

**HOMENAJE A
MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA
POR EL COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM**

**COORDINADOR
ÁNGEL GILBERTO ADAME LÓPEZ**

COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL FACULTAD
DE DERECHO-UNAM

HOMENAJE A
MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA

HOMENAJE A
MIGUEL ÁNGEL ZAMORA
Y VALENCIA

POR EL
COLEGIO DE PROFESORES DE
DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM

Coordinador

ÁNGEL GILBERTO ADAME LÓPEZ

COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL FACULTAD
DE DERECHO-UNAM

México, 2017

Primera edición: 2017
Homenaje a Miguel Ángel Zamora y Valencia

Copyright © 2017

COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM

Derechos reservados

ISBN: 978-607-97621-2-4

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta publicación por cualquier medio de reproducción sin previa autorización del editor.

Las opiniones expresadas así como los contenidos son responsabilidad de los autores.

Impreso en México / *Printed in Mexico*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	IX
Ángel Gilberto Adame López	
LA LEY DEL NOTARIADO DE 1946: HACIA UN TIPO ÚNICO DE NOTARIO	1
Ángel Gilberto Adame López	
I. De la creación de notarías	3
II. De los requisitos para acceder al notariado	3
III. De la designación del notario	6
IV. De los tipos de notarios	7
V. Conclusiones	10
LA INDUSTRIA FAMILIAR, LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES Y DE LOS MENORES EN MÉXICO	13
Sara Arellano Palafox	
I. Introducción	13
II. La industria familiar	14
III. La familia y sus miembros	15
IV. Actualidad laboral	16
V. El trabajo de las mujeres	20
VI. El trabajo de los menores	22
VII. Conclusiones	25
Bibliografía	25
DIÁLOGO EN EL PURGATORIO ENTRE HANS Kelsen Y FRANÇOIS GÉNY	27
Alfredo Bazúa Witte	
I. Introducción	27
II. Diálogo	29
III. Conclusión	33
Bibliografía	34
CONCUBINATO Y MATRIMONIO	37
Joel Chirino Castillo	
I. Introducción	37
II. Concubinato	38
III. Antecedentes históricos	39
IV. Unión libre	41

V. Distinción y efectos entre el matrimonio y el concubinato.....	42
V.I. De los cónyuges.....	43
V.II. De los concubinos.....	44
VI. Consideraciones finales.....	48
LA EMANCIPACIÓN.....	49
Alejandro Domínguez García Villalobos	
I. Concepto.....	49
II. Legislación en la Ciudad de México.....	51
II.I. Código Civil de 1870.....	51
II.II. Código Civil de 1884.....	54
II.III. Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.....	55
II.IV. Código Civil de 1928.....	56
III. Derecho comparado.....	62
Bibliografía.....	66
REFLEXIÓN SOBRE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE PROMESA.....	67
José Luis Franco Varela	
BITCOINS.....	79
Sandro García Rojas Castillo	
LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO Y LA FUNCIÓN NOTARIAL.....	85
Eduardo García Villegas	
I. Introducción.....	85
II. La función notarial como garantía institucional.....	86
III. El servicio notarial y registral como un derecho humano en la Consti- tución Política de la Ciudad de México.....	90
IV. Conclusiones.....	95
LA <i>ADDICTIO IN DIEM</i> EN LA COMPRAVENTA CIVIL.....	97
Juan Luis González Alcántara	
I. Introducción.....	97
II. Derecho romano.....	98
III. Derecho francés.....	101
IV. Derecho argentino.....	104
V. Derecho mexicano.....	104
VI. Conclusiones.....	107
Bibliografía.....	108

