómo se transmite el título a la orden mediante el endoso, cómo se transmite el título al portador mediante la entrega del título, la obligación solidaria de los que firman el documento a la orden, y, en fin, una reglamentación que es en esencia la misma que se establece para los títulos mercantiles; preceptos estos que se derivan algunos del Código de Comercio, otros del Código Suizo de las Obligaciones o del Código Civil alemán o del código de Brasil.

Se ha presentado en México el problema de saber si los títulos a la orden y al portador puedan emitirse conforme al Código de 1884 y si pueden emitirse en la actualidad en vista de los preceptos a que antes nos hemos referido.

Código de 1884 y Código de 1870. En el Código de 1884, como en el de 1870, no encontramos una reglamentación ni un reconocimiento

siquiera de los títulos a la orden y al portador. La misma situación prevalece en Francia, y entonces nos podemos referir a la discusión que ha habido en aquel país sobre esta emisión de títulos a la orden y al portador.

Mientras unos autores consideran que no habiendo una disposición legal no es posible emitir el título a la orden ni el título al portador, otros autores estiman que la autonomía de la voluntad de los contratantes permite que puedan emitirse pese a no estar reglamentados en la ley de títulos a la orden y al portador.

En el Código de 1884 también puede presentarse el mismo problema. El maestro Borja Soriano lo ha resuelto en sentido negativo, y sostiene que como la explicación de los títulos a la orden y al portador radica en la declaración unilateral de la voluntad, y como la declaración unilateral de la voluntad no es una fuente general de obligación, sino que sólo es fuente cuando en la ley existan expresamente casos que se expliquen como emanados de esa fuente, y como los títulos a la orden y al portador no aparecen en el Código de 1884 ni en el de 1870, entonces debemos considerar que éstos no constituyen una nueva forma de obligación que derivara de una voluntad unilateral.

En el Código Civil vigente, la naturaleza jurídica de los títulos a la orden y al portador no es difícil de explicarla como un acto de voluntad unilateral, toda vez que dentro del capítulo de la declaración unilateral de la voluntad están comprendidos los artículos que antes estudiábamos; pero como existe al mismo tiempo la Ley General

de Títulos y Operaciones de Crédito, se ha preguntado en México si es posible, por la existencia de esta ley, seguir admitiendo o admitir dentro del Código Civil títulos a la orden y al portador civiles.

El maestro Borja Soriano también sostiene que en su concepto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha venido a derogar las disposiciones relativas del Código Civil fundándose:

Primero. En que la promulgación y publicación de la Ley de Títulos es de fecha posterior a la de promulgación del Código Civil. La Ley General de Títulos es posterior al Código Civil, no es posterior en cuanto a la vigencia del código, pero sí es en cuanto a la promulgación, porque el Código Civil se promulgó y se publicó en el año de 1928 y sólo entró en vigor el primero de octubre de 1932 para estarlo junto con el nuevo Código de Procedimientos Civiles, y la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito entró en vigor el 15 de septiembre de 1932. Repetimos, el Código Civil fue publicado y promulgado antes que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, el Código Civil fue publicado y promulgado en el año de 1928 y la Ley de Títulos en el año de 1932, pero esta última entró en vigor antes que el Código Civil, la Ley de Títulos entró en vigor el 15 de septiembre de 1932 y el código el primero de octubre del mismo año, de tal suerte que si la promulgación de la Ley de Títulos es posterior a la promulgación del código, resulta que aquélla derogara a éste.

Además, puede también sostenerse la misma tesis derivándola de los preceptos de la Ley de Títulos y Operaciones, preceptos de orden

general, puesto que establecen que los títulos de crédito son cosas mercantiles. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación, y las demás operaciones que en ellos se consignent, son actos de comercio.

de tal suerte que ha venido la ley mercantil a darles a los títulos el carácter de actos de comercio, debiendo reglamentarse en consecuencia dichos actos mediante una ley mercantil, y la naturaleza de los títulos a la orden y al portador, tal como están reglamentados en el Código Civil, es esencialmente la misma que la naturaleza de los títulos reglamentados en la Ley General de Títulos, ni siquiera podría decirse que unos tienen una naturaleza y los mercantiles otra diversa.

El artículo 2o. de la Ley de Títulos establece: “los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior es decir, las cosas mercantiles, los títulos de crédito, que son cosas mercantiles, se rigen:

I. Por lo dispuesto en esta ley, en las demás leyes especiales relativas; en su defecto,

II. Por la Legislación Mercantil general; en su defecto,

III. Por los usos bancarios y mercantiles, y en defecto de éstos (es decir, como la ley supletoria de todas las demás),

IV. Por el Derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal”.

De tal suerte que el Código Civil puede aplicarse a estos títulos de crédito que se consideran actos de comercio, únicamente como

supletorio, después de haber aplicado en primer lugar la ley de títulos y operaciones de crédito, la ley mercantil general, los usos mercantiles, después viene el derecho común, o sea el Código Civil. Por estas razones se ha considerado que el Código Civil, tratándose de documentos a la orden y al portador, no continúa vigente en México. No es, sin embargo, la única forma de resolver el problema, sino que ha habido algunas otras personas que han sostenido cosa diversa; yo recuerdo una tesis profesional en que se planteaba el problema de una manera diferente.

XVIII. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA O ENRIQUECIMIENTO ILEGÍTIMO

1. Generalidades

Vamos a ocuparnos del estudio, siguiendo el orden del nuevo Código Civil, de otra fuente extracontractual de las obligaciones, nos referimos al enriquecimiento ilegítimo, y que se llama también, y así es más conocido en la doctrina, enriquecimiento sin causa.

El principio de que nadie puede enriquecerse en detrimento e incuria de otra persona, lo encontramos ya en el derecho romano en un pasaje atribuido a Pomponio, según el cual es un principio de derecho natural el que nadie puede enriquecerse en detrimento de otro. Este principio no existía en el derecho positivo mexicano en los códi-

gos de 1870 y de 1884 como un principio general legislado de derecho positivo, y sólo lo encontramos así en el Código Civil vigente en la actualidad. Decimos que nuestro derecho positivo y el principio del enriquecimiento sin causa no lo encontramos sino hasta la vigencia del nuevo Código Civil; sin embargo, esto no significa, y ése era el problema que se planteaba durante la vigencia del Código de 1884, que fuera de los casos establecidos en este código, no hubiera de atenderse al principio del enriquecimiento sin causa. Dicho de otro modo, encontramos en el Código de 1884 casos de aplicación del principio reglamentado, como era el pago de lo indebido, pero a semejanza de lo que sucede en el Código Civil francés, no hay un principio como el artículo 1882 del nuevo Código Civil que tiene como antecedente el artículo 62 del Código Suizo de las Obligaciones, pero que es quizás más cercano a un precepto del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones; no hay en el Código de 1884, a semejanza de lo que sucede en el Código Civil francés, un principio que establezca que “el que sin causa se enriquezca en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo en su empobrecimiento en la medida en que él se ha enriquecido” (art. 1882 del nuevo Código Civil).

En el Código de 1884 existía el problema de saber si fuera de los casos reglamentados o admitidos como aplicación del enriquecimiento sin causa, tal como el pago de lo indebido, podía existir acción, la acción que el derecho romano conocía, o mejor dicho, que la doctrina, siguiendo principios del derecho romano conoce con el nombre de acción *in rem verso*, si esta acción, o sea la acción que se da para exigir la devolución del enriquecimiento, puede existir fuera de los casos en que no estaba admitida y reglamentada en el código. El pago de lo

indebido, es claro que no presentaba problema alguno, porque en materia de pago había una reglamentación especial para los casos en que por error de hecho, decía el Código de 1884, se hubiese pagado lo indebido; pero si fuera del pago de lo indebido, y fuera de casos muy especiales, como en el de las construcciones hechas de buena fe en terreno ajeno que obligan a hacer el pago de lo contribuido al dueño del terreno que quiera quedarse con lo construido, y en algunos casos en materia de accesión, etc., si una persona se enriquecía en perjuicio de otra o de otro patrimonio, ¿podía tener la acción de *in rem verso* para exigir la devolución de lo que hubiera perdido?

La pregunta no sólo se planteó en el Derecho mexicano sino también en el Derecho Civil francés, y podía contestarse de dos modos.

Primero. En opinión de algunos tratadistas, en virtud de que no existía un principio de derecho positivo semejante al principio de derecho romano, al principio que ahora acoge el código suizo, el código alemán y nuestro Código Civil, no existiendo un reconocimiento del derecho, tampoco habría lugar a la deducción de la acción *in rem verso*.

Segundo. Otros autores, (en México Borja Soriano) sostuvieron, en nuestro concepto con razón, que el enriquecimiento sin causa podía admitirse como un principio general de derecho, y decían que si alguna vez podía decirse que una disposición jurídica tenía el carácter de principio general de derecho, era precisamente en materia de enri-

quecimiento sin causa, porque cualquiera que sea la tesis que se adopte sobre los principios generales de derecho, todas esas tesis reconocen que el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho, ya sea que se acoja la tesis que ahora ha vuelto a sostener Del Vecchio de considerar los principios generales un principio de derecho natural o de razón natural, ya sea que se estime, como hacen algunos tratadistas de derecho francés: un principio de derecho romano que se ha venido aplicando por costumbre en el derecho francés, ya sea que se considere que podemos, por inducción, ir de los casos particulares establecidos en el código al principio general de derecho, que es otro concepto, y luego, por deducción, hacer la aplicación a casos que no estén comprendidos en la ley pero que sí lo estén en el principio general de derecho, ya sea que se considere —como hace Bonnetcase— que el enriquecimiento es una fuente real del derecho, un dato, como le llamaría Génys; en cualquiera de estas teorías, cualquiera que sea la justificación y cualquiera que sea la explicación de lo que son los principios generales del derecho, llegamos a la conclusión de que el enriquecimiento sin causa constituye un principio general de derecho, y si recordamos nuestro texto del artículo 14 constitucional, que dice que el Juez debe aplicar la ley, la interpretación jurídica y los principios generales de derecho que se aplican tanto para el Código de 1884 como para el vigente, debemos llegar a la conclusión de que, siendo el enriquecimiento sin causa un principio general de derecho, y debiendo de aplicar el Juez los principios generales de derecho a falta de una ley o de su interpretación jurídica, debemos llegar a la conclusión, repito, de que en el Código de 1884 sí se podía deducir la acción *in rem verso* para todos los casos, aun los no reglamentados en ese código, que cayeran dentro del enriquecimiento sin causa.

Se ha llegado a fundamentar el enriquecimiento sin causa, aun la acción *in rem verso*, como una noción moral, como una noción de orden ético; tienen ustedes la teoría de Ripert, que no es sino relativa a una institución, sino que va haciendo un análisis de las diversas instituciones y va precisamente a las que consideran más técnicas para demostrar su tesis de la influencia moral en el derecho, y en el enriquecimiento ilegítimo ve precisamente uno de los casos de aplicación de una tesis moral a una tesis jurídica, que se convierte, por así decirlo, de una tesis moral a una tesis jurídica. Otros autores, al tratar de fundamentar el enriquecimiento sin causa —Rouast, por ejemplo—, dicen: no, no necesitamos ver la influencia de la moral en el derecho, es un principio jurídico que, si se quiere, puede provenir del derecho natural, pero principio de derecho que se admite en el derecho moderno y que procede del derecho romano. Repetimos, cualquiera que sea la explicación que se dé al enriquecimiento sin causa, llegamos siempre a la conclusión de ser admitida generalmente por el derecho y de ser admitido como un principio general de derecho.

Código vigente. El nuevo Código Civil impide ya cualquier discusión sobre el particular. Siguiendo el Código Civil alemán y el Código Suizo de las Obligaciones, el cual, según la obra de García Téllez, es el antecedente directo del Código Civil en esta materia, este nuevo código establece lo siguiente en su artículo 1882: “el que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo en su empobrecimiento en la medida en que él se ha enriquecido”. Es el principio general del enriquecimiento sin causa o ilegítimo, como le llama el nuevo Código Civil.

Además, el nuevo código ha hecho otra cosa que también es un perfeccionamiento de técnica respecto al Código de 1884; después de establecer este principio del artículo 1882, se ocupa el capítulo del pago de lo indebido; es decir, como una aplicación del principio general del enriquecimiento sin causa, se reglamenta el pago de lo indebido, es decir, ya no se coloca el pago de lo indebido, como el Código de 1884 lo colocaba dentro de los preceptos del pago, de extinción del pago de obligaciones, que era el concepto de pago en el Código de 1884, o del cumplimiento de las obligaciones, como es el concepto del código vigente, sino que establece y reglamenta el pago de lo indebido como un caso de enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento sin causa da lugar a una acción que han de encontrar en su Código de Procedimientos Civiles y que la doctrina ha denominado acción de *in rem verso*. La acción de *in rem verso*, ustedes la recuerdan por sus estudios de derecho romano, era la acción de peculio, era la acción que se tenía en contra del *pater familias* por el enriquecimiento que hubiese obtenido a través de un *alienie juris*, de la persona que estuviera sujeta a su patria potestad; esta acción de peculio era la acción *in rem verso* y estaba así limitada. Pero en el derecho moderno se habla de la acción *in rem verso* casi como se hablaba en derecho romano de las *condictio sine causa*, que eran las más amplias para los casos en que no había causa, causa tomada en el sentido romano como causa eficiente, como fuente de obligación; pero por costumbre la doctrina admite la denominación de acción *in rem verso* generalizándola para todos aquellos casos en que se exige la devolución de lo que ha aumentado en el patrimonio del que ha recibido, empobreciendo otro patrimonio.

¿Cuándo se da esta acción *in rem verso*? es decir, ¿cuáles son los requisitos, las condiciones necesarias para que haya enriquecimiento sin causa? En el artículo 1882 del nuevo Código Civil se encuentran estas condiciones que son de una doble naturaleza: primero: de orden jurídico; segundo: de hecho.

2. Elementos

Elemento de orden jurídico. Este elemento lo encontramos cuando en el artículo 1882 se dice: “el que se enriquece sin causa”. ¿Qué es lo que quiere decir la palabra ‘causa’ en este enriquecimiento ilegítimo? El término está empleado al estilo romano, es decir, como causa eficiente, no es el problema de causa como un elemento de validez o de esencia del contrato en el concepto de causa dentro de la noción clásica de causa propiamente dicha, ni de motivo determinante, sino que la causa significa en este precepto, y en toda noción de enriquecimiento sin causa, falta de fuente en la obligación, esto es, causa eficiente. Recuerden ustedes, —ya lo decíamos tratando de la causa eficiente—, que en el derecho romano ésta era propiamente la acepción de la palabra causa, y así se decía que las obligaciones surgían de varias causas: del contrato o del delito, y había otras obligaciones que surgían como si tuvieran por causa el contrato y el delito que es la noción del cuasi-contrato y del cuasidelito. La falta, pues, de fuente de obligación es la falta de causa en el enriquecimiento ilegítimo; si el enriquecimiento ha existido pero hay una fuente de obligación, entonces no es aplicable el precepto, si el enriquecimiento ha existido en detrimento de otro patrimonio, empobreciendo otro patrimonio pero con fuente

de obligación, entonces no hay lugar a la acción *in rem verso* porque falta el elemento jurídico “falta de causa”. Por ejemplo, si se hace una donación, se enriquece naturalmente un patrimonio, el del donatario, y se empobrece el patrimonio del donante porque ha salido de su patrimonio este valor que ha ido al otro patrimonio y lo ha enriquecido, pero hay una causa jurídica, y esa causa jurídica es el contrato de donación, teniendo el contrato de donación no será posible aplicar los principios de enriquecimiento sin causa, y esto que decimos del contrato de donación lo podemos decir de cualquier otro contrato o de cualquiera otra fuente de obligación; si ha habido por ejemplo un acto de voluntad unilateral que haya traído como consecuencia el empobrecimiento de mi patrimonio, aumentando el de otra persona, tampoco será aplicable el principio del artículo 1882 porque existe una causa de obligación, y decimos que uno de los elementos para ejercitar la acción *in rem verso* es el elemento jurídico que consiste en “que falte la causa”, en que “no haya causa”. Así lo dice expresamente el artículo 1882 y es lo tradicional en el enriquecimiento sin causa, su mismo nombre lo indica: “el que sin causa se enriquece”. Éste es el elemento jurídico, falta de una fuente de obligación, o sea, de una causa en el sentido de causa eficiente.

Segundo elemento. Elemento de hecho. Este elemento comprende dos hechos: primero, que mi patrimonio se empobrezca, esto es, que o bien se haya salido un elemento de valor de ese patrimonio y que otro patrimonio se enriquezca (éste es el segundo hecho), ya sea aumentando de valor ese patrimonio, o bien, que se haya impedido una pérdida en él a costas del patrimonio empobrecido. Un patrimonio

puede enriquecerse, no simplemente tomando el punto de vista de lo que ha recibido el patrimonio, se enriquece no sólo cuando aumenta de valor, sino cuando por alguna circunstancia se evita una pérdida porque ésta habría sido una disminución del patrimonio, y al no existir, queda enriquecido. Pero este empobrecimiento y este enriquecimiento deben tener una relación de causa a efecto, esto es, el enriquecimiento debe causar el empobrecimiento, por eso el artículo 1882 dice: “el que sin causa se enriquece en detrimento de otro”, y no habrá detrimento si no hay esta relación de causa-efecto.

Supongan ustedes el ejemplo de los autores: la persona que mediante obras hechas en su terreno, la construcción de un jardín, por ejemplo, embellece el terreno ajeno, pues no hay detrimento del otro patrimonio, puede haber hasta empobrecimiento de ese patrimonio al hacer la inversión en el jardín, puede haber un aumento en el patrimonio del otro, pero no hay detrimento en el patrimonio de la persona que construyó el jardín, y de ahí que los autores sostengan que en estos casos no hay lugar al enriquecimiento sin causa, a la acción *in rem verso*.

En cambio la jurisprudencia francesa, al fijarse que en el Derecho Civil francés no hay el principio general del enriquecimiento sin causa, ha llegado a dar la acción de *in rem verso* en el caso en que una persona hubiera hecho una investigación sobre los ascendientes de otra y se encontrara que una herencia le correspondía a esa persona; por ejemplo, si en este caso se le ofrecieran los servicios a la persona presunta heredera diciéndole: “yo he hecho estos trabajos, estas investigaciones,

y sé que te corresponde esta herencia; mediante un pago x te paso todos los estudios y demuestro que tú eres el heredero”, y no se acepta el servicio por el heredero y, sin embargo, se aprovechan los trabajos porque entonces ese presunto heredero sigue las indicaciones que se le han dado y llega a obtener la herencia mediante un esfuerzo que no hizo, mediante el trabajo que hizo el otro; es entonces cuando viene la demanda por enriquecimiento sin causa, y se ha llegado a la conclusión, en la jurisprudencia francesa, de que procede la acción de *in rem verso* porque considera que hay un empobrecimiento de un patrimonio (empobrecimiento en el sentido de gastos hechos, estudio, etc., no es simplemente dinero lo que significa enriquecimiento o empobrecimiento, sino datos económicos, y algunas veces se ha llegado a admitir el dato moral), por causa de otro, es decir, que hay un enriquecimiento y un empobrecimiento con una relación de causa-efecto entre ellos.

Son éstos los elementos de la acción *in rem verso* o mejor dicho, del derecho que da la acción *in rem verso*, el código hace una aplicación de este principio general a lo que se le llama el pago de lo indebido.

XIX. EL PAGO DE LO INDEBIDO

1. Generalidades

El pago de lo indebido, decíamos en la clase anterior, está actualmente reglamentado como un caso de aplicación del enriquecimiento sin causa, siguiendo así a códigos como el Código Civil alemán, como el Código Suizo de las Obligaciones. En cambio, decíamos, en el Código de 1884 el pago de lo indebido formaba parte del capítulo del pago, es decir, del cumplimiento, o como se reglamentaba en el Código de 1884, de extinción de las obligaciones. En realidad, el pago de lo indebido no significa cumplimiento o extinción de una obligación, y de ahí que no estuviese debidamente reglamentado, pues es un caso de enriquecimiento sin causa.

El pago de lo indebido está, en sus principios generales, consignado en el artículo 1883 del nuevo Código Civil que dice: “cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla. Si lo indebido consiste en una prestación cumplida cuando el que la recibe procede de mala fe, debe pagar el precio corriente de esa prestación; si procede de buena fe, sólo debe pagar lo equivalente al enriquecimiento recibido. “Cuando se habla en este artículo de error, cuando el *accipiens*, es decir, la persona que recibe por error el pago, se habla del error tanto de hecho como de derecho, siguiendo la tesis que hemos visto al tratar de vicios del consentimiento, en cambio en el Código de 1884 había de sostenerse que se trataba únicamente de pagos o entregas hechos por error de hecho.

Ustedes me harán el favor de leer y estudiar las diversas situaciones, que por otra parte no tienen dificultad, que se reglamentan en este capítulo sobre el pago de lo indebido, sólo vamos a fijar nuestra atención en algunos de los preceptos.

El artículo 1891, que tiene su antecedente en un precepto del Código Civil español, dice: “la prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho. También corre a su cargo la del error con que lo realizó, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclama. En este caso, justificada la entrega por el demandante, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que era debido lo que recibió”. No es en realidad sino consignar una regla general de prueba y una regla espe-

cial; regla general de prueba: el que afirma haber pagado y haber procedido con error, dentro de un principio general de prueba, tiene la obligación de demostrar esos hechos; pero puede suceder que el demandado niegue haber recibido la cosa o el pago, y entonces, atendiendo a la mala fe con que procede, si se demuestra que se hizo el pago, ya el demandante no tendrá otra cosa que probar, sino simplemente el hecho de la entrega, es una consecuencia de la mala fe con que procede el demandado, o sea el *accipiens*, el que ha recibido la cosa en pago.

En el artículo 1890 tenemos también algo especial que está consignado tanto en el Código Civil español como en el Código Civil francés. Este artículo establece: “queda libre de la obligación de restituir el que, creyendo que de buena fe se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, dejado prescribir la acción, abandonado las prendas o cancelado las garantías de su derecho. El que paga indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores, respecto de los cuales la acción estuviese viva”. Es también consecuencia de la buena fe con que el *accipiens* ha recibido el pago, si él considera que se le debe e inutiliza el título que consigna la obligación, o bien, deja transcurrir el tiempo y por esto prescribe la obligación, o bien, pierde las prendas, las garantías que se hubieren dado, en virtud de que ha obrado de buena fe no tiene la obligación de devolver lo que el otro ha pagado sin deberlo; hay un conflicto de intereses en el cual se oponen los intereses del que recibió el pago, el cual ha destruido los documentos con que podía ejercitar una acción en contra de otro obligado, o ha dejado perder las prendas, o ha dejado transcurrir el

tiempo en el cual la obligación prescribe, y el que pagó indebidamente por error; este conflicto se resuelve en favor del que de buena fe recibió el pago creyendo que se trataba del pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente.

El artículo 1894 lo hemos de volver a encontrar cuando estudiemos las obligaciones naturales, es el precepto que contiene el reconocimiento de la obligación natural en nuestro derecho civil, dice: “el que ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir un deber moral, no tiene derecho a repetir”.

Ya hemos de ver cómo es característico de la obligación natural el que propiamente en derecho no haya acción para hacer cumplir esa obligación natural; así, por ejemplo, si ya prescribió una obligación, se puede demandar al deudor, es decir, no se puede demandar jurídicamente al deudor, porque éste tendría la excepción de prescripción, claro que si no opone la excepción ya es una cuestión de derecho procesal; si no opone la excepción de prescripción, será condenado, pero tiene la excepción de prescripción que, opuesta dentro del juicio, hará que no prospere la acción; pero si se paga una obligación prescrita, entonces no hay derecho de repetir, es decir, el que ha pagado no tiene derecho de decir: “devuélveme lo que te pagué en virtud de que esa deuda estaba prescrita”; lo mismo sucede en los casos de deberes morales, deberes que no sean jurídicos, que se contraigan y que el derecho no dé acción para exigir el cumplimiento, pero si se paga a pesar de que se trata simplemente de un deber moral, tampoco el derecho da la acción de repetición. Esta materia la hemos de estu-

diar con detenimiento al tratar el punto de su programa que se llama “obligaciones naturales”.

Por último, el artículo 1895 establece: “lo que se hubiere entregado para la realización de un fin que sea ilícito o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder del que lo recibió. El 50% se destinará a la beneficencia pública y el otro 50% tiene derecho de recuperarlo el que lo entregó”. Tanto en el derecho romano como en el Código Civil de 1884, el principio era diverso; se establecía que no había acción de repetición cuando se hubiera pagado aun tratándose de una obligación de objeto ilícito; así, por ejemplo, si una persona pagaba a otra para que cometiera un delito, no había acción de repetición por parte del que hacía el pago, claro es que no había acción de cumplimiento, puesto que era nula la obligación por objeto ilícito, o bien por fin ilícito, pero tampoco había acción de repetición, es decir, que si ya se había pagado para que se ejecutara el acto ilícito (el que pagaba porque se matara a una persona, por ejemplo), no había lugar a que se repitiera, y entonces sucedía, como sostiene Planiol, que en realidad se daba validez a ese pago desde el momento en que había lugar a la repetición.

El nuevo Código Civil ha modificado totalmente el concepto y ha establecido que no debe quedar lo pagado por un acto ilícito, en poder de quien lo recibe, pero tampoco el *tradens*, es decir, el que hace la entrega, tiene derecho a la repetición total, sino que el artículo establece que el 50% pasa a la beneficencia pública, y el otro 50% es a lo único que tiene derecho el que ha pagado por ejecutar el acto

ilícito; esto, decíamos, modifica totalmente el sistema de derecho romano que establecía: *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* (habiendo igualdad de ilicitud, no hay lugar a la repetición); principio que fue admitido y repetido en el Código de 1870 y en el de 1884, y que ahora lo encontramos enteramente modificado —y en nuestro concepto con razón, puesto que la obligación que sea nula por ilicitud no puede tener plena validez, y aun la jurisprudencia francesa ha hecho una serie de excepciones a ese principio.

XX. LA GESTIÓN DE NEGOCIOS

1. El *cuasicontrato*

En el derecho francés —y lo mismo se puede decir del derecho español—, se hace la clasificación legal de las fuentes de las obligaciones y en esa clasificación encontramos el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley. Ya desde el derecho romano, en la *instituta* de Gayo encuentran ustedes una clasificación de fuentes de las obligaciones; las obligaciones nacen o del contrato o del delito, (“maleficio” que llama Gayo), y nacen de otras causas, tomando causa como fuente de obligación. Los comentaristas del derecho romano llegaron a establecer la noción del cuasicontrato y del cuasidelito como fuentes diversas al contrato y al delito.

Como sostienen Colin y Capitant, tal vez la noción no corresponda exactamente al concepto propiamente romano, porque tanto el cuasicontrato como el cuasidelito, más que clasificación de fuentes, eran acciones que se daban de obligaciones que habían nacido como si fueran de un contrato o como si fueran del delito. Tratándose del cuasicontrato, tradicionalmente se ha considerado que éste comprende la gestión de negocios y el pago de lo indebido, son los dos cuasicontratos que fundamentalmente se presentan en el derecho civil y se decía en el derecho romano: las acciones que se derivan de la gestión de negocios se presentan en el derecho como se derivan de un contrato, que es el contrato de mandato, las acciones que se derivan del pago de lo indebido, también se derivan como si fueran de un contrato, que es el mutuo, y el pago de lo indebido se denomina *pro mutuum*.

Este concepto según Colin y Capitant, no corresponde a una clasificación de fuentes de la obligación, pero además, piensan estos autores que en el derecho moderno no hay razón para seguir sosteniendo el cuasicontrato como una fuente especial de obligación que comprende el pago de lo indebido y la gestión de negocios, porque si es verdad que en el derecho civil francés y en el derecho civil español hay un precepto que clasifica así las fuentes de las obligaciones, ya decíamos en clases anteriores, que la clasificación de las fuentes según estos autores es una clasificación doctrinaria que puede modificar la doctrina como se pueden modificar las definiciones que encontramos en derecho, y se examina en el fondo si es verdad que haya una fuente, el cuasicontrato, que comprenda el pago de lo indebido y el enrique-

cimiento sin causa, entonces la doctrina para establecer cuál es la naturaleza jurídica del cuasicontrato varía mucho, y es que en realidad no se pueden incluir estas fuentes de obligación dentro del cuasicontrato.

2. Naturaleza jurídica del cuasicontrato

La noción clásica que encontramos consignada en el derecho civil francés es la siguiente: el cuasicontrato es un acto voluntario lícito, para distinguirlo del contrato, que no es un acto voluntario, sino que es un acto de consentimiento; se dice que en el cuasicontrato, y ésta es la noción clásica del cuasicontrato, encontramos un acto lícito y un acto voluntario en el que no hay consentimiento sino la intervención de una sola voluntad.

Planiol critica la noción clásica de considerar el cuasicontrato un acto voluntario lícito diciendo: “no es verdad que el cuasicontrato sea un acto voluntario, porque la voluntad significa voluntad del que se obliga”, voluntad del deudor, y aquí en realidad el acto voluntario es voluntad del acreedor, como sucede en el pago de lo indebido, en que por la voluntad del *tradens* se hace la entrega de la cosa al *accipiens*, como sucede en la gestión de negocios en que, por la voluntad del gestor, se crea la obligación en contra del dueño del negocio; y tampoco es acto lícito, se dice, porque significa un enriquecimiento indebido, un enriquecimiento ilícito a favor de una persona, que es lo que hace nacer la acción para ejercitar la repetición en el caso del pago de lo indebido, o bien, el pago de los gastos que se

hayan hecho en el caso de la gestión de negocios; luego entonces, no es un acto voluntario ni lícito, y es que, dice Planiol, no hay sino dos fuentes de las obligaciones: el contrato en el que el consentimiento, el acuerdo de voluntades, hace que se cree la obligación, y la ley, en todos aquellos casos en que, como el enriquecimiento sin causa, como esta pretendida noción de cuasicontrato, la ley es la que establece la obligación.

Tesis de Demogue. Pero hay tratadistas que admiten todavía la noción del cuasicontrato, como Demogue, por ejemplo, aunque dando una verdadera explicación de uno de los cuasicontratos, o sea, la gestión de negocios y, en nuestro concepto, cometiendo el error de agrupar dentro de esa noción bien explicada de la gestión de negocios, otro que él llama cuasicontrato, que es el pago de lo indebido. Según Demogue, el cuasicontrato se caracteriza porque la obligación se genera en virtud de la intervención de la voluntad del acreedor, que es la voluntad que crea la obligación, no es ya la declaración unilateral de voluntad del deudor, como estudiábamos en clases anteriores, sino es precisamente la voluntad del acreedor lo que hace que se genere la obligación. Ya hemos de insistir, al estudiar la gestión de negocios, sobre este concepto de Demogue, pero consideramos que el pago de lo indebido no queda comprendido dentro de esta noción que explica la gestión de negocios; el pago de lo indebido, ya lo hemos dicho, en realidad es un caso de enriquecimiento sin causa y está comprendido efectivamente en el nuevo Código Civil como un caso de enriquecimiento sin causa, siguiendo, decíamos, códigos modernos como el Código Civil alemán y el Código Suizo de las Obliga-

ciones. En cambio, la gestión de negocios tiene la característica diversa al pago de lo indebido, el cual, repetimos, es un enriquecimiento sin causa; la gestión de negocios, o se confunde con una noción contractual, como sucede en el Código de 1884, o bien se considera, como lo hace nuestro nuevo Código Civil, independientemente de una noción contractual, como una fuente especial de obligación que tiene características especiales que no se confunden con el contrato ni con el pago de lo indebido ni con un caso de enriquecimiento sin causa.

El cuasicontrato en el derecho mexicano. Examinando la cuestión en nuestro derecho positivo, encontramos lo siguiente: no hay ni en el Código de 1870 ni en el de 1884 ni en el nuevo Código Civil, un precepto que, a semejanza del Código Civil francés o del español, clasifique las fuentes de las obligaciones, ni tampoco un precepto que admita la noción del cuasicontrato y que dentro de éste haga comprender el pago de lo indebido y la gestión de negocios, de tal suerte que nuestra labor, al interpretar los preceptos del código, debe tener mayor amplitud que la dedicada por los tratadistas en el derecho civil francés o en el español, que de todos modos, a pesar de la explicación de Colin y Capitant, se encuentran con un texto de derecho positivo que debe merecer alguna explicación, por lo menos. Además de no encontrarnos con un texto que reconozca la noción del cuasicontrato, comprendiendo la gestión de negocios y el pago de lo indebido, en nuestro derecho no hay una referencia a la noción del cuasicontrato; es verdad que existe el pago de lo indebido y que existe la gestión de negocios, pero el pago de lo indebido en los códigos de 1884 y 1870, ya lo hemos dicho, aparece dentro de las reglas del pago,

dentro de las reglas de extinción de las obligaciones; en cambio, la gestión de negocios aparece reglamentada como un verdadero contrato de mandato, ni siquiera como un cuasimandato, como admite el Código Civil alemán y hasta el código suizo, sino como un verdadero contrato de mandato, nada más que en lugar de ser el mandato expreso, es el mandato presunto, como lo llama el Código de 1884, según hemos de estudiar, de tal suerte que no podemos agrupar dentro de una noción cuasicontractual, ni tiene interés jurídico en el derecho mexicano reconocer una fuente de obligación especial, el cuasicontrato, que no está reconocido en la ley, y cuyos casos de aplicación están comprendidos en materias diversas, como son la de contrato en la gestión de negocios y la extinción de las obligaciones en el pago de lo indebido (Códigos de 1870 y 1884).

El nuevo Código Civil tampoco admite una noción cuasicontractual, sino que el pago de lo indebido lo clasifica como un enriquecimiento sin causa, y la gestión de negocios deja de ser una noción contractual para convertirse en una fuente especial de obligación con la misma categoría del contrato, de la voluntad unilateral, del enriquecimiento sin causa; decimos categoría, como fuente de obligación no en cuanto a aplicación, porque sabemos que de las fuentes la que tiene más aplicación es indudablemente el contrato.

Este concepto de la gestión de negocios tiene su explicación, creemos, en el nuevo concepto que se tiene en el derecho moderno sobre lo que es la gestión de negocios; desde luego encontramos que el Código Civil de 1884 habla de la gestión de negocios en un título

que llama “Del mandato o procuración y de la prestación de servicios profesionales”; esto es, ni siquiera se menciona en el título que haya gestión de negocios como cosa diversa del mandato con lo que ya nos estaba dando la idea de que el legislador consideró que la gestión no era sino un mandato. La gestión de negocios en el Código de 1884, lo mismo que en el de 1870, está estudiada al reglamentar los contratos en particular y dentro de este título que se llama “Del mandato o procuración y de la prestación de servicios profesionales”, reglamentado dentro de uno de los capítulos de la gestión de negocios. El artículo 2416 dice: “Bajo el nombre de mandato oficioso o de gestión de negocios (fijense ustedes: mandato oficioso, no es sino una forma de mandato), se comprenden todos los actos que por oficiosidad y sin mandato expreso, sino sólo presunto, desempeña una persona a favor de otra que está ausente o impedida de atender a sus cosas propias”. Tienen ustedes que este precepto reglamenta o reconoce la gestión de negocios como una noción contractual, como un verdadero contrato de mandato, sólo, que en lugar de ser un mandato expreso, es un mandato oficioso, es un mandato presunto por lo que se entiende, se presume que el gestor obra como un mandatario, que es un mandatario oficioso; no hay pues ninguna diferencia en cuanto a la clasificación de la fuente de obligación, entre contrato de mandato y contrato de gestión de negocios, porque, repetimos, la gestión de negocios viene a ser un verdadero contrato de mandato, un contrato de mandato presunto, y la reglamentación que encuentran ustedes en este capítulo de la gestión tiende a desarrollar esa idea del contrato presunto.

El nuevo Código ha modificado el concepto fundamental de la gestión, se ha reconocido como de interés social el que una persona

pueda estar en aptitud de intervenir en los negocios de un patrimonio ajeno prestando una intervención altruista desde el momento en que no se va a cobrar honorario alguno por esa intervención, sino únicamente se tendrán que reponer los gastos que haya hecho el gestor de negocios. Naturalmente que esta intervención de personas a un patrimonio en los casos de ausencia en los casos en que se esté impedido, el derecho la reconoce y la hace producir efectos, ya sea que se trate de actos jurídicos, ya sea que se trate de actos materiales, pero, y aquí es donde también tiene que intervenir el legislador, debe esa intervención tener determinados límites, porque comoquiera que sea, se está interviniendo en un patrimonio ajeno; no se va a tener una libertad absoluta, ni socialmente se puede reconocer esa intervención en forma absoluta, sino que debe tener límites, de los cuales el fundamental es el interés del patrimonio que se está gestionando, porque el gestor obra por cuenta del dueño del negocio, no está obrando por cuenta propia; y aun se sostiene en doctrina que si el gestor considera que está obrando en patrimonio ajeno y, sin embargo, está obrando en patrimonio propio, por error, digamos, no hay lugar a la acción de gestión. Esta intervención en patrimonio ajeno, por más que sea conveniente, por más que el derecho tenga que reconocerla y siempre la haya reconocido, debe estar limitada, fundamentalmente por el interés del dueño del negocio, por la utilidad que la gestión traiga al patrimonio del dueño del negocio, y así, en el artículo 1896 del nuevo Código Civil, se da la nueva noción de la gestión de negocios. Dice este artículo: “El que sin mandato [esto es, el gestor de negocios no obra en representación del dueño del negocio, no es un mandatario ni se quiere que lo sea, como sucede en el Código de 1884],

y sin estar obligado a ello, se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio”. Se reconoce que la gestión deja de ser, deja de tener en su naturaleza jurídica una noción de mandato, una noción contractual; es más, se establece que no se obra como mandatario, porque si se obrara como tal, volverían a aplicarse las nociones de representación y de mandato que ya nos son conocidas; tampoco está obligado a ello, es un acto de altruismo el que ejecuta el gestor, pero al mismo tiempo debe tener el límite de obrar en interés del dueño del negocio. Ya hemos de ver las aplicaciones que este principio recibe en la reglamentación de la gestión, reglamentación que quizá no siempre esté enteramente de acuerdo con la nueva noción, lo que es más explicable teniendo en cuenta el antecedente de 1884, o sea, de una gestión reglamentada por un contrato y consideraciones de orden práctico que no pueden, muchas veces, ser consecuencia total de un principio, porque dichas consideraciones hacen que los principios, por decirlo así, se quiebren ante la consideración.

3. Naturaleza jurídica de la gestión de negocios

Demogue, ya lo decíamos, ha dado una explicación sobre la naturaleza jurídica de la gestión de negocios, mejor dicho, sobre la naturaleza jurídica del cuasicontrato, porque él comprende en su explicación tanto la gestión de negocios como el pago de lo indebido, considerando que todavía en el derecho moderno se puede sostener la existencia del cuasicontrato.

Según Demogue, en la gestión de negocios la fuente de la obligación está en la voluntad unilateral del acreedor, a diferencia de lo que

hemos dicho tratando de la declaración de voluntad unilateral en que la fuente de la obligación es la voluntad unilateral pero del deudor, es el deudor el que por su voluntad se obliga; en este caso no es el deudor sino el acreedor, el que mediante la intervención de su voluntad unilateral genera la obligación, el acreedor es el gestor que interviene en las condiciones que establece este capítulo para realizar actos en el patrimonio de una tercera persona, que es el dueño del negocio, y crear así obligaciones y crearlas aun independientemente de la voluntad del dueño del negocio en ciertos casos. Efectivamente, esta nueva noción de la gestión ha hecho que el código adopte una reglamentación propia de este concepto como fuente especial de obligación, caracterizada por el hecho de la creación de obligaciones derivada de la voluntad del acreedor, pero en lo que no estamos conformes, en la tesis de Demogue, es en ampliar su explicación al pago de lo indebido, de comprender pago de lo indebido y gestión de negocios en el concepto del cuasicontrato. Efectivamente, en el pago de lo indebido, ¿la voluntad de quién sería la creadora de la obligación?, ¿sería la voluntad del acreedor, es decir, la voluntad del que hace el pago, la voluntad de lo que en derecho romano se llamaba el *solvens*? Y si examinamos la voluntad del acreedor veremos que él no ha tenido voluntad de crear la obligación, porque precisamente por error, ya sea de hecho o de derecho, ha efectuado el pago; luego, al efectuar el pago no ha existido su voluntad de constituir un crédito a su favor, y si examinamos la voluntad del *accipiens*, del que recibió el pago, entonces se verá que tampoco ha habido voluntad para crear la obligación; si es de buena fe, ha recibido el pago creyendo que se le está pagando una cosa que se le debe, pero si es de mala fe, entonces, con menos

razón, se puede hablar de la voluntad de esta persona que recibe el pago, para crear una obligación en su contra, puesto que si de mala fe recibe el pago, no va a querer crear una obligación en su contra para que le quiten lo recibido, y es que en nuestro concepto, si es verdad que la explicación de Demogue es cierta, tratándose de la gestión de negocios, no lo es tratándose del pago de lo indebido, el pago de lo indebido debe someterse a las reglas, como lo hace el nuevo Código Civil y como lo hace el Código Suizo de las Obligaciones y el Código Civil alemán, a las reglas del enriquecimiento sin causa, no es sino un caso de aplicación del enriquecimiento sin causa, en cambio, en la gestión de negocios, si encontramos que la intervención de una persona, el gestor, hace surgir una obligación en contra de otra persona, en contra del deudor sin ser el gestor, mandatario ni representante del dueño del negocio, por lo menos en el momento en que interviene para gestionar el negocio ajeno, y de ahí, apuntábamos en la clase anterior, se derivan consecuencias importantes en la gestión.

Tienen ustedes el artículo 1903, que dice: “El dueño de un asunto que hubiere sido útilmente gestionado, debe cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído a nombre de él y pagar los gastos de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes”. De tal suerte que cuando hay utilidad en la gestión, independientemente de la voluntad del dueño del negocio, la gestión es válida no sólo en las relaciones entre el dueño del negocio y el gestor, sino incluso respecto de terceros, puesto que obliga al dueño del negocio a tomar el negocio cuando ha sido bien administrado.

En cuanto a las obligaciones en relación con la gestión de negocios que surgen entre el gestor de negocios y el dueño del negocio, existe la obligación de pagarle al gestor los gastos en los términos que vamos a examinar; el gestor no recibe honorarios porque su intervención es una intervención altruista, pero sí recibe los gastos que haya verificado, es la obligación esencial que tiene el dueño respecto de su gestor de negocios: pagarle los gastos; pero incluso se presentan casos en los que existen obligaciones en contra del dueño del negocio a pesar de que el gestor de negocios haya intervenido contra la voluntad de aquél; lo tienen ustedes en el artículo 1905, que establece: “el gestor que se encargue de un asunto contra la expresa voluntad del dueño, si éste se aprovecha del beneficio de la gestión, tiene obligación de pagar a aquél el importe de los gastos hasta donde alcancen los beneficios, a no ser que la gestión hubiere tenido por objeto librar al dueño de un deber impuesto en interés público, en cuyo caso debe pagar todos los gastos necesarios hechos”. Tienen ustedes aquí cómo la intervención del gestor, aun contra la voluntad expresa del dueño, crea obligaciones en relación con el beneficio que le haya producido; este precepto es parte de una reglamentación adecuada que equilibra los intereses del gestor, que son intereses de orden social, con los intereses del dueño del negocio, siéndole útil la gestión al dueño del negocio y tratando de aprovecharse de los beneficios de la gestión, el dueño estará obligado a pesar de que el gestor haya intervenido en contra de su voluntad expresa.

¿Qué es lo que debe pagarse al gestor de negocios? Dice el artículo 1904: “deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho

en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes, pero no tiene derecho a cobrar retribución por el desempeño de la gestión”.

Encuentran ustedes en los artículos 1908 y 1909 casos de aplicación de gestión de negocios en los que la doctrina discutía si había o no gestión de negocios. “Cuando sin consentimiento de obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamar de aquél su importe, a no constar que los dio con ánimo de hacer un acto de beneficencia”. Artículo 1909: “Los gastos funerarios proporcionados a la condición de la persona y a los casos de la localidad deberán ser satisfechos al que los haga, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que hubieran tenido la obligación de alimentarlo en vida”. Artículos de los que provienen: el 1908, del párrafo primero del Código Civil español, y el 1909, del párrafo segundo del mismo artículo.

4. La ratificación en la gestión de negocios

Hay en materia de gestión de negocios la noción de la ratificación, lo que hará parecer que la gestión, al ser ratificada por el dueño del negocio, se convertirá en un contrato de mandato. Pero no creemos que en el nuevo código la ratificación tenga este sentido; en efecto, primero, cuando la gestión es útil al dueño, o cuando trata de aprovecharse de los efectos del dueño del negocio, aunque en contra de su voluntad expresa haya intervenido el gestor, resulta que no es necesaria la ratificación y que la gestión produce todos sus efectos; luego

tienen ustedes ahí casos en que, independientemente de la ratificación y por la voluntad del gestor y la utilidad que ha prestado su intervención, se crean y se generan obligaciones. Pero puede suceder que aun no siendo útil la gestión, o bien, que pudiendo haber cierta discusión sobre la utilidad de la gestión, el dueño ratifica los actos que haya realizado el gestor, y entonces, dice el código, “Produce todos los efectos de un mandato”. Yo creo que la ratificación no transforma a la gestión de negocios en un contrato de mandato, la ratificación en este caso tiene el sentido que tiene en materia de voluntad unilateral, hacer intervenir a la persona en cuyo beneficio se ha creado la obligación para que manifieste su voluntad de aprovechar ese beneficio, pero la obligación surge desde el momento en que ha intervenido y que el gestor ha realizado el acto, así lo dice la segunda parte del artículo 1906: “la ratificación pura y simple del dueño del negocio produce todos los efectos de un mandato; *La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principió*”. Y si se examinan los términos en que se redactó este artículo, se verá cómo la idea no es propiamente convertir la gestión de negocios en un contrato de mandato y hacer que en virtud del mandato retroactivo se produzca la obligación. Recuérdese: “La ratificación pura y simple del dueño del negocio produce todos los efectos de un mandato”. Es decir, se producen los efectos del mandato, mientras que los efectos que se producen de la intervención del gestor de negocios serán los mismos que hemos de encontrar tratándose del contrato de mandatos, de la representación, pero convierte (el nuevo código por lo menos), a la gestión de negocios en un contrato de mandato; de otra manera resultaría contradictorio este sistema con la definición misma del artículo 1896,

que establece: “El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio”.

La ratificación, pues, tiene el sentido de hacerle producir a la gestión todos aquellos efectos que hubiera producido de intervenir el gestor como mandatario, pero hemos visto cómo, independientemente de la ratificación, existe la posibilidad de que se produzcan efectos derivados de la gestión, de la voluntad unilateral del gestor de negocios; por otra parte, esta ratificación no significa que se perfeccione el contrato de mandato, sino que los efectos del mandato se produzcan para la gestión; como dice Pacchioni en una monografía sobre la gestión de negocios: “Se convierte en actual lo que estaba en potencia”; cuando se hace la gestión, es el negocio para el dueño, una vez hecha la ratificación, la gestión es del dueño del negocio”, que es cuando Pacchioni hace su explicación de la gestión, y hay que tener en cuenta que Pacchioni tiene la limitación del Código Civil italiano, donde la gestión no forma parte de una fuente especial de obligación, como sí forma parte en el nuevo Código Civil.

XXI. ACTOS ILÍCITOS

1. *Ideas preliminares*

Vamos únicamente a presentar algunos problemas sobre esta otra fuente de obligación a la que el nuevo Código Civil dedica los capítulos quinto y sexto que se denominan “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”, y “Del riesgo profesional”, capítulos en los que se sigue el principio del Código Suizo de las Obligaciones y del Código Civil alemán de hacer del acto ilícito una fuente especial de obligación debidamente reglamentada, como está en el nuevo Código Civil.

El artículo 1910 del nuevo código establece, siguiendo un precepto, si no literalmente, sí en su esencia, del Código Suizo de las

Obligaciones: “el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexplicable de la víctima”.

El Código de 1884 no contenía disposiciones, por lo menos en la forma expresa en que las encontramos en el nuevo Código Civil, sobre esta fuente de obligación, o sea, los actos ilícitos; pero sí hace una referencia en el artículo diciendo: “son causas de responsabilidad civil: I. La falta de cumplimiento de un contrato; II. Los actos u omisiones que están sujetos expresamente a ella por la ley. Era más bien a la fracción primera, al estudio de la responsabilidad por incumplimiento de contrato a la que se dedicaba este capítulo de responsabilidad civil en el Código de 1884, y es que, en efecto, la teoría era la que encontramos en la exposición de motivos del Código Penal de 1871: la responsabilidad civil derivada de los daños que se causen independientemente del cumplimiento del contrato, debe ser, se decía, materia del Código Penal, y el Código Penal de 1871 venía a reglamentar la responsabilidad civil, cuáles son sus elementos, a qué da lugar, cuál es el procedimiento para exigir esa responsabilidad civil, etcétera.

Esto, en nuestro concepto, es confundir la responsabilidad civil derivada de un delito penal con la responsabilidad derivada del delito o del cuasidelito civil; porque si es verdad que cuando hay un delito, ya sea un delito intencional o un delito de culpa que llamaba el Código Penal de 1871, delito no intencional o de imprudencia que llama el nuevo Código Penal, y se produce un daño, la fuente de obligación

es la comisión del delito que causó el daño. Hemos de explicar en nuestras próximas clases cómo no corresponde el concepto de delito penal con el de delito civil, ni el de delito no intencional o de imprudencia con el de cuasidelito en el derecho civil. La diferencia es fácil de percibir: en el delito penal hay un acto o una omisión sancionada por una Ley Penal al aplicarse una pena de las que el Código Penal enumera; en cambio, el derecho civil tiene en cuenta el delito y el cuasidelito únicamente desde el punto de vista del daño que se ha causado, esto es, tomando el concepto de daño en el sentido genérico de daño y perjuicio, pérdida o menoscabo en el patrimonio de otro, (concepto de daño), o privación de un lucro lícito, de un lucro debido, (concepto de perjuicio); y ese daño se puede causar independientemente de que se cometa un delito penal intencional o de culpa. No quiere decir que cuando se cometa un delito de orden penal no haya lugar a la responsabilidad, lo que queremos señalar es que no coinciden totalmente los conceptos de delito y cuasidelito civiles, con los conceptos de delito y cuasidelito penales; para el derecho civil lo fundamental es que se le haya causado un daño o un perjuicio a un patrimonio independientemente de que se esté cumpliendo con una obligación; y aquí la diferencia, entre lo que se llama la culpa contractual, esto es, incumplimiento de una obligación contractual preexistente, causándose un daño o un perjuicio, y la culpa extracontractual, que se presenta en los casos de delito o cuasidelito, en que sin existir una obligación preexistente derivada de un contrato, se causa un daño y el derecho obliga a la reparación. Es la distinción que hace el artículo 1458 del Código de 1884 cuando dice: “son causas de responsabilidad civil: I. La falta de cumplimiento de un contrato (o sea, culpa contractual). II. Los actos u

omisiones que están sujetos expresamente a ella por la ley (esto es, culpa extracontractual, acto ilícito).

El capítulo en el Código de 1884 se dedica a estudiar principalmente la culpa contractual, esto es, el resultado del incumplimiento de una obligación preexistente; ya hemos de ver cómo el nuevo código ya no estudia en este capítulo esa responsabilidad derivada del incumplimiento, sino que tiene un capítulo especial que denomina “Del incumplimiento de las obligaciones”, en el que estudia lo que en teoría se conoce como culpa extracontractual, esto es, daños y perjuicios que se causen por el acto o los actos de una persona o por las omisiones de una persona, ya sea con intención o por negligencia o imprudencia y que obligan, en virtud del daño causado, a la responsabilidad civil, o sea, a la reparación del daño o perjuicio causado. En las clases próximas ampliaremos y explicaremos mejor estos conceptos.

Estábamos estudiando en la clase pasada los actos ilícitos como fuentes de obligación, esto es, cuando un acto, ya sea intencional, ya sea por imprudencia, dentro de la teoría de la culpa, se ejecuta con violación de una ley de orden público o contra una buena costumbre y se causa un daño, ya sea que ese daño signifique menoscabo o pérdida en el patrimonio (concepto de daño), ya sea privación de un lucro lícito (concepto de perjuicio), que en realidad se agrupan dentro del concepto de daño tanto lo que el código define como daño como lo que define como perjuicio, por lo que hay lugar a una reparación de ese daño así causado, reparación que consiste en el nuevo Código Civil en restablecer las cosas al estado primitivo que tenían, y en caso

de no ser eso posible, el pago de una indemnización pecuniaria, una indemnización en efectivo.

El daño puede causarse, decíamos, ya sea intencionalmente o por imprudencia; la distinción entre el delito y el cuasidelito civiles, desde el punto de vista de los efectos, no es de mayor importancia porque, ya sea que se cause el daño intencionalmente, con el ánimo de dañar que decían en el derecho romano, ya sea que se cause por imprudencia, por negligencia, por falta de cuidado, por imprevisión; la consecuencia, el efecto, es siempre el mismo, o sea, la indemnización. Pero desde el punto de vista de la fuente del daño, en derecho civil se distingue entre el delito y el cuasidelito. Delito significa causar el daño, realizar el acto ilícito con *animus nocendi*, con intención de dañar; en cambio, puede suceder que se cause un daño sin tener esa intención de dañar pero sin haber tomado todas las precauciones, todos los cuidados necesarios para que el daño no se produjera; este daño tiene como fuente al cuasidelito.

2. Distinción entre el delito y el cuasidelito civil, con el delito y el cuasidelito penal

Ya decíamos que no debe confundirse la noción de delito y cuasidelito civil con el delito y el cuasidelito penal, aun cuando correspondan los conceptos en derecho penal y derecho civil en cuanto a que tanto el delito civil como el delito penal son intencionales, hay una voluntad dirigida hacia un fin, con el fin de hacer daño, que es como puede definirse la intención, la voluntad dirigida hacia la violación

de una ley, y en cuanto a que los cuasidelitos son no intencionales, son actos que no van dirigidos a hacer un daño, a violar una ley, sino que se produce un daño y se viola una ley por imprudencia o negligencia. Pero, decíamos, no debemos confundir el delito penal o el delito de culpa penal con el delito civil, porque el delito penal se caracteriza por la omisión o por el acto que viola una ley penal que está sancionado por una ley penal, con una pena como sanción. Desde el punto de vista del derecho penal, claro está que el delito puede traer, y normalmente trae, un daño patrimonial, y entonces el mismo derecho penal ha establecido la reparación del daño, esto es, en esos casos el delito penal es a su vez delito civil.

Pero puede suceder que el delito penal no traiga como consecuencia un daño. Los autores ponen por ejemplo las tentativas, una simple tentativa, que es castigada en derecho penal, puede no causar ningún daño patrimonial, es un delito penal y no un delito civil, porque éste se caracteriza por causar un daño, lo cual incluye también el concepto de perjuicio; ya sea pues que se trate del daño cesante o bien del perjuicio, encontramos que siempre hay una disminución en el valor de un patrimonio, o se evita un aumento de valor en el patrimonio.

También puede suceder que haya delitos civiles que no sean penales, que el daño causado no tenga una sanción en el derecho penal, y al no tener sanción en éste, no será un delito penal; en cambio, sí será un delito o cuasidelito civil porque con violación de una ley o de una costumbre, es decir, por un acto ilícito, se ha causado un daño y el derecho civil obliga a su reparación.

Este concepto, aun cuando existió en la legislación de 1870, sin embargo se confundía un poco porque se establecía una reglamentación de la responsabilidad civil que debería estar contenida en el Código Penal, y si leen ustedes la exposición de motivos del Código Penal de 1871, encontrarán cómo aparece que las comisiones llegaron al acuerdo de que la reglamentación de la responsabilidad civil debería estar en el Código Penal y no en el Código Civil, atendiendo a la fuente de la obligación y a que el daño causado procedía normalmente de un delito; y si es verdad que normalmente el daño tiene como fuente un delito penal, si es verdad que normalmente el delito penal puede causar un daño patrimonial, también es cierto que no siempre coincide el concepto de delito penal con el de delito civil, noción que se tuvo en la legislación de 1870, pero que no quedó establecida con toda claridad, puesto que se refirieron las reglas de la responsabilidad civil al Código Penal, y aunque sí se fijaron preceptos en el Código de 1884 que se referían a la culpa extracontractual, no se reglamentó en él la responsabilidad civil; en el Código de 1884 encuentran ustedes que en realidad se refiere a la culpa contractual, es decir, al cumplimiento de una obligación preexistente cuando se hace por culpa y causa un daño y da lugar a su reparación.

Leíamos en la clase pasada un artículo en materia de responsabilidad civil, el 1458, que dice: “Son causas de responsabilidad civil: I. La falta de cumplimiento de un contrato [es decir, la culpa contractual, y si se leen las reglas de este capítulo se verá que se refieren más bien a la culpa contractual que a la extracontractual] II. Los actos u omisiones que están sujetos expresamente a ella por la ley [esto es, la

culpa extracontractual]”. Ahora bien, en materia de actos ilícitos, fundamentalmente se encuentran dos doctrinas, que aun en el derecho moderno dividen la materia de actos ilícitos: lo que se conoce con el nombre de teoría de la culpa, y la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado.

3. Teoría de la culpa

La teoría de la culpa es la teoría clásica, la teoría del derecho romano, la que se encuentra en el Código Civil francés, y la que encontramos, ya hemos de mostrar, en el Código Civil de 1884. Esta teoría la hemos de ver también consignada, por lo menos como regla general, en el nuevo Código Civil, a pesar de que admite, en ciertos casos, la nueva teoría del riesgo creado o la responsabilidad objetiva.

¿Qué es lo que significa la teoría de la culpa? Esencialmente, como explica Colin y Capitant, significa que, además del elemento de daño que hemos de estudiar, además de la relación de causa-efecto entre la persona que causa el daño y el patrimonio dañado, se requiere que el sujeto haya procedido por culpa; esto es, que haya procedido ya sea con la intención de causar el daño, o bien, que haya procedido por negligencia, por imprudencia, y que así se haya causado el daño. Es, pues, un elemento personal, un elemento psicológico que hay que estudiar; cuando no existe culpa, cuando se ha causado un daño sin intención y tomando todas las precauciones que se requiere para no causar ese daño, y sin embargo el daño se causa, no hay lugar a la responsabilidad, como tampoco hay lugar a la responsabilidad

cuando se está ejercitando un derecho y el daño se causa, porque entonces no se realiza un acto ilícito, sino al contrario, se realiza un acto lícito, y el que causa daño en ejercicio de su derecho ya desde el derecho romano se decía que no tenía ninguna responsabilidad.

En el derecho romano la culpa se requería lo mismo cuando se trataba del cumplimiento de obligaciones preexistentes que cuando se trataba de actos ilícitos, sólo que, tratándose de actos ilícitos, la culpa adquiría un carácter particular; en materia de ley *aquilia*, decía el derecho romano, se presta la culpa levísima. Ya hemos de ver esta antigua clasificación de las culpas, de culpa leve en abstracto, culpa leve en concreto y culpa levísima; y hemos de explicar cómo el concepto general que prevalecía en el derecho romano era el que el hombre debía proceder normalmente como un buen padre de familia, y este concepto de tipo normal de hombre, de buen padre de familia, era el que normaba si una persona, en el cumplimiento de sus obligaciones, había o no tenido la diligencia necesaria para no causar el daño; era lo que se llamaba la culpa leve en abstracto (tomando de base la diligencia de un tipo abstracto que no correspondía a ningún hombre en concreto). En cambio, había ocasiones en que se requería lo que el derecho llama la culpa leve en concreto, es decir, se necesita que el hombre o la persona cumpla con sus obligaciones, proceda en sus obligaciones para cumplirlas, como procede en sus cosas propias.

Para juzgar si una persona al causar el daño debe o no ser responsable, hay que atender en concreto a cómo acostumbra cumplir

con sus obligaciones, independientemente de este tipo abstracto de buen padre de familia. En realidad, la culpa leve en concreto está establecida en beneficio de quien ha causado el daño, aun cuando a veces puede suceder que una persona acostumbre ser más diligente en el cumplimiento de sus obligaciones que el tipo abstracto, y entonces en realidad resultaría en perjuicio suyo. La idea es tener en cuenta a la persona para determinar si al causar el daño ha tenido la diligencia que acostumbra en sus propias cosas; pero tratándose de los actos ilícitos, el derecho romano exigía la culpa levísima, es decir, exigía no solamente que se procediera con el cuidado con que procede el buen padre de familia o con el cuidado con que procede una persona según acostumbra en sus propias cosas, sino además se requería que el daño no se causara, debiendo la persona que podía causar un daño, tener cuidados excepcionales. No simplemente debía prestar la culpa leve en concreto o la culpa leve en abstracto, sino que debía prestar la culpa levísima, es decir, tener una diligencia excepcional y no una diligencia normal ya sea del tipo abstracto de buen padre de familia o de la que acostumbre tener en sus negocios propios; es la explicación de por qué en materia de ley *aquilia*, decía el derecho romano, se prestaba la culpa levísima; tratándose de daños causados por actos ilícitos, no basta tener los cuidados normales, o el que se acostumbra en los negocios propios, sino que el derecho exigía una diligencia especial para no incurrir en culpa y, por tanto, para no ser responsable del daño causado.

En derecho moderno se exige también que la persona, para ser responsable, o bien intervenga intencionalmente, o bien, simplemente

por imprudencia. Ya hemos de ver cómo por lo menos de manera expresa, aunque encontrando algunas aplicaciones, el derecho moderno ya no hace esta clasificación de culpas del derecho romano; se exige para que haya lugar a la responsabilidad, dentro de la teoría de la culpa, que se investigue si se ha tenido la intención de dañar o que se haya obrado con imprudencia o negligencia, pero siempre existe la necesidad del concepto de culpa. Es más, la necesidad de que el que afirma esté obligado a probar, es decir, el que afirma que una persona obró por culpa, tendrá la obligación de probar que obró por culpa, esto es, si se trata del cumplimiento de una obligación de la culpa contractual y una persona no cumple con su obligación manifestando que no lo hace por caso fortuito o de fuerza mayor, él es el que está obligado a probar la excepción, el acreedor tiene que demostrar que existe la obligación, pero no tiene que probar que el otro no ha cumplido por culpa porque ésa es excepción del obligado; una vez demostrada la existencia de la obligación, el obligado es el que debe probar el caso fortuito o la fuerza mayor; pero tratándose de la culpa extracontractual, como no hay una obligación preexistente, sino que está afirmando que de manera ilícita se causó un daño, se tiene que demostrar que efectivamente se causó el daño, y además, como condición de la acción, como elemento de la acción, se tiene que demostrar, dentro de la teoría de la culpa, que se obró por culpa, porque eso es lo que da lugar a la responsabilidad. Dentro de esta teoría de la culpa, no basta demostrar que se causó el daño, sino que además es necesario demostrar que fue por un acto imputable a una persona y por culpa de esa persona; luego, para que mi acción prospere, necesito demostrar los diversos elementos de la responsabilidad, la otra persona no tiene

que probar (sería prueba de un hecho negativo) que obró sin culpa, que no tuvo culpa, sino que el que afirma que se obró con culpa y se causó el daño, además de probar la existencia del daño, debe probar la existencia de la culpa.

Ya hemos de ver, y ustedes ya lo saben, las dificultades que tiene la prueba, y sobre todo una prueba de esta naturaleza, que a veces es una prueba de orden psicológico, de una intención de dañar, muy difícil de realizar en la práctica.

XXII. TEORÍA DEL RIESGO CREADO O DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

 En cambio se ha desarrollado, especialmente en el derecho moderno, lo que se conoce como teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado.

Sencillamente explicada, la tesis consiste en suprimir de la responsabilidad por un acto que causa daño la noción de culpa, quitar ese elemento de culpa nos hace estar ya dentro de la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado.

¿Por qué responsabilidad objetiva? Porque es independiente del sujeto, independiente de la intención o de la imprudencia; cuando se ha causado el daño, todo lo que se tiene que demostrar es que el daño se causó y la relación de causa-efecto; cuando de dos patrimo-

nios uno causa un daño y el otro simplemente sufre el daño, ¿cuál es el que debe sufrir el daño causado? Planteada así la cuestión, parece ser muy sencillo decir: el que ha causado el daño, puesto que el otro no es responsable de haber recibido ese daño o perjuicio: Esto es lo que afirma la teoría objetiva; para ella lo único que hay que apreciar es la existencia del daño, sin necesidad de saber si fue un acto ilícito, si se violó algún derecho o si se procedió por imprudencia o con intención; basta la demostración de que el daño se causó, aunque no haya una obligación preexistente.

¿Por qué teoría del riesgo creado? Porque se dice: toda persona, al realizar una actividad, crea un riesgo, y si causa un daño es por ese riesgo que ha creado por lo que el daño se causó y, en consecuencia, es responsable. Esta teoría se ha desenvuelto especialmente, y en México también tiene esa caracterización, en el derecho obrero, también llamado derecho industrial, porque la intervención del maquinismo y de la gran industria —lo han hecho notar los autores— ha llevado a situaciones injustas, inequitativas; con el mecanismo moderno, con el desenvolvimiento de la gran industria ha resultado que normalmente hay daños que se causan a las personas o a los patrimonios, y así se conocen estadísticas que pueden hasta anticipar, si no el número, sí la necesidad de accidente, de daños causados en determinadas industrias; por ejemplo, en materia de ferrocarriles, en materia de instalaciones de energía eléctrica, se tiene la seguridad de que habrá un cierto porcentaje de accidentes y de daños causados; claro está que con las precauciones que de manera creciente va tomando la gran industria se vienen a reducir los accidentes, pero no se logra

suprimirlos. Se sabe, por ejemplo, que si se está construyendo uno de estos grandes edificios, habrá accidentes que dañen a los trabajadores, y dentro de la teoría de la culpa resultaba esta injusta situación: que el trabajador tenía que demostrar la existencia de culpa por parte del patrón para que fuera responsable de los daños causados, cosa que normalmente, en un gran porcentaje de casos, no existía, porque independientemente de la culpa del patrón, aun tomando todas las precauciones, el daño se causaba.

Se ha visto en estudios hechos en materia de derecho obrero, cómo el obrero se acostumbra al riesgo, y si en un principio, ante un mecanismo peligroso, toma todas las precauciones, por el temor al mismo mecanismo, a medida que transcurre el tiempo se va acostumbrando al riesgo, y éste es un hecho comprobado, que las precauciones que primero tomaba dejó de tomarlas, pero no porque sea un acto de imprudencia, sino porque es una cosa normal en la vida del hombre, el tratar de adaptarse a ese peligro que de otro modo lo haría vivir en una constante zozobra. Es un hecho comprobado que el obrero, y toda persona que maneja un mecanismo peligroso, se acostumbra a ese mecanismo de tal forma, que muchas veces los accidentes se producen por esa costumbre, por esa imprudencia; lo tienen ustedes en las construcciones de grandes edificios, casos en los que uno no se explica cómo una persona pueda estar caminando tranquilamente por una vigueta a gran altura, y es precisamente por la adaptación al peligro, y por eso muchas veces sobrevienen los accidentes. Esto es algo normal, y sería injusto, inequitativo, ponerlo en contra del obrero, que en todo caso no está recibiendo sino el salario y no las utilidades de la empresa.

Ya desde que el desenvolvimiento de la gran industria comenzó a tomar las proporciones que tuvo a fines del siglo XIX y principios del XX, se consideró que era necesario intervenir en estas situaciones; empezaron a presentarse una serie de doctrinas que no eran sino paliativos para establecer presunciones de culpa, teoría que en Francia fue expuesta casi al mismo tiempo que en Bélgica. Sauzet en Francia y Saintellete en Bélgica presentaron esta idea. En realidad, cuando se celebra un contrato entre un patrón y un trabajador, el patrón se obliga al terminar el contrato, a restituir, en su integridad física al trabajador, y si no lo hace ha violado por culpa suya el contrato, y en consecuencia es responsable. Se ve la intención de no poner ya la carga de la prueba en contra del trabajador porque ello lo llevaba a no obtener seguramente la indemnización; pero, decíamos, no eran sino paliativos que llegaron finalmente a lo que ya estaba de nuestro artículo 123 constitucional, a lo que ya establece la Ley del Trabajo, y ahora, tratando de esta materia, el nuevo Código Civil establece la teoría del riesgo creado, es decir, si el daño se causa en estas condiciones, independientemente de la culpa del patrón, hay lugar a la responsabilidad; porque resultaba lo siguiente y lo examina Charmont en una pequeña monografía en algún caso concreto pero que da una idea de qué es lo que sucede en materia, por lo menos, de la gran industria.

Examinamos casos en que hay estadísticas sobre los accidentes que van a causar daño, pero además se examina esta otra circunstancia: de esos accidentes, 50% digamos, se causan independientemente de cualquier culpa del patrón, accidentes que se explican ya sea por un caso fortuito o de fuerza mayor. Del otro 50% hay todavía un gran

porcentaje de casos en que hay lugar a la imprudencia del obrero, no por caso fortuito o fuerza mayor, y todavía en los que quedan, cuando hay lugar a la culpa del patrón, que es el menor número de casos, hay lugar a la carga de la prueba en contra del obrero, de donde resultaba que de cien casos, en un porcentaje mínimo, insignificante, podía el obrero conseguir la indemnización cuando demostraba la culpa del patrón. Esto naturalmente produjo una reacción para ir a la tesis, opuesta por decirlo así, de no tener en cuenta la culpa y muchas veces ni la imprudencia del mismo obrero, y solamente tener en cuenta los casos en que el obrero voluntariamente se causa el daño, que es una de las excepciones consignadas en la Ley del Trabajo, o bien, casos en que en estado de embriaguez, por ejemplo, el obrero se causa el daño, pero fuera de estos casos excepcionales, aun por negligencia del obrero, la teoría es que, causado el daño, hay lugar a pagar la indemnización.

Sabiendo en qué consiste la teoría clásica de la culpa y también en qué consiste la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado, vamos ahora a hacer el análisis de nuestra legislación positiva para ver cuál de estas dos doctrinas es aplicable.

1. Códigos Civiles de 1870 y 1884

En el Código Civil de 1870 y en el Código de 1884, decíamos, se sigue la tesis de que es necesaria la culpa o la intención de dañar; ello, en primer lugar, por el antecedente a que nos referimos de que las comisiones del Código Civil y del Código Penal quisieron colocar la materia de responsabilidad civil únicamente en el Código Penal,

reglamentar esta materia en ese código, considerando que la fuente debería ser un delito intencional o un delito de culpa; ello nos está revelando la idea que prevalecía en el Código Civil de 1884, o sea, que tuviera en cuenta incluso la comisión de un delito, y de un delito penal, ya sea intencional o culposo. El Código Civil de 1884 se refería, decíamos, a la culpa contractual cuando en el artículo 1858 establecía como causa de responsabilidad civil el incumplimiento de un contrato, y se refería a la responsabilidad en la fracción II del propio precepto, pero podemos afirmar que la reglamentación de este capítulo casi en su totalidad se refiere más a la culpa contractual que a la extracontractual.

No sólo este antecedente histórico y el hecho de que las ideas del Código de 1884 están inspiradas en legislaciones del tipo de la francesa, del Código Civil francés, que acoge la teoría de la culpa, sino también preceptos expresos del código nos llevan a la misma conclusión de tratarse en este ordenamiento de la teoría de la culpa y no de la teoría del riesgo creado. En el artículo 1476 se prevé el caso de la responsabilidad en contra del dueño de un edificio, dice: “El dueño de un edificio es responsable del daño que cause la ruina de éste, si depende de descuido en la reparación o de defectos de construcción”. Se necesita no simplemente que en la construcción del edificio se haya causado un daño, sino que se requiere, dice el precepto, descuido en la reparación o defectos de construcción, de tal suerte que si, como sucede frecuentemente en México, se construye un edificio, pero en la construcción se cumple con todos los requisitos técnicos de ingeniería, no habrá lugar a la responsabilidad, por más que el daño

se cause; así, ustedes saben cómo el subsuelo de México requiere estudios especiales, por lo que respecta a la construcción de los grandes edificios; estas construcciones necesitan, por lo menos en determinadas regiones de la ciudad, que se hagan trabajos previos en el subsuelo para poder soportar la carga de edificios de gran peso; normalmente los ingenieros usan el sistema de pilotear el subsuelo; lo han de haber visto ustedes con motivo del edificio que se construye frente al Banco de México; han de haber visto cómo, durante mucho tiempo, estuvieron poniendo pilotes, es decir, grandes vigas que normalmente cubren con alguna capa impermeable; esto tiene por objeto impedir ese movimiento que existe en el subsuelo en razón de la constitución propia del mismo y que hace que los edificios se hundan cuando no se han piloteado, por lo menos cuando se trata de edificios de un peso considerable. Pues bien, si a pesar de tomar todas estas precauciones hay algún hundimiento, y ese hundimiento perjudica la construcción contigua, no hay lugar a la responsabilidad, porque se han usado todos los medios que aconseja la técnica, no hay, pues, defectos de construcción. Pero si estos defectos existen y se llega a comprobar en un juicio que no se atendió a estas reglas que deben aplicarse en cada caso concreto, entonces hay lugar a la responsabilidad conforme al artículo 1476. El responsable es el dueño del edificio. La misma situación existe en el derecho civil francés, y comentan los autores que aun cuando el defecto de la construcción se haya derivado del arquitecto o del ingeniero que hizo la construcción, sin embargo la responsabilidad por lo que respecta al que sufre el daño, no es en contra del arquitecto o ingeniero, sino en contra del dueño del edificio, aun cuando el dueño no haya intervenido en la construcción; en

realidad, se entiende que su culpa estriba en que no tuvo el cuidado de contratar los servicios de una persona que no cometiera estos errores de construcción. Sin embargo, el artículo 1477 le da al dueño el derecho de reclamar contra el arquitecto, dice: “En el segundo caso del artículo anterior, queda salvo al dueño su derecho contra el arquitecto, conforme al artículo 2485”. Pero la responsabilidad en contra del que le ha causado el daño es del dueño del edificio y no del arquitecto ni del ingeniero.

El artículo 1478 es el que en realidad nos da la clave para determinar la teoría aceptada por el código en materia de actos ilícitos, dice: “Lo dispuesto en el artículo 1476 comprende los daños causados por la caída parcial de algún edificio, o de árboles, o de cualquier otro objeto de propiedad particular; los que provengan de descomposición de canales y presas, los que se causen en la construcción y reparación de edificios, y los que sean resultado de cualquier acto ilícito en sí mismo, pero en cuya ejecución haya habido culpa o negligencia”. Esto es, se requiere una noción, un elemento de culpa o negligencia para ser responsable, y ya el mismo artículo 1476, a pesar de ser daño causado por las cosas, contiene elementos de culpa, puesto que no basta que en la construcción de una cosa, de un edificio, haya habido daño para que haya lugar a la responsabilidad, que sería la consecuencia de la teoría de la responsabilidad objetiva, sino que es necesario que haya habido descuido en la reparación o defectos de construcción; es decir, que haya un acto de culpa, que es el que trae consigo la responsabilidad. De tal suerte que, por los antecedentes tanto de formación directa del código como por la doctrina que prevalecía en la época, y además

por el antecedente del Código Civil francés y por preceptos expresos de nuestro Código Civil de 1884, debemos llegar a la conclusión de que este código admite la teoría de la culpa y no la teoría de la responsabilidad objetiva. Se necesita pues que se cause un daño y que ese daño se cause con intención de dañar o por simple imprudencia, que forma la noción general de la culpa.

2. Código vigente

Vamos ahora a estudiar el código vigente. Decíamos que el precepto general en esta materia es el artículo 1910, cuyo antecedente encontramos en su primera parte en un artículo del Código Federal Suizo de las Obligaciones, el 41, y en su segunda parte el antecedente es un precepto del código ruso, el 403.

Artículo 1910. “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexplicable de la víctima”.

Vamos a analizar en este código cuál es la tesis adoptada y las consecuencias de esa tesis. Desde luego, encuentran ustedes la necesidad de que se obre ilícitamente. La consulta de autores en legislaciones como la suiza, que es el antecedente, decíamos, de nuestro precepto, nos lleva a la conclusión de que la ilicitud significa obrar extrajurídicamente y además obrar con imprudencia o negligencia, o bien con la intención de dañar. Los tratadistas suizos citan como antecedente

a su vez, por lo menos parcial, el artículo 41 del Código Suizo de las Obligaciones, el Código Civil francés, y este último de manera expresa admite la teoría de la culpa.

La ilicitud significa no sólo obrar contra derecho, sino además obrar contra derecho con la intención de causar un daño, o bien, causando el daño por negligencia, con imprudencia; pero el que obra contra derecho sin culpa, sin intención o sin negligencia y causa un daño, no es responsable del daño causado, así como el que obra dentro del derecho usando un derecho no es responsable del daño que causa. Ya desde el derecho romano, y en un texto del digesto, lo encuentran ustedes; se decía que a nadie se daña cuando se usa el derecho.

La ilicitud requiere, pues, un elemento de culpa, y ya hemos de ver cómo esto se comprueba en otro precepto, el 1914, que estudiaremos en relación con el 1913, es decir, con el precepto que establece un principio de responsabilidad objetiva o de riesgo creado cuando se usan instrumentos o mecanismos peligrosos. Se requiere obrar, pues, contra derecho o contra las buenas costumbres y causar un daño.

Tanto en la teoría de la culpa como en la teoría del riesgo es fundamental el elemento de daño, entendiendo este concepto en su sentido amplio, como daño de emergencia que en el derecho romano, o de lucro cesante (concepto de perjuicio), esto es, de menoscabo o pérdida en el patrimonio o de privación de un lucro lícito.

El daño debe ser un daño patrimonial o bien un daño extrapatrimonial; el daño extrapatrimonial es lo que se llama el daño moral; en el daño moral no se lesiona el patrimonio, esto es, no se lesiona el conjunto de bienes que forman el patrimonio, sino que se lesiona una afección, un sentimiento de honor, una situación social de la persona. Claro está que éste puede traer repercusiones en el patrimonio, pero también puede suceder que no haya esas repercusiones en el patrimonio, y los tratadistas discuten si el daño moral debe admitirse en derecho únicamente cuando traiga consigo una repercusión en el patrimonio o bien si se trata de sentimientos, por ejemplo de orden religioso, cuando se ven dañados sin que ello signifique un daño patrimonial ligado con un daño extrapatrimonial, pueden dar lugar a una indemnización.

Se ha dicho que el derecho no debe admitir el daño moral, que no es posible evaluar los sentimientos, la afección de una persona; que sería hasta injurioso para la persona ofrecerle una indemnización que tiene que ser una indemnización en dinero, para reparar el daño moral.

El derecho moderno se inclina, casi en la totalidad de sus autores, por sostener la procedencia de una responsabilidad por el daño moral causado, especialmente tratándose de las fuentes contractuales de las obligaciones, tratándose de la culpa extracontractual o del acto ilícito; y se sostiene, con razón, que aun cuando el daño extrapatrimonial puede no tener una compensación material, sin embargo habrá ocasiones en que sí la tenga totalmente, porque los medios que pueden

usarse con el dinero para obtener la compensación pueden ser muy variados. Así, una afección puede desaparecer en su totalidad mediante un tratamiento adecuado, mediante viajes, distracciones, que solamente puede procurar el dinero; por otra parte, si bien es verdad que en ocasiones la afección no podría ser reparada por el dinero, siempre, dicen los autores, viene a ser un lenitivo del daño causado, no lo repara pero sí viene a darle un sustitutivo que en cierta forma hace desaparecer o atenuarse el daño. Claro que no se puede reparar el daño que se le causa a un padre por la muerte de un hijo, pero si por la afección que le haya producido tal muerte, se encuentra en una situación en que necesite hacer un viaje, o distraerse de cualquiera otra manera, seguramente el dinero ayudará a esta persona a salir de ese estado moral. Por otra parte, es verdad que es muy difícil graduar la indemnización, y que va a ser muy difícil para el Juez establecer con exactitud cuál es la indemnización que haya que darse por la reparación del daño moral, pero ello no debe traer como consecuencia impedir la reparación, claro, teniendo la seguridad de que en muchos casos habrá una imperfección, ya que en esta materia de sentimientos o de daños extrapatrimoniales en general, no será posible establecer la tasa como se establece en materia del daño patrimonial, en que mediante procedimientos de orden objetivo se puede llegar a establecer con certeza la indemnización. Por estas razones, decíamos, salvo algunos autores que siguen sosteniendo que no debe admitirse el daño moral ni aun tratándose de actos ilícitos, la mayor parte de la doctrina se inclina por admitir la reparación del daño moral.

El artículo 1916 del nuevo código, que también tiene su antecedente en el Código suizo, establece: “independientemente de los daños

y perjuicios, el Juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928”.

De tal suerte que tienen ustedes en este artículo consagrada la tesis de la reparación del daño moral limitando hasta dónde puede ir el máximo de esa reparación, y además hay que tener en cuenta que el artículo liga la reparación del daño moral con los casos en que hay reparación de daño patrimonial; es decir, para que haya lugar a la reparación del daño moral, es preciso que venga acompañado de un daño material, si hay simplemente un daño moral, el código no lo toma en consideración, sino que debe haber, además del daño extra-patrimonial, un daño patrimonial, porque dice el código: “independientemente de los daños y perjuicios, el Juez pueda acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho”.

Adviertan ustedes que habla de un hecho ilícito, de donde la Suprema Corte, en alguna ejecutoria dictada por la Tercera Sala, ha establecido que no habrá lugar a la reparación del daño moral cuando se trate de responsabilidad objetiva y no haya ilicitud; ya hemos de ver cómo nuestro código admite casos en que, independientemente de la ilicitud, independientemente de la culpa o de la intención de dañar,

hay lugar a una reparación del daño; en estos casos, según la teoría de la Corte, y en mi concepto, parece justa dada la expresión de “víctima de un hecho ilícito”, no hay lugar a la reparación del daño moral sino únicamente cuando se aplique la regla general de 1910, es decir, cuando la responsabilidad es por acto de negligencia, de imprudencia o bien por la intención de dañar.

Conque, decíamos: primer elemento, daño, que comprende, en los términos indicados, el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. También en el Código de 1884 teníamos una referencia a este caso, aun cuando fuera de manera indirecta, de daño moral. En materia de responsabilidad civil hay un precepto, el artículo 1471, que dice: “al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá el precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño: El aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercia parte del valor común de la cosa”. Es una simple referencia a este caso tan especial de destrucción de una cosa en la que con la intención de lastimar la afección que se tenga por la cosa, es por lo que se destruye la cosa misma, una referencia, decíamos, en que se aplica, por lo menos relativamente, el concepto de daño moral; no hay, naturalmente, un precepto general como nuestro artículo 1916.

Conque, decíamos: en primer lugar, el daño que causa; una relación de causa a efecto, puesto que debe, el que causa el daño, ser el que responda por el daño; en la teoría de la culpa se dice que debe ser imputable y además obrarse por culpa o negligencia; ya de la noción

de culpa y negligencia dábamos alguna explicación en clases anteriores, veíamos los diversos aspectos que la culpa tiene, y cómo en materia extracontractual, en materia de actos ilícitos, debe obrarse en una forma diligente, no se aplica, pues, esa culpa del buen padre de familia, sino que debe obrarse con diligencia, debe obrarse como un hombre diligente que deba preocuparse por no causar un daño por actos que son violatorios de las normas del derecho; ya desde el derecho romano, decíamos en la clase anterior, se decía que en materia de ley *aquilia* la culpa levisima es la que procede, y en este sentido también podemos decir que casi todos los autores sostienen que debe obrarse en una forma diligente, es decir, no debe tenerse en cuenta cómo obra la persona en sus cosas propias, no es la culpa leve e inconcreta, la culpa que tiene en cuenta cómo procede en la vida la persona, sino que debe obrar usando toda la prudencia necesaria para no causar el daño y que naturalmente en cada caso concreto será juzgada por el Juez.

Dentro de la teoría pura de la culpa, cuando un incapacitado causa un daño, en realidad no debe haber responsabilidad por parte del que causó el daño, por parte del incapacitado, puesto que no le es imputable el acto por su falta de capacidad como menor de edad, y la teoría buscaba a las personas que tuviesen a su cuidado al incapacitado para atribuirles la responsabilidad del daño, pero claro, como se aplica la teoría de la culpa, aun esas personas podían tener la excepción de no haber procedido con culpa respecto al incapacitado, sino haber tomado todas las medidas de vigilancia sobre el incapacitado, y con eso se exoneraba de la responsabilidad incluso al tutor o al que ejercía la patria potestad, o al que tenía el cuidado del menor. Es toda-

vía el sistema por lo que respecta a las persona incapacitadas, que sigue nuestro código; tienen ustedes los artículos 1919 a 1922, que a esto se refieren. El artículo 1919 dice: “los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos”. Aquí parece establecer una responsabilidad general siempre que el menor cause el daño. Artículo 1920. “Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etc. Pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata”. En este caso, en lugar de tener la responsabilidad el que ejerce la patria potestad, la tiene otra persona porque está a su cuidado el menor. Artículo 1921. “Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable a los tutores, respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado”. Artículo 1922. “Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados”.

De tal suerte, que cuando el padre o el tutor prueban que no les fue posible evitar el daño causado, no hay lugar a la responsabilidad; en este caso resultaría que como el menor no es responsable con su patrimonio sino que es responsable aquella persona que lo tiene a su cuidado y esta persona puede demostrar que no pudo evitar el

daño, a quien se le causa el daño será el que sufra las consecuencias del mismo sin tener acción en contra de nadie, a pesar de que él no ha intervenido para que se le produzca un daño en el patrimonio. Esta teoría pareció injusta, y entonces el Código Civil alemán y el código suizo establecieron preceptos que ahora en su esencia repite el 1911 en los que se apartan de la teoría pura de la culpa para establecer un principio de equidad, de justicia, que siendo una excepción de la teoría de la culpa ha sido necesario adoptar en el derecho moderno; dice este artículo: “El incapaz que cause el daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1919, 1920 y 1922”. De suerte que, en principio, el incapaz es responsable de los daños que causa y solamente no lo será cuando la responsabilidad esté atribuida a otra persona; claro, porque entonces no se puede duplicar la indemnización, y en principio debe ser responsable el que tenga a su cuidado al incapaz, siempre y cuando haya ejecutado un acto de culpa, como es no demostrar que le ha sido imposible evitar el daño; pero si no hay lugar a la responsabilidad de su parte, el incapaz es el responsable.

En ese mismo cauce de ideas, la teoría de la culpa impedía que las personas morales respondieran con su patrimonio de los actos realizados por sus representantes o por sus órganos, ya sea dentro de la teoría del patrimonio colectivo o dentro de cualquier otra tesis, porque la persona moral no puede, precisamente por su carácter, realizar un acto de culpa, por muy real que se considere la existencia de la persona moral, fuera de aquellas tesis extremas no admitimos en derecho

de las tesis organicistas, de las tesis sociológicas, por muy real que se considere la existencia de la persona moral, no se puede llegar a hacer que la persona moral, fuera de las personas físicas que la integran, pueda cometer un delito o un cuasidelito, pueda obrar como ente jurídico por imprudencia realizando un daño, o bien, realizar un daño intencionalmente; son sus representantes, son los órganos de la persona moral, los que en todo caso ejecutan actos que causan daño y, por tanto, dentro de la teoría estricta de la culpa debiera ser únicamente ese representante el que fuese responsable, y ello con su patrimonio; se llega así a consecuencias que aun cuando estrictamente corresponden o pudieran corresponder a la doctrina de la culpa, sin embargo son inequitativas. En efecto, si un representante, en ejercicio de sus facultades dentro de la persona moral, comete un acto que cause un daño, lo equitativo, lo justo, lo racional, es que la responsabilidad no sea simplemente contra el patrimonio del representante que ha causado el daño, sino que fundamentalmente debe recaer sobre el patrimonio de la persona moral, toda vez que ha sido por la persona moral, por la realización de su objeto, por lo que ha causado el daño. En este sentido, también los códigos modernos, el código suizo, el código alemán y el nuevo código establecen este principio, y así vemos que el artículo 1918 del nuevo código dice: “Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones”. Y si ustedes ya han estudiado su Código Penal, recordarán que incluso dentro de las nuevas ideas en México se da hasta una acción penal en contra de las personas morales por los delitos que puedan cometer sus representantes en el ejercicio de sus funciones, y hasta sanciones severas

como son el liquidar, disolver o suspender las actividades de una persona moral por actos delictuosos cometidos por sus representantes, pero desde el punto de vista del derecho civil, lo interesante es que estos actos ejecutados por los representantes de las personas morales, tengan repercusión en el patrimonio de la propia persona moral, que es quien, en todo caso, va a obtener un beneficio de los actos realizados por su representante. Repetimos, el artículo 1918, apartándose de la tesis estricta de la culpabilidad, establece esa responsabilidad.

3. El abuso del derecho

Siempre se ha reconocido como un principio derivado del derecho romano que cuando una persona ejercita un derecho no puede dañar a nadie, es decir, no puede dañar en el sentido de crear una responsabilidad en contra del que ha causado el daño, y el hecho de que el artículo 1910 del nuevo Código Civil establezca la responsabilidad de que se obre ilícitamente para haber lugar a la responsabilidad, nos está confirmando esta disposición.

Pero, especialmente en el derecho moderno, se ha admitido la posibilidad de que aun en el ejercicio de un derecho haya lugar a la responsabilidad cuando se cause un daño, lo que significa necesariamente una excepción a la teoría de la culpa, toda vez que dentro de la teoría de la culpa el que obra lícitamente deberá, normalmente, estar exento de toda responsabilidad, y el derecho moderno habla de lo que se conoce con el nombre de teoría del abuso del derecho.

La teoría del abuso del derecho no es admitida por la generalidad de los autores en legislaciones como el Código de Napoleón, que no contiene ningún precepto expreso sobre la materia, pero en las que la jurisprudencia ha hecho un esfuerzo y hay una tendencia a considerar casos en los que a pesar de existir el ejercicio del derecho, sin embargo se ha causado un daño y haya posibilidad de responsabilidad.

Planiol, entre otros autores, considera que hablar del abuso del derecho es en realidad hacer un juego de palabras. No se puede, dice él, abusar del derecho, porque una de dos: o se obra dentro de las limitaciones del derecho, y en ese caso no puede haber lugar a la responsabilidad y no puede en consecuencia hablarse del abuso del derecho, o se está queriendo decir que se obra fuera del derecho, extrajurídicamente, en contra del derecho, y en ese caso no se puede o no debe hablarse de abuso del derecho, sino de un acto extrajurídico, de un acto ilícito que quedará dentro del concepto de los actos ilícitos y dentro de esta teoría de la culpa.

Pero, como sostiene Bonnecase, en el “Suplemento” a la obra de Baudry-Lacantinerie, es confundir la noción material del abuso del derecho con la noción psicológica, que es en el sentido en que debe hablarse de abuso del derecho; efectivamente, si se tiene del abuso del derecho una noción material, esto es, que signifique extralimitarse de los límites jurídicos objetivamente considerados, entonces, efectivamente, no podrá hablarse de abuso del derecho sino de un acto extrajurídico, de un acto ilícito, ése sería el concepto material de abuso del derecho,

tener en cuenta limitaciones de derecho objetivo, limitaciones que, por otra parte, existen aun entre los derechos que se han considerado derechos absolutos, como el de propiedad; si se piensa que hay determinadas limitaciones, como las hay en todo derecho, y si se cree que abuso del derecho significa ir mas allá de esas limitaciones, entonces, decíamos, se tiene una noción material de abuso del derecho, y la crítica de Planiol, como la de otros autores, sería justa; pero no es así como se entiende en el derecho moderno, digamos en el Código Civil alemán, no es así como se entiende el abuso del derecho ni tampoco lo entienden así autores del tipo, digamos, del mismo Bonnet, que consideran que el abuso significa, efectivamente, ejercicio de un derecho dentro del campo jurídico sin pasar esos límites que aun los derechos más absolutos, como el derecho de propiedad, tienen. Pero puede suceder que un derecho se ejercite dentro de los límites propios del derecho, sin que haya utilidad para aquel que ejercite el derecho, y no sólo habiendo utilidad, sino además ejercitándose el derecho con la única intención, con el propósito, de causar un daño; cuando en estas condiciones se causa el daño, cuando ejercitando un derecho no hay utilidad para el titular de ese derecho y si únicamente existe la intención, de ahí el concepto psicológico de esta tesis, hay la intención de causar un daño, entonces el derecho moderno ha sostenido la necesidad de reparar ese daño.

Se ve, pues, que, en primer lugar, no es de admitirse la crítica de Planiol, porque, efectivamente, se está abusando del derecho en cuanto a que se está dentro de los límites propios del derecho, y el abuso significa esa intención de dañar sin que haya utilidad para el titular.

Éste es el concepto que admite, como decíamos, un precepto del Código Civil alemán y de donde seguramente fue tomado por el nuevo Código Civil. El artículo 1912 del nuevo código, que tiene como antecedente el 226 del código alemán, establece: “Cuando al ejercitarse un derecho se causa un daño a otro, hay obligación de indemnizar si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin da causar el daño, sin utilidad para el titular de derecho”.

Éste es el concepto psicológico del abuso del derecho que ha sido admitido en el derecho moderno tanto por una gran parte de la doctrina como por legislaciones del tipo del Código Civil alemán y del tipo del nuevo Código Civil. Un precepto semejante fue adoptado al tratarse la materia de propiedad en el código vigente, que fue, al revisarse el primer proyecto del nuevo Código Civil, donde por primera vez se planteó el problema. El artículo 840 del nuevo Código Civil, que está colocado en las disposiciones generales de la propiedad, se dijo ya: “No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario”. Es exactamente el mismo concepto de abuso del derecho considerado por vez primera en nuestra legislación en materia del derecho de propiedad. Con posterioridad, al revisarse la materia de obligaciones que nacen de los actos ilícitos, se aplicó el mismo concepto que se aplicó al caso particular del derecho de propiedad, nada más que con toda la generalidad que tiene el artículo 1912 que, como ya vimos, dice: “Cuando al ejercitar un derecho (cualquiera que sea éste), se causa un daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”.

En el derecho francés y en nuestro derecho se ha presentado el caso de utilización de fuentes de agua en un terreno únicamente con el propósito de causar daños en el predio vecino, y se presentan mucho otros, por ejemplo, el individuo que junto a un edificio construyó una fábrica con el único objeto de que las sustancias que en ella se fabriquen destruyan el edificio contiguo, etc., sin obtener ningún beneficio de esa fábrica.

En el primer ejemplo, tomado de la vida real y sucedido en México, del que en mi vida práctica he tenido conocimiento de algunos de estos casos, y por lo que se ve en los autores se da con cierta frecuencia en otros países, es muy clara la tesis de cómo puede presentarse el abuso dentro de este concepto. Si una fuente de agua, digamos, beneficia al fundo vecino, y yo, ejerciendo mi derecho de propiedad, hago una horadación y voy hacia la fuente para desviar su corriente y que no pase por el fundo vecino y sin que esa maniobra me reporte ninguna utilidad, sino que lo hago con el único propósito de causar un daño, estoy ejercitando mi derecho de propiedad porque no hay limitación a mi derecho de propiedad en este particular, pero como yo lo estoy haciendo sin utilidad para mi fundo y con la única intención de dañar al fundo vecino, estoy haciendo un mal uso de mi derecho, estoy abusando de mi derecho causando un daño por ese abuso y obligado a la responsabilidad en los términos de los artículos 1912 y al que nos referimos en materia de propiedad. Éste es, decíamos, el concepto psicológico del abuso del derecho que ha sido admitido por códigos modernos, y que fue el admitido por el nuevo Código Civil. Tenemos aquí otra limitación al concepto del acto ilícito de la

teoría de la culpa, puesto que encontramos un acto lícito en cuanto que es ejercicio de un derecho, en cuanto a que no es acto extrajurídico como decíamos que es el concepto contenido en el artículo 1910 y que, sin embargo, al causar el daño en las condiciones indicadas da lugar a la responsabilidad.

Se ve, pues, que el nuevo Código Civil ha establecido una teoría en la que, admitiendo como regla general la teoría de la culpa, en el artículo 1910 establece casos de excepción a esa tesis; estos casos de excepción son: 1o. Aquellos en que el Código Civil ha aplicado el concepto de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado; desde luego, tienen ustedes que tratándose de accidentes del trabajo o de enfermedades profesionales en materia del trabajo, siguiendo la tesis establecida en el artículo 123 constitucional, ya el nuevo Código Civil, en sus artículos 1935 a 1937, establece lo que denomina “del riesgo profesional”, admitiendo en esta materia no una teoría de la culpa sino una teoría objetiva, esto es, una teoría en cuya virtud no se necesita saber si el que causó el daño ha procedido intencionalmente para causar ese daño o ha procedido simplemente por imprudencia o negligencia, sino que basta demostrar la relación de causa a efecto y la existencia del daño para que haya lugar a la responsabilidad. Artículo 1935. “Los patrones son responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en el ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por tanto, los patrones deben pagar la indemnización correspondiente, según que hayan traído como consecuencia la muerte o simplemente la incapacidad temporal o permanente para trabajar. Esta responsabilidad subsistirá

aun en el caso de que el patrón contrate al trabajador por intermediario”. Artículo 1936. “Incumbe a los patrones el pago de la responsabilidad que nace de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, independientemente de toda idea de culpa o negligencia de su parte”. Artículo 1937. “El patrón no responderá de los accidentes del trabajo, cuando el trabajador voluntariamente (no por imprudencia) los haya producido”.

A este caso al que se refiere el artículo 1937 ya habíamos hecho alusión y decíamos que es el único caso en que las teorías puras del riesgo creado admiten que no hay lugar a la responsabilidad.

Pero no solamente en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales se establece la teoría del riesgo, sino que, independientemente de esta materia, que la encuentran ustedes reglamentada en su Ley Federal del Trabajo, hay casos en que ya no en relaciones de contrato de trabajo obrero y patrono, sino en relaciones de la vida civil común, hay aplicaciones de la teoría objetiva o del riesgo creado. Es el artículo 1913 del nuevo Código Civil el que establece estos casos y que ha tenido una importancia excepcional en la práctica en México; dice: “Cuando una persona hace abuso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzca o por causas análogas, está obligada a responder del daño que cause aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”. Esto es, en este artículo se admite que

cuando se usan sustancias o mecanismos peligrosos en sí mismos o por la velocidad que desarrollan, etc., se ha creado un riesgo de tal naturaleza que el daño que se causa, independientemente de la intención de dañar o de la imprudencia o negligencia, es decir, independientemente de una idea de culpa, debe ser reparado por el que causó el daño.

Hay que fijarse en que no se trata, en todo caso, de que se aplique la teoría de la responsabilidad objetiva, sino que es necesario el uso de estos mecanismos, de estas sustancias peligrosas; cuando no se usan estas cosas peligrosas, entonces está dentro de la regla general del acto ilícito conforme al artículo 1910; así pues, fuera de estos casos establecidos por el artículo 1913, se vuelve a caer en el principio general de la necesidad de una culpa que cause el daño para que haya lugar a la responsabilidad y, consecuentemente, a la indemnización, y así el artículo 1914 establece: “Cuando sin empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el artículo anterior y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas lo soportará sin derecho a indemnización”. Lo que nos comprueba: primero, que se requiere dentro del capítulo de actos ilícitos, por regla general, la idea de culpa o negligencia; segundo, que como caso excepcional se admite que, tratándose de mecanismos peligrosos, etc., hay lugar a aplicar la tesis de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado; esto es, se admite una excepción, una verdadera excepción a la teoría de la culpa; ¿por qué se ha admitido esta excepción?

Demogue, que es en realidad el inspirador de este artículo 1913, lo mismo que del 1914, porque en Demogue se encuentran los elementos

para la redacción de estos preceptos, explica cómo, si es verdad que la tesis del riesgo creado, admitida por todos los casos, no corresponde a nuestra vida social que, como dicen Colin y Capitant, ello significaría en realidad limitar la actividad del hombre, o bien, en algunos casos, terminar con esa actividad; que es injusto que, por regla general, cuando una persona toma todas las precauciones para no causar el daño, se le haga responsable; no es equitativo que por el daño que se causa sin imprudencia o negligencia, en general sin culpa, haya lugar a la responsabilidad, porque el hombre vive en sociedad y dentro de una actividad, y la actividad es, por decirlo así, como lo dicen algunos autores, una causa de fuerza mayor para no ser responsable de los daños que se causen si es que no ha habido la intención de dañar ni tampoco ha habido culpa o negligencia; admitir una tesis general de responsabilidad objetiva, decíamos, sería tanto como terminar con las actividades del hombre, pero si esto es verdad, también es cierto, y lo admiten Colin y Capitant como lo admite Demogue, que tratándose de riesgos excepcionales en que la persona que establece ese riesgo puede dejar de establecerlo, y es la persona que crea el riesgo la que obtiene las ventajas, los beneficios o las simples satisfacciones que produce ese riesgo, que es un riesgo extraordinario, por decirlo así, y entonces si el daño se causa si está bien planteado el problema, como lo ha querido plantear la teoría de la responsabilidad objetiva en la generalidad de los casos, pero que no es admisible como causa general; esto es, es necesario ver dos patrimonios en presencia, uno establece un riesgo de carácter extraordinario introduciendo a la vida social un riesgo de este carácter que no está dentro de la vida normal de los riesgos, por otra parte, es esta persona la que obtiene normalmente

el beneficio, o por lo menos en su mayor parte o la satisfacción de ese riesgo, y entonces, si el daño se causa, ¿qué es lo justo?, ¿qué es lo equitativo?, ¿que sea el patrimonio de la persona que ha establecido o creado el riesgo en estas condiciones excepcionales, que obtiene los beneficios y que normalmente está en condiciones económicas superiores a las de la persona que ha sufrido el daño, el que responda de los daños causados o bien, lo justo es que responda el que no ha creado el riesgo y solamente ha sufrido el daño? La doctrina, por lo menos en una gran parte y aun por tratadistas que siguen sosteniendo como tesis general la teoría de la culpa, afirman que debe hacerse una excepción para estos casos y admitir en ellos una teoría diversa a la teoría de la culpa, la teoría del riesgo creado o de responsabilidad objetiva. Así, el que maneja un automóvil, ¿cuáles son los elementos para determinar su responsabilidad, independientemente de la imprudencia o negligencia con independencia, naturalmente, de la intención de dañar? Conforme a la teoría del riesgo, es una persona que ha creado un riesgo especial; claro está, esta noción de riesgo especial va transformándose a lo largo de la vida social: lo que ahora es un riesgo especial, dentro de algún tiempo puede considerarse algo normal. El que usa el automóvil obtiene los beneficios de tenerlo, ya sea que lo necesite para sus negocios, ya sea porque simplemente le cause una satisfacción tener el automóvil para sus viajes, para disfrutar de sus vacaciones, etc. El que tiene un automóvil normalmente está en una condición económica que le permite pagar el daño que causara con ese automóvil; ¿quién es el que debe pagar el daño causado, aun cuando el automovilista tome todas las precauciones necesarias? Esta corriente de que estamos hablando considera que es un caso en

el que debe aplicarse la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado como caso de excepción a la tesis general de la teoría de la culpa por llenarse todas las circunstancias de que hemos hablado y por considerarlo equitativo. La única excepción que podría oponerse a estos casos para exonerar de responsabilidad a aquellos que en condiciones análogas a la descrita crean riesgos excepcionales y causan un daño, sería la correspondiente a aquellos casos en que el daño se causara por culpa o negligencia inexcusable de la víctima; por ejemplo, si un peatón, viendo la luz roja y aun, para hacer más patente el caso, lo sujeta un agente de tránsito que trata de detenerlo para que no cruce una calle por el peligro que corre en esos momentos y sin embargo al atravesar la calle sufre un accidente, pues será un caso de excepción a la aplicación de la teoría del riesgo creado, por lo que el causante del daño quedará por estas circunstancias libre de responsabilidad.

Para terminar esta materia de fuentes de obligaciones que ya nos ha tomado demasiado tiempo, diremos que además de los actos jurídicos existen hechos jurídicos, como fuentes de obligaciones, hechos jurídicos no voluntarios; los actos ilícitos que no son hechos intencionalmente (recuerden ustedes su clasificación de hechos jurídicos), son hechos voluntarios en cuanto hay voluntad en la realización del acto, pero no voluntad en la responsabilidad; pero hay otros hechos jurídicos involuntarios, accidentales, que están fuera de la voluntad del hombre y que también dan lugar a obligaciones, que son fuentes de obligaciones; ya decíamos, al hablar de hechos jurídicos, que el nacimiento de una persona, el llegar a la mayor edad, son todos

hechos voluntarios, hechos de la naturaleza que traen sin embargo consecuencias jurídicas por que crean obligaciones. El hecho jurídico y el acto jurídico producen así el efecto de crear obligaciones.

Se ha dicho que la ley crea obligaciones, y hay toda una tradición de derecho francés y de derecho español según la cual las fuentes de las obligaciones son: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley, haciendo de la ley, como explica Planiol, una especie de saco donde se pone todo aquello que no cabe en el contrato, en el cuasicontrato, en el delito o en el cuasidelito; si no cabe en ninguna de estas categorías de fuentes de obligación, entonces se le atribuye a la ley. Este concepto de la ley como fuente subsidiaria de las obligaciones ha sido criticada, y no por la doctrina moderna: ya Demolombe y Marcadé sostenían que la ley no era una fuente especial de obligación y que necesitaba además un acto jurídico o un hecho jurídico para ponerse en movimiento, y por lo que hemos explicado de las teorías sobre hecho y acto jurídico de Bonnet, hemos de concordar con esta teoría expresada por Demolombe y Marcadé; la ley constituye la situación jurídica abstracta, no se sostiene que la ley no tenga influencia en la creación de la obligación, lo que sí dice es que la ley en sí misma no es la que crea la obligación, que la ley en sí misma, como todo el derecho positivo, constituye lo que se llama una situación jurídica abstracta, una situación jurídica en potencia, lista para funcionar, pero que requiere la intervención de otros elementos para continuar el funcionamiento de la situación jurídica abstracta, y esos otros elementos son el acto jurídico o el hecho jurídico que vienen a poner en movimiento la regla de derecho y a convertir la situación

jurídica abstracta en situación jurídica concreta; por eso no se admite que la ley constituya por sí misma una fuente especial de obligación. Entonces, ¿cuáles son las fuentes de las obligaciones?

Además de esta clasificación tradicional que no admitimos porque hemos dicho que, cuando menos para nosotros, no es de aceptarse el cuasicontrato como una fuente especial de obligación ni tampoco la ley por las razones expuestas; existen muchas otras clasificaciones, como por ejemplo la de Planiol. Este autor considera que no hay más que dos fuentes de obligaciones: el contrato —el acuerdo de voluntades— y la ley; todo lo que no tenga como fuente de obligación un acuerdo de voluntades, un contrato, debe tener a la ley como tal. Esta clasificación también la deseamos por razones análogas a las que expusimos al hablar de la clasificación tradicional. No haremos un estudio un tanto inútil de todas las clasificaciones —en realidad, casi cada autor hace una clasificación distinta de las fuentes del derecho—, pero sí nos referiremos a la clasificación establecida por nuestro Código Civil.

Fuentes de obligación en el nuevo código. Nuestro Código Civil no fija en un precepto una clasificación de las fuentes de las obligaciones, sino que esta clasificación la hallamos en la reglamentación de las diversas fuentes de las obligaciones, que son:

I. El contrato,

II. Declaración unilateral de voluntad,

III. Enriquecimiento ilegítimo o enriquecimiento sin causa,

IV. Gestión de negocios,

V. Obligaciones que nacen en los actos ilícitos, y

VI. El riesgo profesional.

A la que podría añadirse, si se quisiera distinguir entre el acto ilícito y el acto en el que no interviene culpa, una fuente de obligación que denominaríamos “Del riesgo creado” que comprendería los casos de riesgo profesional y los casos de aplicación de riesgo creado, que están comprendidas en el capítulo de actos ilícitos.

Código de 1884. En este código encontramos:

I. El contrato.

II. Declaración unilateral de voluntad. (La derivamos como la mejor explicación de algunas instituciones establecidas en el articulado de este código. A favor de tercero en los casos excepcionales del contrato de seguro y de renta vitalicia.)

III. Enriquecimiento sin causa. (Erigido por la presencia de algunas disposiciones del código —pago de lo indebido como un principio general de derecho.)

IV. El acto ilícito.

La gestión de negocios no aparece en el Código de 1884 como una fuente especial de obligación, sino que es una de tantas especies de contratos, es una fuente contractual de obligación.

Tercera Parte

DIVERSAS ESPECIES DE OBLIGACIONES

XXIII. OBLIGACIONES PURAS

e dice que una obligación es pura y simple cuando no está sujeta a una modalidad, entendiéndose por modalidad la manera de ser de las obligaciones, siendo las modalidades de las obligaciones: la condición, el término, y los autores consideran también modalidades de las obligaciones la pluralidad de sujetos y la pluralidad de objetos; otros autores añaden la carga, que hemos de ver que es distinta de la condición; el nuevo Código Civil considera que son modalidades de las obligaciones tanto la condición como el término, la pluralidad de objetos en las obligaciones conjuntivas y alternativas, la pluralidad de sujetos, o sea las obligaciones mancomunadas en la acepción particular que tiene en el código la obligación mancomunada que, según hemos de ver, es distinta de la acepción del Código de 1884, y también considera modalidades de las obligaciones a las obligaciones de dar y de hacer o de no hacer. En esta parte

del curso, siguiendo su programa, nos ocuparemos de las modalidades que significan condición y término, y ya hemos de encontrar posteriormente lo que su programa llama las obligaciones complejas y, dentro del estudio de éstas, la pluralidad de sujetos y objetos.

1. OBLIGACIONES CONDICIONALES

El artículo 1938 del nuevo Código Civil contiene una definición exacta de lo que es la condición, definición inspirada en un artículo del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones; dice este artículo: “La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto”.

Lo característico en la condición es que la existencia misma de la obligación depende de un acontecimiento futuro e incierto, la manera de realizarse el acontecimiento es lo que distingue esencialmente la condición del término o plazo, como hemos de ver al estudiar las obligaciones a plazo, porque mientras en la condición el acontecimiento es futuro e incierto, en el plazo, según hemos de ver, se trata de un acontecimiento de realización cierta. El plazo y la condición tienen de semejante el estar sujetos a un acontecimiento futuro, pero tienen esencialmente distinto, en cuanto a la realización del acontecimiento, el que en la condición el acontecimiento es incierto, mientras que en el plazo el acontecimiento es cierto.

Plazo incierto. Se habla sin embargo, y tal vez en sus estudios de derecho romano lo hayan encontrado, del término incierto, del *dies*

incertus de que hablaba el derecho romano, y entonces se pregunta uno cómo es posible que siendo incierto el acontecimiento, sin embargo se pueda hablar de término, puesto que hemos dicho que en cuanto a la realización del acontecimiento la diferencia esencial entre condición y término estriba en que en la condición el acontecimiento es incierto, mientras que en el plazo el acontecimiento es de realización cierta. ¿Por qué entonces se habla de términos inciertos? Lo que en realidad sucede no es que el acontecimiento sea incierto, sino que lo que es incierto es la época de la realización del acontecimiento, pero el acontecimiento en estos *dies incertus* que se llaman y que dan lugar a esta confusión, el acontecimiento es cierto y solamente la época de la realización es la incierta.

Ejemplos:

I. Condición: “Me obliga a alguna cosa en el caso de que un barco “x” llegue al puerto de Veracruz”; es una condición porque puede el barco llegar o no llegar al puerto de Veracruz por muchas circunstancias.

II. Plazo. Si digo: “Te pagaré la cantidad de \$10,000 el primero de septiembre, estoy fijando un término porque hay acontecimiento de realización cierta, como es una fecha determinada.

III. Plazo incierto. Si se dice: “Te pagaré una cantidad el día de la muerte de una persona, entonces el acontecimiento es cierto, porque seguramente esa persona se va a morir, pero como no se sabe el

momento de la muerte, se dice entonces que se trata de un plazo o de término incierto; en realidad son términos, puesto que el acontecimiento es cierto, la muerte de la persona es cierta, y lo único que es incierto es la fecha de la muerte, de modo que la muerte de una persona es un acontecimiento cierto y en consecuencia no es una condición sino un plazo.

Lo característico de la condición es, pues, que el acontecimiento sea incierto; tratándose del contrato de seguros, cuando se dice “pagaré la cantidad de \$5,000 en caso de incendio de tu casa”, el seguro contra incendios sí parte de una condición, porque el incendio es un acontecimiento incierto, no así la muerte de una persona, en el seguro sobre la vida, en que el acontecimiento es cierto, y lo único incierto es el tiempo de la realización del acontecimiento. Esto por lo que se refiere a este requisito de ser la condición un acontecimiento incierto, mientras que en el plazo encontramos un acontecimiento cierto.

Habla también el precepto, siguiendo el Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones y toda la doctrina sobre el particular, de que el acontecimiento debe ser futuro.