LA FORMA JURÍDICA	109
Francisco Javier Gerardo Oliveros Lara	
I. Naturaleza formal del acto jurídico	109
II. La forma como determinante de la juridicidad	110
III. La forma en la perfección del acto jurídico	111
IV. La forma en la especificación del acto jurídico	111
V. La forma notarial en el cumplimiento de los fines generales de la forma jurídica	112
VI. El documento en función de la formalidad	113
VII. El documento notarial	114
VIII. La forma notarial en la creación del derecho	115
IX. La relación entre forma y prueba	115
X. La forma notarial en el ejercicio del derecho	116
XI. Forma en sentido estricto	116
XII. Evolución histórica	117
XIII. Evolución en México	118
XIV. Contratos consensuales, formales o solemnes	120
Bibliografía	122
PODER, REPRESENTACIÓN Y MANDATO	123
Rafael Manuel Oliveros Lara	
I. Antecedentes	125
II. Definición	127
III. Definiciones de representación de distintos autores	130
IV. Clases de representación	131
V. Representación legal	131
VI. La representación voluntaria	134
VII. La representación estatutaria	138
VIII. El poder	142
Bibliografía	150
TÓPICOS DE LA COMPRAVENTA	153
Manuel Enrique Oliveros Lara y Ricardo Vargas Navarro	
I. Introducción	153
II. Concepto de compraventa	155
III. Compraventa de cosa ajena	160
IV. Compraventa: de esperanza, de cosa futura y de cosa esperada	167
V. Compraventa en abonos vs. compraventa con reserva de dominio	169
VI. Conclusión	175
Bibliografía	176

INEQUIDAD QUE SE PRODUCE CON ALGUNOS MODELOS DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.....	179
Javier Pérez Almaraz	
I. Concepto y antecedentes	179
II. Legislación	183
II.I. Código Napoleón de 1803.....	183
II.II. Código Civil de 1870	183
II.III. Código Civil de 1884	185
II.IV. Código Civil de 1928	186
II.V. Reformas al Código Civil de 25 de mayo de 2000	188
III. Propuestas y conclusiones	196
 EL AZAR Y EL DERECHO.....	 201
Moisés Teliz Santoyo	
 CONSIDERACIONES SOBRE LA VALIDEZ DE CIERTAS REGLAS DE LAS CORPORACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA QUE SEAN INCORPORADAS EN LA ESCRITURA CONSTITUTIVA O ESTATUTO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN MÉXICO	 215
Miguel Ángel Zamora y Vega	
I. Introducción	215
II. Responsabilidad limitada de los accionistas al monto de su aportación ..	217
III. Administración centralizada.....	218
IV. Autoridad genéricamente designada por ley y persona específicamente designada por la persona moral para recibir documentación legal de la corporación	219
V. Límites a la responsabilidad individual de los miembros del órgano de administración.....	220
VI. Poderes a los accionistas	221
VII. Asambleas de accionistas convocadas por un tercero.....	221
VIII. Asambleas de accionistas reunidas fuera del domicilio social.....	221
IX. Acuerdos de accionistas sin asamblea y sin voto unánime	222
X. Voto acumulado	222
XI. Escritura constitutiva vs. estatuto social	223
XII. Restricciones a las facultades del consejo de administración	224
XIII. Número de accionistas relacionado con el número de miembros del consejo	225
XIV. Revocación de miembros del consejo de administración	225
XV. Responsabilidades de los administradores y funcionarios sociales	226
XVI. Prohibiciones vs. restricciones a las transferencias de acciones	227
XVII. Conclusiones	228

PRESENTACIÓN

Ángel Gilberto Adame López



El presente volumen tiene como objetivo rendir homenaje al maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia, destacado catedrático y notario. Nació en Uruapan, Michoacán, el 10 de agosto de 1939. Cursó la licenciatura en la Facultad de Derecho de la UNAM, misma que concluyó en octubre de 1963, siendo reconocido con mención honorífica. Posteriormente, realizó estudios de doctorado en esta institución emérita. En septiembre de 1967 obtuvo la patente que lo acredita como notario de la Ciudad de México.

Inició su trayectoria docente en 1973, año en que obtuvo por oposición la titularidad del primer curso de Derecho Civil y de Contratos. Además de su labor magisterial, se desempeñó como Primer Subprocurador Fiscal de la Federación.

Su obra más importante, *Contratos civiles*, surgió como una iniciativa para facilitar su estudio a través de la sistematización de modelos comparativos. Tal ha sido la trascendencia de este compendio que se ha convertido en bibliografía indispensable de la ciencia jurídica. Fue el propio maestro quien puntualizó su objetivo al emprender su proyecto escritural: “si el libro llega a ser de utilidad a los estudiantes universitarios de las diversas facultades o escuelas de derecho, aunque no a los profesionales que por su experiencia y capacidad lo consideren elemental, el propósito de escribirlo habrá quedado satisfecho, ya que tal fue la intención al redactarlo”.

La disciplina y la aspiración a la excelencia son dos de las características que distinguen la conducta del maestro Zamora y Valencia dentro y fuera de las aulas. Siempre guiado por los más altos estándares de exigencia, ha instruido a infinidad de civilistas con estricto rigor y compromiso intelectual. Sus colegas hemos sido testigos de su profesionalidad y de su entereza. Al paso de los años, distintas instituciones han reconocido su labor. Ha sido galardonado con la presea al Honor Docente, a la Investigación jurídica y al Honor Notarial.

Los trabajos que integran el presente volumen fueron elaborados por especialistas de reconocida calidad y experiencia, y abordan temas concier- nientes al derecho notarial, familiar, monetario y corporativo.

Siendo fieles al ejemplo del maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia, esperamos que esta obra cumpla con su doble misión, la de encomiar a uno de los catedráticos más destacados de nuestra alma mater y la de aproximar al lector textos que le permitan tener una visión ágil y contemporánea de la materia civil.

HOMENAJE A
MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA

LA LEY DEL NOTARIADO DE 1946: HACIA UN TIPO ÚNICO DE NOTARIO

Ángel Gilberto Adame López



La función notarial, por la importancia que reviste, ha sido depositada por la sociedad en manos de quienes considera más capaces para ejercerla en razón de su honestidad y su conocimiento jurídico. León VI, emperador romano de Oriente, escribió en el 887:

El que vaya a ser elegido notario debe serlo por votación a juicio del decano y de los demás notarios, de suerte que conozca y entienda de las leyes y se distinga por su caligrafía, no resulte locuaz, insolente, ni de vida corrompida, sino de porte serio e inteligencia despierta, docto, prudente, con facilidad de palabra y buena escritura para que no se vea fácilmente desconcertado por escrituras falsas y los signos engañosos.¹

Para encaminar la práctica notarial a sus elevados propósitos, a fines de 1945 se discutió y aprobó, en el Congreso de la Unión, la iniciativa propuesta por el presidente Manuel Ávila Camacho de Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios Federales.

En dicha ley destacan dos aspectos fundamentales: la creación de notarías y el proceso de selección de los titulares. Así, se suprimió la designación directa, la potestad de los notarios de delegar su función, y se circunscribió la apertura de nuevas oficinas a las necesidades de la población. A la letra, se apuntó:

Se precisa en el proyecto a estudio la función pública del Notario, la que emana directamente del Estado en forma única, evitando así que ésta [...] sea delegada por los propios notarios en favor de un tercero, por circunstancias o hechos

¹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, “La ética del notario a través del tiempo”, *Deontología notarial. Ética del notario y del aspirante*, México, Editorial Porrúa, 2015, p. 4.

que en nada se relacionan con el interés público ni con el propósito y deber del Estado de intervenir en las relaciones de los particulares.

La aprobación de la Ley del Notariado de 1946 significó un paso fundamental hacia la consolidación del estado de derecho en la Ciudad de México, ya que determinó por primera vez en el país que el acceso al notariado debería obtenerse mediante oposiciones que garantizaran la transparencia en la selección:

El procedimiento que el proyecto de ley establece para llegar a tener el carácter de notario, es una garantía establecida única y exclusivamente en beneficio de los particulares y que responde también al interés público que existe de proteger a la sociedad haciendo firmes los actos o hechos en que intervienen sus miembros, evitando así juicios inútiles que en muchos casos son producto de mala fe, con aprovechamiento de la ignorancia de una de las partes.

Para ello, se instituyó que los abogados interesados en la práctica notarial debían demostrar una formación jurídica sólida y plena dedicación al estudio, además de los valores inherentes al ejercicio de la fe pública, como lo son la verdad, la justicia, la seguridad jurídica, la imparcialidad, la prudencia y la búsqueda del bien común. En suma:

Los aspirantes a notarios tienen necesidad legal de demostrar previamente su capacidad para convertirse en notarios, y llegan a tener este carácter cuando poseen un conocimiento completo de los problemas del ejercicio del notariado y de los alcances de los hechos o actos en que intervienen los particulares, lo que, naturalmente, hace que el notario sea una persona con aptitud suficiente para desarrollar satisfactoriamente la función social a él encomendada.