En el Código de 1884 se establecía la posibilidad de un acontecimiento pasado, aun cuando decía el código, “desconocidas las partes”; el artículo 1330 del Código de 1884 decía: “También puede constituirse obligación condicional, haciéndola depender de un hecho pasado, pero desconocido de las partes”. El precepto tenía como

antecedente directo el Proyecto de García Goyena e indirectamente un precepto del Código Civil francés que establecía en el fondo la misma disposición, y los tratadistas como Planiol, como Colin y Capitant y, en general, casi toda la doctrina critican el precepto porque no se entiende que el acontecimiento sea pasado. El acontecimiento, para ser realmente una condición a la cual esté sujeta la existencia misma de la obligación, debe ser futura, si el acontecimiento pasado, aun cuando sea desconocido por las partes, se ha realizado de acuerdo con la intención de los contratantes, entonces la obligación existe y es una obligación pura y simple, no condicional, y si el acontecimiento no se ha realizado de acuerdo con la intención de las partes, entonces nunca existirá la obligación, de tal suerte que el acontecimiento pasado no influye como condición sobre la obligación. La obligación debe ser, como dice el artículo 1938 del nuevo Código Civil, “un acontecimiento futuro e incierto”, y ya el nuevo código no contiene un precepto semejante al artículo 1330 del Código de 1884, con esta condición que podía ser un acontecimiento pasado.

La característica de la condición, en cuanto al efecto que produce el acontecimiento futuro e incierto, es que la existencia misma de la obligación se hace depender de la condición, ya sea para fijar esa existencia, ya sea para resolver la obligación que está sujeta a condición, de aquí la diferencia entre condiciones suspensivas y condiciones resolutorias.

2. Condición suspensiva

La condición suspensiva significa que la obligación está sujeta a un acontecimiento futuro e incierto, de tal suerte que la obligación

no existe mientras no llegue la condición. Ejemplo: me obligo a pagarte \$5,000 si el barco llega a Veracruz; condición suspensiva porque yo no estoy obligado a pagar esos \$5,000 sino hasta que se realice la condición suspensiva, o sea, la llegada del barco a Veracruz. Ya hemos de ver cómo la inexistencia de la obligación sujeta a condición suspensiva trae como consecuencia la posibilidad de repetición cuando se ha cumplido por error antes de que la condición se haya realizado; así, en este ejemplo en que yo digo “te pagaré \$5,000 si llega este barco a Veracruz”, si yo creo que ya llegó el barco a Veracruz y entrego los \$5,000, y luego resulta que el barco no ha llegado, ¿tengo derecho a que se me devuelvan los \$5,000, o no? En la condición se tiene derecho a la repetición, en cambio, hemos de ver en el término que no hay lugar a la repetición porque el término suspensivo no suspende la existencia, sino simplemente el cumplimiento de la obligación. La condición suspensiva, decíamos, afecta la existencia misma de la obligación, yo no soy una persona obligada cuando la obligación esté sujeta a una condición suspensiva, así nos lo dice el artículo 1938 cuando declara que “la obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto”. Pero luego, con mayor claridad, el artículo 1939, también seguramente inspirado en un precepto del Proyecto Franco-Italiano, establece: “La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación”.

En el Código de 1884 aparentemente aparecía una solución diversa, pero si se estudian los preceptos veremos que se puede llegar a la misma solución. El artículo 1331 del Código de 1884 establece:

“La condición es suspensiva cuando suspende el cumplimiento de la obligación, hasta que se verifique o no el acontecimiento”. El artículo 1335 enseguida establece: “Si el cumplimiento del contrato depende de alguna condición, positiva o negativa, de hecho o de tiempo, ...”. De estos preceptos parece derivarse que lo que afecta la condición no es la existencia misma de la obligación, sino el cumplimiento de la obligación, con lo que sucedería que, por lo que respecta a los efectos no habría una distinción esencial entre el término y la condición pero en realidad está mal empleada la expresión “De cumplimiento” porque el artículo 1329, que es el que define la condición en el Código de 1884, declara que “la obligación es condicional cuando depende de un acontecimiento futuro e incierto, bien sea suspendiéndola hasta que ésta exista, bien sea resolviéndola, según el acontecimiento previsto llegue o no llegue a verificarse”. Así pues, ustedes como este artículo dice: es condicional “cuando depende la obligación”, no habla del cumplimiento, que si se tiene en cuenta el antecedente de García Goyena y su comentario sobre el particular, se comprueba que efectivamente la condición sí afecta la existencia de la obligación y no simplemente su cumplimiento, y se confiesa en el comentario que el término ‘cumplimiento’ está mal empleado.

El nuevo Código Civil ya no da lugar a esta duda, puesto que, decíamos, establece textualmente tanto en la definición general de la obligación condicional (art. 1938), como la definición de la condición suspensiva (art. 1939), que es la existencia misma de la obligación la que depende de la condición.

3. Condición resolutoria

La condición es resolutoria, dice el artículo 1940, cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían como si esa obligación no hubiera existido. La condición resolutoria hace que en realidad la obligación sea una obligación pura y simple mientras no acontece o mientras no hay lugar a la condición resolutoria; la condición resolutoria significa que la obligación existe, pero que si el acontecimiento que constituye la condición se realiza, entonces desaparecen —y lo hacen retroactivamente— los efectos de la obligación. Así, si se dice: “Te doy en arrendamiento una casa en tanto que no llegue un barco a Veracruz”, yo en mi calidad de arrendador tendré derecho a las rentas y el arrendatario tendrá el derecho de vivir en la casa, pero al llegar el barco a Veracruz se rescinde el contrato, y como es un contrato de tracto sucesivo, no es posible volver las cosas al estado que tenían antes porque no sería posible dejar de vivir retroactivamente en la casa y, por consecuencia, tampoco deberá el arrendador regresar el dinero que recibió por concepto de rentas. Otro ejemplo: Te vendo una casa si en determinado plazo no llega un barco a Veracruz; el contrato produce desde luego sus efectos, y si dentro del plazo fijado el barco no llega a Veracruz, esa obligación quedará como pura y simple, puesto que la condición no se habrá realizado, pero si llega, se resuelve el contrato con efecto retroactivo y entonces se le devolverá al comparador el precio y a la otra parte la cosa. Se caracteriza la obligación sujeta a condición resolutoria porque no impide que se produzcan desde luego los efectos de la obligación, es una obligación pura y simple, pero si la condición llega a realizarse,

entonces desaparecen los efectos y desaparecen desde el momento de la celebración del contrato, naturalmente, con las excepciones de los contratos de tracto sucesivo, excepción que no es propia de la condición resolutoria, sino que lo es también de la nulidad porque en estos contratos no hay posibilidad, por lo menos en algunos casos, de volver hacia el pasado.

4. Condición potestativa

Condición potestativa quiere decir acontecimiento que está sujeto a la voluntad de los contratantes.

La condición potestativa puede ser de dos clases: Lo que se llama con, dición puramente potestativa y la condición simplemente potestativa.

Condición puramente potestativa. La condición puramente potestativa consiste en que el deudor queda obligado a su voluntad, es la condición del derecho romano, el deudor cumple si quiere y si no quiere, no cumple; *si volvero*: si quiero cumplo esta obligación, si quiero cumplir con ella. La condición puramente potestativa no se puede admitir en derecho porque afecta la esencia misma de la obligación, la condición puramente potestativa significaría que no habría obligación.

Condición simplemente potestativa. Condición simplemente potestativa quiere decir que se trata de un acontecimiento futuro e incierto que depende de la voluntad del deudor, pero no simplemente de esa

voluntad, sino que hay otros acontecimientos que están fuera de su voluntad y que pueden incluir el cumplimiento o la realización de la condición. Ejemplo: te vendo mi casa si hago un viaje a Nueva York, puede ser que el viaje a Nueva York dependa o no de mi voluntad, pero puede haber una serie de hechos que hagan necesario que yo tenga que realizar ese viaje. Normalmente se establecen esas condiciones cuando puede haber algún elemento todavía no definido para realizar el hecho del cual va a depender la obligación; depende de mi voluntad, porque voluntariamente voy a hacer el viaje, pero como esa voluntad puede estar limitada por algún hecho externo, a que se tenga necesidad de realizar ese viaje a Nueva York, no depende simplemente de mi voluntad. Estas condiciones simplemente potestativas se admiten en derecho.

En el Código de 1884, el artículo 1334 parece referirse a la condición puramente potestativa; dice: “Es potestativa o voluntaria cuando depende puramente de la voluntad de una de las partes; y mixta cuando depende juntamente de un acontecimiento ajeno de la voluntad de las partes y de la voluntad de una de ellas”. Sin embargo, la interpretación del precepto era que no se trataba de la condición puramente potestativa, porque, repetimos, ello destruiría en realidad la obligación, es decir: cumplo una obligación si quiero cumplirla, es tanto como no obligarse; se trata de la condición puramente potestativa.

En el nuevo Código Civil, el artículo 1944 establece: “Cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad

del deudor, la obligación condicional será nula”. Aquí tienen ustedes en este precepto establecido el principio de no admitirse la condición puramente potestativa porque es contraria a la esencia misma de la obligación, pero el precepto tiene algunas limitaciones.

Se ha dicho que el nuevo código no admite la condición, o por lo menos no clasifica la condición simplemente potestativa; sin embargo, tal vez razonando *a contrario sensu* del artículo 1944 pueda deducirse que sí se admite la condición simplemente potestativa, como la admite toda la doctrina, puesto que si la condición no depende exclusivamente de la voluntad del deudor, no será la condición puramente potestativa sino la simplemente potestativa, y entonces no hay lugar a aplicar el artículo 1944 y a anular la obligación condicional toda vez que el precepto se refiere al caso en que el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor. ¿Por qué del deudor? Porque, ya lo decía la doctrina, cuando el cumplimiento de la obligación depende exclusivamente de la voluntad del acreedor, hay obligación; por ejemplo, si decíamos: “me obligo a prestarte \$5,000 el primero de septiembre si tú quieres”, o se dice, “te doy en arrendamiento mi casa por un año y al cabo de un año me obligo a venderte la casa si tú quieres comprármela” (promesa unilateral de venta); allí tienen ustedes cómo de la voluntad exclusiva del acreedor depende el que se exija el cumplimiento de la obligación o no, pero la obligación no depende de la voluntad del deudor, éste se ha obligado de manera firme a cumplir con la obligación dejando a la voluntad del acreedor el que se aproveche o no de esta promesa de mutuo en el primer caso, promesa unilateral de venta en el segundo. Éste es el

sentido del artículo 1944 cuando dice: “Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula”. Fíjense ustedes, no dice del acreedor sino del deudor.

En el artículo 1944 podemos encontrar, pues, dos soluciones: primera, de la posibilidad de condiciones simplemente potestativas desde el momento en que no dependen exclusivamente de la voluntad del deudor, que es la característica de la condición simplemente potestativa; segundo, la solución a este problema, ya planteado por la doctrina, de que aun las condiciones puramente potestativas, cuando dependen de la voluntad del acreedor, no afectan la obligación, sino que la afectan sólo cuando la condición depende de la voluntad del deudor, y así, terminantemente, nos lo dice el artículo 1944.

5. Condiciones casuales y mixtas

En el Código Civil de 1884 encontramos las obligaciones casuales y mixtas; el artículo 1333 decía: “La condición es casual cuando depende enteramente del caso o de la voluntad de un tercero no interesado en el contrato”. El 1334 establecía: “Y mixta cuando depende juntamente de un acontecimiento ajeno de la voluntad de las partes y de la voluntad de una de ellas”.

El nuevo Código Civil no contiene una clasificación de estas condiciones casuales y mixtas, como tampoco, según veíamos, se refiere de una manera expresa a las condiciones potestativas. ¿Quiere

esto decir que el nuevo código no admite estas condiciones? Seguramente que no, no ha dado una denominación a estos acontecimientos, pero quedan comprendidos dentro del artículo 1938, que dice: “La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto”; y el efecto será el mismo, ya sea que se trate de una condición casual, ya sea que se trate de una condición de estas potestativas o de una condición mixta. Entiendo que el legislador no quiso hacer, tratándose de la materia de obligaciones, aunque sí lo hizo tratándose de condiciones en materia de sucesión, no quiso definir por innecesario lo que son las condiciones casuales y las condiciones mixtas o simplemente potestativas, puesto que todas quedan como acontecimientos futuros e inciertos que afectan de la misma manera a la obligación.

6. Condiciones positivas y negativas

Por último, su programa se refiere a las condiciones positivas y negativas, imposibles e ilícitas. Tampoco encontramos que se emplee de una manera expresa la expresión o la denominación de condición positiva o negativa en el Nuevo Código Civil como sí la encontramos en el artículo 1335 del Código de 1884 cuando dice: “si el cumplimiento del contrato depende de alguna condición, positiva o negativa, de hecho o de tiempo, [...]”; pero sí hay una referencia a lo que son las condiciones positivas y negativas en los preceptos del nuevo código. La condición positiva significa que se realice un acontecimiento, mientras que la negativa es que no se realice un acontecimiento; así, será condición positiva que llegue un barco a Veracruz, será negativa que éste no.

La referencia a estas condiciones la encontramos en el artículo 1946 y en el 1947 del nuevo código; dice el 1946: “La obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento suceda en un tiempo fijo caduca si pasa el término sin realizarse o desde que sea indudable que la condición no puede cumplirse”. Artículo 1947. “La obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento no se verifique en un tiempo fijo será exigible si pasa el tiempo sin verificarse”. Éstas son las condiciones positivas y las condiciones negativas, aun cuando no se emplea en el código tal denominación.

7. Condiciones imposibles e ilícitas

El artículo 1943 del nuevo Código Civil establece: “Las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por ley o que sean contra las buenas costumbres, anulan la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta”. El Código de 1884, en su artículo 1354, establecía: “Las condiciones físicas o legalmente imposibles anulan el contrato que de ellas depende”.

Cuando tratamos la materia de objeto, veíamos la diferencia entre un objeto imposible, ya sea física o legalmente imposible, y un objeto ilícito. La misma diferencia encontramos en esta materia, tratándose ya de modalidad de las obligaciones.

En esta materia hay que hacer una explicación: a veces se habla de condición como elemento de formación del contrato y se dice que

es una condición; por ejemplo, el que a todo contrato se le dé una forma determinada, que es la forma establecida por la ley; no es éste el sentido técnico de la condición, no es una condición en el sentido de modalidad de la obligación; ya desde Aubry y Rau se daba la explicación de que una cosa son los elementos de formación del contrato y otra cosa son las modalidades que puede tener una obligación y que suponen que los elementos de formación ya existían. Esto es importante porque han de ver ustedes en la práctica, y con cierta frecuencia, confundir la condición como modalidad, como manera de ser de una obligación, con elementos de formación, y las consecuencias son diversas porque entonces, tratándose de una modalidad, pues vendrán todas las consecuencias de la modalidad, la rescisión, el efecto retroactivo, que no existen tratándose de un elemento de formación del contrato.

Decíamos más arriba que, tratando de la materia de objeto, existía una distinción entre la imposibilidad y la ilicitud. La condición imposible puede ser física o legalmente imposible: la condición físicamente imposible (la misma idea que en materia de objeto) consiste en contrariar leyes de la naturaleza; la condición legalmente imposible es aquella que contraría leyes que deben regir necesariamente esa situación, nada más que ahora empleamos los conceptos tratándose de una obligación que reúne todos sus caracteres, ya sea caracteres esenciales, ya sea únicamente condiciones de validez y que, por tanto, tiene un objeto que es objeto posible y objeto lícito pero se sujeta la obligación en su existencia a un acontecimiento futuro e incierto y es ese acontecimiento futuro e incierto el que constituye una

condición que sea imposible o ilícita; así, por ejemplo, tratándose de condiciones imposibles con imposibilidad natural, normalmente no son condiciones de orden práctico pero sí pueden suponerse; por ejemplo, establecer como condición el que una cosa, contrariando las leyes de gravedad, no caiga, ejemplo de Hemmard; establecer que se toque la Luna con la mano; trazar un triángulo sin tres ángulos, etc. Como decíamos, no son condiciones que normalmente se establezcan en la práctica.

8. Condiciones de imposibilidad jurídica

Cuando se establece por condición, digamos, que se adopte a una persona sin tener la edad requerida por la ley —que en el código vigente era de 40 años, pero hace creo que un año, hubo una reforma del código que fijó en 30 años la edad para poder adoptar; fijar como condición emancipar a un menor de 18 años cuando es necesario que sea mayor de 18 años. En materia de imposibilidad legal sí pueden encontrarse numerosos ejemplos, los hay de la vida práctica; establecer, sea por caso, que se dona una cosa con la condición de que nunca se enajene cuando es contrario al ordenamiento jurídico establecer la no enajenación de las cosas.

9. Condición ilícita

En la ilicitud la condición es natural y realmente posible pero contraría disposiciones de orden público como sabemos por nuestros estudios del objeto ilícito; por ejemplo, pagar una cantidad de dinero

bajo la condición de que se cometa un acto delictuoso; posibilidad en la condición, puesto que se puede cometer un delito, pero ilícito en cuanto a que contraría una ley de orden público.

El Código de 1884 no habla, sin embargo, de las condiciones físicas o legalmente imposibles, sin referirse, por lo menos en el precepto, a las condiciones ilícitas. La explicación la encontramos en que para el código son legalmente imposibles (art. 1306).

Los actos ilícitos. Quiere decir que dentro de la imposibilidad el código comprende la ilicitud. Ya hemos oportunamente hecho la crítica del precepto, se aplica esta idea en el artículo 1354 del Código de 1884, puesto que solamente se refiere a las condiciones físicas o legalmente imposibles; en cambio, el nuevo Código Civil establece con toda claridad, en el artículo 1943, que “Las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley o que sean contra las buenas costumbres, anulan la obligación que de ellas dependa”. Deben fijarse en que menciona condiciones imposibles de dar o hacer, no condiciones imposibles de no hacer; mejor dicho, si las trata el precepto en la segunda parte, pero para establecer que se tienen por no puestas. Claro, porque como la condición en sí misma es imposible, establecer que no se haga una cosa imposible es no establecer nada, puesto que por la naturaleza de la condición no se puede hacer, como cuando se dice: te establezco como condición el que no emancipes a un menor de 15 años; si existe la imposibilidad legal para emancipar a un menor, establecer esa condición es no establecer nada, es decir, es dejar que la obligación se realice independientemente

de cualquier condición. El artículo 1943 tiene como antecedente el 1116 del Código Civil español que establece en el fondo la misma disposición y en el comentario de Manresa encuentran ustedes la razón, que por otra parte los tratadistas franceses también establecen, de por qué la condición imposible de no hacer se tiene por no puesta.

Había una diferencia en cuanto al efecto de la condición imposible o ilícita tratándose de testamentos y de obligaciones. El artículo 1354 del Código Civil de 1884 establecía la nulidad de la obligación que dependía de la condición física o legalmente imposible, en cambio un precepto de tal código en materia de sucesiones establecía que estas condiciones se tenían por no puestas, es decir, se le daba validez a la institución y se tenía por no opuesta la condición; precepto tradicional que tenía como antecedente el derecho romano en que se establecía, por lo menos, así es la explicación de los tratadistas de derecho romano, que se dejaba válida la institución a pesar de establecerse una condición de esta naturaleza por las consecuencias que traía anular un testamento y que se aplicara el régimen de intestado.

En el nuevo Código Civil ya no encontramos esa diferencia porque un precepto del nuevo código establece ya la nulidad de la institución, es el artículo 1347, que dice: “La condición física o legalmente imposible de dar o de hacer, impuesta al heredero o legatario, anula su institución”. En cambio en el Código de 1884 se establecía que la condición física o legalmente imposible no anulaba la institución,

sino que se tenía por no puesta (art. 3251), derivándose este precepto a partir del Código Civil francés y del Proyecto de García Goyena de los principios del derecho romano a que nos hemos referido.

¿Cómo debe realizarse la condición? Los autores explican que la condición debe realizarse de acuerdo con la intención de los contratantes, esto es, se puede pensar en el problema de saber si la condición debe realizarse precisamente como se establece o puede realizarse en forma de equiparse la realización a como es la condición. Se ha resuelto de diversa manera, pero los autores llegan a la conclusión, y parece exacta, de tener en cuenta la intención de los contratantes y no dar por cumplida la condición porque un acontecimiento semejante tenga lugar si no es precisamente aquel que se puso como condición. Ejemplo: si se pone como condición la llegada de un barco a Veracruz, la condición no se cumplirá porque llegue un aeroplano o cualquier otro medio de transporte, sino que tendrá que llegar un barco para que se tenga por cumplida la condición.

Fraude en la realización o en la falta de cumplimiento de la condición. A esto se refieren respectivamente los artículos 1952 y 1945 del nuevo código cuando dicen: Artículo 1952: “Si la rescisión del contrato dependiera de un tercero y éste fuere dolosamente inducido a rescindirle, se tendrá por no rescindido”. Artículo 1945: “Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento”.

10. Efectos de las condiciones suspensivas y resolutorias

Para tratar metódicamente este punto, diremos que los efectos de las condiciones se pueden presentar con respecto a tres momentos distintos de la vida de la condición:

- a) antes de realizarse la condición;
- b) en el momento de realizarse la condición, y
- c) después de realizarse la condición.

Efectos antes de realizarse la condición. Condición suspensiva. Decíamos que la condición suspensiva afecta la existencia misma de la obligación, de tal suerte que mientras esté pendiente la condición, puede decirse que no hay obligación. Sin embargo, tanto el Código de 1884 como el código vigente establecen la posibilidad de que el acreedor, en una obligación sujeta a condición suspensiva, mientras esté pendiente la condición, puede realizar actos conservatorios de su derecho; así, se permite que se hagan inscripciones de hipotecas que garanticen, por ejemplo, una obligación sujeta a condición suspensiva; el artículo 1942 establece: “El acreedor puede, antes de que la condición se cumpla, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho”. Además, en el Código de 1884, en el artículo 1337, se establecía la posibilidad de que los derechos y las obligaciones de los contrayentes que fallecían antes del cumplimiento de la condición pasaran a sus herederos, y el artículo 1338 dice: “Los acreedores cuyos contratos dependieren

de alguna condición, podrán, aun antes de que ésta se cumpla, ejercitar los actos lícitos necesarios para la conservación de su derecho”. En el nuevo código encontramos un precepto expreso, al que ya nos hemos referido, sobre actos conservatorios, pero no encontramos un precepto en esta materia sobre transmisión de derechos. Esto no quiere decir que no haya lugar a esa transmisión; en mi concepto, se ha suprimido para dejarlo en las reglas generales de la transmisión a título de herencia, donde dice (art. 1281): “Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte”.

¿Cómo se explica la existencia de estos derechos en las obligaciones sujetas a una condición suspensiva cuando aún no se realiza la condición? Para algunos autores es una consecuencia natural de la condición, puesto que si es cierto que la existencia misma de la obligación está sujeta a la condición, ya hay una expectativa de derecho que puede hacer posible la existencia de la obligación al realizarse la condición y, por tanto, es necesario dar acciones y derechos que conserven ese derecho, que puede no existir pero que puede existir.

Colin y Capitant sostienen la tesis de que en la condición suspensiva encontramos un germen de derecho; existe, según ellos, la obligación, pero únicamente en germen, todavía sin el desarrollo completo, y este germen de obligación es el que da a lugar a los derechos de conservación y, además, a la transmisión de los derechos en caso de sucesión; en nuestro concepto, no parece exacta, especialmente desde el punto de vista del derecho positivo, la teoría de Colin

y Capitant, puesto que hemos visto cómo la condición afecta a la existencia misma de la obligación, que hace que ésta no exista; y en cuanto a los derechos de conservación, se explican por la razón indicada; si es verdad que la obligación no existe, también es cierto que puede existir, y privar de derechos de conservación a un acreedor cuyo derecho puede existir será en contra de la noción misma de la condición que sujeta la existencia de la obligación a la condición. No creo que haya necesidad de acudir a esta explicación de un germen de la obligación para explicar estos efectos, especialmente, decíamos, en relación con nuestro derecho positivo.

¿Qué sucede cuando, pendiente de realizarse la condición, se cumple la obligación? Decíamos: en el Código de 1884 hay un precepto en cuya virtud se tiene derecho a la repetición; el artículo 1339 establecía: “El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiera pagado”. En cambio, tratándose del término que establecía el artículo 1359: “lo que se hubiere pagado anticipadamente, no puede repetirse”.

El código vigente no establece un precepto en cuya virtud lo pagado antes del cumplimiento de la realización de la condición pueda repetirse; en cambio, tratándose del plazo, si el artículo 1957 establece: “Lo que se hubiere pagado anticipadamente no puede repetirse”, ¿quiere esto decir que no hay lugar a la repetición, tratándose de un pago anticipado a la realización de la condición? Creemos que no es ésta la idea del código, sino simplemente se ha querido dejar la materia a los principios generales; si, por una parte, dentro del nuevo Código Civil, en los artículos 1938-1939, la existencia misma de la

obligación está afectada por la condición, quiere ello decir que si se paga, se está pagando lo que no se debe, y si esto se hace por error, sea de hecho o de derecho, debemos aplicar los principios del enriquecimiento sin causa en materia de pago de lo indebido: “Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho a exigir [y existiendo la condición suspensiva no se tiene derecho a exigir], y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla”. Eso dice el artículo 1883 del nuevo Código Civil; y creo que estamos precisamente en las condiciones de este precepto. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en materia de obligaciones si el plazo establece de una manera expresa que no pueda repetirse sin que se hubiere pagado anticipadamente, y si se plantea la diferencia esencial entre la condición y el plazo, la primera afectando la existencia de la obligación y la segunda el cumplimiento, se ve que la disposición del artículo 1957 nos da también la explicación de la necesidad de aceptar en materia de condición la repetición desde el momento en que la existencia misma de la obligación es la afectada, y mientras las condición no se realice no hay obligación. La supresión del artículo 1339 puede haber tenido también como origen la forma tan general en que estaba redactado, pues decía: “El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiere pagado”, de tal suerte que, por lo menos dentro de la forma que afectaba el precepto del Código de 1884, aun cuando no se hubiese entregado por error, había lugar a la repetición; el código vigente vuelve a los principios generales, si se ha pactado sin error, deseando pagar anticipadamente, entonces no hay por qué dar lugar a la acción en repetición, la acción debe existir únicamente cuando se haya hecho el pago por error. Éstos son los efectos principales de la condición suspensiva antes de realizarse ésta.

Condición resolutoria. La condición resolutoria, antes de realizarse la condición, es como una obligación pura y simple.

Efectos que se producen al realizarse la condición. Condición suspensiva. En las obligaciones condicionadas con condición suspensiva se retrotraen los efectos de la obligación al momento de la celebración del contrato; esto nos lo dice el artículo 1941, que se refiere tanto a condiciones suspensivas como a condiciones resolutorias. Dice: “Cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación o su resolución, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, deban ser referidas a fecha diferente”. Esto es lo que se llama la retroactividad de la condición; autores como Colin y Capitant lo discuten, por lo menos en todos los efectos que se pretende dar —y que se le dan— a la retroactividad.

Origen de la retroactividad. Ya desde el derecho romano hay textos del digesto que admiten en algunos casos la retroactividad; Girard, tratadista de derecho romano, afirma que la retroactividad de la condición se admitía en el derecho romano, pero no como principio general.

Alcance de la retroactividad de la condición. Pothier establece que la retroactividad de la condición sólo tiene lugar en ciertos casos, por ejemplo, para explicar los derechos de sucesión en materia de obligaciones sujetas a condición, porque aun cuando ésta se produjera después de la muerte del autor, sin embargo retrotraería los efectos a la época en que se celebró el contrato; para explicar también

obligaciones condicionales garantizadas con hipoteca; en Pothier no se encuentra un efecto general de retroactividad.

Teoría tradicional. La teoría tradicional le ha dado un efecto general a la retroactividad de la condición, se vuelven siempre las cosas al estado que tenían en el momento de la celebración del contrato.

Derecho moderno. Los códigos modernos como el alemán y el suizo no admiten ya la retroactividad de la condición como una regla general sino que, al contrario, establecen que no produce efectos retroactivos la condición, a no ser que lo pacten así los contratantes, es decir, se deja a la libertad de los contratantes establecer la retroactividad, pero si no se establece entonces la condición no funciona retroactivamente, sino que surte sus efectos desde el momento de la realización de la condición.

Nuevo Código Civil. El nuevo Código Civil adopta un sistema diverso; continúa con el sistema tradicional de la retroactividad de la condición, pero establece la posibilidad de un pacto en cuya virtud se establezca que la condición no produzca efectos retroactivos; nos lo dice el artículo 1941: “Cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación o su resolución, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del contrato, deban ser referidas a fecha diferente”. Es decir, es el sistema contrario al del código suizo y el alemán, en éstos la regla general es la no retroactividad de la condición, pero con posibilidad de pacto para que ésta funcione retroactivamente. En el nuevo Código

Civil la regla general es la retroactividad de la condición, pero con posibilidad de un convenio, de un pacto, para que la condición no produzca sus efectos retroactivamente. (El artículo 1941 también nos invita a que se suspenda la retroactividad de la condición por causas de orden público, cuando nos dice: “o por la naturaleza del acto deban ser referidas a fecha reciente”).)

Código de 1884. En realidad el artículo 1941 establece el mismo sistema que ya existía en el Código de 1884; en éste, en el artículo relativo, no se hablaba de que se pudiera establecer un pacto para estipular la no retroactividad de la condición, pero a la no retroactividad llegaba la doctrina, puesto que siendo un pacto lícito, no había razón para que no fuera posible pactar esa no retroactividad; ahora el artículo 1941 termina con toda duda sobre el problema y de manera expresa establece la posibilidad de ese pacto.

Explicación o sentido de la retroactividad de la condición. Ya considerando el problema desde el punto de vista doctrinario en esta materia, hay que tener la presunción de voluntad; presunción es que los contratantes quisieron que, en caso de realizarse la condición, la aplicación existiera (condición suspensiva) o no existiera (condición resolutoria) desde el momento de la celebración del contrato, o bien, la presunción debía ser que la no retroactividad es lo que podía estar en la voluntad de los contratantes (código alemán). Hemmard sostiene, y la generalidad de los autores sostiene, que la existencia misma de la obligación en la condición es la que está sujeta a la condición, de tal suerte que si la condición se realiza, es como si nos colocáramos

en el momento de la formación del contrato y, por tanto, la presunción es en el sentido de que de haber existido el acontecimiento, los contratantes le habrían dado efectos desde el momento de la celebración del contrato y que esta presunción es la que constituye el fundamento de la retroactividad; si los contratantes no quieren establecer este efecto que, presumiblemente se le da a su voluntad, entonces tiene la facultad de pactar la no retroactividad, cosa que, decíamos, se podía hacer en el Código de 1884 y que actualmente el artículo 1941 establece con toda precisión. De tal suerte que el sistema de nuestro código es presumir que todos los efectos de la obligación han quedado sujetos dentro de la voluntad de los contratantes a la condición, en cambio, la presunción en el Código Civil alemán y en el Código Civil suizo es la contraria, no se ha querido que los efectos queden sujetos desde la formación del contrato, sino que al establecer la condición se ha querido que al realizarse ésta empiecen a producirse los efectos del contrato. Es una cuestión de punto de vista con la intervención de la voluntad de los contratantes en una y en otra legislación, en mi concepto es nuestro sistema, tradición desde los Códigos de 1870 y 1884, el que podemos considerar un sistema correcto y que, por otra parte, tiene el antecedente de nuestra tradición, por lo que consideramos que el legislador ha hecho bien al seguir la tradición, dando sin embargo esta facultad expresa de pactar lo contrario.

Condición resolutoria. Cuando se realiza la condición, la obligación se extingue con efectos retroactivos.

Efectos de la condición al no realizarse ésta. Condición suspensiva. Muy sencillo, la obligación no nace.

Condición resolutoria. La obligación sigue como una obligación pura y simple, puesto que el acontecimiento futuro e incierto de que iba a depender la resolución no se ha realizado.

11. Efectos de la resolución de los contratos en relación con terceros

El artículo 1950 establece: “La resolución del contrato, fundado en falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no se ha estipulado expresamente y ha sido inscrito en el Registro Público en la forma prevenida por la ley”. Tratándose de la falta de pago en un contrato en que se haya establecido que tendría como efecto la rescisión o resolución del contrato por falta de pago, puesto como una condición, el artículo 1950 nos dice que en relación con tercero, tratándose de bienes inmuebles, no tiene efecto si no se ha estipulado expresamente y no ha sido inscrito en el Registro Público en la forma establecida por la ley. Respecto de los bienes muebles, dice el artículo 1951: “No tendrá lugar la rescisión, salvo lo previsto para las ventas en las que se faculte al comprador a pagar el precio en abonos”, y el artículo 2310 nos dice en sus fracciones segunda y tercera:

la venta que se haga facultando al comprador para que pague el precio en abonos se sujetará a las reglas siguientes: II. Si se trata de bienes muebles, tales como automóviles, motores, pianos, máquinas de coser u otros que sean susceptibles de identificarse de manera indubitable, podrá también pactarse la cláusula resolutoria de que habla la fracción

anterior, y esa cláusula producirá efectos contra tercero que haya adquirido los bienes, si se inscribió en el Registro Público. III. Si se trata de bienes muebles que no sean susceptibles de identificarse indubitavelmente, y que, por lo mismo, su venta no pueda registrarse, los contratantes podrán pactar la rescisión de la venta por falta de pago del precio; pero esa cláusula no producirá efectos contra tercero de buena fe que hubiere adquirido los bienes a que esta fracción se refiere.

Como se puede ver por la lectura de estos artículos, la rescisión por falta de pago sólo tiene lugar en las compras de bienes inmuebles cuando así se haya estipulado y además que se haya registrado la estipulación en el Registro Público. En relación con la venta de bienes muebles, en lo general no tiene lugar la rescisión del contrato por falta de pago, salvo las excepciones que se mencionan en el artículo 2310 de ventas en abonos. Por lo que respecta a los efectos en relación con tercero, se ve en estos artículos que respecto de los bienes inmuebles les afectará la rescisión cuando se haya estipulado en el contrato dicha rescisión por falta de pago y además se haya inscrito esta cláusula en el Registro Público. Respecto de los efectos del contrato en relación con tercero, en los casos de bienes muebles, sólo los afectará cuando, en el caso de la fracción segunda del artículo 2310, se hagan ventas de bienes muebles identificables, se pacte la cláusula de rescisión por falta de pago y se inscriba en el Registro Público. En las ventas de bienes muebles no identificables, podrá pactarse la cláusula de rescisión por falta de pago (también, sólo en las ventas en abonos), pero no producirá efecto en relación con tercero.

12. Obligaciones modales

La obligación condicional, según hemos dicho, es la que está sujeta a un acontecimiento futuro e incierto, y la existencia misma de la obligación depende de ese acontecimiento futuro e incierto, ya sea para suspender la existencia de la obligación, ya sea para resolver la obligación misma; pero hay que distinguir la modalidad como acontecimiento futuro e incierto de las cargas que se llaman obligaciones modales o obligaciones con cargas; éstas son aquellas en que, siendo obligación pura y simple, no estando sujeta a un acontecimiento futuro e incierto, se establece una carga, un *modus* como llamaban los romanos, que debían cumplirse. Así, por ejemplo, en las donaciones modales o donaciones con carga, se dice: “Te dono este inmueble, pero te establezco la obligación de que la mitad de las rentas se las des a fulano”, la donación no está sujeta a un acontecimiento futuro e incierto, la donación existe con una carga, de manera que si el donatario no paga, habrá acción de exigirle el cumplimiento de la obligación. En cambio, si le digo: “te voy a donar un inmueble bajo la condición de que pagarás esta cantidad”, etc., entonces sí, la donación estará afectada por un acontecimiento futuro e incierto, de tal suerte que si no cumple el donatario con la condición, entonces hay lugar a la resolución del contrato en los términos en que funciona una condición. En esencia, de la obligación modal o con carga es una obligación pura y simple con un gravamen, por decirlo así, en contra de la persona, una obligación en contra de la persona, pero que no afecta la existencia misma de la obligación primera.

XXIV. OBLIGACIONES A PLAZO

1. Definición del término o plazo

El plazo, a diferencia de la condición, consiste en un acontecimiento futuro y cierto que suspende los efectos de la obligación, o bien, extingue los efectos de la obligación. Es obligación a plazo, dice el artículo 1953: “aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto”. Y el artículo 1954 explica que “se entiende por día cierto aquel que necesariamente ha de llegar”.

Decíamos al estudiar la condición que la diferencia esencial entre el plazo y la condición consiste en que en el primer caso se trata de un acontecimiento futuro cierto, mientras que en la condición el acontecimiento es futuro e incierto. En el plazo suspensivo única-

mente se suspende o se afecta el cumplimiento de la obligación, porque tratándose de un acontecimiento futuro y cierto se entiende que los contratantes no han sujetado la existencia de la obligación misma al acontecimiento futuro y cierto, sino únicamente el cumplimiento, y de allí diversas consecuencias que se estudian tratándose del plazo.

2. Plazo extintivo y plazo suspensivo

El plazo o término puede ser suspensivo o extintivo, así como la condición puede ser suspensiva o resolutoria. En el plazo suspensivo, como su nombre lo indica, se suspenden los efectos de la obligación hasta que se realiza el acontecimiento futuro cierto. El término extintivo termina con los efectos de la obligación que se producían mientras estaba pendiente, mientras no se realizaba el acontecimiento futuro cierto. Ejemplos. Cuando se dice: “te presto una suma de dinero para que me la pagues el día 31 de diciembre”, se está estableciendo un plazo suspensivo, puesto que el deudor no estará obligado a entregar esa cantidad de dinero sino hasta el 31 de diciembre. Cuando se dice, tomando un ejemplo que ustedes conocen en su vida práctica, “te doy en arrendamiento una casa por un año”, y ese año es un año forzoso, digamos, entonces se está fijando un plazo extintivo, porque terminarán los efectos de las obligaciones contraídas al terminar el año.

3. Término cierto y término incierto

Al tratar la materia de condición decíamos que se habla en materia de término, término incierto, de plazo incierto, de *dies incertus* que

llamaban los romanos, pero que en realidad este plazo incierto constituye un plazo en cuanto a que debe realizarse el acontecimiento necesariamente, aun cuando la fecha de realización no sea precisa, entonces hay día cierto, como dice el artículo 1954 del nuevo Código Civil, y debe hablarse de plazo, no de condición. El ejemplo típico es el contrato de seguros sobre la vida de una persona; la muerte es un acontecimiento futuro cierto pero de realización incierta, en cuanto no se sabe el momento en que se va a producir ese acontecimiento, pero como dice el artículo 1954: “Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de llegar”. En cambio, hay otro plazo que se fija tomando una época determinada, como cuando en nuestro ejemplo decíamos: “me comprometo a devolver la cantidad que me has dado en préstamo el día 31 de diciembre”. Pero el *dies incertus*, el plazo incierto, no constituye una condición porque, repetimos, el acontecimiento futuro necesariamente ha de realizarse y únicamente es incierta la fecha de realización de ese acontecimiento, por eso su programa habla de plazo cierto y de plazo incierto.

4. Plazo expreso y plazo tácito

El plazo puede pactarse convencionalmente de manera expresa por los contratantes y esto es lo normal, como cuando hemos dicho: “te doy mi casa en arrendamiento por el término de un año”, y entonces se llama plazo expreso, pero también puede haber plazo tácito; si en una obligación de hacer no se fija el término, debe entenderse que la obligación ha de cumplirse en el término necesario, como cuando se dice: “me comprometo a pintar un cuadro”, es claro que se nece-

sita el tiempo necesario para que normalmente se ejecute la obligación. El nuevo código establece reglas para los casos en que no se ha pactado el término; en materia de pago, distingue entre las obligaciones de dar, que requieren un término breve para exigir el cumplimiento y las obligaciones de hacer, que dan el plazo que sea necesario. El artículo 2080 establece: “Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpretación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación”. Estos plazos que no se fijan de manera expresa por los contratantes sino que tácitamente se establecen, que es el plazo necesario para el cumplimiento de la obligación, son lo que se llama el plazo tácito.

5. Plazo legal y plazo convencional

El término o plazo puede ser legal o convencional. Convencional es el plazo que establecen de común acuerdo los contratantes, mientras que el legal es el establecido por la ley. Seguramente en sus estudios han de haber encontrado diversas disposiciones que fijan plazos para el cumplimiento de las obligaciones de los tutores, etc. Hay un plazo legal al que nos vamos a referir en esta materia, aunque su programa lo trae al concluir la ficha, sobre la legislación mexicana sobre moratoria, es un plazo legal.

El moratorio significa el otorgamiento de un plazo para el cumplimiento de las obligaciones, pero establecido por la ley. Quizá ustedes, por sus estudios de economía política, sepan de los cambios de moneda que han ocurrido en México y cómo hubo una época en que el sistema monetario que tenía como base la moneda de oro, de acuerdo con la ley de 1905, se convirtió en un verdadero régimen de papel moneda en la época de la Revolución, y apenas en el año de 1916 se encuentra el papel moneda como tal, es decir, con obligación de ser aceptado para solventar una obligación. Pero este medio de cambio vino disminuyendo notablemente de valor hasta considerarse que había papel moneda que no valía arriba de un centavo el peso, entonces hubo necesidad de no obligar a los acreedores a aceptar en pago de sus créditos este papel moneda cuando ellos habían realmente prestado una moneda de un valor mucho mayor, por ejemplo, hubo casos de préstamos hechos todavía dentro del régimen de oro que luego se pretendió pagar con papel moneda que valía veinte centavos, diez centavos y, según decíamos, hasta un centavo el peso; intervino el legislador para establecer una moratoria, tanto en favor de los deudores como de los acreedores. Esto significa que ni los acreedores podían exigir el pago mientras durara la moratoria, ni los deudores podían obligar a sus acreedores a recibir el pago a pesar de que siguieran un juicio de consignación, para obligarlos a recibir ese pago; esta moratoria constituía un plazo legal. Después se levantó la moratoria en el año de 1917 respecto de los intereses; en 1918, una ley que recibió una gran aplicación levantó el moratorio respecto del 25% del papel y de todos los intereses, y no fue sino hasta 1926 cuando se levantó el moratorio por el 75% que faltaba, de suerte que durante

esos años de 1916 a 1926, en parte estuvieron determinadas obligaciones sujetas a un plazo legal, tanto respecto al acreedor, que no podía exigir el pago, como respecto del deudor. Ya al tratar la materia del pago como cumplimiento de la obligación, que es como se encuentra en el nuevo código, a diferencia de como se encontraba en el de 1884, en el que formaba parte de las disposiciones sobre extinción de las obligaciones, al tratar el pago como cumplimiento nos hemos de ocupar de las leyes de pagos y de las leyes de moratoria, porque están íntimamente ligadas a los dos estudios. Ahora no hacemos, como lo indica su programa, sino una indicación somera de lo que es el moratorio, un plazo legal que ha existido en México como en otros países (Francia, digamos, después de la guerra), un plazo legal que, como todo plazo, tiene por efecto impedir que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación.

6. *Término de gracia*

¿En nuestro derecho hay término de gracia? En el derecho francés y en algunas otras legislaciones distinguen el término de derecho del término de gracia; este último es aquel que pueden otorgar los tribunales para el cumplimiento de una obligación, independientemente de los plazos convencionales o legales, siempre y cuando se cubran ciertos requisitos que hayan impedido el cumplimiento de la obligación. En nuestro derecho no existe el plazo de gracia, no hay sino el plazo legal y convencional a que nos hemos referido, que es a lo que en general se conoce como término de derecho; es más, el artículo 84 del Código de Comercio establece que no hay término de gracia, y en

el Código Civil no encontramos este plazo de gracia que sí se halla establecido y reglamentado en otras legislaciones, como la francesa.

7. Término suspensivo

El término suspensivo, que es propiamente el término, produce el efecto de suspender los efectos de la obligación; esto quiere decir que el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación mientras el término exista; también produce el efecto de que no empiezan a correr los plazos de prescripción, y eso ustedes lo saben por sus reglas generales de la prescripción, que ésta no empieza a correr sino hasta cuando es exigible la obligación. Produce también el efecto de que si el término se establece a favor del acreedor, el deudor no puede hacer el pago anticipado al acreedor. Si paga el deudor que tiene un plazo, antes del vencimiento del término, decíamos ya en clases anteriores comparando este término con la condición, que en el término si se paga anticipadamente no hay lugar a la repetición, como si había lugar en materia de condición, y ello porque en el término existe la obligación, aun cuando se pague por error, se está pagando lo que se debe, y en consecuencia, no hay pago de lo indebido. Pero, decíamos, también el artículo 1957 admite que, por lo menos, lo que se llama el *interusurium*, sí se tenga derecho a repetición, porque allí se está pagando lo indebido; dice la segunda parte del artículo 1957: “Si el que paga ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa”, es decir, los que se hubiesen percibido desde el momento en que se pagó hasta el momento del vencimiento del plazo en que ya no se ha pagado lo indebido.

El plazo normalmente se establece a favor del deudor; el artículo 1958 dice: “El plazo se presume establecido en favor del deudor, a menos que resulte, de la estipulación o de las circunstancias, que ha sido establecido en favor del acreedor o de las dos partes”.

¿Qué significa que el plazo se halle establecido a favor del deudor o qué se presume establecido a favor del deudor? Significa que el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación, pero que el deudor sí puede pagar anticipadamente; por ejemplo, en un contrato de mutuo, que es donde en la práctica pueden encontrar una aplicación de esta materia: se presten \$5,000 al tipo de interés de 12% con hipoteca, una buena inversión y una inversión real, en el estado actual de nuestra economía, pero cambia, se mejora la situación económica, y entonces el tipo de interés baja, baja a 9%; a mí que me habían prestado al 12% durante cinco años, si el plazo se establece a mi favor, entonces yo tendré interés en pagar esos \$5,000 que estaban al tipo de 12% y obtener un préstamo al 9% que me baja tres puntos del interés; pero los acreedores, normalmente, y sobre todo con la experiencia en México, lo que hacen es decir: “no, tú no me puedes pagar antes del vencimiento del plazo, si yo te presté \$5,000 durante cinco años al tipo de 12%, estarás obligado a pagarme ese interés y no podrás pagarme antes”. Esto es lo que se llama establecer el plazo a favor del acreedor, es decir, que el deudor no puede liberarse de la obligación antes del cumplimiento del plazo.

Ya hemos de ver en materia de mutuo como el nuevo Código Civil ha previsto estas situaciones y ha establecido que si un préstamo

se hace por un tipo superior al 9% que es el interés legal, entonces, aun cuando se establezca el plazo a favor del acreedor, puede haber lugar a la devolución de la cantidad en mutuo, siempre y cuando hayan transcurrido seis meses desde el momento en que se hizo el préstamo y se dé el aviso con dos meses de anticipación; esto lo establece el artículo 2396. Éste es un precepto que en la práctica lo van ustedes a encontrar aplicado con frecuencia, porque, repetimos, normalmente el interés legal es siempre inferior al que se pacta; en realidad, préstamos del 9%, pues sí los hay, pero actualmente son raros, el tipo siempre de 10, de 11 y de 12% cuando no es mucho más, y entonces resulta esto, que haya que conocer que hay un precepto en materia de mutuo que le da derecho al deudor de pagar a pesar del plazo forzoso, de tal suerte que si un acreedor quiere conservar su plazo de 5 o 10 años con el interés que él pactó, necesita pactarlo por 9% o menos, es decir, por el interés legal; si lo pactó por más del nueve, entonces está sujeto a las disposiciones del nuevo código, que en el Código de 1884, en cuya virtud se le puede obligar al acreedor a recibir el pago a pesar de que esté establecido el plazo a su favor, en la inteligencia de que nuestro concepto es un precepto de orden público que no admite renuncia, como hemos de explicar oportunamente.

8. Cómputo del plazo

El plazo se computa como la prescripción: contando, incluyendo el primer día, según el artículo 1956 que dice: “El plazo en las obligaciones se contará de la manera prevenida en los artículos del 1176 al 1180”. Y estos preceptos que se refieren a prescripción establecen que

en el caso de la prescripción se cuenta el primer día, en contra de lo que en nuestro concepto debería ser, porque, en realidad, contar el primer día del plazo es no contar el plazo completo, y la doctrina se inclina en el sentido de que el plazo debe contarse desde el día siguiente y no desde el primer día en que se celebró el contrato, porque normalmente, decíamos, los contratos se celebran horas después de transcurrido el día y por tanto, no se tiene derecho a todo el plazo. Nuestro código ha seguido el sistema del Código Civil de 1884, y en el artículo 1179, que se refiere a la prescripción pero que se aplica, de acuerdo con el 1956, en materia del cómputo del plazo, dice: “El día en que comienza la prescripción se cuenta siempre entero, aunque no lo sea; pero aquel en que la prescripción termina, debe ser completo”; de tal suerte que una obligación contraída el día 30 de agosto con un año de plazo, se vencerá el 29 de agosto, puesto que se ha contado el día 30 como día completo. Éste es el sistema del código, aun cuando sabemos que en muchas materias este sistema ha sido derogado, porque encontramos, por ejemplo, en materia de amparo, que los plazos se cuentan desde el día siguiente, y lo mismo sucede en el Código de Procedimientos Civiles.

El plazo puede terminar por renunciarse; puede renunciarse a él siempre y cuando se halle establecido en favor del deudor; decíamos también que hay plazos que se establecen para ambos, ¿Qué quiere decir esto? Significa que ni el deudor puede hacer el pago antes del vencimiento del plazo ni el acreedor puede exigir el pago antes de ese vencimiento. Cuando el término está establecido a favor del acreedor,

entonces, antes del vencimiento del plazo, puede éste exigir al deudor el cumplimiento de la obligación, y hay casos en el código en que, en ciertos contratos, el plazo está normalmente establecido en favor del acreedor, el contrato de depósito, por ejemplo; en este contrato el plazo se entiende establecido a favor del acreedor porque el depositante puede, en cualquier momento y a pesar de haberse establecido un plazo, exigir la entrega de la cosa. En materia de préstamo normalmente el plazo se establece a favor del acreedor y del deudor durante cierto plazo y después se torna voluntario, como sucede también en materia de arrendamiento, se dice: durante un año el contrato de arrendamiento será forzoso para el deudor y para el acreedor, para arrendador y para arrendatario (allí tienen ustedes un plazo establecido en favor de los dos), transcurrido el año será voluntario para el arrendatario; esto es, el arrendatario podrá en cualquier momento, con aviso de por medio, terminar el contrato de arrendamiento, y también se establece normalmente que el arrendador tendrá el mismo derecho, es decir, el plazo será voluntario una vez transcurrido ese año forzoso.

El plazo termina también por caducidad, y ésta la encuentran ustedes reglamentada en el artículo 1959, que dice: “Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: I. Cuando después de contraída la obligación, resultare insolvente, salvo que garantice la deuda; II. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido; III. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieren, a menos que sean inmediatamente substituidas por

otras igualmente seguras”. Esto es, pérdida del plazo independiente de su voluntad, es la caducidad. Estas garantías deben interpretarse como garantías especiales, como cuando se da una hipoteca, una fianza o una prenda, porque si se entendiera que la garantía es todo el patrimonio del deudor, que es la garantía normal, entonces cualquier disminución del patrimonio traería como consecuencia que se venciera el plazo, no es la idea del precepto, sino que se trata de garantías especiales, y aun por los términos en que está redactado el precepto en la fracción segunda, da la idea de que se trata de garantías especiales; claro, cuando estas garantías se dan, quiere decir que el acreedor no se ha atendido a la garantía del patrimonio del deudor, sino que ha dado plazo atendido a esas garantías especiales, se presume que de no haber existido la garantía no hubiese otorgado el plazo; así, por ejemplo, cuando se exige una hipoteca, quiere decir que no le basta al acreedor con la garantía de todo el patrimonio de su deudor, sino que quiere el acreedor garantizar la obligación a su favor con una garantía real para que cualesquiera que sean los actos del deudor, quede siempre garantizado su crédito.

Cuarta Parte

EFFECTO Y CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

XXV. EL PAGO

1. *generalidades*

*Y*a decíamos en alguna clase anterior que el principal efecto de las obligaciones consistía en el cumplimiento de las mismas. La obligación debe ser cumplida voluntariamente, pero en caso de no cumplirse de este modo es posible hacer intervenir a la autoridad pública para obligar su cumplimiento.

El cumplimiento efectivo de la obligación es lo que se llama pago dentro de la definición de Planiol.

El pago lo estudia el Código Civil de 1884 y lo estudian algunos autores dentro de los procedimientos de extinción de las obligaciones,

porque efectivamente el pago trae como consecuencia la extinción de la obligación; pero parece más lógico hacer el estudio como lo hace el Código suizo y como lo hace el nuevo Código Civil, en la materia del efecto de las obligaciones entre las partes, porque, decíamos, el pago es el cumplimiento efectivo de la obligación. Es claro, al cumplirse la obligación se extingue ésta, pero esto no es sino una consecuencia del cumplimiento de la obligación misma, por eso es que el nuevo Código Civil reglamenta la materia del pago en el efecto de las obligaciones.

Pago o cumplimiento, dice el artículo 2062, es la entrega de la cosa o cantidad de vida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido. En el código encuentran ustedes las reglas sobre el pago al que se refiere su programa; éstas pueden consultarlas tanto en el código como en cualquier autor que haga sus comentarios sobre pago, con objeto de aprovechar el tiempo estudiado sobre esta materia: deudas de dinero, legislación monetaria, cláusulas sobre pago en determinada moneda, legislación de moratoria y de pagos, que sí es una cosa propia de nuestro derecho.

2. Deudas en dinero

Las deudas en dinero generalmente se asocian con la idea de pago, pero, como hemos visto al hablar de la noción general de pago, no son las únicas que pueden ser objeto del pago. Pagar no es entregar una cantidad de dinero, ni siquiera cumplir simplemente la obligación de dar, como entregar una cosa, etc., sino pago en el sentido

técnico y en el sentido en que lo emplea el código, es el cumplimiento efectivo de la obligación, como dice Planiol, “es la entrega de la cosa o cantidad de vida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido”. (Art. 2062).

Una gran cantidad de pagos se efectúan con dinero. El dinero, en los regímenes económicos modernos, puede ser, o bien moneda metálica o bien papel moneda.

Se ha acostumbrado en esta clase, a pesar de que seguramente tienen sus estudios económicos, a hacer un resumen sobre las leyes monetarias, que naturalmente, son abundantes, con la idea no precisamente de que recuerden con exactitud las fechas y características del sistema, sino, en general, de que tengan una noción sobre cuál ha sido la evolución tanto de la moneda metálica como del papel moneda que ha habido en México.

Según algunas notas que tengan a la vista, se establece por primera vez la moneda nacional por decreto de 1o. de agosto de 1823, pero sólo en lo que concierne a la parte emblemática, porque en lo relativo a sus condiciones intrínsecas, se conservan el peso y la ley de las monedas españolas de 40 años antes.

El decreto de 15 de marzo de 1861, según el cual se adoptaba en toda la República el sistema métrico decimal, contiene tres artículos (el 5o., 6o. y 7o.) que se refieren a las monedas. Queda establecido el primer sistema monetario nacional, siendo la unidad de plata el peso

duro, con la ley de diez dineros 20 granos, o bien, en milésimos, 902.784 y un peso de 1/18 de libra, o sea, 24.073 gramos. La unidad de las monedas de oro es el Hidalgo, de un valor de \$10 con ley de 21 quilates, o sea, 875 milésimos y un peso de 352.9375 gramos del marco de 50 castellanos.

3. Legislación monetaria

Viene luego la ley que normalmente se estudia como la primera sobre el sistema monetario en México, que es la ley de 27 de noviembre de 1867; en ella la unidad monetaria continúa siendo el peso de plata con la misma ley. El peso se dividirá en dos piezas de 50 centavos, cuatro de 25 centavos, diez de 10 centavos y veinte de 5 centavos; la pieza de un centavo es de cobre o de liga en que predomina este metal. La ley de plata será de 902.777 milésimos de milésimo (10 dineros 20 granos); y la de oro, 875 milésimos (21 quilates). Las monedas de oro son de 20, 10, 5, 2 ½, y 1 peso con ley de 875 milésimas (21 quilates).

Entre la ley de 1867 y la de 16 de diciembre de 1881 encontramos los Códigos Civiles de 1870 y de 1854. En estas leyes monetarias a las que nos hemos referido hasta ahora, como ustedes han visto, hay bimetalismo en cuanto a que la moneda con poder liberatorio ilimitado puede ser la de plata, con las características referidas, o la de oro; todavía en México no se conoce como fenómeno económico la diferencia, por lo menos, una diferencia muy apreciable entre la moneda de plata y la de oro, diferencia que ha de modificar la ley de 1905.

El Código de 1870 estableció una regla que fue repetida en el Código Civil de 1884 respecto a cómo debían cumplirse las obligaciones contraídas en monedas determinadas; dicen que deberían pagarse en esa misma moneda o bien en una cantidad de moneda que en el nuevo sistema —en la hipótesis de que viniera una nueva moneda— corresponda a la moneda anterior. “Las prestaciones de dinero —dice el artículo 1453 del Código de 1884— se harán en la especie de moneda convenida, y si esto no fuere posible, en la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor real de la moneda debida”. Idéntico en sus términos a un precepto del Código de 1870.