Luego, desde hace setenta años, en la capital del país se ha privilegiado la seriedad por encima de cualquier otro criterio para la conformación de un gremio fuerte, recto y profesional.

A pesar de este valioso ejemplo, las demás entidades federativas mantienen vigentes los graves vicios que se eliminaron en la metrópoli, ya que han sido omisas en el desarrollo de procesos de selección de sus fedatarios —aun cuando recientemente algunas ya consignan la aplicación de pruebas de capacidad y fiabilidad— y no han creado órganos que verifiquen fehacientemente que los titulares actúan con apego a sus funciones.

Por lo anterior, considero necesario llevar a cabo un mínimo estudio comparativo en el que se expongan los diversos procedimientos mediante los cuales se elige a los notarios en los estados de la República.

I. DE LA CREACIÓN DE NOTARÍAS

En los ordenamientos de todas las entidades se estipula que la creación de notarías es facultad del titular del Ejecutivo; las diferencias radican en los aspectos que se deben tener en cuenta para ello, como lo es atender a determinado número de habitantes por distrito judicial o notarial, o las consideraciones al punto de vista del cuerpo colegiado de notarios del estado en cuestión.

Existen casos en los que se prevé su creación si “así se estima conveniente”; un ejemplo de ello es Baja California. En el caso de Guanajuato, el ejecutivo “analizará los datos del producto interno bruto referido al municipio que corresponda” y “tomará en consideración el número de actos que se inscribieron en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, en el año inmediato anterior”. En Nuevo León, el gobernador goza de esta facultad cuando “a su juicio lo exija el incremento de los negocios”.

II. DE LOS REQUISITOS PARA ACCEDER AL NOTARIADO

Los requerimientos generales —que varían muy poco entre un estado y otro— son los siguientes:

A. *Ser mexicano por nacimiento y estar en pleno ejercicio de derechos civiles.*

En Campeche y Morelos la ley contempla haber nacido en la entidad o tener vecindad en ella; y si es por la última vía, haber residido en los diez años anteriores a la fecha de la solicitud. Guanajuato requiere que el postulante “sea originario del estado” o que acredite residencia de cuando menos cinco años, mismo caso de Hidalgo.

B. *Ser profesional del derecho titulado.*

En Guanajuato es necesario tener título profesional de “notario público” o equivalente que implique la especialización en la materia. En Hidalgo debe aprobarse el curso de derecho notarial en cualquier institución universitaria o el que ofrezca el consejo del gremio. En Jalisco, además, se debe contar con un posgrado en disciplinas afines.

La normatividad de Puebla exige comprobar la asistencia a los eventos académicos organizados por el Consejo durante el último año previo al examen. En Tlaxcala se debe tener título profesional con una antigüedad mínima de diez años anteriores a la solicitud y

un posgrado en derecho notarial, contractual o privado, con una antigüedad mínima de cinco; en caso de no cubrir el último requisito, será necesario acreditar la realización de prácticas notariales de manera ininterrumpida por un periodo mínimo de un año en alguna notaría del estado o aprobar el curso de formación de aspirantes.

En Yucatán se requiere acreditar el curso de ética y práctica notarial que imparte el Consejo en coordinación con el gobierno.

C. *Demostrar haber realizado prácticas notariales.*

Este requisito está contemplado en todas las entidades excepto Aguascalientes, y su tiempo mínimo exigido oscila entre ocho meses y tres años.

En Baja California, el gobernador puede dispensar el cumplimiento “cuando las necesidades de la función notarial lo requieran” y en ese caso será su responsabilidad designar a quienes “estime convenientes” a fin de que presenten examen para obtener la patente de aspirante, tomando en cuenta la reputación y experiencia que demuestren en materia notarial y especialidades afines.

La ley de Coahuila permite que el ejecutivo, a solicitud del interesado, dispense a discreción el cumplimiento del requisito de tener por lo menos tres años de experiencia como abogado, haber desarrollado una práctica ininterrumpida en alguna notaría cuando menos por un lapso de un año e incluso la aprobación del examen de aspirante.

Otra particularidad ocurre en Chiapas, donde equivale a la práctica el desempeño en áreas involucradas en la rama notarial, registral u otra similar, siempre y cuando a criterio del mandatario se cuente con la experiencia y capacidad suficiente.

Nayarit contempla la posibilidad de sustituir las prácticas si se demuestra tener estudios especializados en derecho notarial. En Chihuahua, si no se comprueba un año de prácticas ininterrumpidas, éste se puede subsanar si se ha sido registrador público de la propiedad o juez de primera instancia actuando como notario por receptoría por más de dos años o revisor o inspector por más de cinco.

La normatividad de Guerrero establece que si no se acreditan tres años en los que se ha laborado de tiempo completo bajo la dirección de un notario, este plazo puede reducirse a la mitad si el postulante comprueba que cursó la especialización. En Oaxaca las prácticas se pueden realizar en notarías foráneas.

Para la validez de las prácticas en Tamaulipas, el titular con quien se realizaron debe comunicar de manera bimestral el número de ho-

ras que haya practicado el postulante, que en ningún caso serán menos de diez a la semana, así como el tipo de actos o hechos jurídicos en los que intervino.

D. *Edad.*

La edad mínima requerida va de los 25 a los 33 años, y en estados como Colima, Campeche, Guerrero, Puebla y Zacatecas, además se especifica que no se deben tener más de 60. Sonora, Veracruz y Yucatán no establecen una edad mínima o máxima para acceder al notariado.

E. *Demostrar buena conducta, tener un modo honesto de vivir, no haber sido revocado o cesado de la función notarial en el estado que se solicita o dentro del país.*

Ninguna entidad específica que considera un “modo honesto” ni los criterios objetivos que lo prueben, por lo que toda la responsabilidad recae en las declaraciones del interesado.

F. *No ser militar ni eclesiástico.*

En la Ciudad de México no está señalado este impedimento. Su inclusión en algunas legislaciones se debe a circunstancias históricas ya superadas.

G. *No padecer enfermedad que impida el ejercicio de la función notarial ni de las facultades intelectuales.*

A este respecto es importante destacar que ninguna entidad contempla medios objetivos que demuestren que el solicitante goza de buena salud.

H. *No haber sido condenado por delito intencional ni pena privativa de libertad.*

En Tlaxcala se requiere no haber sido condenado a más de un año de prisión, y se especifica que si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza o cualquier otro de carácter doloso que lastime seriamente su buena fama lo inhabilitará para obtener la patente, cualquiera que haya sido la pena.

I. *No haber sido declarado en quiebra o sujeto a concurso y, en su caso, que se le haya declarado inocente.*

Esta formalidad no está prevista en la Ciudad de México.

J. *Aprobar un examen previo.*

Este criterio aplica para algunos estados, aunque muchos de ellos permiten la dispensa por parte del gobernador.

Chiapas “exime de la obligación de presentar examen de aspirante, a quien se haya desempeñado como notario interino o provisional”; también especifica que “en tanto se realiza la designación del titular, el ejecutivo podrá designar a un notario provisional o interino, sin el requisito de los exámenes para aspirantes o de oposición”.

La ley de Durango establece que si se cumplen los requisitos generales y si el examinado resulta aprobado, el ejecutivo resolverá a su juicio si le concede o no la patente de aspirante a notario.

En términos generales, el examen de aspirante consiste en una prueba práctica y otra teórica; en la primera se redacta un instrumento cuyo tema deriva de un sorteo. Hay lugares que permiten al solicitante que se apoye de la bibliografía necesaria, así como de algún auxiliar para la elaboración del instrumento; en otros simplemente se señala la prohibición de ambas opciones.

En Baja California Sur, la evaluación comprende una etapa de conocimientos especializados y otra psicométrica.

K. *Otros requisitos particulares.*

En algunos estados se especifica que los concurrentes no deben padecer adicción al alcohol, a las drogas, o a los juegos de azar.

La ley de Chihuahua prevé que, en caso de ser servidor público, debe encontrarse separado del cargo, temporal o definitivamente, durante los tres meses anteriores al examen correspondiente. En Guerrero, además, se requiere no ser o no haber sido servidor público por designación del Ejecutivo del estado o por elección popular durante los últimos tres años inmediatos anteriores a su solicitud de práctica de examen; no ser pariente hasta en cuarto grado en línea recta o transversal del gobernador y demás autoridades.