En materia de mutuo tenemos una regla semejante en el artículo 2690 que dice: “Cuando el préstamo se hace en dinero y en determinada especie de moneda, el mutuuario debe pagar en la misma especie recibida, sea cual fuere el valor que ésta tenga en el momento de hacerse el pago. Si no puede pagar en la misma especie, debe entregar la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor de la especie recibida”; es decir, el Código de 1870 y el de 1884 tratan de respetar, hasta donde es posible, el valor de la moneda como valor intrínseco, y cuando hay un cambio en el sistema monetario, entonces es necesario entregar la cantidad de la nueva moneda que corresponda a la moneda anterior. Vamos a suponer que existe el sistema de monometalismo oro y durante este tiempo se pacta en un contrato que se pagará cierta cantidad de dinero; supongamos que desaparece el sistema monometalismo oro para convertirse en el monometalismo plata; al cumplirse el contrato, de acuerdo con los artículos del Código de 1884 que acabamos de leer, se debe pagar en oro, aun cuando ya

no exista la moneda, o en plata, pero pagando la equivalencia del oro. Así, si el oro ha subido de valor y, por ejemplo, una moneda de oro que valía un peso sólo se cubre con dos pesos plata, para cumplir el contrato de acuerdo con los preceptos del Código Civil debería pagarse una doble cantidad de plata o, como decíamos, en monedas de oro. Ésta va a ser la situación hasta 1905, año en que hemos de ver la ley monetaria que se conoce con el nombre de “La ley de Limantour”, la cual deroga estos textos del Código Civil que a pesar de esto se siguen citando en los contratos.

El 16 de diciembre de 1881 se creó una ley que como moneda de vellón estableció monedas de uno, dos y cinco centavos con una liga en proporción de 75 a 80 de cobre y 20 a 25 de níquel.

Ley de 1o. de mayo de 1886. Deroga la anterior y deja en vigor la de 1867.

Ley de 25 de marzo de 1905. Esta ley fue fundamental en materia de régimen económico durante muchos años; en sus preceptos fundamentales establece este sistema:

Artículo 1o. La unidad teórica del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos está representada por 75 centigramos de oro puro y se denomina: “peso”.

A partir de las diversas legislaciones se ha de conservar esta unidad teórica y en muchas de ellas, erróneamente, de 75 centigramos

de oro puro como la base de nuestro sistema monetario; en la ley de 1905 se consideró que 75 centigramos equivalían, y efectivamente equivalieron a partir de esa ley, al peso plata que estableció esta ley, de tal manera que aun cuando había un bimetalismo, puesto que había monedas de oro y de plata, la ley ha dado equivalencia entre la moneda de oro y la de plata por el valor que le asignó a la moneda. “El peso de plata —dice el mismo artículo—, que se ha acuñado hasta hoy con veinticuatro gramos cuatro mil trescientos ochenta y ocho diez miligramos de plata pura (gramos 24,4388) tendrá, en las condiciones prevenidas por esta ley, un valor legal equivalente a los expresados 75 centigramos de oro puro”.

Artículo 2o.: “El ‘peso’ se divide en cien centavos; y las monedas que se fabriquen representarán los valores que a continuación se expresan: monedas de oro: diez pesos, cinco pesos; monedas de plata: un peso, cincuenta centavos, veinte centavos, diez centavos; monedas de níquel: cinco centavos; monedas de bronce: dos centavos, un centavo”.

Artículo 3o. La liga de las monedas de oro (la liga es la relación entre el oro o la plata y otros metales que se unen con el oro o la plata, porque el oro en sí mismo o la plata en sí misma no resistirían como moneda porque no tienen la suficiente dureza ni el suficiente grado de posibilidad de desgaste que tienen ya con la liga: naturalmente, mientras más aumenta la liga, la moneda intrínsecamente es más pobre, y viceversa), será de novecientos milésimos (0.900) de oro fino y de cien milésimos (0.100) de cobre. La de las monedas de plata será, para las piezas de valor de un peso, de nueve mil veintisiete diezmilésimos (0.9027) de plata pura y de novecientos setenta y tres diezmilésimos (0,0973) de cobre, y para las piezas de menor valor, de ochocientos milésimos (0.800) de plata y doscientos milésimos (0.200) de cobre. La liga de

las monedas de bronce será de noventa y cinco partes de cobre, cuatro de estaño y una de zinc. La moneda de cinco centavos se fabricará de níquel comercialmente puro.

Artículo 9o. La facultad de acuñar moneda pertenece exclusivamente al Ejecutivo de la Unión, que la ejercerá conforme a la presente ley en la oportunidad y por las cantidades que la misma autoriza. En consecuencia, deja de subsistir el derecho de los particulares de introducir para su acuñación los metales de oro y de plata en las casas de moneda.

En los artículos a que nos vamos a referir, veremos cómo cambia totalmente el sistema adoptado en el Código Civil de 1870 y 1884 en la ley de 1905 para, en realidad, establecer el sistema monetario que es un sistema de orden público y que debe imponerse a los particulares.

El artículo 20 de esta ley dice:

La obligación de pagar cualquier suma en moneda mexicana, se solventa entregando monedas del cuño corriente por el valor que representan. Por tanto, las oficinas públicas de la Federación y de los Estados, así como los establecimientos, compañías y particulares, están obligados a admitir dichas monedas en pago de lo que se les deba, sin más limitaciones que las que expresa el artículo siguiente.

Artículo 21. Las monedas de oro de cualquier valor y las de plata de valor de un peso, tienen poder liberatorio ilimitado.

En cuanto a las otras monedas de plata, a la de níquel y a las de bronce, sólo es obligatoria su admisión en un mismo pago en cantidad no mayor de 20 pesos para las monedas de plata ni de un peso para la de níquel y las de bronce.

Esto es, conforme al artículo 21 de la ley de 1905, tienen poder liberatorio ilimitado la moneda de oro y la de plata, pero de la moneda de plata únicamente aquella moneda que conforme al artículo primero equivale a los 75 centigramos de oro puro, o sea, el peso de plata: por eso puede afirmarse que desde 1905, y más bien desde las leyes anteriores hasta el año de 1918, como hemos de ver, en México existió un sistema bimetalista porque tenían poder liberatorio ilimitado las monedas de oro y una moneda de plata que era el peso; las demás monedas, que se llaman de vellón, únicamente tenían poder liberatorio ilimitado a cierta cantidad en un pago, pero en nuestro concepto lo que caracteriza a todo el sistema monetario es el establecimiento por el Estado de la moneda que tiene el poder liberatorio ilimitado, porque ésa es la forma en que los particulares solventan sus obligaciones, pagan sus obligaciones. Ahora bien, ¿qué sucede cuando cambia el régimen monetario? ¿Se va a aceptar, como lo hacían los códigos de 1870 y 1884, que es necesario entregar una cantidad de moneda de la misma especie en que se celebró el convenio, o bien entregar una cantidad de la nueva moneda que sea igual en equivalencia a la moneda anterior, sistema de los Códigos Civiles de 1870 y de 1884? O al contrario, bastará entregar una cantidad de moneda igual en su valor nominal, de tal suerte que si yo debo 100 pesos en un régimen monetario desaparecido, en el nuevo régimen debo entregar también 100 pesos, independientemente de que en el nuevo régimen encontremos moneda de oro o plata o papel moneda? Este problema nos lo resuelve el artículo 23 de la ley monetaria de 1805 que dice:

[...] las prevenciones de los tres artículos anteriores no son renunciab-
bles. En consecuencia, toda estipulación en contrario será nula de ple-
no derecho, quedando derogados los artículos 1453 y 2690 del Código
Civil del Distrito Federal.

Los artículos 20 y 21 ya están transcritos más arriba, el 22
establece:

La moneda extranjera no tiene curso legal en la Republica, salvo los
casos en que la ley determine expresamente otra cosa las obligaciones
de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la Repú-
blica para ser cumplidas en ésta, se solventan entregando el equivalente
en moneda nacional, al tipo de cambio vigente en el lugar y fecha en
que deba hacerse el pago.

Es el mismo sistema que ha de seguir la ley de 1931 y que sigue
actualmente la ley en vigor; esto es, hay posibilidad de convenir
pagos en moneda extranjera y de hecho verán ustedes que en su prác-
tica encuentran pactos de pagar en dólares, por ejemplo, en libras
esterlinas, pero este pacto tiene el defecto, no de que se pueda obligar
a la entrega de la moneda extranjera cuando esa obligación ha de ser
cumplida en México, sino que se entregue en moneda nacional pero
de acuerdo con el tipo de cambio vigente en el lugar y fecha en la
que se deba hacer el pago. Precepto semejante contiene la ley de 1931,
y esto dio lugar a conflictos en la interpretación, porque se decía:
¿cuál es la fecha en que debe hacerse el pago? La fecha convenida, o
bien, la fecha en que efectivamente se hace el pago porque puede
variar el tipo entre una fecha y otra. Hubo muchos conflictos en
México a este respecto y se resolvió, y ahora está resuelto expresamen-
te por un decreto, que debería tomarse la fecha en que se hace el pago

efectivamente y no la época en que debía hacerse el pago conforme al contrato. Los preceptos a que se refiere el artículo 23, y de los cuales dice que quedan derogados, son los preceptos que antes leíamos en el Código de 1884 y que, decíamos, son idénticos en sus términos al Código de 1870, lo que quiere decir que los pactos de pagar en determinada moneda ya no llevan la consecuencia que traían en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 de tener que pagar en la misma moneda o tener que pagar en la moneda nueva pero con la equivalencia de la moneda anterior, sino que se paga por el valor nominal de la moneda con la moneda creada por la ley de 1905 en los términos en que se solventa una obligación de acuerdo con los artículos 20 y 21.

Decreto de 27 de junio de 1917. Creó una moneda de oro de \$20 con 16 2/3 gramos de peso y 900 milésimos de ley equivalente a dos monedas de \$10 creadas por la ley de 1905.

Decreto de 4 de septiembre de 1917. Prohibió estrictamente verificar operaciones con billetes que habían sido retirados por decretos de 28 de abril y 31 de mayo de 1916.

Decreto de 14 de mayo de 1918. Declara moneda de curso legal con poder liberatorio ilimitado toda clase de moneda metálica de oro extranjero.

Decreto de 13 de noviembre de 1918. Suprime como moneda legal el antiguo peso de la ley de 1905. Las monedas de plata a que se refiere el artículo 2o. de dicha ley continúan siendo de un peso, 50 centavos, 20 centavos y 10 centavos, con ley de 800 milésimos de plata y 200

milésimos de cobre, considerándolas fraccionarias de las monedas de oro creadas por la citada ley, sus audiciones y reformas. El peso pesa 18 gramos 125 miligramos con $14 \frac{1}{2}$ de plata pura. El tostón pesa 9 gramos 625 diezmiligramos. La moneda de 20 centavos pesa 3 gramos 625 miligramos y el décimo un gramo 125 diezmiligramos. Todas estas monedas son de poder liberatorio restringido y su admisión sólo es obligatoria en un mismo pago y en cantidad no mayor de \$20. Este decreto deja en vigor la ley de 1905 en lo que no se le oponga. Esta ley, como ustedes ven, le quita el poder liberatorio ilimitado al peso plata y a la vez rebaja el peso, estableciéndole una liga menor que la que tenía en la ley de 1905; son los pesos que se llamaron pesos “nieto”, así como los que ha de crear la ley de 1910 que se llamaron pesos “cabrera”, que son los que actualmente están en circulación, con una liga de 720 milésimos de plata (0.720) y 280 milésimos de cobre. Esta ley de 13 de noviembre de 1918 estableció en México el monometalismo oro, puesto que solamente las monedas de este metal tenían poder liberatorio ilimitado, mientras que las monedas de plata, aun la moneda de un peso, el nuevo peso creado por la ley, se constituyeron en monedas fraccionarias, en moneda de vellón que solamente podía recibirse en una cantidad determinada en un solo pago, de tal suerte que si a un acreedor se le ofrecía el pago de una obligación en moneda de plata podía rehusarse a recibirla, puesto que debería ser pagada precisamente en moneda de oro.

Decreto de 27 de octubre de 1919. Se establecen nuevas monedas de plata de un peso, 50 y 20 centavos, todas de 720 milésimos de plata y 280 de cobre, que son consideradas meramente fraccionarias de las

monedas de oro. El peso con 12 gramos de plata pura, el tostón con 6 gramos y el quinto con 2.400 gramos. Se establece una moneda de bronce de 10 centavos; restringe el poder libratorio a \$20 para las monedas de plata y \$2 para el bronce. (Los pesos creados por esta ley son los llamados pesos “cabrera”). Es el mismo sistema de la ley de 1918, como en la ley de 1905, en este aspecto no derogada; las obligaciones se solventan mediante el pago de la moneda del sistema monetario en vigor en el momento de hacer el pago; la ley de 1918 y la de 1919 eran favorables a los acreedores aun cuando en ese momento no había una diferencia en el tipo de cambio entre el oro y la plata pero a lo largo del tiempo va a empezar a advertirse esa diferencia que llegó a ser muy grande en el año 1931 con la baja de la plata, lo que provocó la ley monetaria de 1931. Era favorable a los acreedores, puesto que se pagaba en la moneda de oro; el deudor no podía solventar su obligación pagando en plata, sino necesariamente tenía que pagar en oro y lo más que podía hacer era pagar hasta 20 pesos en un solo pago en monedas de plata. El sistema monetario mexicano fue, en nuestro concepto, monometalismo oro hasta el año de 1931, año en que éste se convirtió en monometalismo plata hasta 1935, en la actualidad, aunque parezca que seguimos con monometalismo plata, desde 1935 estamos dentro de un régimen de papel moneda, según hemos de demostrar al examinar la actual ley monetaria.

Después encontramos algunos decretos que no tienen mayor importancia.

Decreto de 14 de septiembre de 1921. Establece la moneda de oro de \$50, con peso de $41 \frac{2}{3}$ gramos y ley de 900 milésimos, aquellas que tal vez hayan conocido ustedes y que se llamaban "centenarios".

Decreto de 22 de septiembre de 1921. Autoriza la emisión de una moneda de plata de \$2 con peso de $26 \frac{2}{3}$ gramos y ley de 900 milésimos para conmemorar el primer centenario de la consumación de la Independencia. Poder liberatorio limitado a \$100, que se llamaron "centenarios plata". Tienen de diferencia un poder liberatorio ilimitado de hasta 100 pesos, y esto fue importante porque en alguna época cuando hubo diferencia entre la moneda de oro y la de plata, pues era muy conveniente para los deudores poder pagar 100 pesos con pesos plata en lugar de pagar nada más 20 con los pesos cabrera; recuerden ustedes que hubo un tiempo en que para pagar 100 pesos oro había necesidad de dar 130 o 140 pesos plata.

Decreto de 29 de abril de 1925. Establece una nueva moneda de 10 centavos de 720 milésimos de plata y con 280 de cobre, considerada meramente fraccionaria de las de oro. Poder liberatorio igual a las monedas de la ley de 27 de octubre de 1919. Manda que las monedas de plata de un peso, 50, 20 y 10 centavos creadas por la ley de 13 de noviembre de 1918 tengan curso legal hasta el 31 de diciembre de 1925.

Como ley importante nos deberemos referir a la ley de 25 de julio de 1931 publicada en el *Diario Oficial* el 27 de julio del mismo año, que vino a ser la nueva ley monetaria de los Estados Unidos Mexicanos. Por razones de orden económico, como ya lo hemos mencionado

en diversas ocasiones —diferencia de valor entre el oro y la plata, huida del oro como explicación de leyes económicas, huida del oro que no fue particular en México sino que existió en todo el mundo—, vino una desproporción entre el valor de la moneda de oro y la moneda de plata, y decíamos, como nuestro régimen monetario era monometalismo oro, todos los acreedores tenían derecho de exigir los pagos en oro, excepto la cantidad limitada de hasta \$20 pesos en un solo pago en moneda de plata, o hasta 100 en centenarios plata, y recuerden ustedes cómo en el año de 1931, en los meses anteriores a la expedición de esta ley, en aquella época se llamó “Ley Calles”, también por ser Calles el ministro de Hacienda, hubo necesidad de pagar en plata con premios sumamente elevados y los deudores tenían la obligación de pagar en plata y los acreedores no tenían obligación de recibir sino la moneda de oro; recibían plata, pero como premio.

La ley monetaria de 1931 estableció el sistema de monometalismo plata, es decir, acabó con el monometalismo oro de las leyes de 1918 y de 1919 y estableció el sistema de monometalismo plata quitándole el carácter de moneda a las monedas de oro, para existir como moneda metálica durante la vigencia de esta ley hasta 1935 de poder liberatorio ilimitado el peso de plata de las mismas características de aquel del decreto de 27 de octubre de 1919, es decir, el peso “cabrera” de 720 milésimos de plata que había establecido esa ley. Todavía en una forma teórica, el artículo 1o. de la ley de 1931 sigue diciendo que “la unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos es el peso, con equivalencia de 75 (75 centigramos de oro puro). En realidad en aquella época, y desde antes, esa equivalencia había ya desapa-

recido, no quedaba sino la declaración teórica, inútil en el artículo 1o., que desapareció en leyes monetarias posteriores.

El artículo 2o. de esta ley dice:

Las monedas circulantes serán:

- a) Los billetes que legalmente emita el Banco de México;
- b) Las monedas de plata de un peso, del cuño creado por la ley de 27 de octubre de 1919;
- c) Las monedas fraccionarias de plata de 10, 20 y 50 centavos, y las de bronce de 1, 2 y 5 centavos, de los cuños creados por las leyes de 25 de marzo de 1905, de 25 de abril de 1914, de 27 de octubre de 1919 y de 29 de abril de 1925.

Ahora bien, se dice: las monedas circulantes serán: a) los billetes que legalmente emita el Banco de México. ¿Quiere esto decir que se admite el régimen monetario de papel moneda en la ley de 1931 y que no sea cierto que es un sistema de monometalismo plata el que rige en virtud del inciso a) de la ley? No, el billete de banco continúa siendo billete de banco dentro de esta ley, es decir, no se impone de manera forzosa, no se recibe el billete como moneda, que es lo que caracteriza al papel moneda, sino sigue siendo el billete de banco que se recibe voluntariamente y que debe canjearse cuando lo exige el interesado por la moneda metálica, y recuerden ustedes que hasta entonces los billetes establecían: “páguese al portador la cantidad de x pesos, y así nos lo dice el artículo 3o. de la ley: “Los billetes del Banco de México

serán de circulación voluntaria y en ningún caso podrá hacerse forzosa su admisión, quedando sin embargo obligadas las oficinas públicas federales y las de los estados y municipios, a recibir estos billetes, sin limitación alguna, en pago de toda clase de impuestos, servicios o derechos”.

Artículo 7o. "La obligación de pagar cualquier suma en moneda mexicana se solventará entregando, por su valor nominal y hasta el límite de su respectivo poder liberatorio, monedas de plata o de bronce del cuño que en esta ley se conserve, y la única moneda que la ley le da poder liberatorio ilimitado es al peso”.

Artículo 4o. "Las monedas de plata de 1 peso del cuño creado por la ley de 27 de octubre de 1919, tendrán poder liberatorio ilimitado”.

Artículo 5o.

Subsistirán con el carácter de monedas fraccionarias y con poder liberatorio limitado a 20 pesos en un mismo pago, las monedas de plata de 10, 20 y 50 centavos de los cuños creados, respectivamente, por las leyes de 29 de abril de 1925 y de 27 de octubre de 1919. Subsistirán igualmente con el carácter de fraccionarias las monedas de bronce de 5 centavos, creadas por el decreto de 25 de abril de 1914 y las de 1 y 2 centavos creadas por la ley de 25 de marzo de 1905 estas monedas tendrán un poder liberatorio limitado a 2 pesos en un mismo pago.

Por estos preceptos se comprueba que el sistema que implanta esta ley es el monometalismo plata, puesto que el peso plata es el único

que tiene poder liberatorio ilimitado; el billete de banco es una moneda circulante pero en forma voluntaria, no circula de manera forzosa.

Ley monetaria de 1935. En el año de 1935 vino también una integración económica, que naturalmente son las que han llevado los regímenes monetarios, en la que el precio de la plata en el mercado mundial subió grandemente por la adquisición que de este metal tenía que hacer el Tesoro Americano y con tendencia a seguir subiendo. Con el temor de que al seguir el alza de la plata llegara un momento en que el valor intrínseco del peso superara el valor nominal y por este motivo desapareciera la moneda de plata para venderse como metal y se exportara, la Secretaría de Hacienda dictó una ley en cuya virtud se hizo desaparecer del mercado y recoger por el gobierno el peso y la moneda de 50 centavos y se emitió el papel moneda y el billete de un peso. Entonces todos los billetes de banco adquirieron el carácter de papel moneda porque a partir de esa ley debía forzosamente aceptarse un pago en billete de banco. Todavía durante algún tiempo siguió poniéndose la leyenda “páguese al portador”, que ya no tenía ningún valor, puesto que no tenía un respaldo de moneda metálica en el sentido de que, presentando al banco un billete, se le entregase en moneda metálica su valor; no se le podía entregar porque ya no existía tal manera desde 1931, ni plata porque esta ley le había quitado el carácter de moneda y no había dejado ya sino monedas de 50 centavos eran sólo monedas fraccionarias, y con una liga que hacía imposible exportarlas, o bien, su desaparición de la circulación monetaria. Después vino el fenómeno contrario, no sucedió lo que se pensó que podría suceder, es decir, que continuase aumentando el valor de

la plata, sino que vino un descenso en el mercado mundial y dejó de existir la posibilidad de que el peso desapareciera del mercado para transformarse en valor intrínseco y entonces, en vista de haber bajado la plata, vino la ley de 1936 en la que se sustituyó el papel moneda de un peso por la moneda de plata y volvió a la circulación el peso cabrera de 0.720.

En la actualidad nuestro régimen monetario es un régimen de papel moneda en que ha desaparecido el billete de un peso y ha vuelto a la circulación la moneda de plata de un peso, esto no quiere decir que esa moneda sea como la ley de 1931, es decir, que tenga poder liberatorio ilimitado, sino que actualmente la moneda es papel moneda sin un respaldo de la posibilidad de cambio por el Banco de México de moneda metálica. Vamos a referirnos aunque sea a algunos artículos de la ley en vigor, porque no siempre se cree que ésta sea la situación, al contrario, el hecho de que, por una parte, haya en circulación moneda de plata (el peso y la moneda de 50 centavos) y, por la otra, el hecho de que sigan en circulación los mismos billetes de banco y que en el presente son papel moneda y que fueron en una época billetes de banco, hace pensar que estamos todavía dentro del régimen de moneda metálica y no de papel moneda.

El artículo 1o. de la ley con sus reformas, establece: “La unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos es el ‘peso’, con la equivalencia que por ley se señalarán posteriormente”. Es decir, ya no se insiste en darle al peso aquella equivalencia teórica que todavía encontramos en la ley de 1931, de 75 centigramos de oro puro.

Artículo 2o.

Las únicas monedas circulantes serán:

- a) Los billetes de Banco de México, con las denominaciones que fijen sus estatutos;
- b) Los certificados monetarios de que trata el artículo siguiente;
- c) Las monedas de plata de 1 peso y de 50 y 25 centavos, con los tamaños, pesos, cuños, ley de 0.720 (setecientos veinte milésimos) y demás características que se establecen en el decreto de 27 de octubre de 1919;
- d) Las monedas fraccionarias de cupro-níquel, con las denominaciones de 10 y 5 centavos y los tamaños, pesos, cuños, composición y demás características que se establecen en el decreto de 26 de marzo de 1936;
- e) Las monedas fraccionarias de bronce de dos centavos y de un centavo, con los tamaños, pesos, cuños, composición y demás características que se establecen en la ley del 25 de marzo de 1905”.

Vamos ahora a ver cuál es la moneda que tiene poder liberatorio ilimitado.

Artículo 7o.

La obligación de pagar cualquier suma en moneda mexicana se solventará entregando por su valor nominal y hasta el límite de su respectivo poder liberatorio, billetes del Banco de México, certificados monetarios emitidos por dicha institución de crédito o monedas metálicas del curso legal”

Los únicos certificados monetarios que existen son los que establece el artículo 3o. que dice:

Los certificados monetarios de que habla el inciso b) del artículo anterior serán emitidos por el Banco de México, con valor de 5 pesos, en representación de monedas de plata de curso legal o de plata amonedada o en barras, a razón de 12 gramos de plata pura por cada peso, moneda nacional, que los mismos importen. El Banco de México quedará obligado a canjear tales certificados por billetes o por monedas metálicas, a elección del tenedor, debiendo, en consecuencia, incluir dichos títulos entre sus responsabilidades y conservar, en cuenta separada y como parte de sus recursos, las monedas y el metal por ellos presentados.

Éstos sí tienen una representación de moneda metálica y entiendo que todavía hay en circulación algunos de estos certificados monetarios.

Artículo 4o. Los billetes del Banco de México y los certificados monetarios que éste emita, conforme al artículo que antecede, tendrán poder liberatorio ilimitado.

Artículo 5o. Las monedas de un peso y las de 50 centavos a que se refiere el artículo 2o., inciso c), de este decreto tendrán poder liberatorio ilimitado a 100 pesos en un mismo pago, las monedas de veinte centavos a que se refiere el mismo inciso tendrán poder liberatorio limitado a cincuenta pesos en un mismo pago. Las monedas de cuproníquel de diez y cinco centavos a que se refiere el inciso d) del artículo 2o. de este decreto, tendrán poder liberatorio limitado a dos pesos en un mismo pago. Las monedas de bronce de dos centavos y un centavo a que se refiere el inciso e) del artículo 2o. de este decreto tendrán poder liberatorio limitado a un peso en un mismo pago.

La desaparición de estas monedas de oro la encontramos desde los artículos transitorios que nos faltó ver pero que se reproducen en el artículo 1o. transitorio de esta ley que dice:

Desde la fecha en que entre en vigor la presente ley se suspenderá indefinidamente la acuñación de monedas nacionales de oro, quedando privadas de todo poder liberatorio legal, las monedas de oro de dos, dos cincuenta, cinco, diez, veinte y cincuenta pesos de los cuños establecidos por las leyes de 25 de marzo de 1905, de 27 de junio de 1917, de 31 de octubre de 1918 y de 14 de septiembre de 1921.

Por lo que se refiere a la moneda extranjera se establece:

Considerando primero. Que la finalidad que persigue el artículo 8o. de la Ley Monetaria de 25 de julio de 1931 es la de que los acreedores de moneda extranjera reciban en pago una cantidad de moneda extranjera adeudada;

Considerando segundo. Que por los términos en que está redactado el artículo 8o. de dicha Ley Monetaria, ha provocado dificultades al saber si el tipo de cambio destinado a fijar la equivalencia debe ser el de la fecha en que sean exigibles legalmente las obligaciones o el de la fecha en que se hagan materialmente los pagos; y

Considerando tercero. Que para poder precisar el equivalente de moneda nacional de las cantidades de moneda extranjera adeudadas, debe utilizarse el tipo de cambio que rija en el lugar y en la fecha en que se hagan materialmente los pagos, ya que con la cantidad de moneda nacional que en esas condiciones reciban los acreedores, podrán adquirir exactamente la suma de moneda extranjera que se les adeude; he tenido a bien expedir el siguiente Decreto:

Artículo único. Se reforma el artículo 8o. de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, para quedar como se expresa a continuación:

Artículo 8o. “La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraída dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rige en el lugar y fecha en que se haga el pago.

Como se ve, las únicas monedas que tienen poder liberatorio ilimitado son los billetes del Banco de México y los certificados de depósito que el Banco emita y sólo estos únicos tienen un respaldo en cuanto a que pueden ser canjeados por metálico cuando el tenedor lo solicite, por lo que se ve que estamos en un verdadero régimen de papel moneda en que los billetes del Banco de México tienen curso forzoso, siendo la moneda en que se solventan las obligaciones.

¿Es la primera vez que en México existe un régimen de papel moneda? No, existió, quizá ustedes lo recuerden, en el año de 1913 y duró hasta el año de 1916. Durante el régimen de la ley de 1905 existieron billetes de banco; hubo diversos bancos que emitieron billetes, pero propiamente como billetes de banco sin curso forzoso y que por la solvencia, por el crédito, llegaron a tener una circulación de moneda, aun con premio sobre la moneda metálica que traía dificultades para transportarse y se daba hasta premio con respecto al billete de banco por su facilidad de manejo y naturalmente apoyándose en la confianza

que había inspirado la solvencia de los bancos. Pero en el año de 1913, por los préstamos forzosos que hizo el gobierno de Huerta a los bancos, les dio la facultad de convertir el billete de banco en papel moneda, les dio curso forzoso, y a partir de 1913 empezó a descender el valor de estos billetes, y luego se complicó la cosa porque comenzaron a emitir billetes del gobierno constitucionalista (los infalsificables), los del villismo (billetes de dos caras), los billetes del zapatismo (las sábanas de Zapata, porque eran blancos). Todos estos billetes, por falta de toda clase de respaldo económico, fueron descendiendo de valor, y encuentran ustedes en las tablas de la Secretaría de Hacienda, publicadas en la Ley de 1918 la ley que levantó parcialmente el moratorio que, por ejemplo en el mes de junio de 1913, estaban a la par; en julio ya comienza a descender el valor del papel moneda, hasta llegar al año 1916, en el que, en el mes de noviembre, un peso de papel valía en moneda un centavo y medio, y ya en diciembre no tenía ningún valor.

Esta situación, ya lo decíamos someramente al tratar la materia de plazo, provocó las leyes de moratoria; se pensó en los acreedores que habían hecho préstamos o que habían contraído obligaciones a su favor como acreedores en moneda metálica y que naturalmente veían que se les pagaban sus créditos con una moneda que cada vez se depreciaba más y que, decíamos, no llegó a tener valor alguno, y entonces se ideó esta ley moratoria que se promulgó en diciembre de 1916, diciendo que ni los acreedores podían exigir el cumplimiento de sus obligaciones ni los deudores podían exigir que sus acreedores recibieran los pagos en tanto que duraran los efectos de la moratoria. Aquí tengo a la vista una ley de pagos de 19 de septiembre de 1916

emitida por el Primer Jefe del ejército constitucionalista, se refiere a la emisión del billete infalsificable. El artículo 2o. dice:

El peso de la emisión infalsificable tiene poder liberatorio ilimitado, por su valor nominal y no sólo es de curso legal, sino forzoso. En consecuencia, las prestaciones de dinero se cumplen entregando la moneda fiduciaria de la emisión infalsificable, en los términos que establece esta ley.

4. Legislación moratoria y de pagos

En el *Diario Oficial* de 20 de diciembre de 1916 apareció la Ley de Moratoria publicada el 14 de diciembre del mismo año:

Considerando primero. Que la situación económica y la relación de papel moneda con las especies metálicas se han modificado desde el mes de septiembre a la época actual, de tal suerte que resultan inaplicables las formas de pago establecidas en la Ley de 15 de septiembre de 1916, no obstante que aún no transcurra el término señalado en su artículo transitorio.

Segundo. Que dada la reaparición de la moneda metálica en el mercado y las dificultades de la circulación del papel moneda simultáneamente con aquélla, el interés público exige que se informe, la base monetaria para el cumplimiento de las obligaciones, y sobre esa base se establezca la reforma definitiva de la Ley de Pagos, repartiendo equitativamente el gravamen o pérdida para los interesados en una entrega de dinero que signifique el cambio de moneda.

Tercero. Que debiendo restablecerse a la mayor brevedad posible en el Gobierno Constitucional de la República, conviene reservar por corto

tiempo la reglamentación definitiva de las relaciones entre acreedores y deudores, que fueron materia de la citada Ley de Pagos, para cuando funcionen normalmente los poderes constitucionales, lo cual, por otra parte, permitirá esperar un cambio favorable en las condiciones de la circulación de moneda metálica.

Cuarto. Que en cuanto al pago de rentas, es preciso [...].

Por tanto he tenido a bien expedir el decreto que sigue:

Artículo 1o. Se suspenden desde la fecha del presente decreto los efectos de la Ley de Pagos de 15 de septiembre de 1916 y las circulares relativas. La suspensión durará hasta que, restablecido el régimen constitucional de la República, los poderes públicos legalmente constituidos expidan las leyes o disposiciones generales aplicables a los contratos, obligaciones y entregas de dinero que fueron materia de aquella ley.

Artículo 2o. Durante la suspensión, todos los acreedores y deudores gozarán de una moratoria general para no ser obligados a efectuar o recibir pagos de dinero contra su voluntad.

Artículo 3o. Cuando se trate de obligaciones contraídas con posterioridad al 9 de septiembre de 1914 en que hubiere pacto expreso de pagar en moneda metálica, se estará a lo pactado.

Artículo 4o. Quedará a salvo el derecho de los interesados en un pago, para arreglar convencionalmente el cumplimiento y cancelación de una obligación.

Artículo 5o. Quedan igualmente en suspenso por el tiempo expresado en el artículo 1o. todos los juicios de consignación pendientes ante cualesquiera tribunales, en el estado en que se hallaran en la fecha de este decreto.

Esta Ley de Moratoria fue suspendida parcialmente en el año 1917 por lo que se refiere a los intereses, en 1918 por lo que respecta a los intereses y al 25% del capital, y fue suspendida totalmente en 1926 por lo que faltaba, es decir, por el 75% del capital. En las dos leyes, en la de 1918 y en la de 1926, se establece el régimen conforme al cual debe hacerse el pago concediendo términos, en la de 1926 de diez semestres para efectuar los pagos.

Tuvo particular interés en México la Ley de 1918, vamos a ver únicamente el artículo 1o. que establece los periodos a que se refiere esta ley.

Artículo 1o. Son objeto de la presente ley, y exclusivamente para los efectos que en ella se expresan, las obligaciones que sean exigibles conforme a las leyes comunes, siempre que se hubieren contraído:

I. Con anterioridad al 15 de abril de 1913, es decir, durante el régimen de circulación metálica.

II. Durante el régimen de circulación de moneda fiduciaria, es decir, desde el 15 de abril de 1913 hasta el 30 de noviembre de 1916.

III. Durante el mismo periodo y que por virtud de pacto expreso deban considerarse contraídas en determinada especie de moneda.

IV. En el periodo comprendido entre el 30 de noviembre y el 14 de diciembre de 1916.

Luego, en toda la ley se establece la manera como se va haciendo cada uno de los pagos de acuerdo con la época en que fue contraída

la obligación; en el artículo 10 encuentran ustedes la tabla de equivalencias para las obligaciones contraídas conforme a la fracción segunda, es decir, durante el régimen de moneda fiduciaria, y aquí aparecen los datos a que nos referíamos en la clase anterior. Tienen ustedes: en abril de 1913 todavía está a la par el billete; en junio a la par; en julio 0.90 centavos; en enero de 1914, 74 centavos; y termina en noviembre de 1916 con un centavo y medio, para en diciembre ya no tener ningún valor. Será conveniente que ustedes lean esta ley porque todavía se encuentran casos de aplicación.

Ya dijimos que, tratándose del respeto a las cláusulas de pagar en moneda metálica, se estableció que se respetaría el pacto, pero la Corte llegó a hacer una serie de restricciones, y aun cuando existían estos pactos, cuando se demostraba que no se había entregado moneda metálica sino papel moneda, entonces se pagaba en moneda metálica pero de acuerdo con la tabla de equivalencias.

Creo que con lo expuesto, nos hemos referido a la parte de su programa que se alude a los regímenes monetarios, a las leyes de moratoria y a las leyes de pago.

XXVI. OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACIÓN

1. Objeto de este procedimiento y casos en que procede

El acreedor, en una obligación, puede rehusarse a aceptar el pago, no simplemente porque no tenga el deseo de recibirlo, sino por alguna consideración que en su concepto sea bastante para que no se le pague; por ejemplo, cuando se considere que el término no se ha vencido, cuando se ofrece cosa diversa a la que era objeto de la prestación, cuando se ofrece un pago parcial, en fin, por una serie de circunstancias por las que el acreedor legítimamente pueda rehusarse a recibir el pago.

Pero pueden existir otros casos en que simplemente el acreedor tenga el deseo de causar un perjuicio al deudor no recibiendo el pago,

para esto, el deudor debe tener, pues, un procedimiento, una manera de hacer el pago en todos aquellos casos en que el acreedor se rehúse injustificadamente a recibirlo, o bien cuando considere que está haciendo un pago legítimo, por más que el acreedor considere que no; este procedimiento que ofrece la ley se llama “ofrecimiento de pago seguido de consignación”. Esto es, en primer lugar el deudor debe ofrecer a su acreedor el pago, el cual normalmente es extrajudicial, y una vez que ha ofrecido el pago y que no es aceptado en las circunstancias que vamos a ver dentro de un momento, entonces se hace la consignación, que consiste en depositar en presencia judicial las cantidades o el objeto que se haya debido.

En realidad, los autores no le dan gran extensión a esta materia considerando que fuera de algunos preceptos fundamentales se trata más bien de reglas de orden procesal que de orden sustantivo, y en efecto, encuentran ustedes en el Código de Procedimientos reglamentado el ofrecimiento de pago seguido de consignación.

El artículo 2097 establece: “El ofrecimiento seguido de la consignación hace veces de pago, si reúne todos los requisitos que para éste exige la ley”.

Casos en que hay lugar, o puede haber lugar, al ofrecimiento de pago seguido de consignación. Artículo 2098: “Si el acreedor rehusare sin justa causa recibir la prestación debida, o dar el documento justificativo de pago, o si fuera persona incierta o incapaz de recibir, podrá el deudor librarse de la obligación haciendo consignación de la cosa”.

En el Código Civil de 1884 y en el Código de Procedimientos Civiles anterior al vigente, el ofrecimiento de pago seguido de consignación era un procedimiento que se llevaba dentro de la jurisdicción voluntaria, y cuando había oposición a recibir el pago, entonces se convertía en un procedimiento contencioso. En el nuevo Código de Procedimientos forma parte de los actos prejudiciales el ofrecimiento de pago seguido de consignación, y en caso de oposición a recibir, se establece un juicio sumario; es decir, es uno de los casos en que procede el juicio sumario. Por lo que se refiere a la parte prejudicial de este procedimiento, puede, dentro del nuevo Código de Procedimientos, seguirse ante el notario y no ante el Juez; una vez que se presenta la oposición a recibir y que se va a abrir el juicio, entonces se trata siempre de un juicio sumario. Encuentran ustedes consignado esto en los artículos del 224 al 234 del nuevo Código de Procedimientos civiles (léanse).

Artículo 224. “Si el acreedor rehusare a recibir la prestación debida o dar el documento justificativo de pago o si fuere persona incierta e incapaz de recibir, podrá el deudor librarse de la obligación haciendo consignación de la cosa”. (Con los mismos casos que establece el artículo 2098 del Código Civil). En los siguientes artículos se crea el procedimiento, se cita al acreedor y si éste se niega a recibir se obtiene un certificado de que no ha recibido la cosa y de que la ha visto depositar. Artículo 231: “La consignación y el depósito de que hablan los artículos anteriores puede hacerse por conducto de notario público”. Artículo 233: “Cuando el acreedor se rehusare, en el acto de la diligencia, a recibir la cosa, con la certificación a que se refieren

los artículos anteriores, podrá pedir el deudor la declaración de liberación en contra del acreedor mediante juicio sumario”. Y el artículo 430, fracción xv, del Código de Procedimientos encuentran que es uno de los casos en que procede el juicio sumario: artículo 430. “Se tramitarán sumariamente: La consignación en pago”. (Léanse todos los artículos del 224 al 234).

Es necesario, como explica Manresa y como explican todos los tratadistas, que haya un ofrecimiento previo, ya que sin éste en realidad no debe proceder la consignación; pero ese ofrecimiento puede ser en el mismo acto en que se pide la consignación, es decir, puede hacerse una consignación condicional, decirle al Juez: vengo a ofrecerle el pago a mi acreedor, a cuyo efecto haré el depósito, y en caso de que rehúse el pago, ordena el depósito y extiende el certificado, pero debe existir siempre el ofrecimiento, que es por lo general extrajudicial, y si no se recibiera el pago, entonces se hará la consignación.

Dice el artículo 2097 que el ofrecimiento seguido de la consignación hace las veces de pago, y el artículo 2102 dice: “Aprobada la consignación por el Juez, la obligación queda extinguida en todos sus efectos”. Y entonces ha surgido el problema de saber cuándo hay lugar a la extinción de la obligación, cuando se hace la consignación de la cosa debida o bien hasta que venga la sentencia que establezca que ha sido procedente el ofrecimiento de pago y la consignación, porque naturalmente son dos momentos diversos, uno, como hemos visto, termina con estos actos prejudiciales y el antiguo procedimiento de jurisdicción voluntaria, mientras la declaración judicial viene en la sentencia del juicio sumario.

Estos preceptos no se deben interpretar en forma contradictoria, sino en realidad dándole a cada uno su verdadero sentido; el artículo 2097 establece: “El ofrecimiento seguido de la consignación hace veces de pago”, mientras que el 2102 aclara: “Aprobada la consignación por el juez, la obligación queda extinguida en todos sus efectos”.

La interpretación de estos preceptos es en el sentido de que la extinción de la obligación se produce en la consignación porque el procedimiento no es sino una manera forzada de pagar, y el pago se hace cuando se ha ofrecido la cosa y cuando se ha consignado a disposición del acreedor, el cual puede en ese momento aceptar la cosa y entonces terminar el procedimiento, o puede, dentro del mismo procedimiento, aceptar el ofrecimiento y terminarlo también; esto es, se trata de un pago, y el pago es cumplimiento efectivo de la obligación, y el deudor, al hacer la consignación, ha cumplido efectivamente la obligación; la sentencia lo único que viene a hacer es declarar el derecho, es decir, establecer mediante una resolución judicial que va a causar ejecutoria una por medio de una sentencia, que la consignación se hizo debidamente. Desde el momento en que hay contienda, en que hay oposición de intereses entre el acreedor y el deudor, el deudor haciendo el ofrecimiento y el acreedor rehusándose, es necesaria la intervención del Juez, pero la extinción de la obligación parte del pago que en realidad se hace cuando se ha hecho el ofrecimiento, y ese ofrecimiento es seguido por la consignación.

En realidad, si se estudia toda la doctrina sobre el particular, se encuentra que la duda de cuándo se extingue la obligación surge,

no entre el momento de la consignación y la sentencia, sino en el momento del ofrecimiento y la consignación; es decir, se ha sostenido, por lo menos en algunas legislaciones, y hasta en el derecho romano había casos que hacían dudosa la solución, que es el ofrecimiento el que viene a extinguir la obligación. En nuestro código este problema no existe, puesto que el artículo 2097 claramente dice: “El ofrecimiento seguido de la consignación hace veces de pago”; pero en realidad no hay discusión dentro de la teoría general sobre si es el momento de la sentencia o es el momento de la consignación el que fija la extinción de la obligación; inclinándose uniformemente toda la doctrina sobre lo segundo, y en nuestro código se puede derivar igual cosa que lo asentado en el artículo 2098, que dice: “Si el acreedor rehusare sin justa causa recibir la prestación debida, o dar el documento justificativo de pago, o si fuera persona incierta o incapaz de recibir, podrá el deudor librarse de la obligación haciendo consignación de la cosa”. Esto es, al hacer la consignación de la cosa es cuando el deudor se libra de la obligación y, en consecuencia, pone la cosa a riesgo del acreedor, terminan los intereses, en fin, se producen todos los efectos de un pago, pero, como decíamos, como hay contienda, como en nuestra hipótesis el acreedor se ha rehusado a recibir, es necesario que haya una intervención judicial, intervención que viene, decíamos, a declarar el derecho y que, naturalmente, hace que se tenga ya una sentencia que el deudor puede hacer valer respecto a todos los interesados. Éste es el sentido del artículo 2102 cuando declara: “Aprobada la consignación por el Juez, la obligación queda extinguida en todos sus efectos”.

El artículo 2100 establece: “La consignación se hará siguiéndose el procedimiento que establezca el código de la materia”; y ya hemos visto en el Código Civil vigente cuál es el procedimiento para esta materia.

2. Ejecución forzada

Cuando el deudor rehúsa hacer el pago, ya hemos repetido en diversas ocasiones el acreedor tiene una acción en justicia para obligarlo al cumplimiento, es decir, para obtener la ejecución forzada de la obligación, y recuerden ustedes que en nuestros antecedentes del derecho romano primitivo esa ejecución forzada llegaba a las formas más extremas y se entendía originariamente como un derecho sobre la persona misma del deudor; también es importante la evolución que tuvo esta materia hasta llegar, a partir de las leyes Scilia y Poetilia, a establecer que la acción era acción sobre el patrimonio y no acción sobre la persona. En el derecho moderno se caracteriza por referir la acción al patrimonio del deudor, todo el patrimonio del deudor, a excepción de los casos a los que más adelante nos vamos a referir, es responsable de las obligaciones que contrae, en el sentido de que puede el acreedor dirigir una acción en contra de ese patrimonio para obtener la ejecución forzada de la obligación.

El artículo 1o. del Código de Procedimientos Civiles establece: “El ejercicio de las acciones civiles requieren: I. La existencia de un derecho; II. La violación de un derecho o el desconocimiento de una obligación, o la necesidad de declarar, preservar o construir un derecho”;

y el artículo 25 del mismo ordenamiento establece que “las acciones personales se deducirán para exigir el cumplimiento de una obligación personal, ya sea de dar, de hacer o no hacer determinado acto”. Se ve, pues, el reconocimiento de la intervención del derecho adjetivo respecto del derecho sustantivo.

Pero si se niega el deudor, ¿cómo es posible obligarlo a que cumpla? Decíamos, con todo su patrimonio, y ya verán, en sus estudios de procedimientos civiles, cómo se pueden embargar bienes del deudor, cómo pueden rematarse esos bienes de acuerdo con la naturaleza de los bienes que se embargan y con el producto del remate hacer el pago al acreedor.

Si la obligación es de dinero, entonces la forma más sencilla sería embargar dinero al deudor y con ese dinero hacerle el pago al acreedor, pero puede suceder que el deudor no tenga el dinero para hacer el pago pero sí otros bienes; entonces, decíamos, viene el procedimiento de embargo de los bienes, enajenación judicial, o sea, remate de esos bienes y pago al acreedor.

Si se trata de una obligación de dar en que haya que entregarse una cosa determinada, la ejecución consistirá en el embargo de esa cosa en caso de existir en el patrimonio del deudor y la entrega de la cosa al acreedor; si no existe esa cosa en el patrimonio entonces vendrá el embargo de otra cosa y el pago del valor que tenga la cosa a la que se está obligado a entregar.

Tratándose de obligaciones o de prestaciones de hacer o de abstenciones, entonces se puede encontrar mayor dificultad, porque puede suceder que haya una prestación de las que se llaman *intuitu persona*, es decir, que solamente puede ser y debe ser cumplida por la persona, como en algún ejemplo que ya presenté; cuando se contratan los servicios de un artista puede suceder que haya otro artista que pueda hacer la obra de la misma manera, pero también puede suceder que no exista ese artista, o bien que se haya contratado el servicio precisamente porque se consideró que sólo él podía realizar la obra de arte. Si estamos en el caso de una prestación que solamente puede ser realizada, aun cuando ello sea nada más dentro de la intención de los contratantes y se ha obligado a prestar el servicio, no va a ser fácil obligar a esta persona a que dentro de una ejecución forzada cumpla con su obligación. Puede entonces obtenerse lo que se llama una indemnización de daños y perjuicios, es decir, traducir la obligación en una cantidad de dinero que venga a sustituir, por decirlo así, la obligación que se contrae; aun en las obligaciones de hacer puede llegarse al cumplimiento efectivo en naturaleza de la obligación, cuando ello es posible; en nuestro ejemplo de la obra de arte que el deudor se niega a realizar, podrían no obtenerse los servicios de esa otra persona y entonces hacerse el pago mediante cantidades de dinero que se obtengan del directamente obligado, pero en realidad se traduce la obligación de hacer en daños y perjuicios porque al deudor que lo paga en una cantidad de dinero no se le obliga a realizar la prestación en naturaleza sino que se le embargan bienes dentro del procedimiento de ejecución forzada para hacerle el pago a la persona que prestó el servicio. En todos los demás casos se traduce el pago en

dinero que viene a sustituir, decíamos, la ejecución efectiva de la obligación, o bien la mora, que, como hemos de ver, no es sino el retardo en el cumplimiento.

Tratando de las obligaciones de no hacer, también se traducen en un pago de una cantidad de dinero, en una indemnización; sin embargo, puede existir una obra material y entonces puede haber lugar a la destrucción de la cosa; el ejemplo que presentan los autores en el que se obliga a no levantar una pared y ésta se levanta, entonces se puede llegar a la destrucción de la pared, en caso de existir esa obra material.

Artículo 2037. Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciere, el acreedor tiene derecho a pedir que, a costa de aquél, se ejecute otro cuando la sustitución sea posible. Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.

Artículo 2028. El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.

Decíamos que todos los bienes sirven de garantía al acreedor porque el deudor responde con todo su patrimonio, sin embargo el artículo 2964 del nuevo código establece: “El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embar-

gables”. Y el artículo 1928 del Código de 1884 establecía: “El deudor está obligado a pagar con todos sus bienes presentes y futuros, aunque no se estipule así en el contrato; a no ser que haya convenio expreso en contrario”.

Hay bienes que no son embargables, si ustedes leen su Código de Procedimientos Civiles encontrarán que el artículo 544 establece: “Quedan exceptuadas de embargo: 1. Los bienes que constituyen el patrimonio de familia desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en los términos establecidos por el Código Civil”. Y si abren su Código Civil en materia de patrimonio familiar, encontrarán el mismo precepto que establece: Artículo 727: “Los bienes afectos al patrimonio de la familia son inalienables y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno”. Tampoco son embargables los salarios de los obreros, como ustedes probablemente sepan por sus estudios de derecho laboral, no son embargables en virtud de un principio contenido en el artículo 123 constitucional.

El artículo 544 del Código de Procedimientos Civiles enumera todas aquellas cosas que no son embargables basándose en diversos criterios para exceptuarlas, así por ejemplo, responde a un principio de humanidad al no privar a una persona de los bienes que le sirven para su sustento, como es el caso en que se prohíbe el embargo (fracc. v) “de libros, aparatos, instrumentos y útiles de la persona que ejerza o se dedique al estudio de profesiones liberales”. Fracción vi: “Las armas y caballos que los militares en servicio activo usen, indispensables para este conforme a las leyes relativas”. También basándose

en un criterio de humanidad no pueden embargarse (fracc. 2a.), “el lecho cotidiano, los vestidos y los muebles de uso ordinario del deudor, de su mujer o de sus hijos, no siendo de lujo a juicio del Juez”. Todos estos bienes, a pesar de formar parte del patrimonio del deudor, no pueden embargarse.

Hay casos en que puede limitarse, y se limita, la responsabilidad del deudor, por ejemplo, cuando una persona adquiere un bien hipotecado sin contraer la obligación personal; ya decíamos en alguna ocasión que el deudor en estos casos no responde con todos sus bienes, sino únicamente con el bien en cuestión, es decir, solamente cuando se dirigen a la acción real en su contra es cuando responde con ese bien que compró gravado con una hipoteca; lo mismo puede suceder si una persona garantiza hipotecariamente la obligación de otra persona; por ejemplo, si A le presta 5,000 pesos a B y éste carece de bienes para responder, entonces C puede decidir: sin contraer yo obligación personal y para el efecto de que A le preste a B los 5,000 pesos, le hipoteco mi casa; no estoy obligándome personalmente, no estoy contrayendo la obligación que existe entre A y B, y que está a cargo de B, sino que estoy únicamente respondiendo con una garantía determinada del cumplimiento efectivo de la obligación. En todos estos casos no se responde con la totalidad del patrimonio sino con el bien que está afecto a la garantía. A este problema se refiere su programa cuando dice: bienes que sirven de garantía a los acreedores, bienes inembargables, etcétera.

XXVII. RESPONSABILIDAD CIVIL

*D*ecíamos que es posible que un deudor no cumpla con su obligación, que no cumpla ya porque intencionalmente no quiera cumplir, ya porque por medio de actos de culpa deje de cumplir la obligación; en los dos casos puede causar un daño o un perjuicio, es decir, puede llevar a la privación de una parte o de todo el patrimonio, de una parte o bien impedir una ganancia lícita a que tiene derecho el acreedor; es decir, causar un daño o perjuicio en el patrimonio del acreedor, y entonces él lo obligará a responder de ese daño o ese perjuicio, lo que significa que pague una cantidad de dinero que venga, decíamos, a sustituir el daño o el perjuicio causado.

El artículo 2104 del nuevo código establece: “El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare con-

forme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes: [...]”. Artículo 2105: “En las obligaciones de dar que tengan plazo fijo, se observará lo dispuesto en la fracción primera del artículo anterior”. “El que contraviniera una obligación —dice la parte final del artículo 2104—, de no hacerla, pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención”. Artículo 2108: “Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación”. Artículo 2109: “Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación”. Son los conceptos que los comentaristas del derecho romano llamaban de daño emergente (conceptos de daño) o de lucro cesante (concepto de perjuicio).

1. Indemnización compensatoria y moratoria

Indemnización compensatoria. Cuando una obligación no se cumple y no llega nunca a cumplirse, entonces la indemnización se llama indemnización compensatoria porque, como su nombre lo indica, compensa el daño y el perjuicio sufrido por el acreedor.

Indemnización moratoria. Pero puede suceder que simplemente haya mora en el cumplimiento, es decir, retardo en el cumplimiento pero que finalmente se obtenga el cumplimiento de la obligación, entonces la indemnización corresponde únicamente al daño que se causa por retardar el cumplimiento y la indemnización se llama indemnización.

2. Carácter pecuniario de la indemnización

La indemnización conforme al nuevo Código Civil y también conforme al Código de 1884, es una cantidad en dinero, se distingue así la responsabilidad por incumplimiento de obligación, o sea, la responsabilidad contractual a que nos estamos refiriendo, de la responsabilidad por actos ilícitos. Recuerden ustedes que tratándose de los actos ilícitos, en principio debe haber una reparación en naturaleza, y solamente cuando no se consiga, hay lugar al pago de daños y perjuicios en dinero; recuerden ustedes que el artículo 1915 del nuevo Código Civil establece: “La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios”. Este precepto corresponde al sistema que, aun para el caso de obligaciones contractuales sigue el Código Civil alemán, en el que, en principio, debe haber, aun tratándose de responsabilidad contractual, una indemnización en naturaleza. También, si revisan su Código de Procedimientos, encontrarán cómo la indemnización de daños y perjuicios consiste en una cantidad de dinero, y hay hasta la posibilidad de una liquidación posterior a la sentencia, siempre y cuando en ésta se haya condenado al pago de daños y perjuicios, no es necesario que la sentencia contenga también la liquidación de las cantidades que deban pagarse, sino que es posible, mediante el procedimiento posterior de ejecución de sentencia, llegar a la liquidación de la indemnización, lo que nos está indicando que en todo caso se requiere que se trate de cantidades en dinero.

3. Condiciones de exigibilidad de la indemnización

La doctrina enumera tres condiciones para que la indemnización sea exigible:

- a) Que el deudor se constituya en mora.
- b) Que exista el daño o el perjuicio.
- c) La culpa por parte del deudor en el incumplimiento, culpa que, según hemos de ver, comprende tanto el dolo como la culpa propiamente dicha.

4. Mora

La mora es el retardo en el cumplimiento de la obligación imputable al deudor y que trae como consecuencia el pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Tanto el Código Civil de 1884 como el vigente hacen una distinción respecto a las obligaciones sujetas a pago y las obligaciones que no tienen un plazo, para determinar desde qué momento se es responsable de los daños y perjuicios.

Tratándose de obligaciones de hacer, el artículo 2104 del código vigente establece que si hay un plazo, entonces el plazo interpela por el hombre, precepto idéntico al que establecía el Código de 1884.

Que el plazo interpela por el hombre quiere decir que el vencimiento del plazo hace las veces de interpelación, a diferencia de lo que sucedía en el derecho romano y de lo que sucede ahora en el derecho francés, por ejemplo, en el que el plazo no interpela por el hombre, sino que es necesario que, además del vencimiento del plazo, haya una interpelación para el deudor.

¿Qué quiere decir interpelar? El Código de 1884 lo definía expresamente en su artículo 1424, en el que establecía: “Se llama interpelación al acto por el cual el acreedor intima o manda intimar al deudor que cumpla con su obligación”. En el código vigente no encontramos una definición, pero el concepto es el mismo.

Decíamos, tratándose de obligaciones de hacer, que tienen un plazo, basta el vencimiento del plazo para que se incurra o para que el deudor incurra en la responsabilidad de daños y perjuicios; no se requiere, pues, un acto de interpelación, porque, repetimos, el plazo interpela por el hombre. Éste es el sentido del artículo 2104, que establece:

El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes: I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste.

El derecho francés, por ejemplo, sostiene una tesis contraria derivada del derecho romano.

¿Qué sucede cuando la obligación no depende de un plazo? Cuando no depende de un plazo se hace necesaria la interpelación, y ésta, decía el Código de 1884, podía ser ante notario o ante dos testigos, y entonces surgía el problema de saber si la interpelación podía hacerse judicialmente, toda vez que el precepto se refería exclusivamente a interpelación ante notario o ante dos testigos. Se resolvió el problema teniendo en cuenta lo que decía la exposición de motivos del Código de 1870, donde encontramos un precepto idéntico al del Código de 1884, y en ella se decía que el propósito de la interpelación es que conste de manera fehaciente. Sin lugar a dudas, que se hizo la interpelación, y que ello no elimina la interpelación judicial. En el nuevo Código Civil, ya de una manera expresa, se resuelve el problema cuando el artículo 2080 establece:

Si no se ha fijado el tiempo en que debe hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los 30 días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

Ya en alguna otra ocasión nos ocupamos de este artículo 2080 que, como ven ustedes, distingue cuando no hay plazo entre las obligaciones de dar y las de hacer. Habiendo plazo no hay distinción por lo que respecta al momento en que empieza la responsabilidad entre obligaciones de hacer y obligaciones de dar, como tampoco existe esa distinción en el Código Civil de 1884; tratándose de obligaciones a plazo, éste interpela por el hombre, ya sea en obligaciones de hacer o de dar, y así nos lo dicen, por lo que se refiere a las obligaciones de hacer, el artículo 2104

en su fracción primera, y por lo que se refiere a las obligaciones de dar, el artículo 2105, que dice: “En las obligaciones de dar que tengan plazo fijo, se observará lo dispuesto en la fracción I y del artículo anterior”. (La fracción que se refiere a las obligaciones de hacer que tengan un plazo).

La parte segunda del artículo 2105 dice: “Si no tuvieran plazo cierto [las obligaciones de dar], se aplicará lo prevenido en el artículo 2080, parte primera”. Es decir, existe la necesidad de otorgar, después de la interpelación, un plazo de 30 días para que comience la responsabilidad.

5. Daño y perjuicio causado al acreedor

Es necesario, además, que exista un daño o un perjuicio, puesto que la indemnización es precisamente para cobrar ese daño o ese perjuicio. Pero no todos los daños que resultan o pueden resultar del incumplimiento de una obligación originan la responsabilidad, sino que es necesario que los daños y perjuicios sean una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, que haya una relación de causa a efecto y que esa relación sea inmediata y directa. En otras legislaciones, especialmente en legislaciones de tipo latino como la francesa o la italiana, se distingue también entre los daños previsibles y los imprevisibles; en nuestros códigos, ni el Código de 1884 ni el vigente hacen una distinción entre los daños y perjuicios previsibles e imprevisibles, sino que el artículo 2110 establece: “Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesaria-

mente deban causarse”. Claro que la estimación decía: el daño es una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento y tiene que ser una estimación de hecho sujeto a la aprobación judicial.

Planiol presenta el ejemplo que se encuentra en la obra de Pothier, del que vende un animal enfermo y que causa la enfermedad y muerte de otros animales; el daño y perjuicio inmediato y directo será la muerte de esos otros animales, por el hecho, dice Pothier, de que no se ha podido cultivar un terreno en virtud de la muerte de esos animales y todas las consecuencias que puedan imaginarse, ya son daños indirectos, no inmediatos, y consecuencias, ya no hay lugar a la responsabilidad porque el acreedor puede, por otros medios, procurar el cultivo del terreno. Si, por ejemplo, un arquitecto construye una casa y esa casa es defectuosa y la casa se derrumba, y con ese derrumbe se rompen los muebles que hay en la casa y obras de arte que puedan existir, éste sería un daño inmediato y directo, una consecuencia inmediata y directa, y habría lugar a la responsabilidad; pero supongamos que en la casa existía un laboratorio, el cual se destruye con la caída del inmueble; se pagará el daño causado, pero si en el laboratorio el químico que vivía en la casa, pongamos por caso, estaba tratando de obtener un invento o de obtener cualquier otro producto, y en vista de lo acontecido no puede terminar, porque se le destruyó la fórmula, etc., pues como no es un daño inmediato y directo, no hay lugar a una indemnización. Se ve que pueden encadenarse una serie de daños y perjuicios de los que el Juez debe distinguir únicamente los que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación para que la responsabilidad corresponda exclusivamente a estos daños directos e inmediatos.

Algunas personas han sostenido la necesidad de que se añada el concepto ya dado por las legislaciones latinas de distinguir entre daños previsibles e imprevisibles, pero ni el Código de 1884 ni el vigente han seguido este sistema, sino que se han atenido al concepto de daños y perjuicios que son causa inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación. El Código Civil alemán sigue también la tesis de no distinguir entre daños previsibles e imprevisibles; por el contrario, es todavía más general que nuestro precepto, puesto que establece la responsabilidad para todo daño y perjuicio que haya podido causarse. Sin embargo, esta limitación del artículo 2110 de nuestro código parece conveniente para impedir responsabilidades indefinidas y consecuencias que muchas veces no sería equitativo poner a cargo del deudor.

La noción de culpa, tratándose de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento de obligaciones contractuales, comprende tanto la noción de dolo como la culpa *stricto sensu*. El dolo es la intención de no cumplir con la obligación cuando, independientemente de un caso fortuito, independientemente de una imprudencia, sino concientemente y con la intención de no cumplir, no se cumple con la obligación y se causa un daño o un perjuicio o un daño y un perjuicio y, por tanto, hay lugar a la responsabilidad civil. Pero puede suceder que una persona no cumpla no porque tenga la intención de incumplir sino que, por imprudencia, no está en condiciones de cumplir, entonces hay simplemente culpa *strictu sensu* y no dolo.

La responsabilidad por dolo (dice el artículo 2106) se tiene siempre, la renuncia de hacerla efectiva es nula.

El principio de la responsabilidad lo encontramos en el artículo 2104: “El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes”, y para las obligaciones de dar, el artículo 2105 establece: “en las obligaciones de dar que tengan plazo fijo se observará lo dispuesto en la fracción I del artículo anterior”.

La doctrina ha necesitado establecer una teoría que se llama de la prestación de la culpa, porque, ¿hasta qué punto, cuando una persona es imprudente, incurre en culpa para el efecto de la responsabilidad? ¿Cuándo puede decirse que hay culpa por parte del deudor y que esa culpa ha traído el incumplimiento y en consecuencia la responsabilidad civil? Y entonces se ha dicho: hay tres clases de culpa —y algunos pasajes del digesto dan la noción y los comentaristas hicieron la doctrina—; hay tres clases de culpa: la culpa lata, la culpa leve y la culpa levísima. Culpa lata, que se asimila al dolo, es aquella en que incurren las personas que no tienen cuidado de lo que todo el mundo podría tener cuidado, es decir, que no se tiene la prudencia necesaria para evitar el daño y que sin embargo cualquier persona no hubiera cometido ese acto de imprudencia. La culpa leve es aquella en cuya virtud las personas proceden con el cuidado ordinario que tienen la mayoría de las personas o un tipo medio de hombre que el derecho romano llama ‘el buen padre de familia’; y, por último, la culpa levísima es aquella que existe no ejecutando actos que solamente las personas excesivamente prudentes podían realizar, se exige una prudencia que está por encima de lo ordinario.

Esta teoría de la culpa tenía por efecto que en determinados contratos se exigiera prestar una de las culpas y en otros, otra; así, por ejemplo, en un contrato que solamente estuviese hecho en favor del deudor y no del acreedor, tendría el deudor que prestar la culpa levísima, por ejemplo, en el contrato de un comodato en el que se presta una cosa sin una retribución para el acreedor. Cuando había intereses tanto por la parte del acreedor como por la del deudor, entonces se decía que debía prestarse la culpa leve, y por último, si el interés es, no del deudor, sino sólo del acreedor, entonces debe prestarse la culpa levísima.

Esta teoría de la culpa ya no aparece aceptada en el derecho civil francés, en virtud de que un precepto de su Código Civil establece como principio general que las personas cumplan con sus obligaciones, y deben tener el cuidado de las cosas como un buen padre de familia; y luego, si examinan los textos del Código Civil francés, se encuentran diversas aplicaciones en los contratos de esta culpa leve en abstracto.

Decimos culpa leve en abstracto, porque además de la teoría que distingue la culpa leve, lata y levísima, se ha fijado la distinción entre culpa leve en abstracto y culpa leve en concreto, sosteniendo que el derecho romano no admitía más que dos nociones de culpa: la levísima que se asimilaba al dolo y que se obligaba en los casos de responsabilidad extracontractual, de actos ilícitos, en materia de ley aquilia; y la leve, que se clasifica en culpa leve en abstracto y culpa leve en concreto, es decir, se tenían dos conceptos de culpa leve: en uno

se tomaba como tipo el tipo medio, el tipo del buen padre de familia, tipo abstracto que, naturalmente, el Juez necesita establecer, determinar en cada caso; o bien, se tenía en cuenta la manera como procedía el deudor normalmente, esto es, para determinar qué cuidado debía tener la cosa, había que tener en cuenta, o bien un tipo abstracto, el buen padre de familia, o bien, considerar cómo acostumbra el deudor en concreto cuidar de sus cosas, y entonces será culpable únicamente cuando no haya tenido la diligencia, la prudencia necesaria de acuerdo con la que él acostumbra en sus cosas propias; de ahí la distinción entre culpa leve en abstracto, o sea la primera, la de tipo del buen padre de familia, y la culpa leve en concreto, esto es, cuando se tiene en cuenta el cuidado que yo acostumbro tener en mis cosas y no el cuidado de un tipo de hombre que naturalmente puede no coincidir con la forma en que yo acostumbro cuidar de mis cosas.

En el derecho civil francés, el Código Civil admite la culpa leve en abstracto como regla general, puesto que establece que debe cuidarse de las cosas como un buen padre de familia. El mismo precepto estaba contenido en el artículo 1429 del Código Civil de 1884, que decía: “El obligado a dar una cosa, lo está a conservarla con la diligencia propia de un buen padre familia, y a entregarla, bajo la responsabilidad establecida en el capítulo IV de este título”. Se terminó así con la discusión sobre la teoría de la prestación de la culpa y se estableció que debería responderse con la diligencia propia de un buen padre de familia. Pero si se examinan algunos contratos en particular, verán ustedes que todavía hay casos en los que se exige una responsabilidad especial; se exige, por ejemplo, la prestación de la culpa leve en con-

creto, teniendo en cuenta el cuidado que pone el deudor en las cosas propias, pero esto por una disposición expresa del código; la regla general estaba contenida en el artículo 1429.

Tesis de Josserand. Por último, existe una tesis admitida por Josserand, conforme a la cual no debe hacerse una distinción entre la culpa; el principio es que toda persona que causa un daño por no cumplir en sus términos la obligación, o por no cumplirla oportunamente, está obligada a la responsabilidad, independientemente de la noción de culpa, y solamente cuando el código venga a establecer en determinadas prestaciones que se requiere para la responsabilidad la noción de culpa, es cuando debe admitirse.

Ésta parece ser, en nuestro concepto, la teoría que admite el nuevo Código Civil; el artículo 2104 declara: “El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes”; —y lo mismo encontramos respecto a las obligaciones de dar, de tal suerte que el principio es que si una obligación no se cumple o no se cumple en estos términos convenidos y de ahí resulta un daño o un perjuicio entonces se lugar a la responsabilidad—. Ahora bien, ésta, decíamos, parece ser la tesis general, pero puede suceder que yo no cumpla mi obligación porque haya una imposibilidad de cumplirla derivada, no de un acto propio, sino de lo que hemos de llamar un caso fortuito o de fuerza mayor, entonces no hay lugar a la responsabilidad, a no ser que por convenio yo haya tomado a mi cargo el caso fortuito o fuerza mayor. Dice el artículo 2111: “Nadie está obli-

gado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribución a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone”. Ya hemos de estudiar en la clase próxima el caso fortuito o de fuerza mayor, pero digamos en tanto que el principio es responsabilidad, pero ante un caso fortuito o de fuerza mayor no hay lugar a la responsabilidad, a no ser que por convenio yo tome a mi cargo el caso fortuito.

Segunda limitación a esta tesis general: que la ley exija una noción de culpa para la responsabilidad. Tenemos por ejemplo, en las obligaciones de dar, el artículo 2017, que dice:

En los casos en que la obligación de dar cosas ciertas importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder de deudor, se observarán las reglas siguientes: “Si la pérdida fue por culpa del deudor, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios”. Luego, tratándose de obligaciones de dar que importen traslación de propiedad, la pérdida de la cosa requiere la idea de culpa.

Artículo 2023. En los casos de enajenación con reserva de la posesión, uso, goce de la cosa hasta cierto tiempo, se observarán las reglas siguientes: [...] II. Si la pérdida fuere por culpa de alguno de los contratantes, el importe será de la responsabilidad de éste.

Artículo 2024. En los contratos en que la prestación de la cosa no importe a traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte.

Como ven ustedes, en las obligaciones de dar, tratándose de la entrega de una cosa se necesita la noción de culpa para que haya lugar a la responsabilidad.

¿Qué debe entenderse por culpa dentro de esta situación? Nos lo dice el artículo 2025: “Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecutare actos contrarios a la conservación de la cosa o deje de ejecutar los que son necesarios para ella”. Precepto que repite el artículo 1446 del Código de 1884 y, por tanto, nos puede llegar a esta conclusión. Por la forma en que está redactado y por el antecedente del 1446, el texto se refiere, más que a una culpa leve en concreto, a una culpa leve en abstracto, esto es, siempre que se ejecuten actos contrarios a la conservación de la cosa o dejen de ejecutarse los que son necesarios para ella, conceptos que son objetivos, que no son en relación con el sujeto, hay lugar a la responsabilidad en los casos a que antes nos referíamos; ahora como el artículo 1446 estaba dentro del sistema de la responsabilidad o de la teoría de la culpa leve en abstracto en el Código de 1884, por eso decíamos, por su antecedente, y por los términos en que está redactado (objetivos), puede decirse que se refiere a una culpa leve en abstracto, aun cuando el legislador no le haya dado ese nombre; en el nuevo Código Civil ya no encontramos un artículo semejante al 1429 del de 1884 que se refiere a la responsabilidad dimanada de ciertos actos y en los que se debe obrar con la diligencia propia de un buen padre de familia. Pero esto no quiere decir que en todos los casos encontremos la misma noción, tienen ustedes por ejemplo, en materia de compraventa, cuando se habla de la entrega de la cosa se dice en el artículo 2292 artículo nuevo, que procede del código chileno:

Si el comprador se constituyó en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de las bodegas, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y solamente será responsable del dolo o de la culpa grave.

Ven ustedes cómo este precepto se esta refiriendo o nos está indicando cómo, en principio, el vendedor responde de la culpa leve en abstracto, el cuidado ordinario de conservar la cosa, y solamente cuando el comprador incurra en mora de recibir, entonces deja de responder así y responde por su dolo o por su culpa grave que, en mi opinión es el concepto de culpa lata que incluso está asimilada en el precepto al dolo.

Si examinan ustedes — los contratos lo hemos de hacer con todo detenimiento al ir estudiando los contratos—, en particular, encontrarán disposiciones referentes a la culpa; vamos a ver algunos.

De los derechos y obligaciones del arrendatario. Artículo 2425: “El arrendatario está obligado: [...] II. A responder de los perjuicios que la cosa arrendada sufra por su culpa o negligencia, la de sus familiares, sirvientes o subarrendatarios”. ¿Qué debe entenderse en estos casos por culpa o negligencia? En mi concepto, debemos referirnos a lo que dice el artículo 2025: “Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ello”.

Comodato. Es preciso fijarse cómo aquí, de acuerdo con la tradición, tenemos una culpa que más bien parece culpa levísima que la culpa leve a que, decíamos, se refieren los artículos anteriores. Artículo 2502: “El comodatario está obligado a poner toda diligencia en la conservación de la cosa, y es responsable de todo deterioro que ella sufra por su culpa”. “A poner toda diligencia en la conservación de la cosa”.

Fíjense, ya no es la diligencia ordinaria que encontrábamos en el caso de la compraventa y que, decíamos, es la regla que puede considerarse la regla general, sino que exige toda diligencia, la razón es la que se daba cuando se aplicaba la antigua teoría de las cuentas para la prestación de la culpa levisima; el artículo 2497 dice: “El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente”. Es decir, no hay un interés para el acreedor, como no sea naturalmente la devolución de la cosa, sino que los provechos en realidad son exclusivamente para el comodatario, el que usa la cosa y no paga, puesto que el comodato esencialmente es gratuito, no paga por el uso y goce de la cosa y, por tanto, debe cuidar de ella con toda diligencia.

Artículo 2522 (segunda parte), “En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia. Y los mismos preceptos se encuentran en materia de prenda, por ejemplo”.

De estas disposiciones podríamos llegar, en mi concepto, a esta conclusión: la regla general es que cuando se causa un daño o un perjuicio por el incumplimiento de una obligación, hay lugar a la responsabilidad, pero cuando el daño o el perjuicio se causan por un caso fortuito o de fuerza mayor, entonces hay una excepción a favor del deudor en contra del acreedor, excepción que termina cuando hay un pacto en cuya virtud yo digo: debo cumplir con mi obligación o responder del pago de daños y perjuicios aun cuando sobrevenga

el caso fortuito de fuerza mayor; ya hemos de ver cómo es posible un pacto de esta naturaleza, y lo hemos visto establecido en un precepto. Hay casos en que la responsabilidad se pone a cargo del deudor exigiendo una noción de culpa, algunos de los cuales hemos visto, y entonces es necesario entender qué es la culpa, y hemos visto cómo encontramos preceptos que nos pueden resolver lo que debe entenderse por esa noción de culpa.

Como ustedes ven, esta doctrina corresponde, más que a una clasificación de teoría de las culpas, a pesar de que haya referencia a diversas culpas, a esa noción que sostiene Jesserand de la necesidad de responder siempre, a no ser que haya caso fortuito o fuerza mayor, o que el código venga a exigir una culpa, y entonces debe examinarse qué clase de culpa prestarse.

a. Diferencia entre la culpa contractual y la culpa extracontractual

Cuando nos ocupábamos de los actos ilícitos o de la responsabilidad que se deriva por los hechos ilícitos, decíamos cómo era necesario, cuando se causa el daño, que por regla general interviniese una noción de culpa fuera de aquellos casos en que se registra lo que se llama responsabilidad objetiva o de riesgo creado, que aparecen en el código vigente como casos de excepción a la tesis general, la cual requiere en el acto ilícito un elemento de culpa. Pero entonces hablamos de una fuente de obligación extracontractual, es decir, la responsabilidad se deriva del daño causado en el patrimonio de una persona sin que existiera previamente una obligación; mientras que ahora estamos

estudiando la responsabilidad civil, o sea, el pago de daños y perjuicios para los casos en que por falta de cumplimiento de una obligación se cause ese daño o perjuicio. Algunos tratadistas, Planiol por ejemplo, han querido sostener una teoría unitaria de la culpa considerando que no existe diferencia entre la culpa contractual y la extracontractual, pero realmente necesitan estos tratadistas recurrir a conceptos que no creemos sean de aceptarse en derecho, para sostener la unidad de la teoría de la culpa, creyendo, por ejemplo, que en el contrato debe verse un ordenamiento de carácter legal y que la falta de cumplimiento del contrato tiene el mismo carácter del acto ilícito que antes hemos estudiado.

Collin y Capitant, Josserand y la mayoría de los autores sostienen la diferencia ante la culpa contractual y la culpa extracontractual. La diferencia es importante desde el punto de vista del derecho procesal por lo que se refiere a la carga de la prueba, porque tratándose de la culpa extracontractual se requiere probar no solamente que el daño se ha causado, sino que se ha causado por culpa del que causa el daño, toda vez que es elemento esencial el que haya habido culpa. Naturalmente, nos estamos refiriendo a la tesis general adoptada por el Código de 1884 sin excepciones y también a la tesis general que adopta un precepto del nuevo Código Civil en 1910, que, según decíamos, tiene su antecedente en un precepto suizo, que establece: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexplorable de la víctima”.

Cuando se trata de casos de riesgo profesional o de los comprendidos en el artículo 1913, claro está que entonces, ya lo hemos explicado con toda extensión anteriormente, no se necesita la intervención de la idea de culpa, sino que precisamente la teoría objetiva de riesgo creado considera que basta la demostración del daño y la relación de causa a efecto para que haya lugar a la responsabilidad; pero, decíamos, no es ésta la regla general, sino la excepción; la regla general es todavía, dentro del nuevo Código Civil, tener que demostrar la existencia del daño, la relación de causa a efecto, y la culpa de parte del que ha causado el daño. Ésta es, decíamos, la culpa extracontractual, y por eso, como el que afirma está obligado a probar y yo estoy diciendo que por su culpa se me ha causado un daño, estoy obligado a probar los elementos de mi acción, o sea, la existencia del daño, la relación de causa a efecto, y la culpa que es fuente de la responsabilidad, porque si yo me concretara a demostrar la existencia del daño y aun la relación de causa a efecto, entonces faltaría el elemento de culpa para que hubiera lugar a la responsabilidad y yo no podría obtener la reparación, a no ser en los casos del riesgo creado y de la responsabilidad objetiva; en cambio, tratándose de la culpa contractual, cuando hay una obligación preexistente, yo, acreedor, afirmo que una persona es mi deudor que existe un crédito a mi favor, ¿qué es lo que tengo que demostrar? La existencia de ese crédito. La otra parte se exceptiona diciendo que el daño se ha causado faltando a una obligación, pero sin culpa de su parte, porque haya intervenido un caso fortuito o de fuerza mayor; entonces es ella la que afirma la existencia de ese caso fortuito o de fuerza, la que tendrá que probar que, efectivamente, existió ese caso fortuito o de fuerza mayor y tuvo influencias para el

incumplimiento de la obligación o para el incumplimiento total de la obligación.

Para tener, pues, la responsabilidad contractual, no tendré que demostrar la existencia de mi crédito y la otra parte, en caso de excepcionarse con el caso fortuito o la fuerza mayor, tendrá que demostrar la existencia de ese acontecimiento externo a su voluntad y que trajo la imposibilidad absoluta de cumplirla.

Se pueden establecer algunas otras diferencias entre la culpa contractual y la extracontractual, o mejor dicho, algunas consecuencias de esa diferencia. Decíamos, la prueba como diferencia desde el punto de vista del derecho procesal; segundo, veíamos también cómo, tratándose de la culpa extracontractual, la indemnización consiste normalmente en reponer las cosas al estado que tenían, es decir, la reparación en naturaleza, mientras que tratándose de la culpa contractual la reparación es pecuniaria; claro está que cuando no es posible una reparación en naturaleza, entonces también en materia de acto ilícito se admite la indemnización pecuniaria, pero el principio es de que la reparación debe ser en naturaleza, y así lo establece el artículo 1915.

Otra consideración: recuerden ustedes que cuando hablamos de acto ilícito, es que la noción de culpa correspondía mejor a la culpa levísima, es decir, se exigía en materia de culpa, tratándose del acto ilícito, un cuidado especial, se debía procurar no simplemente obrar como un buen padre de familia, sino con una prudencia extrema para evitar que se causara un daño; era el concepto tradicional del

derecho romano que en materia de ley aquilia establecía la necesidad de que se prestase la culpa levísima, y tratándose de la culpa contractual, según hemos dicho, por lo menos la regla general consiste en prestar la culpa leve, o sea, el cuidado ordinario que se tiene en las cosas, y que hay algunos casos en que por la naturaleza del acto, por la naturaleza del contrato, se puede llegar a establecer la prestación de la culpa levísima, pero no es ésta la regla general. Cuando la responsabilidad se deriva del dolo (estamos hablando, naturalmente, de la responsabilidad contractual), cuando se deriva del dolo, esto es, de la intención de no cumplir la obligación y causar así el daño o el perjuicio, y no simplemente el acto imprudente o negligente, entonces el artículo 2106 establece que “la responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula”. Esto es, no se admiten pactos, convenios de no responsabilidad, tratándose de la que se deriva de actos de dolo; pero el precepto no se refiere sino al dolo, y la doctrina llega a la conclusión de que, tratándose ya no de actos dolosos sino de actos simplemente culposos, entonces sí puede haber pactos de no responsabilidad; esto es, admitir el acreedor que su deudor no sea responsable de daños y perjuicios, aun cuando causa un daño por incumplimiento de una obligación, siempre y cuando ello sea por pacto culposo y no por acto de dolo. Creemos que los términos del artículo 2106 admiten esta solución, puesto que sólo se refiere a los casos de dolo y en este sentido puede decirse que de manera uniforme está toda la doctrina.

Hay alguna distinción doctrinaria entre ciertos actos de culpa, la culpa lata, es decir, aquella responsabilidad que se deriva del acto que

toda persona prevé y que el que cometió el daño no ha previsto, porque tradicionalmente se ha dicho: la culpa lata se equipara al dolo y es una teoría, se puede decir tradicional, admitir esta equiparación y por tanto, no admitir la cláusula de no responsabilidad tratándose de la culpa lata. Sin embargo una parte de la doctrina no piensa en esta asimilación, (y realmente, dados los términos del artículo 2106, que se refiere exclusivamente al dolo), pueda sostenerse, por ejemplo, en nuestro derecho, que no se trata de hacerla extensiva a esa idea de culpa, puesto que hay una diferencia aun entre la culpa lata y el dolo porque, por más imprudente o negligente que se sea, no se puede confundir la culpa lata con el dolo; por eso considero que en nuestro derecho no es posible sostener esta equiparación y que sí puede haber una cláusula de renuncia de responsabilidad, tratándose de cualquier concepto de culpa, con tanta mayor razón, que hemos visto que esta distinción de los diversos grados de culpa no es admitida, por lo menos de una manera expresa, en nuestro código, aun cuando se encuentren algunos casos de aplicación. Ya hemos de ver cómo, en el caso fortuito o de fuerza mayor, también se admiten las cláusulas en cuya virtud se renuncia, desde el punto de vista del deudor, se renuncia legítimamente al caso fortuito o a la fuerza mayor; es decir, se renuncia a que en el caso de que intervenga un acontecimiento que me ponga en la imposibilidad absoluta de cumplir, sin embargo yo sea responsable de los daños y perjuicios, a pesar de que el artículo 2111 establezca: “Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribución a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone”.

b. Determinación por el Juez de la indemnización de los daños y perjuicios

Sobre eso ya manifestamos qué es lo que comprende la indemnización y cómo es necesario que haya un daño que se cause directa e inmediatamente, como consecuencia, para que haya lugar a la responsabilidad.

Reparación del daño moral. Cuando tratamos del acto ilícito dijimos que el Código Civil admitía la reparación del daño moral, siguiendo así una corriente del derecho moderno que ha llegado a admitir incluso la jurisprudencia francesa; en esa ocasión expresamos cuáles eran las razones que fundaban la reparación del daño moral.

¿Tratándose de daños que se causan no extracontractualmente sino contractualmente, hay lugar a la reparación del daño moral? Se admite con más dificultad esta reparación del daño moral tratándose de culpa contractual, pero en realidad no se ve la razón para la diferencia, como sostiene Josserand. Nuestro Código Civil, siguiendo el Código de 1884, sólo admite una manera muy limitada en esa reparación; en realidad, la idea del Código es no admitir la reparación de un daño moral, y solamente en un caso excepcional, al que nos vamos a referir, admite esa responsabilidad; lo encontramos en el artículo 2116, que dice:

Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afectación, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afición del dueño; el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa.

Comparen ustedes esta situación con la del artículo 1916 que está en el capítulo de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, y verán cómo hay una gran diferencia en cuanto a la reparación del daño moral en la culpa contractual y extracontractual; recuerden que dice:

Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar en favor de la víctima de una hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928.

Se ve cómo es el concepto general, que fue tomado de un precepto del código suizo, mientras que en el artículo 2116 es necesario demostrar que la cosa se destruyó, que el daño se causó precisamente para afectar los sentimientos de la persona; así, por ejemplo, normalmente no se atendería al daño moral cuando un depositario destruye un cuadro que está en su depósito, a pesar de que ese cuadro para el depositante tenga el valor estimativo de ser un cuadro de familia independientemente del valor intrínseco del cuadro; pero si el depositario en cuestión destruye el cuadro, porque precisamente conociendo ese afecto moral que se tiene por el cuadro quiere lastimar al depositante y se llega a demostrar, entonces se aumenta a la indemnización que podrá cobrar el depositante, sin que ese aumento, dice el artículo, pueda exceder de una tercera parte del valor común de la cosa.

c. Acumulación de la indemnización con la ejecución efectiva

¿Se puede acumular la ejecución efectiva de la obligación con la indemnización? Hay casos en que sí puede haber lugar a esto y casos en que no es posible; así, la indemnización compensatoria no puede acumularse con el cumplimiento efectivo de la obligación porque hemos dicho que la indemnización compensatoria es precisamente la sustitución de la falta de ejecución de la obligación, de tal suerte que, o se obtiene la ejecución efectiva, y entonces no hay lugar a indemnización compensatoria, o se obtiene la indemnización compensatoria y eso quiere decir que no ha habido lugar a la ejecución efectiva.

Pero la ejecución efectiva puede ser posterior a la época en que realmente debe obtenerse, lo que hemos dicho que corresponde a la noción de indemnización moratoria, es decir, el retardo imputable al deudor y que puede causar un daño o un perjuicio; si se cumple posteriormente la obligación, sin embargo se ha causado un daño y hay lugar a una indemnización moratoria, o sea, el daño o el perjuicio que se haya causado por no haber cumplido a tiempo la obligación, luego se entiende perfectamente que la ejecución efectiva de la obligación puede acumularse con la indemnización moratoria, como también puede acumularse la indemnización compensatoria con la moratoria; esto es, puedo yo exigir que se me indemnice por haberse dejado de cumplir definitivamente la obligación y además que se me indemnice por no haberse cumplido en tiempo la obligación demostrando los daños y perjuicios que se hayan causado tanto por el incumplimiento definitivo como por el retardo en el cumplimiento.

En materia de dinero, ya decíamos en alguna clase anterior, cómo cuando yo demando la indemnización de una cantidad en dinero, la indemnización compensatoria consiste en demandar precisamente la cantidad de dinero que se me adeuda y no una sustitución, quiere decir que en realidad se confunde la indemnización compensatoria con el cumplimiento efectivo de la obligación, pero si yo no cumpla oportunamente con la entrega de la cantidad de dinero adeudada, entonces incurro en una responsabilidad civil y he de pagar una indemnización moratoria; esta indemnización moratoria, establece el código, no puede exceder de los intereses legales; ello no quiere decir, como se piensa generalmente, que la indemnización moratoria en materia de deudas de sumas de dinero sea precisamente el interés legal, y que además no haya necesidad de demostrar el daño o el perjuicio; una cosa es la facilidad de la prueba en el daño y el perjuicio, tratándose de una suma de dinero, puesto que una suma de dinero normalmente puede ganar un interés, y otra cosa es que no haya lugar a la prueba, y es que en el derecho civil francés hay un precepto que exime de prueba del daño o del perjuicio cuando se trata de obligaciones de sumas de dinero, pero nuestro código dice, en la segunda parte del artículo 2117: “Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario [...]. No podrán exceder del interés legal.” Luego no quiere decir que sea precisamente el interés legal. ¿Qué debe entenderse por interés legal? Cuando estudiemos el contrato de mutuo veremos que el interés legal actualmente es del 9%, a diferencia de lo establecido en el Código de 1884, en el que el interés era de 6%, y esto se halla establecido en el artículo 2395 del nuevo Código Civil.

XXVIII. CLÁUSULA PENAL

1. Definición y utilidad

La indemnización por los daños y perjuicios que se causen con el incumplimiento de una obligación puede establecerse previamente por un convenio; esto es a lo que se llama cláusula penal.

El artículo 2117 dice: “La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa”. La cláusula penal no es otra cosa sino el convenio en cuya virtud los contratantes regulan anticipadamente el pago de daños y perjuicios estableciendo el monto de la indemnización de daños y perjuicios; por esto la cláusula penal tiene diversas ventajas, a saber:

Primero. Que con anticipación se determina cuál es la indemnización que debe pagarse, y cuando ustedes practiquen en sus juicios, verán cómo siempre es difícil establecer en un juicio, cuál es el monto de los daños y perjuicios que se hayan causado, por lo menos en la gran mayoría de los casos, de tal suerte que si mediante una cláusula se dice si tú no cumples con tu obligación en tales condiciones x, me pagas x, no hay lugar a esas dificultades de orden procesal para determinar cuál es el monto de la indemnización.

Segundo. No es necesario demostrar la existencia de daños y perjuicios, es decir, independientemente de que haya o no daños y perjuicios, las partes convienen en que bastará el incumplimiento de la obligación para que deba pagarse la indemnización que se haya pactado, de tal suerte que las cláusulas son muy útiles en los contratos, y son, por otra parte, muy usadas.

El Código vigente, como el Código de 1884, establece una reglamentación especial sobre las cláusulas en los artículos 1840 y siguientes, comprendidos en los artículos que tienen como rubro “Cláusulas que pueden contener los contratos”.

El artículo 1840 establece: “Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios”. (Claro, porque la cláusula penal no es sino la indemnización de daños y perjuicios).

Artículo 1841. “La nulidad del contrato importa la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquél”. (Es por el carácter

accesorio que tiene la cláusula y se tuvo en cuenta al redactar este artículo, el principio de derecho por ustedes conocido de que lo accesorio sigue la suerte del principal pero lo principal no sigue a lo accesorio).

Artículo 1842. “Al pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno”. (Es, decíamos, el concepto de la cláusula penal, independientemente de que haya o no perjuicios, por convenio de las partes se establece que bastará el incumplimiento de la obligación para que se pague la cláusula, que no es otra cosa, decíamos, sino pagar la indemnización previamente estipulada).

Artículo 1843. “La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal”.

Artículo 1844. “Si la obligación fuere cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción”. (Este precepto se refiere a la indemnización compensatoria, y esto lo deducimos por el mismo concepto que decíamos de que la indemnización compensatoria no puede acumularse con el cumplimiento efectivo de la obligación, de tal suerte que cuando una obligación se cumple parcialmente y yo estoy exigiendo indemnización compensatoria, entonces debe tenerse en cuenta la parte cumplida de la obligación y sólo exigirse la diferencia. Lo mismo sucede tratándose de la cláusula por la razón de que es una indemnización de daños y perjuicios).

Artículo 1846. “El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque ésta no se preste de la manera convenida.” En la primera parte de este artículo: “El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos”. Se trata de la indemnización compensatoria, un precepto del Código de 1884 establecía lo mismo que esta primera parte del 1846, y la doctrina y la interpretación era en el sentido de que se trataba de la indemnización compensatoria, puesto que tratándose de la indemnización moratoria, hemos visto que sí se puede acumular con el cumplimiento de la obligación. El nuevo código lo dice ya de una manera expresa en la segunda parte de este artículo donde establece: “A menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque ésta no se preste de la manera convenida”. Porque, repetimos, en esos casos la cláusula, como hemos dicho de la indemnización moratoria, puede acumularse con el cumplimiento efectivo de la obligación.

Artículo 1847: No podrá hacerse efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza insuperable” Se está refiriendo al concepto de caso fortuito o de fuerza mayor, que, según hemos de ver, excluye la responsabilidad”.

2. Caso fortuito y de fuerza mayor

Decíamos: si la obligación no se cumple por culpa, concepto que comprende el dolo y la culpa propiamente dicha, hay lugar a la res-

ponsabilidad civil en los términos antes explicados, pero puede suceder que el deudor no cumpla, no por culpa suya, porque tenga la intención de no cumplir o porque haya procedido con imprudencia o negligencia, sino porque haya existido un acontecimiento externo que no está sujeto a su voluntad y que lo haya colocado en la imposibilidad absoluta de cumplir con la obligación, como cuando por ejemplo un comerciante se ha comprometido a entregar una cantidad *x* de mercancías y su fábrica es destruida por un rayo; él no ha tenido culpa alguna en no hacer la entrega oportuna de las mercancías, siempre y cuando se considere que ello es una imposibilidad absoluta, es decir, que él no puede cumplir de otro modo porque, supongamos, se trata de la única fábrica que existe para hacer ese producto; si yo me obligo a entregar una cosa y por un acontecimiento que está fuera de mi voluntad, y por ejemplo, un rayo, destruye la cosa que yo he de entregar, no ha habido ni dolo ni culpa de mi parte, ha sido un acto de la naturaleza que no está dentro de mis posibilidades detener ni contrarrestar, y se ha determinado una imposibilidad absoluta, puesto que esa cosa que se me ha comprado ha sido destruida; en todos estos casos encontramos acontecimientos ajenos a la voluntad y que determinan imposibilidad en el cumplimiento; a estos casos son a los que se les llama de caso fortuito o de fuerza mayor.

El artículo 2111 dice: “Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone”. En este artículo se habla únicamente de caso fortuito, pero hay preceptos en los que se sigue hablando de caso fortuito o de fuerza mayor; desde

luego, hace un momento veíamos un artículo que se refería a caso fortuito o fuerza insuperable, y existen otros preceptos que todavía siguen empleando la denominación o la expresión de caso fortuito y de fuerza mayor; por ejemplo, en materia de obligaciones de dar, tratándose de la pérdida de la cosa, dice el artículo 2017, fracc. v: “si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido”.

Y encontrarán ustedes en algunos otros preceptos empleados también los dos conceptos.

La doctrina ha discutido, y especialmente la doctrina francesa, si es lo mismo el concepto de caso fortuito que el de fuerza mayor, y así, por ejemplo, Planiol considera que uno de los conceptos se refiere a la condición externa del consentimiento, caso fortuito, mientras el otro, el de fuerza mayor, se refiere al carácter insuperable del acontecimiento. Colin y Capitant creen que el caso fortuito se refiere a la imposibilidad relativa de cumplir, esto es, cuando yo no puedo cumplir sino haciendo mayores gastos o recurriendo a otra persona, en cuyo caso no se admite que haya lugar a eximirse de la responsabilidad, y que fuerza mayor se refiere a la posibilidad absoluta, cuando ni yo ni nadie puede cumplir con la obligación. Otros autores dicen que es una diferencia simplemente de grado, que tiene mayor fuerza uno de los conceptos, normalmente la fuerza mayor. Otros tratadistas consideran que uno de los elementos se refiere a acontecimientos que están dentro del círculo de acción del deudor, mientras que el otro

se refiere a acontecimientos que están fuera de su círculo de acción. Por último, hay teorías unitarias, como la sostenida por Bonnecase, quien dice que no hay diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor, sino que el código los emplea como sinónimos.

Manresa da el concepto tradicional del derecho español y dice: el caso fortuito se refiere a acontecimientos que no dependen de la voluntad de los hombres sino que son esos acontecimientos accidentales, actos de la naturaleza; un derrumbe, un rayo, un incendio, etc., mientras que en la fuerza mayor hay intervención de la voluntad de terceros que naturalmente no son el deudor, una huelga, por ejemplo, una huelga que impide a una persona cumplir con la entrega de un producto a que se había obligado.

El Código habla de caso fortuito normalmente y aun el principio general establecido en el artículo 2211 se refiere únicamente a caso fortuito, pero en otros artículos ya hemos visto que habla de caso fortuito o de fuerza mayor; sin embargo, otros autores no creen que los términos, para los efectos que producen, se empleen en forma diversa; aun admitiendo el concepto que podemos decir tradicional del derecho español expresado por Manresa en uno de sus comentarios, en realidad no hace sino decirnos cuál es la causa que impide o imposibilita el cumplimiento, pero sin atribuirle, como se ha querido en una parte de la doctrina francesa, efectos diversos al caso fortuito o a la fuerza mayor; si el acto proviene de la naturaleza o proviene del hombre y trae como consecuencia la imposibilidad de cumplir, no hay lugar a responsabilidad, por tanto, puede hablarse de caso for-

tuito o de fuerza mayor independientemente, concepto que, por otra parte, parece ser el correcto.

El artículo 2111, que ya hemos leído varias veces, establece los casos en que puede estarse obligado al caso fortuito. Desde luego, establece el principio general de que nadie está obligado al caso fortuito, pero, según decíamos, es probable que mediante una cláusula, mediante un convenio, tome el deudor a su cargo el caso fortuito, y entonces ello significa que será responsable, aun cuando haya un hecho externo que determine una responsabilidad absoluta de cumplir; pero también puede haber responsabilidad aun por el caso fortuito cuando el deudor ha dado causa o contribuido a él, y es que en esos casos en realidad hay un acto de culpa, como explica Baundry, y un acto de culpa por parte del deudor. Por último, existen casos en que la ley expresamente pone a cargo de una persona el caso fortuito, y así el artículo 2111 establece en su última parte: “cuando la ley se lo impone se está obligado al caso fortuito”. Tienen ustedes casos, por ejemplo en el contrato de comodato, en el artículo 2504, se establece: “El comodatario responde de la pérdida de la cosa si la emplea en uso diverso o por más tiempo del convenido, aun cuando aquélla sobrevenga por caso fortuito”. El 2505 dice: “si la cosa perece por caso fortuito, de que el comodatario haya podido garantirla empleando la suya propia, o si no pudiendo conservar más que una de las dos, ha preferido la suya, responde de la pérdida de la otra”. De tal suerte que tienen ustedes cómo hay casos en que el código le impone al deudor la responsabilidad por consideraciones especiales, aun cuando inter venga el caso fortuito.

a. Pérdida de una cosa que no es objeto de obligación

Cuando una cosa se pierde, dice la doctrina unánimemente, se pierde para su dueño. Claro, si yo soy propietario de un inmueble y ese inmueble se destruye por un incendio, digamos, la pérdida de la cosa la tengo que resentir yo.

El artículo 2,021 establece: “La pérdida de la cosa puede verificarse: I. Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio; II. Desapareciendo, de modo que no se tengan noticias de ella o que, aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar. Ejemplo de la primera sería cuando una cosa es expropiada por causa de utilidad pública y queda fuera del comercio: hay pérdida de la cosa; un ejemplo de la segunda sería cuando desaparece una cosa cualquiera y se desconoce dónde está; no es difícil que ustedes se imaginen ejemplos en los que se refiera a la fracción segunda.

b. Pérdida de una cosa que no es objeto de una obligación

Cuando no es objeto de una obligación una cosa, su pérdida, decíamos, recae sobre el dueño de la cosa, pero cuando es objeto de una obligación, entonces, ¿quién es el que reciente la pérdida? Es decir, ¿a cargo de quién está el riesgo de la cosa? Hemos explicado que si la cosa se pierde por culpa del deudor, él es el responsable y hay lugar al pago de daños y perjuicios; si la cosa se pierde sin culpa del deudor, interviniendo un caso fortuito o de fuerza mayor, puede suceder que se trate de un contrato unilateral o de un contrato sinalagmático.

Desde luego, se trata de cosas denominadas en cuanto a su especie y no en género, porque los géneros no parecen; si yo estoy obligado a entregar determinada cantidad de trigo sin haber especificado qué trigo es, sin haber dicho qué es el trigo de qué determinada bodega, es decir, sin que haya determinación, lo que se llama una obligación en género, no hay posibilidad de pérdida de la cosa, porque se necesitaría que se hubiese agotado, terminado, ese género; si yo me obligo a entregar 5,000 kilogramos de trigo, esos 5,000 kilogramos no son aquellos que yo he pensado destinar para mi comprador, sino que mi obligación es en general entregar esa cantidad de trigo, de tal suerte que si la cosa se destruye, si esos 5,000 kilogramos que yo tenía la intención de destinar a mi comprador, se destruyen por un caso fortuito o de fuerza mayor, si se incendia esa bodega, no importa, porque yo estoy obligado no a entregar precisamente ese trigo, sino 5,000 kilogramos de trigo en general; de ahí que se diga que los géneros no perecen; claro que si en una obligación de género se determina el género y se convierte en realidad en una obligación, en un objeto en especie con determinación individual, entonces la solución tiene que ser diversa; ya vimos, al hacer el estudio de la transmisión de la propiedad, cómo en las enajenaciones de alguna especie indeterminada (art. 2015), “la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor”. Y el artículo 2022 ha de aplicar las reglas de pérdida de la cosa y de riesgo, que se refiere a cosa determinada. Artículo 2022. “Cuando la obligación de dar tenga por objeto una cosa designada sólo por su género y cantidad, luego que la cosa se individualice por la elección del deudor o del acreedor, se aplicarán, en caso de pérdida

o deterioro, las reglas establecidas en el artículo 2017”. Pero en tanto que la determinación es simplemente genérica, se aplica el principio de que los géneros no perecen, luego entonces, la pérdida de la cosa se refiere a cosas determinadas individualmente.

c. Pérdida de una cosa que es objeto de un contrato unilateral

Pero, según decíamos, aun en estas condiciones hay que distinguir entre un contrato unilateral y un contrato bilateral o sinalagmático, ¿porqué? Porque en uno unilateral, como no hay obligación sino de una sola de las partes, como la entrega de la cosa es obligación de una parte y no hay una obligación recíproca, se entiende que perdida la cosa sin culpa del deudor por caso fortuito o de fuerza mayor, el único que puede tener a su cargo el riesgo de la cosa es el acreedor, esto es, si el caso fortuito determina una imposibilidad de entregar la cosa, como a lo imposible nadie está obligado, como nadie es responsable de caso fortuito o de la fuerza mayor, la única obligación que existía se ha extinguido por la intervención del caso fortuito; no queda pues otra obligación que pueda crear el problema del riesgo.

Vamos a explicar esta situación con un ejemplo. Digamos, en un contrato de comodato en que no hayan intervenido en el caso fortuito condiciones especiales que ponen a cargo del deudor el caso fortuito. Si la cosa se pierde por caso fortuito o de fuerza mayor, la obligación del comodatario, del que ha recibido la cosa en préstamo, que es la devolución de la cosa, no puede ejecutarse porque ha intervenido el caso fortuito o de fuerza mayor, es decir, ha habido una causa

que me imposibilitó a mí, comodatario, cumplir con mi obligación; pero como no ha sido por mi culpa sino, decíamos en la hipótesis, es por caso fortuito o de fuerza mayor, mi obligación se ha extinguido. Entonces ¿quién reporta la pérdida? Pues no hay más que una persona que la puede reportar, no será el deudor porque, repetimos, la pérdida no se ha debido a mi culpa, sino es únicamente el acreedor de la cosa, o sea el comodante, la cosa perdida por caso fortuito o de fuerza mayor ha extinguido mi obligación por imposibilidad de ejecutar, y naturalmente ha dejado el riesgo de la cosa a cargo del acreedor que no recibió la cosa y que, sin embargo, no tiene una acción en responsabilidad, por eso se dice que propiamente el problema de los riesgos o la teoría del riesgo se presenta tratándose de contratos sinalagmáticos, contratos bilaterales en los que, tratándose de prestación de cosa, la cosa se ha perdido sin haber sido entregada, no por culpa del deudor, ni por caso fortuito o de fuerza mayor.

3. Teoría del riesgo

Ésta es la forma correcta de plantear la teoría del riesgo, repetimos, cuando en un contrato sinalagmático la cosa se pierde por caso fortuito o de fuerza mayor sin culpa del deudor, entonces se pregunta quién reporta el riesgo de la cosa, ¿es el obligado a entregarla, o es el acreedor de la cosa? Porque como hay obligaciones recíprocas, existe la posibilidad del riesgo, o sea, el peligro de la pérdida de la cosa; vamos a presentar un ejemplo: un contrato de compraventa. Yo vendo una casa, digamos, vendo un inmueble; se celebra el contrato y antes de que yo haya podido entregar la cosa, la cosa se incendia por caso

fortuito o de fuerza mayor, yo he quedado liberado de mi obligación por imposibilidad de cumplirla, y por una imposibilidad no culpable, pero ¿mi comprador estará obligado a pagarme el precio?, esto es, ¿a cargo de quién es el riesgo de la cosa? Si está a cargo del vendedor, ello significa que no voy a recibir el precio, puesto que no habiendo podido cumplir con mi obligación de entregar la cosa, no voy a recibir el precio; pero puede pensarse en otra solución: que el riesgo no esté a cargo del vendedor, sino del comprador, lo que significa que el comprador, a pesar de no recibir la cosa por haberse destruido por el incendio, sin embargo está obligado a pagar el precio.

XXIX. RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS BILATERALES

e ve pues cómo, en el contrato sinalagmático, se crea el problema de los riesgos, porque entonces sí hay dos partes que están obligadas recíprocamente a cumplir con una obligación y en las que se puede pensar como solución, atribuir el riesgo, ya sea a una, ya sea a la otra parte; el riesgo significa, pues, responder por la pérdida de la cosa, cargar, por decirlo así, con la pérdida de la cosa; si el riesgo es a cargo del vendedor no recibirá el precio, si es a cargo del comprador, deberá pagar el precio al vendedor a pesar de que, por destrucción de la cosa, por caso fortuito o de fuerza mayor, no haya recibido la cosa.

En el derecho romano el contrato de compraventa no era un contrato traslativo de propiedad por sí mismo, sino que era necesaria la entrega de la cosa, que podía no coincidir con la celebración del

contrato y que era un acto jurídico diverso; la propiedad únicamente se transmitía por tradición, por entrega, en el último estado del derecho romano. Ya sabemos que en la evolución del derecho era primero la *mancipatio*, después la *in jure cesio* y por último la *traditio*, pero el contrato de compraventa por sí mismo no llegó en toda la historia del derecho romano a transmitir la propiedad de la cosa; así pues, el comprador, en tanto que no se verificaba la *traditio*, no era dueño de la cosa, sino era acreedor o vendedor para que le entregara la cosa y le hiciera la *traditio*. ¿Qué sucedía si celebrado el contrato de compraventa, una compraventa romana, se perdía la cosa por caso fortuito o de fuerza mayor?

La solución general de derecho romano, como también la solución general del derecho moderno, debe consistir en que por la interdependencia de las obligaciones, cuando falta la ejecución de una obligación no debe ejecutarse la otra, este principio general reconocido, según expresan los tratadistas, en el derecho romano, admitía una excepción de origen histórico; en materia de contrato de compraventa, conforme al principio general, si la cosa se perdía por caso fortuito o de fuerza mayor antes de la entrega de la cosa, el comprador no debería lógicamente estar obligado a pagar el precio, pero el derecho romano estableció el principio de que si la cosa se perdía en poder del vendedor antes de hacer la *traditio*, antes de hacer la entrega de la cosa, el riesgo de la cosa era para el comprador; lo que significa, según antes manifestábamos, que el comprador estaba obligado a pagar el precio a pesar de que no recibía la cosa en virtud de la destrucción fortuita de ella, regla que ha sido explicada por los trata-

distas de derecho romano en forma muy diversa pero al parecer la explicación más satisfactoria es una explicación histórica.

Antes de que la compraventa fuera un contrato, cuando se necesitaba una doble estipulación, esto es, el comprador estipulaba la cosa y el vendedor el precio, se entendía perfectamente que hubiera dos obligaciones separadas, no dependientes, sino que eran dos estipulaciones, que de tal suerte que si una no porque el comprador es a la vez que dueño desde la celebración del contrato, acreedor de la cosa que no le puede ya ser entregada por caso fortuito o de fuerza mayor; así nos lo dice el artículo 2017 del nuevo Código Civil: “En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora el poder el deudor, se observarán las reglas siguientes: [...] V. Si la cosa se pierde por caso fortuito o de fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido”.

La cosa perece para el dueño, que en el caso fortuito, repetimos, se confunde con el principio de que la cosa perece para el acreedor.

Pero no siempre la cosa perece para el dueño; cuando el contrato no es traslativo de propiedad, entonces, como sucedía en el derecho romano, no podía decirse que a la cosa perecía para el dueño e identificarse con el principio de que la cosa perece para el acreedor, porque uno no es el dueño y el otro el acreedor de la cosa. ¿Para quién perece la cosa cuando no hay transmisión de la propiedad? ¿Perece para el dueño o perece para el acreedor? En nuestro derecho, en el código

vigente, la cosa perece para el acreedor cuando no hay transmisión de la propiedad, aquí no puede ser que se confunda el principio de que la cosa perece para el dueño o la cosa perece para el acreedor. Dice el artículo 2024: “En los contratos en que la prestación de la cosa no importe la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre por cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte”.

Decíamos, el principio es diverso; vamos a suponer, en un contrato de compraventa en el que se pacta la no transmisión inmediata de la propiedad, contratos muy comunes en los que se dice: la transmisión de la propiedad estará sujeta a la condición de que el comprador pague totalmente el precio; se emplea sobre todo en contratos de venta en abonos; ya hemos de ver cómo este pacto de reserva de la propiedad era posible en el Código de 1884, a pesar de las disposiciones que había sobre el particular, pero en el código vigente ya no hay problema porque existe un precepto expreso que establece la posibilidad de un convenio de reserva de propiedad; decíamos: yo vendo una máquina de escribir y se pacta, como normalmente se hace, que conservo la propiedad en tanto mi comprador no me paga el precio total; ¿qué sucede si la cosa se pierde? Si la regla fuera que la cosa se pierde para el dueño, entonces el que tendría a su cargo el riesgo de la cosa sería el vendedor, porque éste es todavía propietario de la cosa, y el riesgo significaría que el comprador no está obligado a pagar la cosa. Pero no es ése el principio, sino que la cosa perece para el acreedor y no para el dueño, luego el comprador está obligado a hacer el pago del precio aun cuando la cosa no le haya sido entregada, en

virtud de una pérdida fortuita en poder del deudor; es decir, la regla tiende a lo mismo que en la transmisión de la propiedad, da el mismo resultado, pero daría un resultado muy diverso si el principio fuera el mismo; si se dijera que la cosa perecía para el dueño tratándose de contratos en que no hay transmisión de la propiedad, entonces, repetimos, el riesgo de la cosa no estaría a cargo del comprador sino del vendedor, y sería una regla totalmente diversa a la establecida en contratos traslativos de propiedad, pero como la cosa perece para el acreedor, entonces la regla es la misma en cuanto a que es el comprador el que está obligado a pagar el precio. De suerte que nuestra conclusión es:

I. Tratándose de contratos traslativos de propiedad, la cosa perece para el dueño, y es verdad que en estos contratos la regla que establece que la cosa perece para el dueño se confunde con la regla que establece que la cosa perece para el acreedor.

II. Pero cuando se trata de contratos en los que no hay traslación de propiedad, entonces la regla es que la cosa perece para el acreedor, y no siempre el acreedor es el dueño de la cosa; en un contrato de compraventa, que podríamos decir, contrato de compraventa romano, no traslativo de la propiedad, se ve perfectamente la diferencia que se deriva de aplicar una u otra regla —la cosa perece para el acreedor o para el dueño— si se aplica una o la otra cambia la persona, cambia el obligado que tiene a su cargo el riesgo de la cosa; repetimos, si la cosa perece para el dueño, será el vendedor el que ya no recibirá el precio de la cosa, si la cosa perece para el acreedor, entonces el vendedor

recibe el precio y el comprador es el que, sin recibir la cosa, que se pierde por caso fortuito o de fuerza mayor, está obligado a pagar el precio.

Se ha dicho que este problema de los riesgos está ligado con la teoría de la causa, que la ejecución de la obligación es la causa de la otra obligación, entonces al faltar la ejecución de la obligación por caso fortuito o de fuerza mayor, la solución que debería existir siempre es en el sentido de que ya no está obligada la otra parte a cumplir con la obligación; pero aparte de las críticas que hemos hecho a la noción de causa, en realidad, como sostiene Planiol, no necesitamos acudir a esta noción de causa para explicarnos el efecto general de extinción de las obligaciones cuando no se cumple la otra obligación por caso fortuito o de fuerza mayor, sino que nos basta el concepto de la interdependencia que hay entre las obligaciones recíprocas para explicarnos por qué cuando no se cumple con una obligación de la regla general, la otra obligación no debe cumplirse; pero tratándose de las prestaciones de cosas, entonces esa regla general no se aplica, sino que se aplican estos principios a que nos hemos referido de que la cosa perece para el dueño en los casos en que se trate de un contrato traslativo de dominio, o para el acreedor en los que se trate de un contrato no traslativo de la propiedad.

Tratándose de contrato de arrendamiento, por ejemplo, entonces sí está establecida la regla general: “Cuando el arrendatario no puede disfrutar del uso y goce de la cosa, entonces no está obligado a pagar renta, es decir, se está en materia de arrendamiento dentro de la solución general de que cuando una parte no puede cumplir con su obli-

gación por caso fortuito o de fuerza mayor, entonces no está obligada la otra parte”, y los tratadistas examinan estas cuestiones de pérdida de cosa como casos de excepción a esa regla general, pero, decíamos, no por ninguna noción de causa, sino por una noción de interdependencia de las obligaciones.

Hay otros tratadistas, Baudry Lacantinerie por ejemplo, que estudian la cuestión de manera diversa; dicen ellos: lo que pasa es que cuando se contrae una obligación, aun en un contrato sinalagmático, cada una de las obligaciones queda separada; hay una especie de acto de voluntad unilateral para cada una de las partes. Ésta es la misma explicación romana anterior a la existencia del contrato sinalagmático de compraventa, cuando todavía existían estipulaciones diversas, una para el precio y otra para la cosa, pero el derecho moderno no admite esta diferencia, esta distinción, esta independencia de las dos obligaciones; si esto fuera así, resultaría que el hecho de que una persona no pudiera cumplir con su obligación por caso fortuito o de fuerza mayor no afectaría a la obligación de la otra parte contratante en un contrato sinalagmático. Pero no es ése el concepto y, por tanto, tampoco debe ser la regla general, que es la de dependencia de las obligaciones, con las limitaciones de estas obligaciones de dar cosa determinada a que nos hemos referido.