III. DE LA DESIGNACIÓN DEL NOTARIO

Con excepción de Aguascalientes, las legislaciones estatales contemplan un examen al que pueden someterse quienes deseen postularse para obtener una patente notarial.

Los examinados son evaluados por un jurado compuesto por el Ejecutivo o un representante nombrado por él y por integrantes del gremio, y cuyo número puede variar dependiendo de la entidad de que se trate. Los exámenes serán públicos o cerrados y el resultado se conoce al término de las pruebas o en fecha posterior, según la legislación vigente. El resultado es inapelable.

Sobre su contenido, en Jalisco, la metodología a seguir en los exámenes no está regulada, por lo que es asumible que las evaluaciones se harán con apego a lo publicado en la convocatoria. Nayarit prevé tres exámenes, el de aspirante, el de notario y el de notario suplente adscrito, además, en caso de que los poderes Legislativo y Judicial deseen supervisar las evaluaciones, podrán hacerlo por conducto de observadores cuya obligación será monitorear el proceso sin intervenir en los resultados.

En lo que respecta a la definición del ganador, en Oaxaca se privilegia a quienes ya son notarios por algún distrito y deseen ocupar la vacante. En Querétaro, si el resultado del examen arroja un empate, se preferirá al adscrito, si lo hubiere; en caso contrario, se ponderará al que sea queretano por nacimiento; si todos lo son, se otorgará el nombramiento al primero que hubiere presentado su solicitud en tiempo; y si todos la han presentado simultáneamente, se dará preferencia al de mayor antigüedad profesional. En Quintana Roo se establece que entre los empatados se celebrará una prueba complementaria práctica y teórica, que habrá de desarrollarse dentro de los ocho días siguientes a la primera citación.

IV. DE LOS TIPOS DE NOTARIOS

Muchas legislaciones estatales denominan al profesionista como ‘notario público’, incurriendo en un error conceptual, ya que a la naturaleza de lo notarial es inherente la fe pública, además, el empleo de esta nomenclatura hace pensar erróneamente que existe la figura del ‘notario privado’.

Otra confusión acaece cuando se hace referencia al documento que acredita la legitimidad del nombramiento del notario, pues en diversas leyes se le da el nombre de fiat, desconociendo que este vocablo refiere a una “gracia que hacía el Consejo de la Cámara para que alguien pudiera ser escribano”, lo que descalifica la seriedad del proceso de selección.

Para el debido funcionamiento de la actividad notarial es necesario que la figura del notario sea única e indelegable. Por ende, solo es notario, indistintamente de la tipología, quien es el titular y tiene un nombramiento definitivo, es independiente, responsable directo y ejerce en plenitud las funciones atribuidas al notariado latino.

No obstante, las distintas leyes estatales conciben una amplia gama de fedatarios cuya mera existencia contradice el principio de identidad antes mencionado. Las diferencias fundamentales entre estas subespecies recaen en el proceso que siguen para acceder, sus funciones y la temporalidad en que pueden ejercerlas. Con base en estas pautas, se reconocen:

- *Adjunto:*

Solo está regulado en Campeche y reúne las características del adscrito y el suplente.

- *Adscrito:*

Dependiendo del lugar, sus funciones pueden ser de sustituto, de auxiliar o ambas, su designación puede estar a cargo del gobernador o del propio notario, y puede acceder al nombramiento definitivo a falta del titular.

En el caso de Baja California es auxiliar del definitivo y tiene las mismas facultades que éste, pero no cuenta con protocolo propio.

La ley de Chihuahua señala que es facultad del notario designar a cualquier aspirante como adscrito; lo mismo sucede en Durango pero con la salvedad de que el Ejecutivo puede aceptarlo o rechazarlo, si se da el último caso le designará otro.

En Querétaro, el titular goza de 30 días posteriores a su nombramiento para proponer a la persona que será su adscrito. En San Luis Potosí, si el titular renuncia o se separa definitivamente y el adscrito tiene los últimos dos años con ese ejercicio, lo sustituirá sin someterse a exámenes; basta con que el gobernador ordene su designación.