1. Excepción de contrato no cumplido

Cuando tratamos la clasificación sobre los contratos y especialmente la clasificación de contratos bilaterales y contratos unilaterales, hacíamos

mención a algunas consecuencias que son particulares de los contratos sinalagmáticos, y nos referíamos especialmente a la excepción de contrato no cumplido y a la resolución de los contratos.

Si un contratante no cumple con su obligación en un contrato sinalagmático y, sin embargo, trata de exigir el cumplimiento efectivo de la obligación de la otra parte, toda vez que en los contratos sinalagmáticos hay obligaciones recíprocas, el contratante a quien se le exige ese cumplimiento, sin haber recibido a su vez el cumplimiento efectivo de la obligación de la otra parte, tiene lo que en derecho se llama la excepción de contrato no cumplido.

El Código Civil de 1884 establecía que nadie incurría en mora si la otra parte no cumplía o no se allanaba a cumplir con su obligación, que es la forma de consignar esta excepción, pero en el código vigente no encontramos un precepto semejante al de 1884 al que nos hemos referido. ¿Quiere decir esto que no existe la excepción de contrato no cumplido en el código vigente? ¿Quiere esto decir que cuando una persona exige el cumplimiento de la obligación sin, a su vez, cumplir o allanarse a cumplir de acuerdo con el contrato su obligación, no puede la parte a quien así se demanda excepcionarse diciendo: “yo no estoy obligado a cumplir, puesto que tú no has cumplido con tu obligación”?.

Yo creo que aun en el código vigente la excepción de contrato no cumplido existe tal y como se hace en el derecho civil francés, donde tampoco hay un artículo que consagre la excepción, se puede derivar a

uno del principio de la resolución de los contratos por incumplimiento de la obligación, porque si, como dice Planiol, yo tengo la acción para rescindir el contrato en virtud de la falta de cumplimiento, con mayor razón puedo oponer la excepción de contrato no cumplido cuando se me exija el cumplimiento de la obligación sin que la otra parte a su vez cumpla.

Si el contrato se ha cumplido ya, entonces no puede hablarse de excepción de contrato no cumplido, toda vez que ya una de las partes ha cumplido con su obligación, y si se le exige el cumplimiento, no puede ya oponer la excepción de contrato no cumplido, toda vez que falta la posibilidad de excepcionarse en virtud del cumplimiento. La excepción de contrato no cumplido existe en los casos en que, sin haber cumplido el obligado, la otra parte tampoco haya cumplido y sin embargo exige el cumplimiento de la obligación. Ahora, si yo ya cumplí con mi obligación, no puedo tener la excepción de contrato no cumplido, pero puedo tener una acción en resolución del contrato.

Cuando una obligación no se cumple, pueden suceder fundamentalmente dos cosas: o que yo, en una acción ante los tribunales, exija el cumplimiento efectivo de la obligación mediante la ejecución forzada, cobrando además los daños y perjuicios, situación que ya hemos examinado al tratar tanto la ejecución forzada como la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de una obligación, o bien puede suceder que yo no exija el cumplimiento de la obligación y el pago de daños y perjuicios, sino que exija la resolución del contrato. Si quiero exigir el cumplimiento de la obligación, a mi vez tengo que ofrecer el

cumplimiento de mi obligación en caso de no haberla cumplido. En cambio, si, por ejemplo, todavía no he cumplido —y no se trata ya de la excepción del contrato no cumplido, porque no soy yo el demandado, sino que en virtud del incumplimiento de la otra parte ya no deseo seguir estando obligado—, entonces tengo una acción de rescisión o resolución, que, como explicamos en su oportunidad, tendrá efectos retroactivos, y hará desaparecer mi obligación más el pago de daños y perjuicios en los términos que ya hemos explicado, por el incumplimiento; naturalmente, incumplimiento culpable de la obligación, esta acción de resolución en los contratos bilaterales se deriva de una condición que el código considera una condición que tácitamente existe en todo contrato sinalagmático.

Tratando de las condiciones, el código vigente establece en su artículo 1949: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados incumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”. De tal suerte que en todo contrato sinalagmático, que son los contratos en que hay obligaciones recíprocas, existe una condición tácita que faculta al contratante a exigir el cumplimiento de la obligación, decíamos, dentro del procedimiento de ejecución forzada, o bien, a resolver el contrato con efecto retroactivo propio de la rescisión, efecto retroactivo que, según explicamos, no en todo caso es posible, porque hay contratos, —nos referíamos

a los contratos de tracto sucesivo—, en que tanto la rescisión como la nulidad no puede volver sobre el pasado, pero fuera de estas excepciones que se derivan de la naturaleza propia del contrato, la rescisión, a semejanza de la nulidad y la diferencia, de la revocación, produce efectos retroactivos, deja al contrato como si no hubiera existido en cuanto a que yo, que ejercito la acción de rescisión, dejo de estar obligado.

Claro está que si del incumplimiento de la otra parte resulta un daño, una pérdida o menoscabo en mi patrimonio, o bien, un perjuicio que me ha privado de ganancias lícitas, entonces, lo mismo que cuando exijo el cumplimiento de la obligación, al pedir la rescisión del contrato puedo demandar el pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. No es necesario pactar en los contratos o establecer en ellos una cláusula que diga lo que reza el artículo 1949 del Código Civil, es decir, no es necesario establecer en un contrato de compraventa, por ejemplo, que si el comprador no me paga el precio, tendré derecho a resolver el contrato y, por tanto, a no estar obligado a entregar ya la cosa, más el pago de daños y perjuicios, y no es necesario porque aquí tenemos ya el artículo 1949 que, como una cláusula supletoria de la voluntad de los contratantes, nos está estableciendo el principio.

Pero a veces en los contratos es conveniente establecer un pacto de resolución para el caso de incumplimiento, lo que se llama pacto comisorio, que no tiene mayor valor cuando simplemente se indica en él que en caso de incumplimiento habrá lugar a la resolución del con-

trato, porque entonces no haría sino repetirse lo que ya establece el 1949, y sólo tiene importancia el pacto comisorio en aquellos casos en que no se dice que la resolución del contrato venga a depender de una sentencia judicial, sino que la resolución se produzca de pleno derecho, bastando para ello el incumplimiento de la obligación, pero entonces es necesario establecerlo así: se resolverá el contrato de pleno derecho, bastando para ello, por ejemplo, que termine el plazo de la obligación, o bien, una interpelación, ya sea judicial o extrajudicial; entonces, claro está, que si llega a haber un conflicto de intereses—como en todo conflicto de intereses— habrá lugar a una intervención judicial, pero el papel del Juez no es establecer la rescisión del contrato, sino simplemente declarar un Estado de hecho y un Estado de derecho; la resolución se ha producido solamente por el efecto del pacto a que está sujeto, o sea, transcurso del plazo, interpelación judicial, etc.

Este pacto comisorio sí tiene importancia en la práctica para tener por rescindido o resuelto un contrato antes de la resolución judicial, siempre y cuando el pacto se refiera a esto y conste en él que se tendrá por resuelto el contrato de pleno derecho, esto es, sin intervención judicial.

2. Saneamiento en caso de evicción

En el derecho romano, el saneamiento para el caso de evicción se derivaba de la obligación que tenía el vendedor de hacer disfrutar de la posesión útil de la cosa al comprador, porque en el derecho romano,

ya nos es bien sabido, el simple contrato de compraventa no bastaba para transmitir la propiedad de la cosa. En cambio, en el derecho moderno, el saneamiento para el caso de evicción se deriva de la obligación de transmitir la propiedad de la cosa. Si yo en un contrato de compraventa no he transmitido la propiedad de la cosa porque, por ejemplo, estoy vendiendo cosa ajena y falto a la obligación esencial del contrato de compraventa, o sea, la transmisión de la propiedad de la cosa, toda vez que ya no puedo transmitir en propiedad lo que es mío, ya hemos de ver en nuestro estudio de compraventa cómo también hay lugar a la acción de nulidad por venta de cosa ajena, pero la acción de nulidad es diversa a esta acción de indemnización que considera el saneamiento para el caso de evicción.

Esta materia del saneamiento para el caso de evicción es estudiada en el derecho civil francés en materia de compraventa, en cambio en los códigos de 1884 y el vigente, está el saneamiento para el caso de evicción, cubriendo a todos los contratatos en que haya una enajenación. El sistema mejor es el de nuestra legislación; incluso los tratadistas franceses sostienen que las reglas del saneamiento para el caso de evicción en materia de compraventa, deben sostenerse para toda enajenación; lo mismo debemos decir de la responsabilidad por vicios ocultos de la cosa, que todavía en el Código de 1884 estaba comprendida en materia de compraventa y que ahora el nuevo Código Civil en este capítulo de saneamiento para el caso de evicción comprende también esa responsabilidad por vicios ocultos de la cosa, por más que en realidad esa responsabilidad tenga un carácter distinto de lo que es saneamiento.

a. Evicción

¿Qué se entiende por evicción y cuándo hay evicción? La palabra se deriva de un vocablo latino y significa “ser vencido en juicio”, y efectivamente, hay evicción cuando un adquirente en un juicio es vencido y en virtud de una sentencia ejecutoriada, se ve privado de la cosa; este mismo concepto nos da nuestro código en su artículo 2119 cuando establece: “Habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuera privado del todo o parte de ella por sentencia que causa ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición”. Concepto que coincide exactamente con la noción doctrinaria de la evicción.

Se necesita que el derecho sea anterior a la adquisición porque una vez que se trate de derechos posteriores a la adquisición, estarán a cargo del propietario, y éste es el adquirente de la cosa. Hay, sin embargo, casos en que, a pesar de ser actos posteriores a la adquisición, pueden dar lugar a la evicción y a la indemnización que es el saneamiento; los autores ponen el caso de una prescripción que termina una vez adquirida la cosa; en principio no es responsable el enajenante por una prescripción cuyo plazo termina una vez que se ha enajenado la cosa, pero puede suceder que haya culpa del enajenante en virtud de que la terminación de la prescripción sea tan próxima a la enajenación que, precisamente, se vende la cosa porque no se puede impedir ya o porque, dolorosamente, se venda para que no se interrumpa; en estos casos en que existe culpa por parte del enajenante, a pesar de que el hecho sea posterior a la adquisición,

la doctrina establece la responsabilidad por parte del enajenante, pero el principio es el establecido en el artículo 2119: se necesita que sea de tiempo anterior a la adquisición; y al hablar de que debe ser un derecho, no se deben comprender todos aquellos actos de hecho que pueda una tercera persona ejercitar respecto del adquiriente de la cosa; cuando el adquiriente de hecho, por actos de un tercero, se ve privado de parte o de la totalidad de la cosa, no tiene responsabilidad el enajenante, se requiere que sea un derecho anterior a la adquisición el que determine la privación total o parcial de la cosa.

Si yo, por ejemplo, he comprado un inmueble y viene una tercera persona y por la fuerza trata de lanzarme del inmueble, yo no puedo llamar a mi enajenante para que venga a juicio de evicción, si no es que el tercero viene con un título que manifiestamente le da derecho a la cosa en virtud de un derecho anterior a la evicción.

En cuanto al saneamiento, es una cosa distinta de la evicción y no hay que confundir los dos conceptos; una cosa es la evicción y otra cosa es el saneamiento, por más que se hable de saneamiento para el caso de evicción; el saneamiento es la acción en responsabilidad que se tiene contra el enajenante que me ha hecho perder la cosa, puesto que existiendo un derecho anterior me he visto privado de ella por la sentencia que ha causado ejecutoria. La evicción es el juicio en cuya virtud seré vencido por el derecho anterior, el saneamiento es la responsabilidad que le tengo que demandar a mi enajenante porque en virtud de ese juicio de evicción, he sido privado de la cosa; el enajenante tiene, pues, responsabilidad por la privación de la cosa. Pero

además tiene la obligación de intervenir en el juicio de evicción cuando es llamado por el adquiriente y así lo da a entender el artículo 2128 del nuevo código que dice: “Si el que enajena no sale sin justa causa al pleito de evicción, en tiempo hábil, o si no rinde prueba alguna, o no alega, queda obligado al saneamiento en los términos del artículo anterior”.

Se distinguen en el Código Civil los casos de enajenación de mala fe y los de enajenación de buena fe para atribuirle una mayor o menor responsabilidad al enajenante, porque, claro está, no es lo mismo que yo venda una cosa ajena creyendo que es mía, enajenando de buena fe, a que yo venda una cosa sabiendo que no es mía, o sea, una enajenación de mala fe. La diferencia la encuentran ustedes en cuanto a la responsabilidad, en los artículos 2126 y 2127.

El adquiriente puede llamar a juicio al enajenante, a juicio de evicción, en el que se trate de vencerlo y privarlo de la cosa, pero no solamente puede, sino que debe llamarlo a juicio, y si no se le llama a juicio, el enajenante no es responsable; dice el artículo 2124: “El adquiriente, luego que sea emplazado, debe denunciar el pleito de evicción al que le enajenó”. Este artículo difiere del artículo relativo del Código Civil de 1884 en que en éste se llamaba al enajenante hasta el momento de alegar, y ya desde antes de la vigencia del Código de 1928 se criticaba este precepto porque se decía, y con razón, que no era el momento más oportuno para llamar al enajenante al juicio, sino que debía llamársele para contestar la demanda porque esa contestación fija los términos de la litis y es donde se presentan las exenciones

y defensas que pueda tener el enajenante y que por regla general son desconocidas para el adquirente. El código vigente, como ya vimos, corrige ese defecto y establece que luego que sea emplazado debe el adquirente llamar a juicio al enajenante.

Evicción total y evicción parcial. La evicción puede ser total o parcial, es decir, puede privarse a una persona totalmente de la propiedad, o bien, parcialmente; así, habrá una evicción parcial cuando aparezca un gravamen que no se manifieste y habiéndose adquirido la cosa creyendo que ese gravamen no existía; así, si hay una hipoteca, por ejemplo, sobre esa cosa, y no se ha expresado, no se ha manifestado su existencia, si hay una servidumbre oculta, entonces hay lugar a la evicción, pero de una evicción parcial. Tratándose de servidumbres, el código establece que la servidumbre debe ser oculta y voluntaria; oculta porque, de ser aparente, se entiende que el adquirente de la cosa debía conocerla y, por tanto, no hay responsabilidad por parte del enajenante. Debe ser voluntaria porque a las servidumbres legales todos están obligados.

Modificaciones convencionales de la garantía de la evicción. ¿Es posible pactar la no responsabilidad del saneamiento para el caso de evicción? El artículo 2122 dice: “Es nulo todo pacto que exima al que enajena de responder por la evicción, siempre que hubiere mala fe de parte suya”. De tal suerte que cuando se sabe que no es propietario de la cosa, entonces, aun cuando se pacte la no responsabilidad, el pacto es nulo, claro, pues la ley no puede proteger la mala fe de los contratantes; pero vamos a suponer que no se actúa de mala fe, que

no se sabe que la cosa sea ajena, puede entonces pactarse la no responsabilidad. De hecho, ustedes encontrarán en los contratos, o bien que se pacta el saneamiento para el caso de evicción, o bien que se pacta la renuncia del saneamiento para el caso de evicción. El pacto, muy frecuente en los contratos de compraventa, del saneamiento para el caso de evicción, es un pacto casi inútil, es reproducir una regla supletoria de la voluntad de los contratantes que no es necesario establecer, es la misma situación del que pacta la resolución del contrato por incumplimiento de la otra parte; claro, si se pacta la no responsabilidad, entonces sí es necesaria la cláusula sobre el particular y puede hacerse el pacto, nos lo dice claramente el artículo 2123: “Cuando el adquirente ha renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, debe el que enajena entregar únicamente el precio de la cosa, conforme a lo dispuesto en los artículos 2126, fracción 1, y 2127, fracción 1; pero aun de esta obligación quedará libre si el que adquirió lo hizo con conocimiento de los riesgos de evicción y sometiéndose a sus consecuencias”.

Se discute el problema de si aun el pago del precio de la cosa puede estar sometido a un pacto de no responsabilidad. Algunos han sostenido que ello no es posible en virtud del principio establecido en el actual artículo 2123, es decir, que cuando hay pacto de no responsabilidad de saneamiento para el caso de evicción, entonces se está obligado únicamente al pago del precio, pero que no establece el código el que habiendo pacto en contra del saneamiento pueda dejarse de pagar el precio. Consideramos que la solución correcta es la que plantea el maestro Borja Soriano: sí es posible el pacto de la no responsa-

bilidad, aun comprendiendo la no evolución del precio, nada más que es necesario establecerlo así de manera expresa; si yo digo simplemente que renuncio al saneamiento para el caso de evicción (en el Código de 1884 añadiendo los artículos, citando los artículos que contenían este derecho, en el nuevo código, sin necesidad ya de hacer esa cita, según hemos explicado en clases anteriores), si yo digo que renuncio al saneamiento para el caso de evicción, entonces estoy dentro de lo establecido por el artículo 2123, es decir, que no tendré derecho a todo lo que me dan los artículo 2126 y 2127, o sea, precio íntegro que dé por la cosa, los gastos causados en el contrato, etc., es decir, lo que comprende la responsabilidad en los casos de enajenación de buena fe en lo que establece el 2126 o de mala fe en lo que establece el 2127; pero sí tendré derecho a que se me entregue el precio, esto es, a lo que establece la fracción primera del artículo 2126 y la fracción primera del artículo 2127.

Pero no se ve la razón por la que no se pueda establecer que aun el pago del precio no estará sujeto a saneamiento para el caso de evicción, no se viola ningún precepto de orden público; es más, el artículo 2123 provee ya el caso en que es posible no se reciba el precio, son aquellos casos en que el que adquiere lo hizo con conocimientos de los riesgos de evicción y ateniéndose a sus consecuencias. Luego entonces, si es posible pactar que yo me someta a las consecuencias de la evicción, y en ese caso no tengo derecho a que se me devuelva el precio, no hay ningún principio de orden público que impida un pacto en este sentido. La interpretación de la primera parte del artículo 2123, consiste, pues, en que si simplemente se pacta la renuncia del

saneamiento para el caso de evicción, entonces no hay lugar a la responsabilidad en los términos de los artículos 2126 y 2127, con excepción de la devolución del precio, pero que aun esta devolución puede no quedar a cargo del enajenante (segunda parte del citado artículo 2123), cuando hay un pacto expreso en el sentido de renunciar a esa devolución del precio. Hay otros artículos referentes a esta materia que les suplico vean en sus códigos y que no necesitan mayor explicación.

3. Vicios ocultos de la cosa

Por último, diremos que también, derivándose de su obligación de transmitir la propiedad de la cosa, hay lugar a una responsabilidad en los casos en que yo transmita esa propiedad, esa cosa con vicios ocultos, de tal suerte que, de haberlos conocido, el comprador no habría adquirido la cosa o, por lo menos, no hubiera pagado el precio que dio por ella. Si yo, por ejemplo, vendo un automóvil y el auto tiene un vicio oculto, que puede suponerse cualquiera, y no lo manifiesto así al comprador, y éste ha adquirido la cosa creyendo que el estado del automóvil es el que aparentemente tiene, el que adquiere la cosa puede tener una acción en mi contra para exigirme dos cosas: o la resolución del contrato, una acción rescisoria (en realidad es una acción rescisoria por incumplimiento de mi obligación), o bien una acción de disminución del precio que ha pagado por el automóvil. Estas dos acciones son las que se llaman acción de redibitoria, o sea la rescisoria, o acción estimatoria o *quantum minoris*, o sea aquella en que se demanda la disminución del precio. El principio lo encuentran

ustedes reconocido en el artículo 2142 del nuevo Código Civil. El principio de la responsabilidad deriva de que el vicio está oculto, de que no sea conocido por el adquiriente; si éste conoce el vicio, o bien, si siendo oculto, no lo es para el adquiriente, entonces no hay lugar a la responsabilidad, porque se entiende que la cosa ya adquiere ese precio, teniendo en cuenta el vicio que aparece, por eso el artículo 1143 establece: “El enajenante no es responsable de los defectos manifiestos o que están a la vista, ni tampoco de los que no lo están, si el adquiriente es un perito que por razón de su oficio o profesión debe fácilmente compensarlos”.

Vamos a ver ahora cuáles son las acciones; el artículo 2144 se refiere a las dos, dice: “En los casos del artículo 2142, puede el adquiriente exigir la rescisión del contrato y el pago de los gastos que por él hubiera hecho o que se le rebaje una cantidad proporcionada del precio, a juicio de peritos”. La primera, o sea, la acción de rescisión, desde luego se conoce con el nombre de redibitoria, la segunda, o sea la acción en cuya virtud yo pido que se me disminuya el precio, es lo que se conoce con el nombre de estimatoria o *quantum minoris*, estimatoria porque se estima el valor de la cosa en una estimación pericial en vista de la disminución en el uso de la cosa derivado del vicio oculto de ella. También dejo a la lectura y estudio de ustedes los demás preceptos en que hay dos animales y uno se pierde, cómo se ejercita la acción, el plazo de las acciones, y demás cosas que se encuentran en esta materia.

XXX. ACCIÓN PAULIANA

1. *Noción general de esta acción*

*D*espués de estudiar los efectos de las obligaciones entre las partes, vamos a ocuparnos del efecto de las obligaciones en relación con tercero; efecto de las obligaciones que se estudia en relación con el fraude que pueden cometer los contratantes con sus acreedores.

En el Código Civil de 1884 encontramos un capítulo que comprende tanto lo que en derecho se conoce con el nombre de acción pauliana, como la acción de declaración por simulación; naturalmente que el mismo Código de 1884 no confunde las nociones, pero precisamente porque son distintas, era necesario, como hace el código

vigente, reglamentar la acción pauliana por separado de la acción en simulación, y así está establecido en el nuevo Código Civil, en un capítulo que estudia los actos celebrados en fraude de los acreedores, y otro capítulo que estudia la simulación de los actos jurídicos.

¿Qué es lo que pueden temer los acreedores de una persona para que se creen estas acciones? Desde luego, un deudor, para burlar los intereses de sus acreedores, puede hacer una enajenación real de sus bienes y provocar así su insolvencia, esto es, el estado de su patrimonio en que sus deudas son mayores que sus bienes y créditos, o bien, agravando el estado de insolvencia cuando ésta ya existe; un deudor además de no enajenar bienes, puede impedir que entren a su patrimonio, que se enriquezca su patrimonio con otros bienes, renunciando, por ejemplo, al derecho de una sucesión; el deudor también puede establecer ciertos privilegios, ciertas preferencias indebidas a favor de determinadas personas, pagar antes del vencimiento de un plazo, todo ello con el propósito de defraudar a ciertos acreedores.

En estos casos el derecho ha establecido un procedimiento que tiende a impedir el fraude que puede cometer un deudor en contra de sus acreedores; este procedimiento es el que ya existía en derecho romano y se llamaba —y se sigue llamando en el derecho moderno— la acción pauliana, derivado del nombre del pretor que, según se sostiene, fue quien introdujo la acción; el hecho es que ya en la época de Cicerón ésta ya se conocía; pero la acción pauliana en el derecho romano tiene una característica especial diversa al derecho moderno; en el derecho romano la acción pauliana era una acción colectiva ejer-

citada por un representante de todos los acreedores, una especie de síndico que después de vender los bienes del deudor, en caso de que no alcanzara para cubrir los créditos, podía ejercitar la acción pauliana a efecto de revocar (también se llamaba acción revocatoria) las operaciones que fraudulentamente hubiese hecho el deudor. Este carácter colectivo de la acción pauliana en el derecho romano, ya no existe en el derecho moderno, donde se trata de una acción que individualmente, el acreedor o los acreedores, intentan. La acción pauliana tiene, pues, el propósito de impedir el fraude a los acreedores y lleva a establecer una nulidad de la operación que se hubiere verificado fraudulentamente.

En el Código Civil de 1884 la acción no era de nulidad de la operación fraudulenta, sino era una acción de rescisión. Recuerden ustedes que en el Código de 1884 la rescisión se distinguía de la nulidad en que, en la rescisión, los contratos en sí mismos son válidos y por consideraciones posteriores a la formación del contrato se atacan retroactivamente los efectos del contrato, como sucede en una acción de resolución en los casos que vimos en la clase anterior de incumplimiento de las obligaciones recíprocas en los contratos sinalagmáticos. En el Código de 1884 se consideraba acción rescisoria la acción por fraude a los acreedores y no se le consideraba una acción de nulidad. Ya hemos de ver qué es lo cierto, si la acción pauliana es una acción de nulidad o es una acción rescisoria.

Las condiciones para el ejercicio de la acción pauliana las encuentran ustedes en el artículo 2163 del nuevo Código Civil; dice este

artículo: “Los actos celebrados (ya no se dice contratos, como se decía en el Código de 1884) por un deudor en perjuicio de su acreedor, pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito, en virtud del cual se intenta la acción, es anterior a ellos”. Así pues, se necesita que se trate de actos ejecutados en perjuicio del acreedor; segundo, que resulte la insolvencia del deudor, solvencia que es definida en otro artículo del mismo código, el artículo 2166; tercero, que el crédito en virtud del cual se intente la acción sea anterior a ellos, esto es, si el crédito es posterior a los actos realizados por el deudor, entonces no se puede decir que se esté perjudicando al acreedor, puesto que el contrato, cuando el patrimonio del deudor se encontraba ya disminuido o ya en estado de insolvencia, y como la acción se da por el perjuicio que se cause a los acreedores, se entiende perfectamente esta condición en virtud de la cual se necesita que el crédito sea anterior a los actos que fraudulentamente perjudiquen al acreedor.

Distingue el Código vigente, como el de 1884, entre casos de buena y de mala fe, esto es, no siempre la acción pauliana es cuando se trata de actos onerosos: es necesario que la mala fe sea de ambos contratantes, es decir, el conocimiento de la insolvencia por las dos partes contratantes; eso es la mala fe en esta materia, y así nos lo dice el artículo 2166: “la mala fe, en este caso, consiste en el conocimiento de ese déficit”. Que el conocimiento de la insolvencia exista tanto por parte del que enajena como por parte del que adquiere, poniendo como ejemplo el de la enajenación. En cambio, tratándose de contratos a título gratuito, en una donación, por ejemplo, entonces,

independientemente de la mala fe, hay lugar a la nulidad; así nos lo dice el artículo 2165: “Si el acto fuere gratuito, tendrá lugar la nulidad aun cuando haya habido buena fe por parte de ambos contratantes”. Por lo que se refiere a actos onerosos, el 2164 establece: “Si el acto fuere oneroso, la nulidad sólo podrá tener lugar en el caso y términos que expresa el artículo anterior, cuando haya mala fe, tanto por parte del deudor, como del tercero que contrató con él”. La razón la dan los autores y se entiende perfectamente; el acto gratuito, la acción pauliana, deja al adquirente de la cosa en el mismo estado anterior a la realización del acto, no se causa ningún perjuicio, y en cambio, si el ejercicio de la acción pauliana tiende a evitar el perjuicio en contra del acreedor, no sucede lo mismo en el acto oneroso, donde sí ha habido una contraprestación por parte del adquirente, de ahí la necesidad de que, independientemente de que se realicen las condiciones del artículo 2163, se necesita el conocimiento de la insolvencia, es decir, la mala fe.

2. ¿A quién pertenece la acción pauliana?

La acción pauliana pertenece, decíamos, al acreedor que sufre el perjuicio de la insolvencia; en el Código de 1884 la acción se ejercitaba en beneficio de todos los acreedores, esto es, si mediante la acción pauliana se anulaba o se rescindía, como dice el Código de 1884, un contrato celebrado por un deudor fraudulentamente en perjuicio de los acreedores, el bien pasaba a formar parte de la masa de los bienes del deudor en beneficio de todos los acreedores, aun cuando no hubieran sido acreedores que hubiesen ejercitado la acción; quizá

esto recuerde el sistema del derecho romano en el que había un representante común de los acreedores, este corredor, este síndico que ejercitaba la acción común. Rescindiendo el acto o contrato, dice el artículo 1699 del Código de 1884, volverán los valores enajenados a la masa de los bienes del deudor en beneficio de los acreedores”. El nuevo Código Civil, siguiendo un precepto del Código argentino, no se atiene ya a este sistema sino a un sistema que es más razonable, esto es, que actúa en beneficio de los acreedores que hayan ejercitado la acción, pero no en beneficio de todos los acreedores; lo dice así el artículo 2175, que tiene como antecedente el 966 del Código argentino: “La nulidad de los actos del deudor sólo será pronunciada en interés de los acreedores que lo hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos”. Sistema totalmente diverso al del artículo 1699 del Código de 1884. En los artículos 2170 al 2173 encuentran ustedes los diversos casos en que procede la acción, y se puede comprobar con su lectura cómo no solamente en los casos de enajenación hay lugar a la acción pauliana, sino también cuando el deudor renuncia derechos concedidos en su favor. No todos los sistemas de derechos admiten los dos casos, sino que hay sistemas que sólo consideran que procede la acción pauliana en los casos de enajenación. (Léanse los artículos citados.)

El artículo 2174 establece: “La acción de nulidad mencionada en el artículo 2168 cesará luego que el deudor satisfaga su deuda o adquiera bienes con que poder cubrirla”. (Es una acción de nulidad.)

3. ¿Contra quién debe ejercitarse la acción pauliana?

En el derecho romano la acción pauliana se ejercitaba contra el deudor, pero en realidad el interés del ejercicio de la acción es en contra del

adquiriente de la cosa porque él es quien posee la cosa y respecto de quien la acción de nulidad podría traer como consecuencia que vuelvan esos bienes, en interés de los acreedores, al deudor. La acción dirigida contra el deudor simplemente carecería de interés, puesto que no afectaría al adquiriente, que es quien tiene realmente la cosa. Que la acción en el derecho moderno se dirige al adquiriente, nos lo dice o nos lo da a entender algún precepto del nuevo Código Civil; el artículo 2167 dice: “La acción concedida al acreedor, en los artículos anteriores, contra el primer adquiriente, no procede contra tercer poseedor sino cuando éste ha adquirido la mala fe”. Luego se ve que la acción va contra el adquiriente o adquirientes de la cosa. Este precepto exige la mala fe de un tercer adquiriente, esto es, si en un contrato generoso hay mala fe por parte del primer adquiriente, sería procedente la acción en contra del primer adquiriente, pero vamos a suponer que después, ese primer adquiriente enajena la cosa a una segunda persona y ésta es de buena fe, ignora la insolvencia del deudor y los actos que fraudulentamente se realizaron, entonces la acción no procede contra esa tercera persona a pesar de que sí hubiera sido procedente en contra del primer adquiriente (esto como respeto de la buena fe del tercer adquiriente); claro, el primer adquiriente responde de los daños y perjuicios que se hubieran causado a los acreedores por esa enajenación o bien porque la cosa se hubiere perdido. (En este sentido hay un precepto.)

Decíamos que en el Código de 1884 la acción pauliana es una acción de rescisión, mientras que en el código vigente es una acción de nulidad. Qué es una acción de rescisión nos lo demuestran los

artículos sobre rescisión en los que se establece expresamente que esto es un caso de rescisión; pero además tienen ustedes el artículo 1656 del Código de 1884 que establece: “No pueden rescindirse más que las obligaciones que en sí mismas son válidas. Lo cual excluye la acción de nulidad de la de resolución, por más que los efectos sean semejantes. Hay lugar a la rescisión, dice el artículo 1659: “I. En los casos en que se haya cometido fraude en perjuicio de los acreedores al enajenar los bienes del deudor; II. en los que establece expresamente la ley”. Por otra parte, el artículo 1683 del Código Civil de 1884 declara: “Los actos y contratos simulados por los contrayentes, con el fin de defraudar los derechos de un tercero, pueden rescindirse o anularse en todo tiempo a petición de los perjudicados”. Este artículo, como ven ustedes, habla de rescisión y nulidad, pero, aun cuando está colocado en el mismo capítulo, hemos dicho que en el Código de 1884 no hay sino un capítulo que cubre acción pauliana y acción de declaración de simulación; este precepto se refiere al acto simulado, luego se rescinde o anula el contrato o el acto simulado. El artículo 1687 establece: “Los actos o contratos celebrados realmente por el deudor en perjuicio de su acreedor, pueden rescindirse a petición de éste, si del acto o contrato resulta la insolvencia del deudor” [acción pauliana]. De donde un análisis de los textos del Código de 1884 nos demuestra lo siguiente: primero, que el propósito ha sido clasificar la acción como una acción rescisoria (lo demuestra el artículo 1659 en su fracción primera); segundo, que además no creo que en el capítulo sobre los contratos celebrados en fraude de los acreedores, en ciertos casos, tratando de la acción pauliana, se considere cosa idéntica la rescisión y la nulidad, ello aparece en los casos en que se trata de

la simulación, pero no en los casos en que se trata propiamente de la acción pauliana; los preceptos sobre la acción pauliana contenidos en este capítulo del Código de 1884 se retienen siempre, y tienen el cuidado de emplear la palabra rescisión tratándose de la acción pauliana, en cambio, tratándose de la acción en simulación, sí se dice rescisión o nulidad.

Ya el nuevo Código Civil no da lugar a estas dificultades de la clasificación porque terminantemente declara que se trataba de una acción de nulidad y nunca emplea el término de ‘rescisión’ ni tratándose de la acción pauliana ni tratándose de la acción en simulación y, en efecto, es una nulidad porque el acto jurídico se realiza de manera imperfecta, intencionalmente se comete el acto fraudulento consistente en el perjuicio de los acreedores mediante la insolvencia del deudor, de ahí que la doctrina Planiol, por ejemplo, y los códigos modernos como el código alemán, sostienen que se trata de una acción de nulidad y no de una acción rescisoria o de revocación.

La diferencia fundamental entre la acción pauliana y la acción de declaración en simulación es la siguiente: “Hay simulación cuando se da la apariencia de verdad a algo que no existe o que no existe en las condiciones en que se aparenta; es simulado el acto, dice el artículo 2180, en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellos”. Pero mientras en la simulación hay la apariencia de un contrato, en la acción pauliana hay la realidad del acto; esto es: en la acción pauliana, efectivamente se enajenan bienes, se reconocen preferencias, se reconocen derechos

en perjuicio de los acreedores, pero cuando yo, tratando de defraudar a mis acreedores, vendo una cosa de mi patrimonio porque considero que es más fácil ocultar el dinero que un bien inmueble, celebrando un acto real, y, por tanto, lo que procede será una acción pauliana, una nulidad; pero cuando yo, también para defraudar a mis acreedores, no vendo en realidad un bien sino que hago un convenio con una tercera persona para decirle, voy aparentemente a poner a tu nombre un bien, pero en realidad no te lo enajeno, sino que trato simplemente de hacer aparecer el bien fuera de mi patrimonio, entonces estoy celebrando un contrato simulado. Si para evitar el embargo de un inmueble una persona le dice a otra: vamos a aparentar una compraventa y pasamos a registrar ese contrato de compraventa a tu nombre, pero este acto es simulado, sigue siendo mía la cosa, y eso se reconoce en una contracarta, como se le llama en el derecho civil francés, estamos dentro del dominio de la simulación.

4. Simulación

En resumen, la acción pauliana procede contra actos verdaderos celebrados en fraude de acreedores, la acción de simulación procede contra actos que no existen o que no existen en la forma que aparentan existir; porque la simulación puede ser, o simulación absoluta o simulación relativa, y éstos son los grados de la simulación.

Existe simulación absoluta cuando se da la apariencia de un acto que no existe, cuando se dice, en nuestro ejemplo, te vendo esta cosa, pero se reconoce mediante otro acto que no hay contrato de compraventa en ese caso; habrá una simulación absoluta.

Pero puede suceder que la simulación sea relativa, que no se afecte la existencia misma del acto que se hace aparecer sino únicamente las condiciones en que el contrato se ha celebrado; por ejemplo, cuando se dice: te vendo esta cosa, pero no se recibe el precio, sino que en realidad lo que se quiere es hacer una donación y se trata de evitar el impuesto sobre donaciones dándole la apariencia de un contrato de compraventa, entonces la simulación es relativa porque no se destruye totalmente el acto, sino lo que se pretende es darle al acto una apariencia diversa; en los dos casos habrá un contrato de traslación de la propiedad, pero en realidad hay un contrato de donación; en la apariencia hay un contrato de compraventa. También habrá simulación relativa cuando se pacta un precio diverso al que realmente debe existir, como cuando se vende una cosa en diez mil pesos, digamos, y para evitar el impuesto sobre el impuesto se hace parecer que se paga por el precio únicamente cinco mil pesos, aun cuando el vendedor haya recibido en realidad diez mil; el acto existe, pero están modificadas de manera simulada las condiciones del contrato.

Hay casos de simulación de carácter personal, de carácter subjetivo, en los actos en que no se desea que aparezca la persona, que hay un prestanombres que aparentemente es quien celebra el contrato, pero en realidad lo está celebrando otra persona, contratos que algunas veces carecen de la idea de fraude, y entonces son válidos, pero que en otras ocasiones tratan de cubrir incapacidades, y entonces no se le puede dar validez al contrato simulado, porque la simulación, y eso lo dice en forma casi uniforme la doctrina, lo que trae como consecuencia la nulidad en la simulación, es el acto fraudulento, el pro-

pósito de defraudar a los acreedores, no la simulación en sí misma. El artículo 2181 dice: “La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter”.

Artículo 2182. “Relación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare”.

Efectos de la simulación. En las relaciones de las partes entre sí, claro está que el acto secreto, como lo llama la teoría francesa, especialmente Planiol, es el único que produce sus efectos; si yo he aparentado un contrato de compraventa con otra persona, y ésta ha convenido conmigo en aparentar el contrato, lo único real entre nosotros es que no existe el contrato de compraventa, es esa contracarta, que llama el derecho francés, que está diciendo: no es verdad que haya contrato de compraventa, sino que tú sigues siendo el propietario de la cosa. Lo que vale entre las partes es, pues, el acto secreto, el único que tiene efectos entre las partes, pero vamos a ver los terceros.

Efectos en relación con terceros. Para los terceros que se trata de defraudar, va a producir sus efectos el contrato aparente, ese contrato de compraventa que fuimos a registrar. A pesar de estar registrado, no tiene valor, porque la acción es de simulación, que es una acción de nulidad; se trata, precisamente, de demostrar que no existe el contrato aparente en la realidad, que lo único que sigue existiendo es el contrato secreto, esto es, que ese inmueble no ha salido de mi patrimonio como parece ser, y que debe continuar respondiendo de mis créditos.

Pero puede suceder que un tercero de buena fe haya procedido en consecuencia, esto es, que haya tenido en cuenta el contrato aparente para celebrar a su vez algún contrato; por ejemplo, el deudor A trata de defraudar a sus acreedores simulando un contrato de compraventa, y pone el inmueble a nombre de B. Éste registra el contrato, y después hipoteca el inmueble a C sin que C conozca el acto simulado; ahora bien, los acreedores de A tendrán el interés del acto secreto con objeto de que ese bien responda sin hipoteca de sus créditos, pero en cambio C tendrá el interés de que subsista el acto aparente porque en virtud del acto aparente, o sea, en virtud del contrato de compraventa celebrado aparentemente entre A y B y que B registró en el Registro Público, de buena fe, celebró el contrato de hipoteca y creó gravamen real. Se ve un conflicto de intereses entre dos clases de tercero; ¿a quién deberá favorecerse, a los terceros acreedores de A, o bien a este tercero que teniendo en cuenta el contrato aparente, de buena fe, ha celebrado el contrato de hipoteca? El código resuelve el problema en favor del tercero de buena fe; así lo dice el artículo 2134: “Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere: pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución”. De tal suerte que en este conflicto se entiende al tercero de buena fe tanto en la enajenación a título oneroso como en los casos de gravámenes que se impongan; en su última parte este artículo dice: “También subsistieran los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe”.

XXXI. OBLIGACIONES NATURALES

1. *Caracteres distintivos y efectos*

*L*as obligaciones naturales se caracterizan en la doctrina porque son obligaciones que no confieren una acción, que no dan lugar a la ejecución forzada, pero que una vez que han sido cumplidas no hay lugar a repetición; el que voluntariamente cumple la obligación natural no tiene derecho a repetir.

Existen diversas doctrinas sobre el fundamento de la obligación natural; el derecho civil francés ha hecho motivo de diversos estudios esta materia. Se ha considerado tradicionalmente, desde Pothier, que la obligación natural obliga, porque está, dice Pothier, en el fuero de la conciencia de la persona. La mayoría de los autores, por lo

menos en el estado actual de la doctrina, considera natural la obligación que se funda en el deber moral, concepto desarrollado por los canonistas.

No todos los autores coinciden con esta concepción de la obligación natural, pues tratadistas como Bonnecase, que en el tomo 5o. del suplemento contiene un estudio muy completo sobre la obligación natural, y considera que no es el deber moral el fundamento de la obligación natural, sino que haciendo un análisis de los textos del derecho positivo francés, llega a la conclusión de que se trata de una noción técnica jurídica, sin apoyo directo en la moral, y lo que caracteriza a la obligación natural es ser una obligación imperfecta que obliga por la ratificación o por la ejecución, pero sin referirse a un concepto de deber moral puede explicarse, dice él, a partir de los principios de la técnica jurídica.

Ripert, en cambio, en su conocida monografía sobre la regla moral en las obligaciones, sostiene un punto de vista diverso: que la obligación natural es el reconocimiento del deber moral en el derecho, es una de las tantas influencias, según él, que la moral tiene en el derecho.

¿Hasta qué punto podemos aplicar las diversas doctrinas de la obligación natural a nuestro derecho? Desde luego, podemos afirmar que en el Código de 1884 no hay un reconocimiento, como principio general, de la obligación natural, es más, si se estudia el comentario de don Miguel Macedo en su obra que en diversas ocasiones hemos

citado en esta clase, los datos de don Miguel Macedo, el comentario sobre el artículo 1705 del Código de 1884 en relación con la modificación que sufrió el artículo relativo del Código de 1870, se verá que no se quiso admitir de una manera expresa la clasificación entre obligaciones naturales y obligaciones civiles. Manifiesta don Miguel que el Código Civil no reconoce sino una sola clase de validez, que era la validez civil, y que, en consecuencia, no había por qué decir, en el artículo correspondiente al 1705 del Código de 1884, “no es válida la fianza que recae sobre una obligación que no es civilmente válida” (decía el Código de 1870 que no es civilmente válida), lo que daba la idea de que, además de la validez civil, existía otra validez, como la natural; como no admitía la clasificación entre obligaciones naturales y civiles, dice don Miguel Macedo, se hizo la modificación para dejar el artículo 1705 así redactado: “Es nula la fianza que recae sobre una obligación nula”. Evitando así la expresión de ‘civilmente válida’.

Por otra parte, no encontramos en el Código de 1884, como tampoco en el de 1870, un precepto semejante al que existe en el Código Civil francés, sobre el cual no hay lugar a la repetición en las obligaciones naturales, texto que ha sido el apoyo de todos los desenvolvimientos doctrinales sobre la obligación natural, puesto que es el reconocimiento expreso de la noción; ese precepto no existe en el Código de 1884.

También en el derecho civil francés se hace una referencia a las obligaciones naturales más bien como una explicación teórica de una institución que como referencia directa a la obligación natural, y como esta referencia indirecta aparece también en nuestro Código Civil, es

interesante estudiarla; nos referimos al caso de la fianza. El artículo 1724 del Código de 1884 dice: “El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, mas no las que sean personales del deudor”. Ello quiere decir que un fiador, por ejemplo, no podrá oponer la excepción de incapacidad del deudor principal porque sería una excepción personal de ese deudor, y entonces se dice: ¿cómo es posible garantizar con fianza, que es un derecho accesorio, un derecho principal afectado de nulidad? Y entonces sostiene la doctrina Planiol: la explicación es, o estriba, o consiste, en que se trata de una obligación natural. Y es que en el derecho francés ciertas incapacidades dan lugar a la obligación natural, aun cuando no den en la acción para la ejecución forzosa.

No creo que, dada la supresión intencional del concepto general de la obligación natural, podamos formular un caso de aplicación del artículo 1724 de la obligación natural; en realidad, lo que el precepto está haciendo (y esto es también una explicación de la doctrina) es, en cierto modo, garantizar aun incapacidades, es decir, obligando al fiador, quien normalmente no estaría obligado, a cubrir incluso una incapacidad del obligado principal, pero como no hay reconocimiento de la obligación natural, no podemos dar como explicación en el texto, la existencia de una institución que no aparece reconocida en el Código de 1884. Hay algunos casos del código que se han querido ver como obligaciones naturales, por ejemplo, en materia de contratos aleatorios. En juego y apuesta encuentran ustedes el artículo 2776, que dice: “El que ha perdido en un juego no puede repetir lo que ha pagado voluntariamente, a no ser: 1. En caso de dolo o de fraude de la otra

parte, o en cualquier otro caso en que el contrato no debiera producir efecto según las reglas generales: II. Cuando la cantidad o cosa que se pagó se hubiere perdido en un juego prohibido”. Así es que no tratándose de juego prohibido y no tratándose de un caso de dolo o de fraude, no hay lugar a la repetición, a pesar de lo que establece el artículo 2774: “Las deudas contraídas en juego lícito, a pesar de que no es susceptible de ejecución forzosa, según lo establece el art. 2774, no podrá repetirse porque así lo establece ese artículo”. Éste es uno de los casos que la doctrina señala como obligación natural.

Podemos llegar a la conclusión de que en el Código de 1884 no aparece admitida la noción de la obligación natural, tanto por el comentario de don Miguel Macedo, por la inexistencia de preceptos semejantes a los del Código Civil francés, inexistencia de preceptos como los que contiene el proyecto de García Goyena, quien establece una reglamentación especial para las obligaciones naturales estableciendo los casos en que hay obligaciones naturales, los efectos de la obligación natural. Si nada de esto existe en el Código de 1884, quiere decir que de una manera intencional, consentida, teniendo a la vista textos que reconocían y reglamentaban la acción natural, el Código de 1884 ni la reconoce ni la reglamenta, entonces ¿cuál es la situación en el nuevo código? En el nuevo Código Civil tenemos un antecedente del primer proyecto del Código Civil que dio origen al vigente, y en ese primer proyecto se siguen artículos, entiendo que el 515 y siguientes, del Código Civil argentino, que establecen un reconocimiento expreso de las diversas clases de obligaciones naturales. Este artículo desapareció en el Código Civil vigente; sin embargo, nuestro

código admite el concepto de la obligación natural en el artículo 1894, que tiene como antecedente los artículos 67 y 68 del código suizo. El precepto está contenido en el enriquecimiento ilegítimo, aunque en realidad está dentro de la repetición del pago del indebido, no porque sea repetición de pago de lo indebido, sino simplemente porque es un caso de repetición, y tal vez por esa razón se incluyó, siguiéndose en este capítulo al código suizo, que dice: “El que ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir un deber moral, no tiene derecho a repetir”.

Éste es el concepto de la aplicación natural, es más, es admitir la teoría propugnada por Ripert de que el deber moral se confunde con la obligación natural, es decir, que el deber moral cumplido voluntariamente da derecho a conservar lo pagado y a que no haya lugar a la repetición. Así es que, según este artículo, si yo pago una obligación prescrita o cumplo un deber moral, aun cuando no se tenía acción ante los tribunales para exigirme cumplirlos, una vez cumplidos no podré repetir contra el que ha recibido el cumplimiento de la obligación; por ejemplo, tomen ustedes aquellos casos en que no se establece legalmente la obligación alimenticia a favor de determinada persona, y que, sin embargo, se considera por las relaciones de parentesco que hay un deber moral en cumplir con esa obligación y, de hecho, se cumple; en estos casos no hay lugar a la repetición, por más que legalmente esa persona no tendría derecho a la pensión alimenticia.

Se ve, pues, admitido el concepto del deber moral en la obligación natural, concepto que encontramos en Ripert y que, en cierta

forma, liga también la doctrina de Planiol y la doctrina clásica que parte desde Pothier, apartándose así de los conceptos que encontramos en Bonnecase, de consistir simplemente en una cuestión de técnica jurídica y no significar una influencia de la moral en el derecho. La explicación de esto también la encuentran ustedes en los comentaristas del derecho suizo, dado el antecedente de ser una copia o, por lo menos, estar el precepto inspirado en los preceptos del código suizo, como lo dice expresamente también García Téllez, en sus antecedentes, el Código Civil de 1928.

TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

XXXII. CESIÓN DE DERECHOS



El Código Civil vigente, con todo acierto técnico, dentro de la transmisión comprende tres instituciones, que son:

- I. La cesión de crédito o la cesión de derechos
- II. La cesión de deudas, y
- III. La subrogación

Definición. El Código de 1884, a la cesión de derechos, que la llamaba impropriamente cesión de acciones, la situaba en la materia de extinción de las obligaciones, dando un concepto indebido de lo que es la cesión de derechos, que no es un convenio de extinción de obligaciones sino un contrato de transmisión, como hemos de mos-

trar. El nuevo código, a diferencia del de 1884, da una reglamentación expresa de la cesión de deudas, cosa que, según hemos de ver, no existe en el Código de 1884. Por último, da a la subrogación, al pago con subrogación, su verdadero carácter, o sea, el de ser un caso, más que de extinción de obligaciones, de transmisión de obligaciones. Encontramos en primer lugar la cesión de derechos. Por sus estudios de derecho romano y por las nociones que cuando ha habido oportunidad hemos explicado en clase, ustedes saben que originalmente en el derecho romano no se admitía la transmisión de obligaciones ni desde el punto de vista activo, es decir, desde el punto de vista del acreedor, la cesión de derechos, ni desde el punto de vista pasivo, esto es, la cesión de deudas, y no se admitía, lo hemos repetido en numerosas ocasiones, por el carácter personal del lazo, de la liga entre acreedor y deudor; ese carácter eminentemente personal, que estudiamos al principio de nuestro curso, impedía una transmisión posiblemente, o seguramente, llegó a impedirla, no sólo en las transmisiones de carácter particular, sino que originariamente aun las translaciones universales, es decir, a título de herencia, tampoco se admitía.

Pero la evolución del derecho romano llevó primero a admitir la transmisión a título de herencia y después, quizá no con la perfección del derecho moderno pero sí en la esencia de la institución, el derecho romano llegó a admitir la cesión de derechos. Nunca llegó a admitir la cesión de deudas, ésta es una institución de derecho moderno perfeccionado y expresada principalmente por el Código Civil alemán. En el derecho romano llegó a ser posible la cesión de derechos mediante lo que se llamaba un mandato en propia causa, que significaba lo

siguiente: si yo no podía ceder mi obligación, mi crédito desde el punto de vista activo, podía en cambio nombrar un mandatario para el procedimiento en que se exigiera el cumplimiento de la obligación, y me bastará no exigirle cuentas a ese mandatario para que en realidad él conservara los efectos y los beneficios del crédito, pero esta institución, como explican todos los autores —tomemos por ejemplo a Planiol—, tiene dos dificultades: primero, la muerte del mandante terminaba con el mandato, revocaba el mandato, de tal suerte que al morir el mandante quedaba revocada esa procuración o ese mandato en propia causa, lo que se impidió, dentro de la evolución del derecho romano, dándole al mandatario acciones útiles que en realidad tenían el mismo resultado. Debido a las normas del derecho formulario romano, mientras no había *litis contestatio*, se consideraba al mandante dueño del crédito y podía admitir el pago del deudor, burlando así los derechos que hubiera concedido a valor del mandatario, en tanto que éste no iba al procedimiento formulario; también esto se evitó dándole derecho al mandatario de notificar al deudor para el efecto de que no le pagase al primitivo acreedor, sino que le pagara al mandatario.

El derecho moderno ha desenvuelto esta noción y en el artículo 2029 el nuevo Código Civil establece: “Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiera a otro los que tenga contra su deudor”. En la cesión de derechos encontramos, pues, un cedente, o sea, el acreedor primitivo; segundo, un cesionario, o sea, la persona a quien se transfiere el derecho, y también se habla de un deudor cedido, o sea, el deudor que, siendo deudor del primer acreedor, sigue siendo deu-

dor del segundo acreedor, porque lo que caracteriza a la cesión de derechos es la no extinción de la obligación. La obligación de A, cedente, pasa a manos, al patrimonio de B, cesionario, exactamente la misma obligación; lo único que ha sucedido es que se han sustituido los sujetos, en lugar de ser el sujeto A, es B, pero sin afectar la relación jurídica, como no sea en el cambio del sujeto activo. Como consecuencia de esta noción, los derechos accesorios de la obligación se conservan como se conserva toda la relación jurídica: fianzas, hipotecas, prendas, privilegios, quedan sin modificarse. Eso nos lo dice en forma terminante el artículo 2032 del nuevo código: “La cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, salvo aquellos que son inseparables de la persona del cedente. Los intereses vencidos, se presume que fueron cedidos con el crédito principal”.

Para esta cesión de derechos, para este cambio de sujetos que, decíamos, deja intacta la relación jurídica, no se necesita el consentimiento del deudor porque el que está disponiendo del crédito es el dueño del mismo; al deudor le es indiferente (normalmente) pagar a A, a B o a C; por eso no se necesita el consentimiento del deudor, pero sí, naturalmente, el consentimiento del acreedor, puesto que la cesión se deriva de un contrato en cuya virtud el acreedor le transfiere su derecho a otra persona.

Esa transferencia de derecho puede ser mediante el pago de una cantidad de dinero: puedo yo comprar un crédito y entonces en realidad estoy celebrando un contrato de compraventa. Es necesario no

confundir la cesión de crédito con la causa, tomando causa como fuente, como el contrato que genera la cesión; la cesión de crédito puede derivarse de un contrato de compraventa, en aquellos casos en que el cesionario paga un precio por el crédito, pero puede derivarse también de un contrato de donación, como cuando yo dono un crédito sin recibir ningún precio a cambio, puede derivarse también de una aportación hecha a una sociedad. Yo puedo, de hecho —en el mundo de los negocios lo encuentran ustedes con frecuencia—, transmitir en propiedad el crédito a una sociedad; en fin, vemos cómo es independiente de la causa o del contrato que es la fuente de la cesión, por eso el artículo 2031 dice: “En la cesión de crédito se observarán las disposiciones relativas al acto jurídico que le dé origen, en lo que no estuvieren modificadas en este capítulo”.

El artículo 2030 establece: “El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor (regla general), a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido el no hacerla o no lo permita la naturaleza del derecho (excepciones), el deudor no puede alegar contra el tercero que el derecho no podía cederse porque así le había convenido, cuando el convenio no conste en el título constitutivo del derecho”. Hay casos en los que el derecho tiene un carácter personal que impide, por su propia naturaleza, hacer la cesión; ustedes saben perfectamente cómo el uso, la habitación y el usufructo son derechos personales, pero fuera de los derechos reales, hemos de ver cómo el arrendamiento, por ejemplo, puede cederse actualmente en virtud de un precepto expreso del código, y en el de 1884, derivándose de una interpretación, pero sólo con el consentimiento de arrendador y arrendatario.

1. Utilidad de la cesión

La utilidad de la cesión se deriva de la posible utilidad que puede tener el cedente al recibir el pago de parte del cesionario de un crédito no vencido; el cesionario, a su vez, puede beneficiarse con la cesión, como lo explica Planiol, porque podría ser una manera de colocar bien su dinero cuando adquiriera un crédito bien garantizado con una hipoteca, o bien, un buen interés al que no puede colocar en ese momento su dinero. Respeto al deudor, decíamos, normalmente debe serle indiferente pagarle a A, a B o a C, no hay un perjuicio en contra suya y sí puede haber un beneficio, tanto para el cedente como para el cesionario.

2. Derechos que pueden ser objeto de una cesión

El capítulo está concebido seguramente para los derechos personales, es decir, para las obligaciones, pero nuestro Código Civil admite, y lo encuentran ustedes en materia de hipoteca, la posibilidad de ceder un derecho real, de ceder una hipoteca. En estos casos se aplican las normas (y en este sentido está también la doctrina), se aplican las normas establecidas en el capítulo, relativas a derechos personales en lo que no sea contrario y en lo que no esté expresamente dispuesto respecto a los derechos reales.

La cesión comprende, decíamos, todos los derechos principales y los derechos accesorios, y no puede tener mayor extensión el derecho del cesionario que la que tiene el derecho del cedente; claro,

repetimos, todas éstas son consecuencias naturales de la cesión que no extingue el crédito, no afecta la relación jurídica, como no sea en los sujetos activos. Son oponibles al cesionario todas las excepciones que pudieran oponerse al cedente, nos lo dice el precepto 2035: “Cuando no se trate de títulos a la orden o al portador, el deudor puede oponer al cesionario las excepciones que podría oponer al cedente en el momento en que se hace la sesión. Si tiene contra el cedente un crédito todavía no exigible cuando se hace la cesión, podrá invocar la compensación, con tal que su crédito no sea exigible después de lo que se ha cedido”. Ya volveremos sobre este precepto en materia de compensación.

3. Formalidades

En el nuevo código la cesión no reviste, en principio, formalidad alguna, puesto que puede hacerse en escrito privado y no requiere la escritura pública como requería la cesión de más de 500 pesos en el Código de 1884; sin embargo, esto tiene como excepción los casos en que el mismo crédito debe constar en escritura pública, en cuyo caso la cesión también debe constar en dicho documento, es decir, en escritura pública. El artículo 2033 se lo indica cuando dice: “La cesión de créditos civiles que no sean a la orden o al portador, puede hacerse en escrito privado que firmarán 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”. Decíamos que la falta de forma, como normalmente sucede en el nuevo código, trae como consecuencia simplemente una nulidad relativa.

Respecto a la forma, debemos atenernos a todo lo manifestado en materia de formalidad y las consecuencias de un acto al que le falta la forma. ¿Basta que exista el contrato de cesión de créditos para que ésta deba producir todos sus efectos? Desde luego, entre las partes sí, pero para los terceros es necesario estudiar si produce sus efectos la cesión por el simple contrato de cesión.

4. Efectos de la cesión en relación con terceros

En terceros tenemos al deudor, puesto que no es parte en el contrato, y a los acreedores del cedente y del cesionario. Respecto del deudor, ya desde el derecho romano es necesario que se haga la notificación de la cesión, notificación que puede ser judicial o extrajudicial; en el segundo caso, ante testigos o ante el notario, y en el primero ante el Juez. Así es que, en relación con el deudor, la cesión sólo produce efectos desde el momento de la notificación, es decir, antes de la notificación el deudor le paga al cedente y le paga legítimamente, después no debe pagarle sino al cesionario.

Conforme al artículo 2037: “Sólo tiene derecho para pedir o hacer la notificación el acreedor que presente el título justificativo del crédito, o el de la cesión, cuando aquél no sea necesario”. En el Código de 1884 existía otro precepto que exigía además, como una formalidad, la entrega misma del título del cedente al cesionario; ese precepto ya no existe en el nuevo código, ya en el de 1884 daba lugar a la dificultad de saber qué era lo que se entendía por título, qué era lo que le debía entregar el cedente al cesionario. Tratándose de documentos

privados, era sencillo, era el documento mismo en que constaba el crédito, pero tratándose de documentos públicos, el título está en el protocolo, en el libro mismo del notario, y los testimonios son en realidad copia del documento. Como naturalmente el libro del notario no puede ser entregado, se había interpretado comúnmente que lo que se entregaba era el testimonio. El maestro Borja Soriano sostiene que no debe entenderse así el precepto, porque la idea, o la intención del artículo, era que el cedente se deshiciera del título con objeto de no poder pactar otra cesión a favor de un tercero, y que esto no podía conseguirse en los documentos públicos en que podía obtenerse un nuevo testimonio, de donde derivaba la interpretación de que el artículo se refería únicamente a los documentos privados, que eran aquellos en que era posible la entrega del título, pero no los documentos públicos. El nuevo código ya no tiene este artículo, en él encontramos el artículo 2037, que establece: “Sólo tiene derecho para pedir o hacer la notificación, el acreedor que presente el título justificativo del crédito, o el de la cesión, cuando aquél no sea necesario”. Este artículo, aun cuando no exige que se haga la entrega del título para perfeccionar la cesión, exige, sin embargo, que se presente el título del crédito y el de la cesión; bastaba presentar el título de la cesión para tener derecho a hacerle la notificación al deudor.

En cuanto a otros terceros, es decir, a los acreedores, ¿hasta cuándo el acreedor del cedente tiene todavía derecho para embargar el crédito cedido? Tiene derecho de embargarlo, en primer lugar, en tanto que no esté hecha la notificación al deudor (artículo 2040), mientras no se haya hecho notificación al deudor, éste le iba pagando al acreedor primitivo (artículo 2041). “Hecha la notificación, no se libra el

deudor sino pagando al cesionario.” Pero esta situación (que encontramos en el Código de 1884) no es muy conveniente porque se le estaba dando un propósito de publicidad a la notificación del deudor, se creía que con la notificación al deudor se hacía pública la cesión y que podía fácilmente conocerse, en un momento dado, por medio del deudor, si ya se había perfeccionado, por decirlo así, la cesión; pero naturalmente es un medio de publicidad de efectos muy limitados, e incluso el deudor no está obligado a informar si ya ha sido notificado o no; entonces el nuevo código, siguiendo el precepto del Código Civil español, establece distintas formas de precisar la fecha en que se tiene por perfeccionada la sesión para que produzca efectos contra terceros. Estas disposiciones se encuentran en el artículo 2034, que establece:

La cesión de créditos que no sean a la orden o al portador, no produce efectos contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, conforme a las reglas siguientes: I. Si tiene por objeto un crédito que deba inscribirse, desde la fecha de su inscripción, en el Registro Público de la Propiedad claro, el Registro Público tiene como función esencial el que surtan ciertos actos que deban inscribirse, efectos respecto de tercero, de tal suerte que a una inscripción de la cesión surte efectos respecto de terceros. II. Si se hace en escritura pública, desde la fecha de su otorgamiento. [Porque entonces hay la constancia fehaciente de la fecha en que se hizo la cesión.] III. Si se trata de un documento privado, desde el día en que se incorpore o inscriba en un Registro Público desde la muerte de cualquiera de los que firmare, o desde la fecha en que se entregue a un funcionario público por razón de su oficio.

Si se trata de un documento privado, entonces sí hay dificultad para determinar la fecha en que se debe producir efectos contra ter-

cero una cesión; el sistema es: I. Desde el día en que se inscriba un Registro Público que no debe ser el de la propiedad, como comenta Manresa, sino que el precepto habla de un Registro Público; como no se trata de un registro para integrar los elementos del acto jurídico sino de una constancia fehaciente de la fecha, por eso es que cualquier inscripción en un Registro Público es suficiente. II. Desde la muerte de cualquiera de los que firmaron. Respecto a esta segunda parte de la fracción tercera del artículo 2034, explica Manresa que la muerte de cualquiera de quienes firmen el documento hace que ya no sea posible ponerle una fecha anterior, puesto que la persona que podía firmar el documento ha muerto, y que el precepto habla no simplemente de las partes, sino “de los que firmaren”, es decir, le daría fecha exacta la muerte de un testigo, por ejemplo, puesto que es uno de los que firmaron; así es que no se necesita que sea una de las partes. III. Desde la fecha en que se entregue a un funcionario público o por razón de su oficio. La entrega a un funcionario público se entiende también en el mismo sentido del registro. Para los terceros, pues, son estas fechas a que se refiere el artículo 2034 las que fijan los efectos de la cesión respecto de esos terceros; en cuanto al deudor, hemos visto que es la fecha de la notificación, y en cuanto a las partes, es el contrato mismo de cesión el que produce sus efectos.

En todo este capítulo, que ustedes verán con mayor detenimiento, encontrarán referencias a la cesión de los títulos a la orden y al portador, diciendo por ejemplo “con excepción de los títulos a la orden y al portador”. La cesión de créditos, dice el artículo 2034, “que no sean a la orden o al portador, no producen efectos...”. En realidad,

no habría por qué mencionar los títulos a la orden y al portador; recuerdan ustedes, éstos se hallan reglamentados en los actos de voluntad unilateral, y la explicación sobre el problema de saber si esta reglamentación subsistía después de la ley de títulos o no, pero cualquiera que sea la tesis, está definitivamente abandonada por el derecho moderno la teoría sobre los títulos a la orden que ven, en las transmisiones del título, cesiones de derechos; la cesión de derechos, con sus reglas de oponibilidad de las excepciones que se tienen en contra del cesionario, no pueden funcionar para explicar el título a la orden o al portador, y tampoco creemos que el código, al darles la explicación de acto de voluntad unilateral a los títulos a la orden y al portador, haya querido admitir una teoría de cesión para explicar las transmisiones, por eso es que, por lo menos, es inútil establecer que las cesiones de créditos que no sean títulos a la orden o al portador no se ajustaran a tales reglas; en realidad no se admite ya la explicación que llegó a darse en alguna época, especialmente en el derecho francés, ya no se admite la teoría de la cesión de derechos para los títulos a la orden y al portador; quizá el código quiso todavía recalcar más que no era una explicación de cesión de derechos, que las reglas de la cesión no se aplicaban a los títulos a la orden y al portador.

¿Qué es lo que debe garantizar al cedente al cesionario? ¿Debe garantizar la solvencia del deudor o únicamente debe garantizar la existencia y la legitimidad del crédito? Legalmente sólo garantiza la existencia y legitimidad del crédito, pero no la solvencia del deudor, es lo que se llama garantía de derecho. Pero puede existir lo que los autores llaman una garantía de hecho, esto es, un convenio en cuya virtud el

cedente tome a su cargo no sólo la garantía de la existencia y legitimidad del crédito, sino también la solvencia del deudor, es decir, es una garantía mayor que la que exige la ley. El artículo 2042 establece: “El cedente está obligado a garantizar la existencia o legitimidad del crédito al tiempo de hacerse la cesión, a no ser que aquél se haya cedido con el carácter de dudoso”. Artículo 2043: “Con excepción de los títulos a la orden, el cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, a no ser que se haya estipulado expresamente o que la insolvencia sea pública y anterior a la cesión”.

5. Cesión de créditos litigiosos

La cesión de créditos litigiosos ha desaparecido en el nuevo Código Civil; en el de 1884 encontramos algunas reglas sobre el particular, estas reglas vienen a fijar el momento en que un crédito se considera litigioso y, además, a establecer un principio que era importante en esta materia, el de si la adquisición del crédito litigioso obligaba al deudor a pagar la totalidad del crédito, o bien, si nada más lo obligaba a pagar lo que el cesionario hubiese pagado al cedente por el crédito. Esto es, si yo compro un crédito, digamos de cinco mil pesos, y lo compro en dos mil pesos, ¿yo como cesionario tengo acción en contra del deudor por cinco mil pesos? ¿He hecho un negocio comprando el crédito en dos mil pesos siendo el crédito de cinco mil? En materia de créditos litigiosos la teoría era, (y lo dice expresamente el código), que únicamente se podía exigir al deudor la cantidad que se hubiere efectivamente pagado, es decir, que si yo había comprado un crédito litigioso en dos mil pesos, entonces no podía exigirle al

deudor sino dos mil pesos y no los cinco mil que era el valor del crédito litigioso, lo cual tenía el propósito de impedir el que se continuasen los juicios, de negociar con un juicio. El artículo 1624 establecía: “El deudor de cualquiera obligación litigiosa, cedida por título oneroso, puede liberarse, satisfaciendo al cesionario el valor que éste hubiese dado por ella con sus intereses y demás expensas que hubiere hecho en la adquisición”. Ya hemos de ver cómo en el pago con subrogación hemos de encontrar una institución semejante. En los artículos 1625 al 1627 encuentran ustedes la reglamentación del crédito litigioso. Dice el 1525: “El pago de que habla el artículo anterior, no libra de la obligación: I. Si la cesión se hace en favor del heredero o copropietario del derecho cedido. II. Si se hace en favor del poseedor del inmueble que es objeto de ese derecho. III. Si se hace al acreedor el pago de su deuda”. Artículo 1626: “La liberación permitida en el artículo 1624, sólo podrá tener lugar cuando el litigio no haya sido resuelto en última instancia”. Artículo 1627: “Se considerará litigioso el derecho desde el secuestro en el juicio ejecutivo; desde que se fije la cédula, en el hipotecario; y en los demás, desde la contestación de la demanda hasta que se pronuncie sentencia que cause ejecutoria”. Por otra parte, el artículo 1622 establece a qué personas no pueden cederse los créditos litigiosos; dice: “Si los derechos o créditos fueren litigiosos, no podrán ser cedidos en ninguna forma a las personas que desempeñen la judicatura, ni a cualquiera otra autoridad de nombramiento del gobierno, si esos derechos o créditos fueren disputados dentro de los límites que se extiende la jurisdicción de los fun-

cionarios referidos”. Como en el nuevo código no se reglamenta la cesión de créditos litigiosos, no encontramos estos artículos en él.

6. Cesión de derechos hereditarios

El tema lo encuentran ustedes reglamentado en los últimos artículos del nuevo código y no presenta mayor dificultad.

XXXIII. CESIÓN DE DEUDAS

1. Generalidades

La cesión de dudas no llegó a concebirse en el derecho romano; sí fue posible en el último estado del derecho romano mediante la *procuratie in rem suam* (procuración en su propia causa); llegar prácticamente a la cesión de crédito es un hecho admitido por la mayor parte de la doctrina del derecho romano, a diferencia de la cesión de deudas que no fue admitida por el derecho romano.

La cesión de deudas es una institución del derecho moderno que especialmente fue conocida, estudiada y reglamentada en el derecho civil alemán, y encuentran ustedes en el Código Civil alemán un capítulo especial sobre la reglamentación de la cesión de deudas de

donde fue tomado también por el derecho suizo y de estas dos legislaciones pasó al nuevo Código Civil.

En la cesión de deudas encontramos la sustitución del deudor en vez de la sustitución del acreedor en la cesión de créditos pero las dos instituciones dejan sin afectar la relación jurídica primitiva, porque la cesión de deudas no es un caso de extinción de obligaciones, no es una novación, como hemos de ver, por cambio de deudor, ni una novación por cambio de acreedor, es una cesión de derechos en la que se conserva la misma relación jurídica, nada más que en lugar del deudor B, se pone el deudor C y se mantienen todos los accesorios, o se pueden mantener, en principio, todos los derechos accesorios de la deuda.

Las prácticas del derecho alemán, la jurisprudencia alemana y por último la legislación en Alemania, admitieron una reglamentación sobre la cesión de deudas —quizá fue por la práctica de los negocios por lo que se admitieron estos casos de cesión de deudas.

La cesión de deudas no se concibe si no es con el consentimiento del acreedor, porque si en la cesión de créditos no hemos necesitado del consentimiento del deudor, toda vez que no es el deudor el que está disponiendo de un crédito, es porque el acreedor es el dueño del crédito y no se sigue ningún perjuicio al deudor con hacer este cambio, toda vez que, en principio, al deudor le es igual pagarle a A que a B, que a C, pero en la cesión de deudas no es un indiferente para el acreedor que se vaya a quedar obligado A en lugar de B, porque

él le ha prestado a A por algunas razones, ya sea de solvencia moral o material, y puede no convenirle que se cambie B por A.

La cesión de deudas se practica mediante un convenio entre los dos deudores, convenio en el que interviene aceptando el acreedor. Para que haya sustitución de deudor, dice el artículo 2051, “es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente”. Artículo 2052: “Se presume que el acreedor consiente en la sustitución del deudor, cuando permite que el sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo”. Es un caso de consentimiento tácito, pero siempre exigiendo el consentimiento del acreedor para que se verifique la cesión.

El Código de 1884 admite un caso especial de cesión de deudas, decíamos, no debe derivarse de este artículo que establece que mediante la cesión, “el crédito cedido pasa al cesionario con todos sus derechos y obligaciones, sean de la clase que fueren; no habiendo pacto expreso en contrario”. De este artículo no se deriva la cesión de acciones y no hace sino referirse a estos casos de que habla Mains de que al pasarse el crédito, no pasan únicamente los derechos, sino que pasan las obligaciones, que son correlativas. En el código encontramos, sin embargo, el caso del arrendamiento en que, mediante la venta de la cosa arrendada, pasan todas las obligaciones al adquirente que se sigue considerando un arrendador. Cuando estudien el arrendamiento, verán cómo este precepto ha fundado la teoría de que el derecho del arrendatario es un derecho real y no personal, y también

encontrarán que no es exacta la tesis y que tiene un propósito especial en materia de arrendamiento.

¿Es posible, como regla general, la cesión de deudas en el Código de 1884? Fuera de este caso, ¿es posible la cesión de deudas en el Código de 1884 aun cuando no estuviese reglamentada? La mayoría de los autores dice que sí, que no habiendo un precepto de orden público que lo impida, no hay motivo para pensar que no sea posible, basándose en el principio de la autonomía de la voluntad, la cesión de deudas, la doctrina en forma casi unánime. Lorant, por ejemplo, piensa que no hay por qué no admitir que mediante un convenio entre dos deudores haya una transmisión de la deuda, manteniéndose la relación jurídica anterior, siempre y cuando se cuente con el consentimiento del acreedor. Esto, que ya podía hacerse en el Código de 1884, basándose en el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, lo encuentran ustedes reglamentado en los artículos del 2051 al 2057 del nuevo código.

El artículo 2053 establece: “El acreedor que exonera al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario”. Consecuencia de haber sido sustituido un deudor por otro en la misma relación jurídica.

Artículo 2054: “Cuando el deudor y el que pretenda substituirlo fijen un plazo al acreedor para que manifieste su conformidad con la substitución, pasado ese plazo sin que el acreedor haya hecho conocer su determinación, se presume que rehúsa”.

Aquí tienen ustedes en este artículo cómo el contrato de cesión se verifica entre los dos deudores, entre el deudor primitivo y el deudor sustituto, y se le fija un plazo al acreedor para que conteste, pero, como consecuencia de no admitir, según hemos explicado, el silencio como generador de obligaciones; si el acreedor no contesta, no se presume que acepta, sino que no acepta y, por tanto, que debe seguir la relación jurídica con el deudor primitivo, tal y como estaba.

En la clase próxima seguiremos nuestros estudios de cesión de dudas.

En la clase anterior empezábamos el estudio de la cesión de deudas y decíamos, en esencia, que la transmisión de la obligación desde el punto de vista pasivo no llegó a ser admitida en el derecho romano, tesis sustentada por la mayoría de los tratadistas sobre la materia, aun cuando algunos creen ver, en determinadas instituciones, ejemplos de cesión de deudas. Decíamos que el derecho moderno, y especialmente el derecho civil alemán, después de una práctica y de una jurisprudencia en el mismo sentido, llegó a establecer una reglamentación de la cesión de deudas en el nuevo Código Civil alemán, y con los estudios que del Código Civil alemán se hicieron, la institución ha llegado a ser admitida en casi todos los derechos, aun cuando ello no sea por medio de una reglamentación, como sucede en el Código Civil alemán o en el suizo o en el nuevo Código Civil mexicano, sino, como decíamos, derivado de un principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes o del hecho de que no existe precepto de orden público ni razón de orden público que impida el que, mediante un convenio

entre dos personas, se transmita una deuda, siempre y cuando consienta el acreedor, porque éste es el dueño del crédito, de la relación jurídica, y no es indiferente para el acreedor tener como deudora a una persona o a otra, por eso siempre es necesario su consentimiento, tratándose de cesión. Siempre que se ha concebido la posibilidad jurídica de la cesión, se ha exigido la intervención del acreedor, intervención que en algunas legislaciones puede variar, pero que siempre existe.

Decíamos que algunos tratadistas sostienen, en el derecho suizo, por ejemplo, que hay un verdadero contrato entre acreedor y nuevo deudor, y un contrato diverso entre los dos deudores. Para otros derechos o para otras doctrinas, el consentimiento del acreedor es únicamente una adición a una situación ya creada entre dos deudores, pero cualquiera que sea la importancia que se dé a la intervención del acreedor, sí exige siempre el consentimiento del acreedor. En este sentido nuestro artículo 2051 establece: “Para que haya substitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente”; consentimiento expreso o tácito que no es sino un caso de aplicación del consentimiento expreso o tácito que, según hemos visto, existe como norma general en el nuevo código. En la reglamentación se registran casos en que se presume la existencia de ese consentimiento, y así lo dice terminantemente el artículo 2052: “Se presume que el acreedor consiente en la substitución del deudor, cuando permite que el substituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo”. Claro, si lo hace a nombre o por cuenta del deudor primitivo, está

obrando como un mandatario, como un gestor de negocios, y no está expresando la voluntad presunta de que él se ha sustituido en la deuda y que está haciendo estos pagos como deudor directo y no en representación o a nombre del deudor primitivo.

El artículo 2053 no es sino la consecuencia de la institución: “El acreedor que exonera al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario”. Claro, como hay una sustitución de deudor, como ya el deudor primitivo desapareció de la relación jurídica y el nuevo deudor es insolvente pero ha sido aceptado por el acreedor, no tendrá derecho éste a exigir el cumplimiento de la obligación al deudor primitivo, a no ser que haya convenio en ese sentido y que el deudor primitivo quede también obligado.

En el artículo 2054 encuentran también ustedes una aplicación de lo que ya con anterioridad exponíamos en materia de silencio y la teoría aceptada en nuestro derecho, tanto en el Código de 1884 como en el vigente, de que el silencio no produce efectos jurídicos y que ciertas instituciones a las que se les da apariencia de silencio en realidad son consentimiento tácito. Dice: “Cuando el deudor y el que pretenda substituirlo fijen un plazo al acreedor para que manifieste su conformidad con la substitución, pasando ese plazo sin que el acreedor haya hecho conocer su determinación, se presume que rehúsa”. Es decir, no bastará que se pongan de acuerdo el deudor primitivo y el nuevo deudor para hacer la transmisión de la deuda, dando un plazo al acreedor para que conteste que ha consentido en

la cesión; por el contrario, se entiende que no consiente en la cesión si dentro del plazo no contesta aceptando.

En el artículo 2055 encuentran ustedes, en su primera parte, una consecuencia de la institución y, en la segunda parte, una derogación de lo que debería ser la consecuencia jurídica. Dice: “El deudor sustituto queda obligado en los términos en que lo estaba el deudor primitivo”; consecuencia de que en la cesión de deudas, como en la de créditos, lo único que sucede es que quita el sujeto A para ponerse el sujeto B, pero sin afectar en nada la relación jurídica, es lo que nos dice la primera parte; en la segunda parte se establece: “Pero cuando un tercero ha constituido fianza, prenda o hipoteca para garantizar la deuda, estas garantías cesan con la substitución del deudor, a menos que el tercero consienta en que continúen”. Se hace una excepción, en razón no de principios estrictamente jurídicos, sino de otra clase de consideraciones a que nos vamos a referir.

Cuando estudiábamos la cesión de créditos veíamos cómo la substitución del acreedor A por el acreedor B no modificaba en nada la relación jurídica, y que los accesorios del crédito, las fianzas, prendas etc., pasan con el crédito principal, de tal suerte que si había un deudor principal personal y un deudor hipotecario, digamos, la cesión del crédito de A a B mantenía al deudor personal y mantenía también al deudor hipotecario, como mantenía una prenda o una fianza que se hubiese otorgado; pero es que en ese caso, en realidad el deudor no tenía intervención en la cesión de crédito y éste no cambia, sigue siendo el mismo, además de que le es indistinto pagar a B o a C.

En consecuencia, las garantías del deudor, los derechos que garantizan el cumplimiento efectivo de la obligación, deben conservarse íntegramente; pero cuando no se trata ya de sustitución de acreedor sino de cesión de deudas, entonces hay una razón de orden práctico que impide esta consecuencia en forma absoluta. La razón es que si el deudor hipotecario ha garantizado, en nuestro ejemplo, al deudor A, lo ha garantizado normalmente teniendo en cuenta razones de orden personal, razones de solvencia del deudor que en todo impedirá que se ejecute deuda del deudor hipotecario que se vaya en último recurso en contra de ese deudor, pero si en vez del deudor A se cede la deuda al deudor B y el acreedor lo consiente, se ve una razón de orden práctico que da la posibilidad de que ese deudor prendario o hipotecario quede liberado porque se haya sustituido un deudor por otro respecto al cual él puede no tener las mismas razones de confianza o cualquiera otra razón que le haya impulsado a garantizar la deuda, y por eso se dice que “cuando un tercero ha constituido fianza, prenda o hipoteca para garantizar la deuda, estas garantías cesan con la sustitución del deudor, a menos que el tercero consienta en que continúen”.

Los artículos 2056 y 2057, que son los últimos de este capítulo, son también una consecuencia de esta simple sustitución de deudor A por deudor B.

Los autores, aparte de las ventajas de orden práctico que tiene una cesión de deuda y que da la posibilidad de intervenir a una nueva persona en la relación jurídica, presentan también como utilidad práctica el caso en que una persona es deudora y acreedora al mismo

tiempo de dos persona distintas, y en este caso se compara la cesión de deudas con la cesión de créditos.

El caso, como lo presentan Planiol y el maestro Borja Soriano, es el siguiente: A *primus*, dentro del ejemplo latino de Planiol, es acreedor de B *secundus*, pero B es al mismo tiempo acreedor de C. A es acreedor de B, B es acreedor de C, el objeto es terminar con estas dos relaciones jurídicas para dejar una sola, toda vez que B es deudor de A pero es acreedor de C.

“A” acreedor de “B”

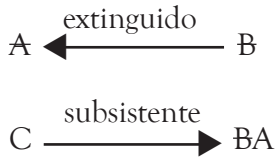
“B” acreedor de “C”

¿Cómo es posible que, independientemente de un pago, se termine una de las relaciones jurídicas y quede simplemente la otra? Es posible de dos maneras:

I. Por medio de una cesión de crédito;

II. Por medio de una cesión de deuda. ¿Cómo funciona por medio de una cesión de crédito? Funciona de la siguiente manera: A acreedor de B, B acreedor de C (véase esquema); pues bien, B, que es deudor y acreedor, le dice a A: “Te cedo mi crédito que tengo contra C con tal de que tú extingas el crédito que tienes en mi contra. Entonces, ¿cuál es la relación jurídica que se extingue y cuál es la relación jurídica que subsiste?

Cesión de crédito



La relación A-B se extingue y queda la relación C-B sustituida B por A.

La que se extingue es la de A contra B y la relación jurídica que subsiste es la de B contra C, nada más que en lugar de B se ha puesto A, ya que B le concede el crédito que tenía contra C. La relación jurídica, repetimos, de A respecto de B se ha extinguido, queda sólo la de C respecto de B y B se sustituyó por A en virtud del contrato de cesión de créditos.

Cesión de deudas



La relación C-B se extingue y queda la relación A-B sustituyéndose B por C (Se sustituyen los deudores). En la cesión de créditos, se sustituyen los acreedores.

El segundo medio puede ser la cesión de deuda, vamos a ver cómo funciona en una cesión de deuda el mismo ejemplo. A acreedor

de B, B acreedor de C, mediante un contrato de cesión de deuda que se verifica entre B y C. B en la primera relación, en la de A contra B, B le dice a C: “Te cedo mi deuda con el consentimiento del acreedor A”. ¿Entonces qué sucede? Que en la relación de A contra B, en lugar de B, que es el deudor, se pone a C, pero eso se hace para el efecto de que A extinga el crédito que tiene contra B, entonces queda un deudor sustituyendo a otro deudor y se extingue el crédito que tenía B contra C, porque el deudor C se ha querido poner en la relación jurídica de A contra B (C en lugar de B), precisamente para ya no tener como acreedor a B sino tener como acreedor a A. Entonces, ¿cuál fue la relación jurídica que se extinguió y cuál la que subsistió? Se extingue la de B contra C y la que subsiste es la de A contra B, que ahora, por haberse puesto C en lugar de B, es A contra C. En el primer caso, en la cesión de créditos, es la segunda relación la que subsiste, B contra C, en lugar de B-A; en el segundo caso es la primera relación la que subsiste, o sea, A contra B, en lugar de B poniendo a C y, claro, como explica Planiol, los dos créditos pueden ser distintos (hay que fijarse en que, en la cesión de deudas, subsiste un crédito y en la cesión de crédito subsiste otro, en nuestro ejemplo), los dos créditos pueden ser distintos totalmente, uno puede tener un origen, una causa jurídica, puede estar sujeto a una modalidad, a un plazo, tener garantías diversas del deudor, tener uno, la garantía hipotecaria o prendaria o una fianza; el otro, no tener ninguna garantía o no tener simplemente algunas de esas garantías; se ve, pues, que no es indiferente que se consiga la transmisión de una relación jurídica o que se consiga la terminación de la otra relación jurídica, dejando subsistente una u otra.

XXXIV. SUBROGACIÓN

Otros de los medios de transmisión de las obligaciones que encontramos en el nuevo Código Civil, que lo encontramos también en el Código de 1884, pero no como una transmisión sino como un caso de extinción, es lo que se llama pago con subrogación. El pago con subrogación se estudia en el Código de 1884 como un caso de extinción de las obligaciones; la teoría moderna explica el pago con subrogación como un verdadero medio de transmisión de obligaciones y así nuestro Código, en el título sobre transmisión de obligaciones, contiene un capítulo, de la subrogación. Y es que, efectivamente, la subrogación es un caso de transmisión de crédito.

En la subrogación, sí es verdad que se paga a un acreedor, lo cierto es que el pago no es para destruir la relación jurídica de A contra B, sino para que C se ponga en lugar de A; esto es, en el fondo tiene el

mismo funcionamiento que el de la cesión de crédito, y no en balde en derecho romano el pago con subrogación era un caso de cesión de acciones, era la cesión obligada de las acciones. Pero, naturalmente, la subrogación tiene propósitos diversos a la cesión de crédito: formalidades distintas, condiciones también distintas.

Subrogar quiere decir “ponerse en lugar de”, pagar subrogando quiere decir pagar a un acreedor poniéndose en lugar del acreedor. Cuando un tercero paga la deuda de otro tratándose del pago, hemos visto que tiene efectos diversos; así, si se paga con el consentimiento del deudor, pues se tendrá hasta una acción de mandato o de gestión de negocios en contra del deudor para exigirle el pago que yo he efectuado, pero puede suceder que o yo no tenga ningún derecho a esa acción, o bien, yo no quiera simplemente esta acción personal para que, pagando por otro, pueda yo obtener lo pagado, sino que yo digo: “yo pago siempre y cuando me coloque en la misma relación jurídica en que está el acreedor a quien yo pago, el cual tendrá la ventaja, por lo menos en algunas ocasiones, de tener a ese deudor dentro de una relación jurídica determinada, con garantías determinadas, etcétera”.

La subrogación tiene, pues, el propósito de transmitir el crédito desde el punto de vista activo del acreedor A al nuevo acreedor C que le pague la deuda de B.

1. Subrogación legal y subrogación convencional

La subrogación puede verificarse convencionalmente, cuando mediante un convenio yo le digo a un acreedor: “Te pago lo que te debe B, pero

me subrogas en los derechos que tienes contra B”, o bien puede haber la subrogación legal. La subrogación es pues de dos clases, subrogación legal y subrogación voluntaria.

La subrogación voluntaria en el derecho civil francés y en el Código Civil de 1884, teniendo como antecedente al derecho civil francés, puede ser consentida por el acreedor y puede ser consentida por el deudor. El nuevo Código Civil no reglamenta sino la subrogación legal, es, como su nombre lo indica, aquella que establece la ley independientemente de convenio con el acreedor para ciertos casos en que la ley ha considerado la necesidad de que se produzca el efecto, la subrogación, por las ventajas o por el interés que existe en que un tercero sea el que pague. Ya hemos de examinar los casos de subrogación legal. Decíamos que la subrogación puede ser voluntaria, consentida por el acreedor.

2. Subrogación voluntaria consentida por el acreedor

Aquí la situación es muy sencilla. Ya lo hemos dicho, el acreedor le dice a un tercero: “Te ofrezco pagar la deuda que tu deudor tiene respecto de ti, siempre y cuando me subrogues, me otorgues todos los derechos de la relación jurídica de A contra B; mediante este convenio, en lugar de A ponemos a C y queda C contra B (en nuestro ejemplo). En este caso no se necesita el consentimiento del deudor, porque el acreedor está disponiendo de su crédito.

3. Subrogación consentida por el deudor

Lo que no se explica normalmente es cómo el deudor puede consentir en la subrogación a pesar de la voluntad del acreedor, es lo que se

llama subrogación convencional consentida por el deudor. Sucede que a veces al acreedor no le conviene que se le pague una obligación porque tiene bien colocado su dinero a un interés suficientemente elevado y porque el tipo de interés haya bajado en esa época, por lo que no le convendría perder la diferencia en el tipo de interés, y entonces se niegue o no quiera subrogar a otro acreedor; en tal caso, puede suceder que el deudor pida prestado a una tercera persona con objeto de hacer el pago de la deuda y en ese caso, cuando se determine que el dinero se pidió para hacer el pago, si el deudor puede hacer el pago porque no hay un plazo a favor del acreedor y se compruebe que ha pedido dinero prestado para efecto de hacer el pago y así se declara para fijar fechas, lo cual tiene el propósito de que no haya fraudes, entonces se le puede obligar al acreedor a que subrogue a aquel que prestó el dinero. Esto, que en el antiguo derecho era lo que se llamaba subrogación convencional consentida por el deudor porque, independientemente de la voluntad del acreedor se subrogaba al que pagaba por el deudor, en el nuevo código es un caso de subrogación legal.

El artículo 2059 establece: “Cuando la deuda fue pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por el ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que expresa su respectivo contrato”. Esto es lo que el derecho francés conoce y el Código de 1884 también conoce con el nombre de subro-

gación convencional consentida por el deudor, y tiene el antecedente histórico precisamente del caso en que en Francia en una época hubo un interés x para el dinero, con posterioridad el interés disminuyó, pero, claro, el deudor no podía pagar a su acreedor porque éste tenía ya las garantías hipotecarias que hubiera pagado, hubiera podido dar a otra persona para que le facilitara el dinero para el pago, no teniendo pues otra garantía que dar para obtener un nuevo préstamo, el deudor se encontraba imposibilitado de hacer el pago, entonces la ley consintió en la posibilidad de que el deudor obligase a su acreedor a que subrogara al que pagara por el deudor, a que recibiera el pago subrogando al que pagaba. Actualmente, decíamos, es un pago de subrogación por ministerio de la ley.

El que conste en un título auténtico tiende a evitar fraudes; por ejemplo, si hay hipoteca 1, 2 y 3, y yo pago la hipoteca 1, después, en un momento dado yo deseo tener dinero en préstamo, mas están las hipotecas 2 y 3, pero habiéndose extinguido la 1, éstas quedan como 1 y 2 en lugar de 2 y 3; si yo ofrezco una hipoteca 3 es difícil obtener el préstamo que quiero, pero si ofrezco la 1, entonces sí tendré el dinero y podría darse lugar a fraude el que poniendo fechas anteriores subrogase yo, o apareciera subrogando mediante este préstamo a esa tercera persona en la hipoteca 1; ésa es la razón por la que se exige que el préstamo conste en título auténtico.

Encuentran ustedes en el artículo 2058 los diversos casos de subrogación legal. En la clase próxima haremos un esfuerzo para explicarlos, por ahora solamente vamos a referirnos a este punto: ¿existe la

subrogación convencional en el nuevo Código Civil? El artículo 2058 dice: “La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados: i. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente; ii. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; iii. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de herencia; iv. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición”. No reconoce el nuevo Código Civil la subrogación convencional, como sí estaba expresamente reconocida en el Código de 1884. ¿Quiere esto decir que el nuevo código suprimió la subrogación convencional? Para algunas personas ésa es la solución, esto es, que solamente se admite la subrogación legal. Yo creo que no, yo creo que se admite también la subrogación convencional; no hay, en primer lugar, desde un punto de vista doctrinario general, ninguna razón de orden público que impida el que se verifique esta subrogación con el consentimiento del acreedor y en virtud de contrato que celebre una tercera persona con el acreedor le subrogue con el mismo derecho que tendría para hacerle una cesión de crédito; pero, además, la interpretación del artículo 2058 debe ser ésta: la subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:

I. [...] es decir, se están en realidad enumerando los casos de subrogación legal en que independientemente de la voluntad del acreedor hay lugar a la subrogación; por otra parte, hay un precepto que casi no deja lugar a duda, es el artículo 2072 del nuevo código que está en materia de pago y que dice: ‘el acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059’.

Es decir, fuera de éstas casos no hay obligación para la subrogación, pero eso no impide que exista el pacto convencional de subrogación, a *contrario sensu* el artículo 2072 nos está dando la solución.

Subrogación legal. Decíamos en la clase pasada que el artículo 2058 del nuevo código se refiere a los casos en que se presenta la subrogación por ministerio de la ley, en que hay subrogación legal independientemente del convenio entre los interesados. Dice este artículo: “La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados”.

I. “Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente.”

Puede suceder que un acreedor preferente exija el cumplimiento de una obligación en un momento en que sea inoportuna la venta de los bienes del deudor, pero como el interés que tiene ese acreedor preferente está en que se pague, la venta de esos bienes puede cubrir efectivamente el pago de su adeudo, pero en cambio dejar sin posibilidades de pago a los demás acreedores; en ese caso conviene a los acreedores de menor referencia que en ese momento en que, vamos a suponer, ha bajado el valor de la propiedad, no se haga la venta, a efecto de esperar un momento oportuno en que puedan pagarse todos los acreedores; pero, como decíamos, al que está en primer rango no le interesan normalmente los acreedores que siguen, puesto que él puede obtener el pago de su adeudo; los otros acreedores que tienen menor preferencia, pueden pagarle a este acreedor preferente, y entonces se subrogan en los derechos del acreedor preferente. Se ve

pues una conveniencia y aun en ciertos casos la necesidad de que haya una persona que haga el pago sin liberar al deudor pero dejando fuera de la relación jurídica a este acreedor preferente con tal de salvaguardar los derechos de los acreedores de posterior rango a los cuales no tienen en cuenta; por eso dice esta fracción: “cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente”.

II. “Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.”

Como sucede, por ejemplo, en el caso de deudores solidarios, o bien, en el caso del que está garantizando el cumplimiento de una obligación, al pagarse subroga conforme a este precepto, en los derechos del acreedor, porque no es que su pago tienda a liberar al deudor, sino simplemente quitar de la relación jurídica al antiguo acreedor y sustituirse en él.

III. “Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia.”

Ustedes saben que nuestro sistema exige que en la herencia se responda a beneficio de inventario, es decir, se pagan las deudas de la herencia hasta donde concurre el activo de la sucesión, pero el heredero no está obligado a hacer pago con bienes propios; sin embargo, para evitar que en un momento dado se necesite hacer una venta inconveniente para la partición a efecto de hacer el pago de derechos de la sucesión, cosa que en la práctica sucede muy a menudo, la ley ha

dado al heredero la facultad de pagar subrogándose en la deuda a efecto de que esté suficientemente garantizado en ese pago y, al mismo tiempo, que tenga interés en hacer el pago; así, si hay hipotecas y se va a seguir una acción hipotecaria inconveniente en contra de la sucesión, y ésta no tiene dinero en ese momento para hacer el pago sino enajenando bienes o contrayendo cualquier otro compromiso inconveniente para los intereses de la herencia, uno de los herederos puede decir: “Yo pago este adeudo con mis bienes, pero para tener garantizado que se me va pagar este crédito, pago yo pero quedando subrogado en los derechos del acreedor”; por esto, y respondiendo a este interés en beneficio de la sucesión, la fracción tercera establece: “cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia”.

IV. “Cuando el que quiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.”

La situación parece un poco extraña, porque, como comentan los tratadistas, en realidad se está subrogando en un derecho hipotecario sobre un bien que le pertenece, es decir, hipoteca sobre su propio bien. ¿Qué interés tiene el que adquiere el inmueble de subrogarse en los derechos de un acreedor hipotecario al pagar el crédito hipotecario? El interés que tiene existe en aquellos casos en que no se han pagado todas las hipotecas sino que se ha pagado una hipoteca y quedan otras hipotecas. Si los otros acreedores hipotecarios van a juicio y pretenden enajenar el bien y pagarse con él, éste adquiriente del inmueble que se ha subrogado en los derechos del primer acreedor hipotecario, entrará con preferencia a los demás acreedores hipoteca-

rios, y esto bastara, en ocasiones, para impedir que los acreedores que siguen, que tienen menor preferencia, puedan en un momento dado, sin tener en cuenta los derechos del adquirente del inmueble, tratar de enajenarlo y rematarlo.

Éstos son los casos reglamentados por el artículo 2058; en cuanto a la subrogación convencional, los efectos que produce son los mismos que los de la subrogación legal, es decir, ponerse en el lugar del acreedor, transmitiendo o pasando los derechos y las acciones.

En el Código de 1884 se había consagrado un principio en materia de subrogación, que era un principio tradicional: que el acreedor no subroga en su perjuicio; es decir, sí hay una subrogación parcial, si una persona paga parcialmente el crédito para subrogarse en los casos en que es posible la subrogación, entonces, en caso de que no haya pago por parte del deudor, se prefiere al acreedor primitivo y después del primitivo al subrogado. Esto está así establecido expresamente en un artículo del Código de 1884, el artículo 1594, que dice: “El acreedor que solamente hubiere sido pagado en parte, podrá ejercitar sus derechos con preferencia al subrogado por el resto de su deuda”. Es decir, es únicamente el acreedor primitivo el que tiene la preferencia respecto al subrogado parcial. El artículo 1597 del mismo código establece: “El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, no bastando éste para cubrirlas todas, se hará según la prioridad de la subrogación”. Este último artículo parece estar en contradicción con el 1594, que establece la preferencia del acreedor primitivo, mientras que el 1597 se refiere a la prioridad de la subroga-

ción. La contradicción no existe, como explica el maestro Borja Soriano, porque el artículo 1594 se refiere a las relaciones del acreedor con el subrogado parcial, mientras que el artículo 1597 se refiere a las relaciones entre los distintos subrogados.

Este precepto, 1594, y también el 1597 ya no aparecen en el código, al contrario, el 1597, o la reglamentación de este artículo, es distinto en el nuevo código, de tal suerte que, como en nuestro concepto el derecho común es que si el subrogado paga parcialmente entra al crédito en el mismo plano del acreedor, si por ejemplo, yo pago parcialmente un crédito hipotecario, digamos 50%, y me subroga en la hipoteca, normalmente dentro del derecho común tengo los mismos derechos que el acreedor hipotecario; se necesitaría un precepto que estableciese una preferencia para que el acreedor primitivo tuviese mejores derechos que el acreedor subrogado o viceversa, ese precepto existía en el Código de 1884 y consideraba preferente al acreedor primitivo en relación con el subrogado, pero ese precepto ha desaparecido del nuevo código tanto por la necesidad de una preferencia legal como por el hecho de haberse suprimido en el nuevo código el artículo que en el Código de 1884 establecía esa preferencia, consideramos que ahora la reglamentación es diversa; es más, tratándose de las relaciones entre los subrogados, lo que reglamentaba en el Código de 1884 el artículo 1597, dando preferencia en orden a la prioridad de la subrogación, se reglamenta en el nuevo código de manera diversa, y a este respecto el artículo 2061 establece: “El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, cuando no basten los bienes del deudor para cubrirlos todos, se hará a prorrata”. A prorrata,

es decir, dividiéndose por partes iguales sin establecer preferencia según la prioridad de la subrogación, como se establece en el artículo 1597.

4. Comparación de la cesión con la subrogación

Hay una diferencia, aun cuando la subrogación es una transmisión de obligación, según hemos visto, y aun cuando en su origen romano la subrogación era una cesión forzada, una cesión de acciones forzosas, la subrogación en la evolución de derecho se distingue en la cesión de derechos.

En primer lugar, la subrogación se distingue de la cesión porque en la subrogación el propósito, la intención, es hacer un pago al acreedor, es un oficio de amigo, como dicen los tratadistas, para pagar a un acreedor y tener una acción en contra del deudor; la intención no es, pues, adquirir un crédito para exigir el cumplimiento de ese crédito en su totalidad, de tal suerte que si hay una remisión parcial del crédito, tratándose de la cesión de créditos, no la aprovecha el deudor, sino que el nuevo acreedor, el cesionario, tiene acción para exigir el total del crédito en contra del deudor; en cambio, en el pago con subrogación la doctrina casi unánime establece esa diferencia: en este pago, la remisión de la deuda aprovecha al deudor, el subrogatario no tiene acción en contra del deudor por el total del crédito, sino únicamente por lo que él hubiese pactado, porque el propósito ha sido liberar al deudor de ese acreedor, pagarle y favorecer al deudor aun con las remisiones que se hagan. Por ejemplo, yo compro un crédito

de \$1,000.00 y lo pago en \$500.00, trato de obtener un lucro, trato de cobrar los \$1,000.00, ésa es mi intención, y en el momento oportuno aprovecho que se me vende ese crédito en la mitad, y si mediante la formalidad de la cesión lo obtengo, tengo acción en contra de mi deudor por \$1,000.00. En cambio, trato de evitar un perjuicio a otros acreedores, o bien, de hacer un servicio a un deudor pagando por él, entonces no podré, si obtuve el crédito en \$500.00, no tendré acción para cobrar \$1,000.00 en contra del deudor, quien debe beneficiarse es el deudor y no el que se está subrogando y que únicamente conserva las acciones para garantizar que efectivamente se le va pagar lo que pagó. No hay un precepto que establezca esto ni en el Código de 1884 ni en el vigente, y hay legislaciones en las que no se establece esta idea del pago con subrogación en que las remisiones favorezcan al deudor y, sin embargo, la doctrina en forma unánime dice que si la intención en la subrogación es pagar para favorecer al deudor, la remisión de la deuda debe también favorecerlo. Hay también una ejecutoria de la Cuarta Sala de 1929, que llega en uno de sus considerandos a esta conclusión.

Por otra parte, difiere la cesión de la subrogación en las formalidades; hemos visto que existen determinadas formalidades en la cesión, notificación al deudor que no existe tratándose del pago con subrogación; la subrogación no exige más condiciones, tratándose de la legal, de estar en las condiciones del artículo 2058, tratándose de la convencional, se requiere que se llegue a un acuerdo entre el acreedor primitivo y el que paga para llegar a la subrogación.

También señalan los autores esta otra diferencia: en la cesión de créditos el acreedor, el cedente, le garantiza al cesionario, por lo menos la existencia y legitimidad del crédito, garantía de derecho, y hemos visto que hay garantías de hecho en que se garantiza la solvencia del deudor, pero en la subrogación no se garantiza nada, el acreedor está recibiendo un pago, por lo que le toca a él estar recibiendo el pago de la obligación y no está obligado a la garantía de existencia y legitimidad de crédito en los términos en que está obligado el cedente; claro está que en el fondo encontramos una transmisión, ello se debe tanto a su origen en la subrogación como a su propósito, que es el que no se extinga la obligación sino que pagando se conserve la obligación para el efecto de que el que paga pueda a su vez ser pagado por el deudor con las garantías y preferencias que tenía el acreedor primitivo.

Terminamos así la transmisión de las obligaciones que, según hemos visto, son transmisiones del punto de vista activo, cesión de crédito, desde el punto de vista pasivo, cesión de deuda y, por último, la subrogación, que es fundamentalmente un caso de transmisión desde el punto de vista activo.

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

XXXV. NOVACIÓN

1. Definición

*H*ay novación de contrato, dice el artículo 2213, “cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua”. En realidad debería decir “hay novación de obligación” en lugar de decir “hay novación de contrato” porque es la obligación la que se nova, y ésta puede tener como fuente un contrato o una fuente diversa.

La definición que da este artículo de novación es exacta; se necesita:

- I. Que haya una obligación antigua;

II. Que haya una obligación nueva;

III. Que haya una diferencia esencial entre la obligación primitiva y la nueva obligación;

IV. La intención de novar, y

V. La capacidad para la novación.

Pero lo esencial es que haya una diferencia que no sea simplemente accesoria, sino que sea una diferencia esencial entre la primitiva y la nueva obligación; cuando esto sucede, entonces el efecto es el siguiente: que desaparece, se extingue la obligación primitiva por la creación de la nueva obligación, y la obligación primitiva desaparece con todas sus accesorias, con sus hipotecas, prendas, fianzas, privilegios, etc., porque la obligación nueva, en principio, nace como una obligación pura y simple. Ya hemos de ver que existe la posibilidad de conservar esas garantías, pero mediante un convenio especial.

2. Novación objetiva y novación subjetiva

La novación puede ser novación objetiva o novación subjetiva. La subjetiva es aquella en que el cambio esencial en la obligación es el cambio de los sujetos, ya sea el sujeto activo o el sujeto pasivo. La novación objetiva es aquella en la que lo que se cambia no son los sujetos sino el objeto de la obligación. En la novación subjetiva habrá novación

por cambio del deudor o por cambio del acreedor. Ejemplo de la novación objetiva es aquel en el que se dice, “te debo entregar un automóvil y en lugar de entregarte un automóvil, acepta a cuenta que te entregue la cantidad de \$5,000.00”; el objeto de la obligación primitiva era la entrega del automóvil, el objeto de la nueva obligación ya no es el automóvil sino la entrega de los \$5,000.00.

En el Código Civil alemán la novación subjetiva por cambio de acreedor no está reglamentada, sino que basta la cesión de crédito, según el derecho civil alemán, para el cambio de acreedores; en cambio, respecto a la novación subjetiva por cambio de deudor, se considera que lo que ha sustituido es la cesión de deuda, que, decíamos, está reglamentada expresamente en el Código Civil alemán, como lo están en el código suizo y en nuestro Código Civil. En cuanto a la novación objetiva, se considera que es en realidad una dación en pago, y se reglamenta como una dación en pago, de tal suerte que la novación ha desaparecido en ese código. Ya hemos de ver cómo no es conveniente, en nuestro concepto, esta sustitución de la novación. Es cosa distinta ceder un crédito a novar un crédito por cambio de acreedor, y el propósito y el efecto son diversos; desde luego, en la cesión de crédito, y eso es lo esencial, se conserva la relación jurídica y solamente se pone a E en lugar de A, en cambio en la novación por cambio de acreedor no se conserva la relación anterior sino que se extingue con todos sus accesorios y aparece una nueva relación jurídica. Lo mismo podemos decir del cambio del deudor, y ya hemos de ver, tratándose de la dación en pago, cómo incluso hay doctrinas que piensan, no que la novación sea una dación en pago, sino al con-

trario, que es en realidad la creación de una obligación nueva que se ejecuta inmediatamente.

I. Debe existir una obligación. Sobre este particular se presentan los problemas de si la obligación que se trata de novar existe, si es nula, o si es anulable. Como es esencial en la novación que haya una obligación para que al extinguirse ésta se cree una obligación nueva, según dice el artículo 2213, se entiende perfectamente que si no existe la obligación primitiva no puede haber novación, porque faltaría el elemento esencial de la obligación anterior que va a ser sustituida por la nueva obligación.

Cuando la obligación es nula, entonces también tenemos la misma solución, pero hay que distinguir entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa. Según un precepto del código, el artículo 2218 dice, “la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solamente pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”.

Respecto a la nueva obligación, si es nula, subsiste la antigua obligación, por la misma razón de que se necesita que haya una nueva obligación, es decir, la obligación anterior no se extingue simplemente, sino que se extingue para crear una obligación nueva y sustituir la antigua.

En cuanto a obligaciones condicionales, la solución del código es un poco diversa a la que se da en otras legislaciones, como la fran-

cesa, por ejemplo. El artículo 2216 dice: “Aun cuando la obligación anterior esté subordinada a una condición suspensiva, solamente queda la novación dependiente del cumplimiento de aquélla, si así se hubiera estipulado”. Luego, normalmente, la novación de obligación bajo condición suspensiva no queda afectada por la condición, a no ser que se estipule que quede afectada por esa condición.

II. Debe haber una diferencia esencial entre la nueva y la antigua obligación. Esta diferencia puede ser por varias causas; decíamos, por cambio de acreedor. A es acreedor de B, puede ser C, de acuerdo con A, con el consentimiento de A acreedor, estipular de B lo que B le debe a A y entonces la relación en lugar de ser A-B sería C-B, habiéndose extinguido la relación A-B por cambio de acreedor; la novación subjetiva por cambio de acreedor requiere el consentimiento del deudor, a diferencia de lo que sucede en la cesión de crédito, porque es una nueva obligación la que está contrayendo B, luego no se puede obligar a B en una nueva relación jurídica sin su consentimiento.

Novación subjetiva por cambio de deudor. Una persona puede pagar por otra y puede pagar con el consentimiento del deudor, sin consentimiento del deudor y contra su voluntad, como puede pagarse puede novarse la obligación; de tal suerte que C puede decirle a A, naturalmente con el consentimiento de A. Aquí ya no se necesita el consentimiento de B porque es el pago el que se hace por un tercero mediante una novación, pero C, decíamos, puede pagar con el consentimiento de B, cuando esto sucede la figura jurídica es delegación. Cuando C se sustituye en la relación jurídica sin el consentimiento de B, sin

que B se lo pida a C, entonces la figura la llamaban los romanos —y se sigue llamando *ex promisión*—. Como ustedes ven, es el mismo caso, nada más que en el primero, B le está pidiendo a C que le pague y obra con el consentimiento de B, por lo cual hemos de ver que no siempre la delegación es *novatoria*; lo es cuando hay una obligación antigua que se extingue y además cuando en la relación no se conserva a B sino únicamente a C, entonces la delegación es *novatoria* porque puede no ser, como hemos de ver. Ahora bien, si C paga sin el consentimiento de B, entonces la relación jurídica se llama *ex promisión*”.

Tienen ustedes allí los casos de *novación* subjetiva, pero también habrá *novación* objetiva por cambio de objeto cambiando esencialmente en la relación jurídica; también en este caso, como en la subjetiva, se extingue la obligación primitiva y queda la nueva obligación.

¿Qué sucede cuando la obligación se afecta con una modalidad? La doctrina distingue entre la modalidad que es un término y la que es una condición; si es un término la modalidad, entonces no hay *novación* porque aumentar un término o suprimirlo no afecta la existencia misma de la obligación por la naturaleza del término, en cambio, someter a la obligación a una condición o suprimirle una condición a la obligación sí la afecta en su esencia, por eso la doctrina sostiene de manera uniforme que el término no significa *novación* y que la condición. El Código de 1884, en su artículo 1606, decía: “Hay *novación* de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sujetándolo a distintas condiciones sustituyendo una deuda nueva a la antigua, haciendo cualquier otra alteración que

afecte a la esencia del contrato, y que demuestre la intención de cambiar por otra la obligación primitiva”. Como ustedes ven, en el artículo 1606 del Código de 1884 se habla expresamente de sujetarse a distintas condiciones, y si se revisa el antecedente en el Código de 1870 se encuentra que en el artículo relativo se hablaba de términos y condiciones y que en el Código de 1884 fue suprimida la palabra ‘términos’; lo que nos da la solución de antecedentes de derecho positivo en el mismo sentido de que el término no afecta esencialmente la obligación y, por tanto, no significa novación. La condición sí. En cuanto al nuevo Código Civil, la solución debe ser la misma, puesto que la definición del artículo 2213 establece: “Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua”. No hay alteración sustancial cuando se aumenta o se quita un término, y si la hay si es una condición. De tal suerte, es necesario determinar si la alteración que sufre la obligación tiene este carácter de alteración sustancial que haga que influya sobre la obligación para la sustitución de ella por una nueva obligación y, por tanto, para novarla; así se dice, por ejemplo, que el pacto de intereses tiene un carácter accesorio que no afecta sustancialmente la obligación y que, en consecuencia, no significa novación, como tampoco significa la novación del mismo término.

III. Voluntad de novar. Debe existir una obligación, crearse una obligación nueva, extinguirse en la anterior mediante la creación de la nueva obligación, pero para esa extinción se requiere la voluntad de novar. El nuevo Código Civil, en su artículo 2215, establece: “La nova-

ción nunca se presume, debe constar expresamente”. Luego, es necesario que haya consentimiento expreso y no tácito; ¿pero qué sucede si hay una variación sustancial en la obligación sin que aparezca el consentimiento expreso, es decir, si se cambia en estas condiciones el objeto sin que diga que tiene efecto novatorio? En la exposición de motivos del Código de 1870, y en este sentido también en una ejecutoria de la Corte, se refieren a los términos en que está redactado el artículo correspondiente al 1606 del Código de 1884 en relación con el 1611 del Código de 1884, que es el que establece que la novación nunca se presume, que debe constar expresamente; hay una aparente contradicción entre el artículo 1606, que dice que hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sujetándolo a distintas condiciones, sustituyendo una deuda nueva a la antigua, o haciendo cualquier otra alteración que afecte la esencia del contrato, y que demuestre la intención de cambiar por otra la obligación primitiva. El artículo 1611 dice que la novación nunca se presume, que debe constar expresamente; ¿qué sucede si se registran los cambios sustanciales del 1606 y no hay la voluntad expresa del 1611? La exposición de motivos resuelve el problema diciendo: lo que sucede es que los cambios sustanciales del 1606 son cambios en realidad de novación expresa y, en consecuencia, no está en contradicción con el 1611. Lo mismo podemos decir comentando los artículos 2213 del nuevo código y el 2215.

En el nuevo código no aparecen preceptos como en el Código de 1884 que se refieran de manera expresa a la novación subjetiva. El artículo 1607 del Código de 1884 establece expresamente la novación

subjetiva cuando dice: “Hay también novación cuando un nuevo deudor ha sustituido al antiguo, que queda exonerado; o cuando el antiguo acreedor es sustituido por otro, con quien queda obligado el deudor primitivo”.

No existe este artículo en el nuevo Código Civil, y hay una interpretación en el sentido de que ésta significa que lo único que reglamenta el nuevo código es la novación objetiva y no la subjetiva, es decir, solamente está reglamentada, o el capítulo sólo se refiere a los casos en que hay cambio de objeto y no a los casos en que hay cambio de sujeto.

Creo que en realidad la supresión del precepto no obedece a la idea de suprimir la novación subjetiva siguiendo a la doctrina alemana, sino que lo que sucede es que la definición del artículo 2213, que es distinta de la definición del 1606 del Código de 1884, comprende tanto la novación objetiva como la subjetiva, puesto que dice: “Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteren sustancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua”. Y en mi concepto es evidente que se altera sustancialmente una obligación cuando se cambia el sujeto en la relación jurídica, el cual es un elemento esencial y, por tanto, se sustituye una obligación antigua por una nueva cuando en lugar de A, como sujeto, entra B. Además, aun con el concepto de que solamente está reglamentada la novación objetiva, se reconoce que puede existir el pacto de novación subjetiva, puesto que no es contrario a ninguna regla de orden público.

Creo que los autores del código, más que suprimirla, quisieron dar una definición que comprendiera tanto la novación objetiva como

la subjetiva, y no hay antecedentes del nuevo código vigente en el sentido de que quisieran suprimir la novación subjetiva y reglamentar únicamente la objetiva.

3. Efectos de la novación

La novación produce el efecto de extinguir la obligación que se nova, y extinguiarla con todos sus accesorios; así nos lo dice un precepto expreso del código, dando sin embargo la posibilidad de que se conserven las garantías con reserva expresa del acreedor. Artículo 2220: “La novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias. El acreedor puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva”. De no extinguir esta reserva, decíamos, como la novación extingue la obligación y en consecuencia extingue todas las obligaciones accesorias, éstas no existirán cuando la hipoteca o la prenda ha sido dada, no por el mismo deudor, sino por un tercero, entonces la reserva requiere también el consentimiento del que ha constituido la hipoteca o la prenda, lo mismo en el caso de la fianza se requiere el consentimiento del fiador. El artículo 2221 establece: “El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieran a terceros que no hubieren tenido parte de la novación. Tampoco puede reservarse la fianza sin consentimiento del fiador”.

En la clase anterior expresábamos cómo subsistía en nuestro concepto la novación subjetiva, ya sea porque esté comprendida dentro

del artículo 2213 del nuevo código, ya sea porque se admita como un pacto que no es contrario a ninguna disposición de orden público y, en consecuencia, que es posible hacer jurídicamente.

En el Código Civil alemán, ya lo expresábamos en la clase pasada, se ha suprimido la novación tanto objetiva como subjetiva; esta novación, según manifestábamos, no parece conveniente porque en cuanto a la novación subjetiva por cambio de deudor o acreedor no se confunde con la cesión de créditos ni con la cesión de deuda, la diferencia esencial entre la cesión de crédito y la cesión de deudas con la novación subjetiva, estriba en que la naturaleza jurídica de la cesión consiste fundamentalmente en que la transmisión de la obligación no afecta la relación jurídica, es únicamente poner un sujeto en lugar de otro, la consecuencia es, por lo tanto, que se mantengan todos los accesorios del crédito; en cambio, la novación tiene el propósito de extinguir la obligación anterior mediante el cambio del sujeto. En cuanto a la novación objetiva, tampoco debe desaparecer porque es un medio de llegar a la extinción de la obligación creando una obligación nueva. El Código Civil alemán consideró que bastaba la dación en pago para que se comprendieran en ella todas las novaciones objetivas, sistema que nuestro derecho no adoptó, y hay autores como Planiol, por ejemplo, que sostienen que la misma dación en pago no es sino una novación.

Se ha considerado tradicionalmente que la emisión de títulos de crédito no trae como consecuencia la novación de la obligación, así, cuando se vende una cosa y se quita al deudor un precio y se emiten

documentos en vez de ese precio, tradicionalmente se había considerado que no existía novación, pero entiendo que en el año 1929 o 1930 la Tercera Sala de la Suprema Corte resolvió un asunto fundándose en las teorías de *Capitant* que aparecen en el libro *De la Causa de las Obligaciones*, en el sentido de que la emisión de los documentos a la orden y al portador trae como consecuencia la novación, considerando que la nueva obligación era una obligación a sujeto indeterminado, a diferencia de la otra, que era a favor de sujeto determinado; que los plazos de prescripción eran diversos, que aun las condiciones que se derivaban del acto que daba nacimiento al título eran diversas de las que se derivaban del título mismo, y que por estas circunstancias había lugar a una novación, habiéndose extinguido la obligación primitiva. Después apareció la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que ya de manera expresa en un artículo resolvió en el sentido de que no hay novación por la emisión de los títulos, de tal suerte que se conserva la obligación anterior. El artículo es el 168 de la Ley de Títulos, y dice: “Si de la relación que dio origen a la emisión o transmisión de la letra se deriva una acción, ésta subsistirá a pesar de aquéllas, a menos que se apruebe que hubo novación [...]”. En realidad esta tesis se puede considerar una tesis clásica, por considerar que se trata de una garantía más cuando se emite el título de crédito y no de un propósito de extinguir la obligación anterior.

XXXVI. DACIÓN EN PAGO

1. Definición

La dación en pago consiste en dar una cosa en pago, distinta de aquella que forma el objeto de la obligación. La dación en pago naturalmente es un medio de extinguir la obligación que se paga, pero la doctrina se divide en cuanto a la naturaleza jurídica de la dación en pago.

Teoría tradicional. La teoría que se ha considerado tradicional consiste en afirmar que la dación en pago no es sino una excepción de la regla del pago conforme a la cual debe entregarse la cosa o el objeto que se hubiere comprometido a pagar el deudor: “Nadie está obligado a recibir sino la cosa que el deudor se ha obligado a entregar”.

Teoría que ve en la dación en pago una novación. Una doctrina que, admite Planiol, considera, sin embargo, la dación en pago, no como esta forma excepcional de una regla de pago, sino la considera una verdadera novación objetiva; dice: “En realidad lo que sucede es que se cambia una obligación por otra, la obligación que tiene como objeto la nueva cosa, la cual se ejecuta inmediatamente, de suerte que propiamente admiten las partes una novación, un cambio en la deuda e inmediatamente se ejecuta, en cuyo caso la novación vendrá a ser una novación objetiva.

2. Interés de determinar la naturaleza jurídica de la dación en pago

El interés de la cuestión, como sostiene también la doctrina, existe únicamente en el caso en el que el acreedor, así pagado, se vea privado de la cosa; si se trata de una novación, entonces ya no puede el acreedor exigir el pago de la cosa en los términos de la obligación antigua, en todo caso tendrá una acción de saneamiento para el caso de evicción; en cambio, si se trata simplemente de un pago, puesto que no se le ha pagado con la cosa toda vez que ha sido privado de ella, entonces tendrá su obligación anterior y podrá exigir la entrega de la cosa que primitivamente se había fijado.

El concepto del nuevo código es en el sentido de que se trata en realidad de reglas de pago; desde luego no encuentran ustedes, en la materia de extinción de las obligaciones, una reglamentación de la dación como sí la encuentran de la compensación, de la confusión de derechos, remisión de deudas y de la novación.

Las reglas sobre dación en pago están en los artículos 2095 y 2096, esto es, dentro del cumplimiento de las obligaciones, capítulo del pago. Artículo 2095: “La obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida”. Artículo 2096: “Si el acreedor sufre la evicción de la cosa que recibe en pago, renacerá la obligación primitiva, quedando sin efecto la dación en pago”. Esto es no admitir el concepto de novación, puesto que si, repetimos, mediante la dación hubiera habido novación, la obligación se habría extinguido, y en todo caso lo que se tendría sería una acción de saneamiento por el caso de evicción.

XXXVII. COMPENSACIÓN

1. Generalidades

Otro de los medios de extinguir las obligaciones es la compensación. Cuando una persona es, al mismo tiempo, deudora y acreedora de otra, lo más fácil es, en vez de extinguir el cumplimiento de las dos obligaciones, extinguirlas hasta el monto de la menor; si yo, por ejemplo, le adeudo a una persona \$500.00 y al mismo tiempo, ella me adeuda a mí otros \$500.00, no habrá necesidad de que yo le exija el pago de los \$500.00 y que ella a su vez me lo exija.

Ya desde el derecho romano se daba la excepción para hacerla valer en caso de ser demandado en estas condiciones. Esto es lo que

se llama la compensación: la extinción de las obligaciones recíprocas hasta el monto de la deuda menos elevada. “Tiene lugar la compensación —dice el artículo 2185— cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho.”

La compensación tiene una gran importancia práctica; en realidad muchas deudas se extinguen mediante compensación. En materia bancaria, en México por ejemplo, el Banco de México funciona como cámara de compensación respecto de todos los bancos asociados, de tal suerte que sin necesidad de cumplir materialmente la obligación, por medio de la compensación se extinguen sus obligaciones recíprocas, y en la cámara de compensación se nivelan los créditos entre los distintos bancos y no hay necesidad de esta entrega. En el comercio internacional hay un sistema semejante.

2. Distintas clases de compensación

La compensación puede ser de tres clases: compensación legal, que es en realidad la reglamentada por el código, la compensación convencional y la compensación judicial.

a. Compensación legal

La compensación legal produce sus efectos de pleno derecho por ministerio de la ley; este sistema fue tomado por nuestro Código Civil del sistema francés, distinto del alemán, que quizá sea el que le ha dado una interpretación más exacta al derecho romano, mejor dicho, al

derecho de Justiniano, porque la expresión “de pleno derecho” ha sido interpretada en el derecho francés y en los derechos que se derivan de él, en el sentido de que cuando existe esa concurrencia de las dos obligaciones se extinguen sin necesidad de ningún acto de las partes; en cambio, en el derecho alemán se requiere una notificación de una de las partes para hacer valer la compensación. Lo cierto es que, en cuanto a los efectos, son iguales, porque produce efectos retroactivos al momento en que ha habido posibilidad de compensar.

En nuestro código, siguiendo a la doctrina francesa y a una interpretación del derecho romano que se ha demostrado que es inexacta, se establece que basta la concurrencia de dos deudas recíprocas, naturalmente con las condiciones de la compensación a que nos vamos a referir, para que de pleno derecho se extingan las obligaciones.

Requisitos de la compensación. ¿Cuáles son los requisitos de la compensación? Los encuentran ustedes en los preceptos del código. Desde luego, respecto al efecto de la compensación, el artículo 2186 establece: “El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor”. En cuanto a los requisitos, se necesita desde luego que las deudas sean de dinero o de bienes fungibles, esto es, que puedan admitirse sustituirse en un pago; a este respecto, el artículo 2187 establece: “La compensación no procede sino cuando ambas deudas consisten en una cantidad de dinero, o cuando haciendo fungibles las cosas debidas, son de la misma especie y calidad, siempre que se haya designado celebrarse el contrato”. No es sino una consecuencia de que nadie está obligado a

recibir en pago cosa diversa de la que se debe, por eso es que se necesita que sean fungibles las cosas, que sea dinero por ejemplo, que es el tipo de las cosas fungibles. Además, se requiere que las deudas sean líquidas, es decir, que tengan una cantidad determinada para que haya lugar a la compensación; dice el artículo 2188: “Se requiere que las deudas sean igualmente líquidas y exigibles. Las que no lo fueren, sólo podrán compensarse por consentimiento expreso de los interesados”. Los artículos 2189 y 2190 establecen lo que debe entenderse por deuda líquida y por deuda exigible. Dice el artículo 2189: “Se llama deuda líquida aquella cuya cuantía se haya determinado o pueda determinarse dentro del plazo de nueve días”. El artículo 2190 dice: “Se llama exigible aquella deuda cuyo pago no puede rehusarse conforme a derecho”. El artículo 2191 establece: “Si las deudas no fueran de igual cantidad, hecha la compensación conforme al artículo 2186, queda expedita la acción por el resto de la deuda”. Claro, la compensación tiene por efecto, según decíamos, extinguir hasta el monto de la deuda menor las obligaciones, en cuanto a la diferencia que no se ha pagado, ni se ha extinguido por compensación, queda libre la acción para exigirla. En el artículo 2192 encuentran ustedes una enumeración de los casos en que no hay lugar a la compensación; la idea fundamental de todos estos casos es la necesidad de que se cumpla con esas obligaciones y que no haya posibilidad de oponer un crédito distinto en vez de la naturaleza propia de esa obligación; tenemos por ejemplo la materia de alimentos; se quiere que efectivamente el acreedor alimenticio reciba el pago por el propósito mismo de la ley. La fracción tercera de este artículo se refiere a este caso y dice: “La compensación no tendrá lugar [...]: III. Si una de las deudas fuera por alimentos.

IV. Si una de las deudas procede de salario mínimo, V. [...]”. El artículo 2194 establece: “La compensación, desde el momento en que es hecha legalmente, produce sus efectos de pleno derecho y extingue todas las obligaciones correlativas”. Es el efecto extintivo de pleno derecho a que nos referíamos y que trae como consecuencia, como toda extinción de obligaciones, la extinción de las obligaciones accesorias.

b. Compensación convencional

Se establece en la segunda parte del artículo 2188: “Para que haya lugar a la compensación se requiere que las deudas sean igualmente líquidas y exigibles. Si no lo fueren, sólo podrán compensarse por consentimiento expreso de los interesados”. Se llama compensación convencional “aquella que no llena los requisitos que establece la ley, los cuales son necesarios para que la compensación se verifique por ministerio de la ley”; sin embargo, las partes se ponen de acuerdo para establecer que esas deudas son compensables, por ejemplo, si una de las deudas es líquida y la otra no, por convenio de los contratantes se establece que pueden compensarse esas dos obligaciones, y esto es lo que se llama compensación convencional, y a ella hace referencia esta segunda parte del artículo 2188 del nuevo código. Ustedes pueden ver en sus códigos y en sus autores los demás preceptos sobre compensación que no ameritan ninguna explicación especial. En estas materias les recomiendo que vean especialmente lo que expone Planiol, por ejemplo, sobre extinción de las obligaciones, donde pueden encontrar, en forma un poco más extensa, la explicación; además, Ruggiero (en español) también trata sobre la materia.

XXXVIII. CONFUSIÓN DE DERECHOS

1. Generalidades

La obligación se extingue por confusión —dice el artículo 2206—, cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona. La obligación renace si la confusión cesa”. Si al mismo tiempo una persona es acreedora y deudora, hay, dicen los autores, más que una causa de extinción diversa a una imposibilidad de ejecutar, una imposibilidad de ejecutar.

No hay confusión cuando se hereda una deuda o un crédito mientras no se haga la partición, dice el artículo 2208. Claro, estando todavía en estado de comunidad, en estado de indivisión, mientras no se hace la partición, no se sabe a quién le va a corresponder ese

crédito o esa deuda y, sobre todo, hay una comunidad que es distinta de los herederos. Artículo 2208: “Mientras se hace la partición de una herencia, no hay confusión cuando el deudor hereda al acreedor o éste a aquél”. El artículo 2207 establece: “La confusión que se verifica en la persona del acreedor o deudor solidario, sólo produce sus efectos en la parte proporcional de su crédito o deuda”. Ya hemos de ver esto en relación con la solidaridad.

XXXIX. REMISIÓN DE DEUDA

1. Generalidades

La remisión de deuda es el acto por el cual se perdona el adeudo, remisión que puede ser total o parcial. Cuando esta remisión es parcial, se llama quita. Esta renuncia de la deuda puede hacerse unilateralmente, sin embargo, esta tesis de la renuncia unilateral de la deuda no es admitida por toda la doctrina; algunos autores consideran que la renuncia debe ser por convenio y que por tanto si no hay acuerdo entre acreedor y deudor, no hay rendición ni extinción de las obligaciones. El maestro Borja Soriano, siguiendo los antecedentes del código, (estos preceptos están inspirados especialmente en el derecho portugués), y los términos en que están concebidos, llega a la conclusión de que se trata de un acto unilateral. Si se

leen efectivamente los comentarios de Díaz Ferreira y de Cunha Gonçalves, se encuentra que éstos admiten que la remisión de la deuda es un acto unilateral y no se necesita que intervenga el deudor para dar su consentimiento y extinguir el adeudo. En este sentido, algunos tratadistas españoles, como Ruggiero, llegan también a la conclusión de que la remisión de la deuda es un acto unilateral.

Artículo 2209: “Cualquiera puede renunciar a su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe”. Artículo 2210: “La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero las de éstas dejan subsistente la primera”. Artículo 2211: “Habiendo varios fiadores solidarios, el perdón que fuere concedido solamente a alguno de ellos, en la parte relativa a su responsabilidad, no aprovecha a los otros”. Artículo 2212: “La devolución de la prenda es presunción de la remisión del derecho a la misma prenda, si el acreedor no prueba lo contrario”.

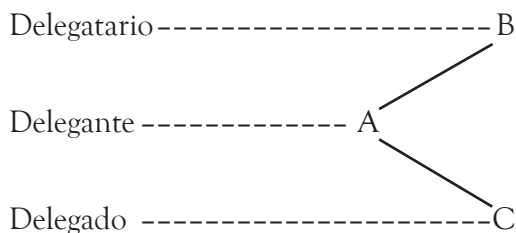
XL. DELEGACIÓN

1. Generalidades

l hablar de novación es necesario referirse a la delegación, que es el acto por el cual una persona le pide a otra que se convierta en deudor de una tercera persona. En la delegación intervienen tres personas que se llaman delegante, delegatario y delegado. Cuando hay una obligación anterior, el delegante es el deudor primitivo, el delegatario es el acreedor y el delegado es el que sustituye al deudor primitivo. En la delegación, el delegante le pide al delegatario que estipule del delegado una obligación, es así como en realidad funciona en la delegación: el delegante dirigiéndose al delegatario para que estipule del delegado.

Decíamos en la clase anterior que la delegación podía funcionar como una extinción de obligaciones, es decir, como una novación, y aun ha habido autores que confunden la novación con la delegación; Pothier, por ejemplo, define la delegación diciendo que es un caso de novación.

Pero no siempre la delegación tiene efecto novatorio; si, por ejemplo, el delegante le quiere hacer una donación al delegatario sin que exista una obligación anterior o le quiere hacer un préstamo al delegatario sin tener dinero en ese momento, le puede decir: cobra de fulano, delegado, tal cantidad de dinero; en este caso la delegación funciona así, vamos a suponer que A delegante le quiere hacer un préstamo a B delegatario y no tienen dinero; hacen el convenio entre A delegante y B delegatario y le dice A a B, esto lo cobras de C, quien ya ha aceptado dar el dinero y sin que haya habido ninguna obligación anterior entre ninguna de estas personas; si no ha habido ninguna obligación anterior, no habrá novación porque ya dijimos que es elemento esencial de la novación el que haya una obligación anterior que se sustituya por una aplicación nueva.



Pero puede suceder que efectivamente haya una obligación anterior que se pretenda extinguir, que el delegante A (véase el esquema)

sea deudor del delegatario B, y aun puede suceder que el delegante sea al mismo tiempo acreedor del delegado C y entonces se pretende terminar con estas dos obligaciones (delegante-delegatario, delegante-delegado, o sea A-B A-C) para dejar una nueva (B-C) que será delegatario-delegado; y entonces le dice el delegante al delegatario: estipula del delegado la misma cantidad que yo te debo; pero como el delegado no lo hace gratuitamente sino que lo hace para terminar con la obligación que tiene con el delegante, resulta que viene a quedar sólo una obligación, la del delegado con el delegatario, y se extinguen las otras dos, es decir, la del delegante con el delegatario, porque ha aceptado el delegatario que el delegado se obligue por el delegante, y la del delegado con el delegante porque se ha obligado el delegado por el delegante con el delegatario, es decir, se extinguen las relaciones A-B y A-C y queda sólo la relación B-C.

En ese caso sí hay una novación, puesto que por el cambio de sujeto se han extinguido las dos obligaciones anteriores, en la inteligencia de que esta relación de delegatario y delegado es nueva; basta suponer que esta nueva obligación tenga garantías diversas de las otras para pensar que es distinta.

Pero además hay otra cosa, para que haya novación en la delegación, se necesita que haya una obligación preexistente, porque no siempre la delegación extingue la primitiva obligación, por eso hay una diferencia entre delegación perfecta y delegación imperfecta. Se llama perfecta cuando acontece lo que decíamos en el ejemplo anterior, es decir, cuando la extinción de la obligación anterior hace

que el delegante desaparezca de la relación y solamente quede la relación delegatorio-delegado. Pero a veces no desaparece el delegante, sino que quedan los dos obligados con el delegatario, es decir, el delegante y el delegado; el delegatario dice: acepto estipular del delegado, pero tú, delegante, sigues siendo mi deudor; cuando esto sucede, cuando se conserva la relación con el delegante sin que haya, en consecuencia, extinción de la obligación, entonces la delegación es imperfecta; por eso se llama así, porque no llega a quitar de la relación al delegante; por ello, para que la delegación sea novación subjetiva se requiere:

I. Que haya una obligación preexistente, y

II. Que se trate de una delegación perfecta porque si no, no habrá extinción de la obligación.

2. ¿Cómo funciona la delegación por estipulación a favor de tercero?

Su programa se refiere al caso, pero en realidad yo no creo que la delegación pueda funcionar como estipulación a favor de tercero, mejor debe afirmarse que puede haber delegación y que puede haber estipulación a favor de tercero para llegar a un efecto semejante; decíamos: normalmente el delegante le dice al delegatario: estipula del delegado una cantidad x de dinero. Es así como funciona la delegación en el derecho romano y como ha funcionado en el derecho moderno; pero puede suceder que haya una estipulación a favor de

tercero, la situación es sencilla en realidad. Entre delegante y delegado hay un contrato, hay un convenio, en cuya virtud se estipula a favor del delegatario, como vimos que sucede en una forma sencilla tratándose de la estipulación a favor de tercero, es decir, de un acto resulta una obligación a favor del tercero. En realidad, no hay propiamente una delegación sino que aquí funciona como una estipulación a favor de tercero el hecho de que haya una obligación directa entre delegado y delegatario. Claro está que para este efecto tiene mayores ventajas la estipulación a favor de tercero que la delegación, porque aquí, por la naturaleza misma de la estipulación, desde que existe este convenio entre delegante y delegado o quienes deberían ser delegante y delegado, surge la obligación a favor del delegatario; recordemos que la estipulación a favor de tercero hace surgir como acto de voluntad unilateral que funciona como delegado, como acto a favor del delegatario, y que la aceptación posterior no es sino para darle el carácter de irrevocabilidad a la obligación en el acto de estipulación a favor de tercero; en cambio, si se hace funcionar como delegación, funciona con el carácter de irrevocable; por eso es que se considera mejor que funcione como una estipulación a favor de tercero que como una delegación.

Un problema referente a la dación en pago. En materia de dación en pago se dice que ésta puede confundirse con un contrato de compra-venta como compensación. Efectivamente, se confunden excepto por algún punto accesorio. La cuestión es ésta: si se da en pago un objeto se extingue la obligación primitiva por cambio del objeto que se acepta en pago; pero puede suceder también esto: que aparezca dándose el

objeto independientemente de la obligación, en venta, y que el precio se compense con la obligación primitiva; entonces no habrá funcionado como una dación en pago, sino como una venta en la que el precio se compensa con el crédito.

La distinción entre los dos casos aparece cuando no existe la obligación primitiva; si no existe la obligación primitiva, entonces, si se ha dado en pago una cosa de una obligación que no existe, habrá derecho a repetir, y puesto que no se ha pagado una deuda existente se tendrá derecho a repetir. En cambio, ¿qué sucede si ha funcionado como venta con compensación? Que como la venta de todos modos ha existido, a lo que se tendrá derecho no será a la cosa, sino en todo caso al pago del precio; como no ha existido la deuda que se trata de compensar y no se me ha pagado la cosa vendida, tendré derecho a exigir el precio. Repetimos: la dación en pago puede confundirse con una compraventa con compensación, esto es, si hay una obligación, por ejemplo, de \$5,000.00 y yo doy un automóvil de \$5,000.00, extingo la obligación en los términos de una dación en pago; pero puede llegarse también a la extinción de la obligación diciéndole a mi acreedor: te vendo el automóvil en \$5,000.00, pero como yo te debo \$5,000.00 y tú me debes \$5,000.00 por la venta del automóvil, extinguimos por compensación. ¿Y esto cómo funciona? Hay diferencia entre estas dos situaciones; hay diferencia porque, según decíamos, vamos a suponer que no existe la obligación primitiva; si yo he dado en pago el automóvil sin que exista la obligación de pagar, y yo he pagado lo que es debido y tengo derecho a repetir, pero si yo he vendido mi automóvil con el propósito de compensar, de todos modos la

venta existe, he vendido mi automóvil y si no existe esa obligación primitiva, tendré derecho a que se me entregue el precio pero ya el automóvil habrá pasado a la propiedad del comprador y no tendré derecho a una repetición por pago de lo indebido.

XLI. OBLIGACIONES COMPLEJAS

1. *Ideas preliminares*

En las obligaciones complejas puede haber o pluralidad de sujetos o pluralidad de objetos, esto es, en una obligación puede haber varios sujetos, sean sujetos activos o pasivos, o bien, en el objeto pueden existir varias cosas. Cuando existen varios sujetos en una obligación, el nuevo Código Civil las denomina obligaciones mancomunadas, que es el mismo concepto del derecho civil francés, nada más que en el aquel cuerpo de leyes se les llama obligaciones conjuntas, término que ha sido criticado aun por la doctrina francesa porque da la impresión de que el cumplimiento debe efectuarse siempre de manera conjunta, cuando en realidad la obligación conjunta del derecho civil francés se refiere más bien a la regla general de los

casos en que hay pluralidad de sujetos, o sea, cuando la deuda se divide; es decir, que las obligaciones que el Código de 1884 llamó obligaciones a prorrata o divisibles, en el nuevo código se llaman simplemente mancomunidad.

Pero la idea es ésta: obligaciones mancomunadas se llaman todas aquellas obligaciones en que hay pluralidad de sujetos, y la mancomunidad puede ser simple mancomunidad (que en el Código de 1884 la denominaban obligaciones a prorrata y que la doctrina del derecho civil francés llama obligaciones conjuntas), puede haber solidaridad y, por último, indivisibilidad.

No eran éstas las denominaciones que empleaba el Código de 1884, porque en éste, la obligación mancomunada era lo mismo que obligación solidaria; a las obligaciones en que había pluralidad de sujetos simplemente que, por tanto, su cumplimiento se dividía por partes que normalmente eran iguales, se les llamaba obligaciones a prorrata u obligaciones divisibles. La mancomunidad en el Código de 1884 era sinónimo de solidaridad; el artículo 1984 del nuevo código establece: “Cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad”. Que, por cierto, el Código Civil español llama mancomunidad a esta pluralidad de sujetos.

XLII. SIMPLE MANCOMUNIDAD

1. Generalidades

La regla general en materia de obligaciones con pluralidad de sujetos consiste en la división de la deuda; por decirlo así, el derecho común de las obligaciones con pluralidad de sujetos es la divisibilidad de la deuda; así, por ejemplo, si se conviene que B y C son deudores, digamos por \$5,000.00 de A, B responde únicamente por \$2,500.00 y C por los otros \$2,500.00; se divide entre los diversos deudores en tantas partes iguales como sujetos sean, a no ser que por un pacto la división no sea por partes iguales, sino que sea por una proporción diversa, que B, por ejemplo, deba \$3,000.00 y que C deba los otros \$2,000.00 restantes, pero si no hay un pacto, la división es por partes iguales; ésta es la regla general tratándose de obligaciones con

pluralidad de deudores, y con pluralidad de acreedores, es también la regla general en la división del crédito entre los acreedores, de tal suerte que si un deudor le debe a B y a C \$3,000.00, la regla general será que el deudor tenga que pagarle a B \$1,500.00 y a C los otros \$1,500.00, o sea, la mitad a cada uno. Esto es lo que se llama simple mancomunidad y que, repetimos, en el Código de 1884 se podía denominar obligación a prorrata, como las denomina Manresa en el derecho civil español, obligaciones conjuntas, como se denominan en el derecho civil francés. El artículo 1985 establece: “La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos uno de otros”.

Como se ve, la regla general es la división por partes iguales, y además la consideración de que hay tantas obligaciones como partes haya en la división.

2. Obligaciones solidarias

Pero puede suceder que la obligación no se contraiga como simple mancomunidad, sino con solidaridad, que, repetimos, ya no es sinónimo de mancomunidad como lo era en el Código de 1884, sino que ahora la solidaridad es en realidad una especie de concepto general de la mancomunidad. También la simple mancomunidad es una

especie de concepto general que significa simplemente pluralidad de acreedores o de deudores; obligaciones mancomunadas es el género que tiene como especie a la simple mancomunidad, a las obligaciones solidarias y a las obligaciones indivisibles, casos únicos en que hay pluralidad de acreedores o deudores.

La solidaridad puede ser solidaridad activa, o sea, solidaridad entre acreedores, y solidaridad pasiva, o sea, solidaridad entre deudores. En ambos casos es un beneficio a favor del acreedor, puesto que el acreedor en la solidaridad activa tiene el derecho de exigir el total de la obligación al deudor, y en la solidaridad pasiva tiene el mismo derecho de exigirle a cualquier deudor la totalidad o el cumplimiento íntegro de la obligación.

En la *solidaridad activa*, hay pues, un conjunto de acreedores, cualquiera de los cuales puede exigir el total de la obligación, naturalmente que cuando se paga a uno de esos acreedores se extingue la obligación respecto a los demás. En la solidaridad pasiva existe un conjunto de deudores y uno solo o varios acreedores. Existiendo, por ejemplo, varios deudores A, B y C y debiéndole \$3,000.00 a D, éste tiene derecho de exigir a A, a B o a C los \$3,000.00 y no tiene la obligación de dividir la deuda, como sucede dentro de la regla general, entre A, B y C, sino que la solidaridad consiste precisamente en el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación a cada uno de los deudores. Naturalmente, si el pago lo hace uno de los deudores, extingue la obligación respecto de los demás deudores, y entonces quedan únicamente relaciones entre los diversos deudores A, B y C en el

ejemplo, en cuanto a que cada uno de ellos ha pagado el total de la obligación y están todos igualmente obligados; entonces, si A es quién ha pagado, tendrá acción en contra de B y C por una parte del adeudo, es decir, no puede reclamar a su vez el total a B, por ejemplo, porque B tendría la acción contra C y sería un círculo vicioso de acciones; A tendrá únicamente una acción de \$1,000.00 contra cada uno de los codeudores, es decir, entre los deudores se divide la obligación, pero no así respecto del acreedor cuando se trata de deudores solidarios. A esto se refiere el artículo 1987 del nuevo código que dice: “Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida”.

El artículo 1988 dice: “La solidaridad no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes”. Es decir, es el concepto de que la solidaridad es una especie de excepción a la regla general de las obligaciones mancomunadas, o sea, a las obligaciones con pluralidad de sujetos; pero cuando la ley establece la solidaridad o cuando hay un pacto de solidaridad, entonces la regla de la división entre los diversos deudores se transforma en la solidaridad activa o pasiva.

La solidaridad entre acreedores no es muy usada en la práctica, y es que en realidad tiene el peligro de que uno de los acreedores cobre el total del adeudo y luego no cumpla respecto a los demás acreedores, o bien, resulte insolvente después del cobro, y como ade-

más las consecuencias prácticas de la solidaridad activa se pueden conseguir mediante un mandato que se le pueda dar a una persona de quien se requiera el servicio de gestionar el cumplimiento de la obligación, llegándose a la consecuencia práctica de la solidaridad entre acreedores, resulta que, repetimos, en la práctica no es muy usada.

El Código reglamenta la solidaridad activa en diversos preceptos. Artículo 1990: “El pago hecho a uno de los acreedores solidarios extingue totalmente la deuda”. Artículo 1991: “La novación, compensación, confusión o remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación”. Estos efectos se han explicado en la doctrina como un caso de representación legal establecida a favor de los diversos coacreedores solidarios, cada uno de los acreedores representa a los demás para el efecto del pago de la obligación, de tal suerte que si se paga la obligación, si se paga a uno de los acreedores, se extingue la obligación y si por cualquier otro medio uno extingue la obligación, se entiende extinguida para los demás acreedores.

¿Quién puede exigir el pago? ¿Cualquiera de los acreedores A, B o C puede exigir el pago total al deudor D? La solución es que cualquiera puede hacerlo, es el efecto propio de la solidaridad activa, pero si alguno de ellos demanda al deudor, éste debe pagarle al que demanda el cumplimiento de la obligación y no a los demás acreedores.

Artículo 1994: “El deudor de varios acreedores solidarios se libera pagando a cualquiera de éstos, a no ser que haya sido requerido jurí-

dicamente por algunos de ellos, en cuyo caso deberá hacer el pago al demandante”. Naturalmente, una vez que se hace el pago a uno de los acreedores, hay una relación entre los acreedores solidarios, y ese acreedor que ha cobrado, normalmente, está obligado a hacer el pago de la parte proporcional a los demás acreedores.

Artículo 1992: “El acreedor que hubiese recibido todo o parte de la deuda, o que hubiese hecho quita o remisión de ella, queda responsable a los otros acreedores de la parte que a éstos corresponda, dividido el crédito entre ellos”. Esta parte, en la mayoría de los casos, será proporcional, pero puede haber existido un pacto entre acreedores para modificar la parte.

Artículo 1993: “Si falleciere alguno de los acreedores solidarios dejando más de un heredero, cada uno de los coherederos sólo tendrá derecho de exigir o recibir la parte del crédito que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible”. Es decir, ya hemos de ver cómo ni la solidaridad activa ni la pasiva continúan después de la muerte del deudor o del acreedor solidario, es decir, que mientras exista en su origen la solidaridad, el acreedor puede exigir el total de la obligación y el deudor solidario está obligado a pagarlo y a la muerte del acreedor o del deudor solidario, se divide la obligación entre los herederos, quienes siendo acreedores, no pueden exigir ya el total de la obligación ni están obligados, siendo deudores, a pagar el total de la obligación. Esto en materia de acreedor solidario, a diferencia del Código de 1884, en el que los herederos del acreedor solidario continuaban siendo acreedores solidarios.

En realidad, la solidaridad activa, como decíamos, no tiene gran importancia práctica, y en general lo que hemos expuesto es la reglamentación del código y la reglamentación doctrinaria; el efecto principal es que el acreedor tiene el derecho de cobrar el total de la obligación y que una vez cobrado ese total, entonces, teniendo relación con los demás acreedores solidarios, está obligado a pagarles la parte que a cada uno les corresponda.

Solidaridad pasiva. La solidaridad pasiva se caracteriza porque cada uno de los deudores está obligado por el total de la obligación. Si A, B y C son deudores solidarios de D por \$3,000.00 ya sea en virtud de convenio, ya sea en virtud de una disposición legal (porque la fuente de la solidaridad puede ser el convenio o la ley), D puede exigir a A, B o C los \$3,000.00 sin dividir la deuda entre ellos, como sucedería en una simple mancomunidad. El artículo 1989 dice al respecto:

Cada uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir de todos los deudores solidarios o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda. Si reclaman todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los demás o de cualquiera de ellos. Si hubiesen reclamado sólo parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda, respecto de alguno o algunos o de los deudores, podrán reclamar el todo de los demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores liberados de la solidaridad.

La solidaridad se ha caracterizado en la doctrina por tener una unidad de objeto y una pluralidad de vínculos, pluralidad que no significa que haya diversas obligaciones, por lo menos dentro del concepto

del nuevo código y aun del Código de 1884. La doctrina se ha dividido y algunos autores sostienen que en la solidaridad hay varias obligaciones teniendo en cuenta más bien la pluralidad de vínculos, y en este cauce está Planiol, por ejemplo, mientras que otros autores, como Georgi, Hermnard, etc., afirman que la que debe considerarse es la unidad del objeto y sostener que hay una sola obligación. Nuestros códigos han hablado de una más que de varias obligaciones, y además el artículo 1985 nos da un argumento *a contrario sensu*, para llegar a la misma conclusión, puesto que tratándose de las obligaciones de simple mancomunidad manifiesta: “[...] En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros”. Y esta referencia es exclusivamente a la simple mancomunidad y no a los casos de solidaridad.

El efecto principal de la solidaridad pasiva consiste en la obligación al pago total del adeudo; hay, sin embargo, consecuencias accesorias que llama la doctrina francesa, y que son las de la interrupción de la prescripción y las consecuencias de la culpa.

Cuando respecto a uno de los deudores se interrumpe la prescripción, se entiende interrumpida para todos los demás deudores solidarios, así como cuando se interrumpe la prescripción para uno de los acreedores solidarios, se entiende del mismo modo para los demás. Así, cuando por culpa de uno de los deudores solidarios se pierde la cosa, los demás deudores también son responsables de la pérdida, a pesar de que la culpa no haya existido sino respecto de uno de los

deudores; si la cosa perece sin culpa de ninguno de los deudores, entonces estamos dentro de la regla general de los casos en que la cosa perece sin culpa, de no responsabilidad, pero si hay culpa, pues dentro de un sistema normal debería responder de la culpa solamente el deudor que hubiese incurrido en el acto; sin embargo, tratándose de solidaridad, se entiende que el acto de culpa de uno de los deudores afecta a los demás, así lo consigna el artículo 1997 cuando dice:

Si la cosa hubiere perecido, o la prestación se hubiere hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida. Si hubiere mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos responderían del precio y de la indemnización de daños y perjuicios, teniendo derecho los no culpables de dirigir su acción contra el culpable o negligente. (La acción entre los codeudores solidarios).

Estas consecuencias se han explicado en la doctrina francesa en la que no hay un texto expreso, en este sentido: se explican como una representación legal entre los codeudores solidarios, en realidad siendo una explicación teórica que admite aun la doctrina italiana para explicar cómo la interrupción de la prescripción hecha en contra de uno de los deudores interrumpe la de los otros y además este acto de culpa que afecta a los demás, para explicar estos efectos, debe pensarse en una noción de representación legal.

3. Solidaridad imperfecta

No existe lo que en el derecho francés se ha querido llamar solidaridad imperfecta. Se dice que la solidaridad imperfecta existe en aquellos

casos en que la solidaridad tiene como fuente la ley y en la que no se puede pensar, dice parte de la doctrina francesa, en que haya habido un mandato a favor de los demás deudores, puesto que la ley es la que ha impuesto la solidaridad. Por ejemplo, en nuestro derecho tenemos algunos casos de solidaridad derivada de la ley, por ejemplo, cuando hay varios comodatarios, es decir, varios que han recibido un préstamo, de su deuda, los diversos codeudores son responsables solidariamente con el que ha hecho el préstamo; en materia de mandato tienen ustedes otro ejemplo, cuando varias personas han conferido un mandato a otro, son responsables en cuanto al mandatario solidariamente; en el Código de 1884 tienen ustedes otro caso que ya no existe en el código vigente: la solidaridad para el caso de incendio entre los diversos arrendatarios, la cual estipulaba, en un precepto del Código de 1884, que si una casa se incendiaba, eran solidariamente responsables todos los arrendatarios, a no ser que se probara que el incendio había partido de una casa determinada sin culpa de los demás. La responsabilidad no existe, porque el nuevo código establece una responsabilidad dividida en razón de la renta que pagan, siguiendo en esto a la jurisprudencia francesa, que modificó el concepto primitivo. Bueno, pues en estos casos de responsabilidad, decía parte de la doctrina, no es posible que haya mandato a los demás deudores, lo que quiere decir que la consecuencia principal de la solidaridad, o sea, el pago total de la obligación, sí existe, pero no en aquellas consecuencias que se derivan de la noción de mandato como es la prescripción y la culpa.

Otra parte de la doctrina, Planiol por ejemplo, sostiene que no hay propiamente un acto de mandato sino que hay un acto de repre-

sentación, y sabemos que éste puede derivarse de un contrato pero también puede derivarse de la ley, por tanto, no debe admitirse un concepto de solidaridad imperfecta.

En nuestro derecho no hay lugar a estas distinciones, porque en la ley no se distinguen los efectos de la solidaridad, sino que, en todo caso, habla del efecto principal, del pago del total de la obligación, así como de estos efectos accesorios, como son la interrupción de la prescripción y la culpa; por tanto, la solución es en el sentido negativo de no existir solidaridad imperfecta.

¿Qué sucede a la muerte de uno de los codeudores solidarios? En el Código de 1884 había un precepto que establecía una presunción de solidaridad en los casos de muerte de un deudor solidario, precepto que en realidad estaba contradicho por otros artículos que establecían la división del adeudo solidario en proporción de las cuotas hereditarias; esta contradicción aparentemente se resolvía acudiendo a la exposición de motivos del Código de 1870.

Dice el artículo 1396, fracción II: “La mancomunidad pasiva se presume: [...] II. Cuando dos o más personas heredan a un deudor solidario”. En cambio, el artículo 1412 decía: “Los herederos de uno de los deudores solidarios responden, en proporción a sus cuotas, hasta la cantidad que con ellas concurra si todos están solventes”. Lo que es contradictorio, porque el artículo 1412 establece la división entre los deudores en proporción a las cuotas hereditarias, en cambio, el artículo 1396, fracción segunda, establece la solidaridad de los herede-

ros del deudor solitario, lo que significaría la obligación de heredero de pagar el total de la deuda de la obligación.

La explicación de este precepto se hace con la exposición de motivos del Código de 1870, por esta circunstancia que, vamos a ver, podemos en realidad anticipar el concepto, tratándose de la indivisibilidad; lo que sucede es que la fracción segunda se refiere a obligaciones indivisibles, mientras que el 1412 se refiere a las obligaciones solidarias. Esto se entiende mejor sabiendo lo que es indivisibilidad.

Obligaciones indivisibles. En el Código 1884 no hay una reglamentación de las obligaciones indivisibles, a pesar de que la exposición de motivos manifiesta expresamente haber considerado el código francés, el Proyecto de Goyena y otras legislaciones indivisibles, pero dice la exposición de motivos del Código de 1870: “La mancomunidad”. La comisión examinó detenidamente los diversos sistemas conocidos sobre las obligaciones solidarias e indivisibles; estas últimas se consignan expresamente en el código francés y fueron también adoptadas en el Proyecto del Código Civil Español de García Goyena. Las obligaciones que se llaman indivisibles implican una verdadera solidaridad y lo prueba el artículo 1222 francés, de cuyas palabras se deduce que el efecto esencial de la mancomunidad, que es obligar a todos los deudores por el total de la obligación, se encuentra en las llamadas indivisibles, que, por tanto, no forman un género esencialmente diverso de las mancomunadas. Las verdaderas diferencias que hay entre unas y otras consisten no en el efecto, que es el mismo, sino en el origen, pues la solidaridad en las unas nace de la ley, y en las

otras, del convenio. De modo que no en todos los casos es cierto el principio de que la mancomunidad sólo puede establecerse por convenio expreso y que emanan de él graves dificultades, entre otras, la de admitir una nueva especie de obligaciones sin un carácter esencial; la comisión se propuso refundir en un solo título la mancomunidad y la indivisibilidad [...] en los cuatro artículos siguientes: 1510 al 1513 (que son los artículos 1396 y siguientes del Código de 1884), ha desarrollado la comisión su teoría sobre la mancomunidad pasiva fijando los casos en que no se presume y debe, por lo mismo, establecerse en virtud de pacto expreso, así como aquellos en que se presume por la indivisibilidad del objeto o hecho material del contrato, y en los que por lo mismo se necesita el convenio expreso para que dejen de existir. Ni uno solo de los casos que los comentaristas del código francés enumeran entre las obligaciones indivisibles deja de estar comprendido en el artículo 1512 (1396 del Código de 1884), y “si es preciso convenir en que todos esos casos son frecuentes en la práctica, también lo será que en todos ellos resulta, en cuanto al efecto, la solidaridad de los deudores sin necesidad de convenio”. Así pues, dice la exposición de motivos, los efectos de la indivisibilidad en realidad son los mismos efectos que los de la solidaridad y la única diferencia está en la fuente de la indivisibilidad y de la solidaridad; en las obligaciones solidarias la fuente, se dice, es un convenio; en las indivisibles la fuente es una disposición de la ley, y se establecen casos en que la solidaridad se presume y estas presunciones de solidaridad son en realidad las obligaciones indivisibles, y por eso el artículo 1396 establece: “la mancomunidad pasiva se presume: [...]”. Estos casos, dice la exposición de motivos del Código de 1870, son los casos de obligaciones

indivisibles y no ha quedado fuera de estos casos ninguno aceptado por la doctrina, así se explica que la fracción segunda del artículo 1396 establezca la solidaridad presunta o presumida entre los herederos de un deudor solidario, porque siendo obligación indivisible, ya hemos de ver cómo no se divide a la muerte del deudor solidario, a diferencia de lo que sucede en la solidaridad propiamente dicha, en que sí hay división, y el artículo 1412 está reglamentando propiamente la solidaridad y no la indivisibilidad, en la que la muerte no impide la división de la deuda, sino al contrario, trae como consecuencia la división de la deuda.

El nuevo Código Civil ha simplificado esta materia, pero en realidad el Código de 1884 trató de simplificar la materia de indivisibilidad que ha tenido siempre fama en el derecho de ser muy complicada desde la obra de Dumoulin en Francia, en que hablan de “un verdadero laberinto en materia de indivisibilidad” y da reglas para guiarse en ese laberinto. Desde esa obra cuya doctrina pasó a Pothier, y de éste al Código Civil francés, se le ha considerado una materia complicada, y, efectivamente, es materia sumamente complicada. Se quiso, decíamos, en el Código de 1884, simplificar la materia de indivisibilidad, no atendiendo en realidad, a la verdadera naturaleza de la indivisibilidad, que todavía hizo mayor la complicación que llegó a estas situaciones contradictorias.

El nuevo código ha tratado de simplificar la materia y en realidad lo ha conseguido: I. Estableciendo un verdadero concepto de indivisibilidad, derivado de la naturaleza de la prestación que en reali-

dad debe ser el concepto de indivisibilidad sin admitir lo que en otras doctrinas, como la francesa por ejemplo, se denomina indivisibilidad voluntaria, por lo que, entonces sí, no se ve una diferencia esencial con la solidaridad. La obligación es indivisible cuando el objeto, la prestación, no puede dividirse y, sin embargo, existen varios deudores. Con ese concepto sencillo sí pueden entenderse en realidad las consecuencias de la indivisibilidad. Cuando hay un saldo deudor, entonces no hay problema en ninguna obligación, ya sea divisible o indivisible, porque sabemos que el deudor debe pagar aquello a que está obligado y que no está obligado el acreedor a aceptarle pagos parciales; pero si hay varios deudores, entonces sí surge el problema porque, puede suceder que los diversos deudores lo sean de una aplicación divisible, por ejemplo, de una suma de dinero, que son los casos que ya hemos visto; tres deudores deben \$3,000.00, la obligación es divisible porque se puede cumplir en forma dividida pagando cada quien \$1,000.00, pero vamos a suponer que tres deudores lo sean de una cosa que no se puede dividir, por ejemplo, si se obligan a entregar una casa, no se puede entregar una puerta separadamente de una viga, etc., es decir, que por la naturaleza de la cosa, tiene que entregarse toda de una vez. Así pues, la indivisión es aquella obligación en que existiendo varios deudores, por la naturaleza del objeto, éste no puede dividirse y entonces, ¿cuál deberá ser la consecuencia? Que cada uno de los deudores esté obligado a prestar el total de la aplicación, independientemente de un convenio, independientemente de que haya o no solidaridad; por eso dice claramente el artículo 2003: “Las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser

cumplidas si no por entero” (Los preceptos relativos a esta materia están tomados en lo general del Código Civil argentino y algunos del Código Civil francés).

El artículo 2004 establece: “La solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible; ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria”. Porque son conceptos distintos, porque la indivisibilidad, repetimos, es únicamente lo que la teoría llama indivisibilidad natural, aquella que se deriva de la imposibilidad de hacer la prestación parcialmente. Si yo, por ejemplo, para tomar el ejemplo clásico de la materia, me obligo a constituir una servidumbre, no puedo dividir esa obligación, o la constituyo o no, pero no puedo constituir por partes la servidumbre.

El artículo 2005 establece: “Las obligaciones divisibles en que haya más de un deudor o acreedor se regirán por las reglas comunes de las obligaciones; las indivisibles en que haya más de un deudor o acreedor se sujetarán a las siguientes disposiciones”. Artículo 2006: “Cada uno de los que han contraído conjuntamente una deuda indivisible, está obligado por el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad. Lo mismo tiene lugar respecto de los herederos de aquel que haya contraído una obligación indivisible”. Así como hemos visto que la solidaridad no impide la división entre los herederos, la indivisibilidad, por el contrario, sí la impide porque ésta depende de la naturaleza de la cosa, es decir porque no se puede llevar a efecto la prestación en forma dividida. Ven ustedes la diferencia entre efectos de la indivisibilidad y la solidaridad.

Artículo 2007: “Cada uno de los herederos del acreedor puede exigir la completa ejecución indivisible, obligándose a dar suficiente garantía para la indemnización de los demás coherederos, pero no en lugar de la cosa”. Si uno de los herederos ha perdonado la deuda o recibido el valor, de la cosa, el coheredero no puede pedir la cosa indivisible sino devolviendo la porción del heredero que haya perdonado o que haya recibido el valor y cada uno de los acreedores de una obligación indivisible tiene el derecho de exigir el cumplimiento total de la obligación.

Artículo 2008: “Sólo por el consentimiento de todos los acreedores puede remitirse la obligación indivisible o hacerse una quita de ella”. Artículo 2009: “El heredero del deudor, apremiado por la totalidad de la obligación, puede pedir un término para hacer concurrir a sus coherederos, siempre que la deuda no sea de tal naturaleza que sólo pueda satisfacerse por el heredero demandado, el cual entonces puede ser condenado, dejando a salvo sus derechos de indemnización contra sus coherederos”. Este precepto se deriva del Código Civil francés y de Pothier, y se explica así: Cuando hay un heredero del deudor indivisible, puede haber varios casos: según el ejemplo típico presentado por Pothier de la servidumbre en el estado de mancomunidad, mejor dicho, en el estado de indivisión creado por la muerte del autor de la herencia, los herederos no pueden cumplir con la constitución de la servidumbre si no es en su totalidad, porque todos ellos son los que van a cumplir con obligación del autor de la sucesión, y entonces, si uno es demandado, tiene que llamar a los demás herederos para constituir la servidumbre. Pero vamos a suponer que

mediante la partición del feudo sirviente, el feudo donde deberá constituirse la servidumbre pasó a uno de los herederos, entonces la demanda no tiene que referirse a todos los herederos porque el único que tiene que cumplirla es el dueño del feudo sirviente, entonces ya se demanda exclusivamente a ese heredero. ¿Puede ese heredero hacer concurrir a los demás? En mi concepto, no. El artículo es claro en el sentido de que normalmente se llama por tratarse de obligaciones indivisibles que deben cumplir entre todos los herederos, pero cuando solamente puede cumplirse por uno, entonces es un caso de excepción respecto a la demanda. Esa es la interpretación en el caso del artículo 2009. El derecho, que el que pagó la obligación en el caso del artículo que acabamos de citar en contra de sus coherederos, ya no es motivo del juicio en que el heredero es demandado para que cumpla con la obligación indivisible, siendo el único que puede cumplirla, sino que es un juicio de indemnización respecto de los demás coherederos en virtud de que sólo él ha cumplido la obligación y que puede no haberse tenido en cuenta este hecho en la partición. El artículo 2010 dice que pierde la calidad de indivisible la obligación que se resuelve en el pago de daños y perjuicios, y que entonces deben observarse ciertas reglas. Es otra consecuencia de que se trata de la indivisión natural, una vez que se transforma la obligación indivisible en una aplicación de pago de daños y perjuicios, entonces, como pago de daños y perjuicios es una cantidad de dinero, ya pierde su carácter la prestación, la indivisible, y entonces puede dividirse. Este artículo está enteramente de acuerdo con la teoría admitida. Decíamos: el artículo 2010 dice: “Pierde la calidad de indivisible la obligación que se resuelve en el pago de daños y perjuicios y, entonces, se observarán

las reglas siguientes: I. Si para que se produzca esa conversión hubo culpa de parte de todos los deudores, todos responderán de los daños y perjuicios proporcionalmente al interés que representen en la obligación [Se ve ya la división proporcional.] II. Si sólo algunos fueron culpables, únicamente ellos responderán de los daños y perjuicios”.

XLIII. FABRICACIONES CON PLURALIDAD DE OBJETOS

1. *Obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas*

n esta materia, los artículos del Código de 1928 no han hecho casi sino reproducir los preceptos del Código de 1884. Según el artículo 1961, “el que se ha obligado a diversas cosas o hechos conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos”; ésta es la obligación que se llama *conjuntiva*, y no hay que confundirla con la que en francés se llama *conjunta*, que hemos traducido como obligación a prorrata o divisible. En los demás artículos se ocupa el código de las obligaciones alternativas.

Obligaciones alternativas. El artículo 1962 establece: “Si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o a un

hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas, mas no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho”. Como vemos, en las obligaciones alternativas hay, como en las obligaciones conjuntivas, dos objetos de la obligación, pero mientras que en las primeras el deudor debe cumplir con las dos prestaciones que son objeto de la obligación, en las alternativas sólo está obligado a prestar una u otra de ellas. En las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor, si no está pactada otra cosa, así lo establece el artículo 1963 del nuevo código; de aquí se desprende que si la elección corresponde al deudor, éste podrá liberarse entregando una u otra, y si correspondiera al acreedor, el deudor sólo se libraría entregando de las diversas cosas el objeto de la obligación, aquella que elija el acreedor. El artículo 1965 establece: “El deudor perderá el derecho de elección cuando, de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado, sólo una fuere realizable”. El artículo 1966 agrega: “Si la elección compete al deudor y alguna de las cosas se pierde por culpa suya o por caso fortuito, el acreedor está obligado a recibir la que quede”; las consecuencias que se establecen de estos dos artículos no son sino aparentes. Del principio de que hay dos objetos en la obligación, aun cuando sea exigible uno, si uno perece sin culpa del acreedor, éste tiene el derecho a que el deudor le entregue la otra cosa o que ejecute la otra prestación. Siguen numerosos artículos relativos especialmente a los casos de responsabilidad de ejecución, sin embargo, estos artículos son de escaso valor doctrinal y poca importancia práctica, así lo dice Planiol, por eso, siguiendo sus criterios, no hacemos un estudio de ellos.

Obligaciones facultativas. No hay que confundir las obligaciones alternativas con las facultativas que existen en la práctica, pues tienen importancia no obstante que no han sido expresamente reglamentadas, ni por el Código de 1884 ni por el de 1928, pero son estudiadas por los autores. En la obligación facultativa hay un solo objeto de obligación, pero el deudor tiene la facultad de liberarse ejecutando otra prestación que se prevé en el contrato, en lugar de cumplir ejecutando la prestación objeto de la obligación. Un ejemplo de obligación alternativa sería: A se obliga a prestar a B uno de los dos automóviles que tiene, como en el contrato no se ha dicho a quién corresponde la elección, corresponde al deudor; si la elección corresponde al acreedor, éste podrá exigir del deudor que le entregue el automóvil que quiera; si la obligación es facultativa, el ejemplo sería éste: A se obliga a prestar a B un automóvil cerrado, pero teniendo la facultad de prestarle en lugar del cerrado, que es el único de la obligación, uno abierto; en este caso el acreedor no podrá exigir uno u otro o determinado automóvil de los dos. Otra diferencia interesante es que, como hemos visto, si perece una de las cosas, objeto de la obligación alternativa, queda otra de las cosas que por estar en el objeto de la obligación será la que debe entregar el deudor al acreedor; mientras que en la obligación facultativa, perece la única cosa, objeto de la obligación, no está ya obligado a entregar nada el deudor, puesto que perece la única cosa objeto de la obligación. Si perece la cosa que el deudor tenía facultad de entregar, el único efecto es que el deudor no podrá tener ya esa facultad, pero la obligación seguirá subsistiendo con su objeto que no ha perecido. Planiol estudia otras diferencias que son poco importantes.

Con esto damos por terminado el curso aquí; para el año entrante veremos contratos.

OBLIGACIONES COMPLEJAS

OBLIGACIONES MANCOMUNADAS (pluralidades de sujetos)	 Mancomunidad simple (división de la deuda) Solidaridad (no se divide la deuda) Indivisibilidad (imposibilidad natural de división)
PLURALIDAD DE OBJETOS	 Obligaciones conjuntivas Obligaciones alternativas Obligaciones facultativas

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en noviembre de 2017 en los talleres de Piso 15 Editorial, S.A. de C.V., Avenida 14 oriente 2827, Colonia Humboldt, Puebla, Puebla, Ciudad de México, México. Se utilizaron tipos English 111 Vivace Bt de 68.2 puntos y Goudy Old Style de 14, 13, 12, 10, 9 y 8 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel couché mate 2 caras de 100 gramos.