En Tamaulipas, los notarios podrán ser suplidos en sus funciones por los adscritos hasta por 60 días por año. Si se excede del tiempo señalado será necesario solicitar que se otorgue al adscrito la autorización para seguir en funciones de notario.

- *Auxiliar:*

En Quintana Roo, es el designado por el ejecutivo a solicitud del notario titular, siempre que ya tenga una antigüedad de tres años. En Oaxaca la figura es similar, con la salvedad de que la antigüedad exigida es de diez años. En ambos casos, el notario puede solicitar la cancelación del nombramiento del auxiliar.

En Guanajuato, debe ser aspirante, aprobar el examen respectivo y haber estado tres años en la notaría en la que pretenda trabajar.

En el caso de Puebla, el auxiliar puede ser propuesto por el titular a los cinco años de ejercicio. En ausencia definitiva del segundo, el primero lo sucederá y lo hará del conocimiento del Ejecutivo para que se le expida la patente respectiva, debiendo acreditar los requisitos para ser notario a excepción de los exámenes.

Tlaxcala exige que en sus instrumentos se diga explícitamente el carácter en que actúa. Asimismo, en caso de falta definitiva del titular, el auxiliar que se haya desempeñado como tal durante al menos cinco años lo sustituirá permanentemente sin evaluación de por medio.

- *Escribano público:*

Contemplado en Yucatán, es nombrado por el mandatario y dura en el ejercicio de sus funciones seis años. Su nombramiento se realiza en diciembre y entra en funciones el primero de enero del año siguiente. Goza de fe pública únicamente para dar autenticidad de cualquiera de los actos o hechos jurídicos cuya cuantía o interés no exceda de 1200 días de salario mínimo vigente.

Sólo puede realizar operaciones respecto de los inmuebles ubicados en los municipios del departamento judicial al que corresponda, siempre que en ellos no existiere algún notario, a excepción de Mérida, donde no puede actuar.

- *Interino:*

Sus funciones son de carácter transitorio, pues su propósito es que una notaría siga en funciones independiente del fallecimiento del titular, aunque sin la garantía de obtener la patente.

En Baja California, cuando queda vacante una notaría que cuenta con un adscrito, éste será interino hasta que se declare un nuevo titular. En Campeche, un notario de otro municipio ejercerá el interinato y podrá participar en el proceso de designación; si transcurre un año sin que dicho proceso se celebre, accederá de manera inmediata.

- *Provisional:*

En el estado de México es nombrado por el gobernador. “En las notarías de nueva creación o a las que se encuentren vacantes, en tanto se realiza el nombramiento del titular, el Gobernador del Estado podrá nombrar a un notario provisional de entre aquellos que hayan acreditado el examen para aspirante o se hayan desempeñado como notario interino o provisional en el Estado de México. Si después de transcurrido un año, demuestra experiencia, capacidad y eficiencia en el desempeño de la función, habiendo sido evaluado a satisfacción de la Consejería y el Colegio; el Gobernador del Estado lo podrá nombrar Notario titular”.

Chiapas regula que, mientras se realiza el examen para ocupar la vacante, el gobernador puede designar al provisional sin que éste deba someterse a evaluación alguna y le da la opción de obtener la titularidad si, a su juicio, muestra aptitud en el desempeño de su cargo.

- *Supernumerario:*

Únicamente contemplado en Aguascalientes, su labor es de suplencia y es designado por el gobernador entre “los que estime convenientes”. El notario tiene derecho a elegir a quien prefiera dentro de ese grupo.

- *Suplente:*

Por regla general, el suplente es un notario que hace las funciones de otro de su misma jerarquía en sus ausencias.

En Quintana Roo, el titular puede proponer a su suplente sin que se especifique su cargo. En caso de que su propuesta sea rechazada, el Ejecutivo podrá designar a quien la ejercerá.

En Nayarit existe el notario suplente adscrito, el cual es propuesto por el titular y debe estar inscrito en el padrón de aspirantes y someterse a evaluación. Si no hay propuesta, pueden optar por el puesto los aspirantes a notario presentando examen.

En Puebla, el suplente, además de ser aspirante, limita sus funciones a la ausencia del titular en un periodo que no exceda de 90 días hábiles al año.

- *Temporal:*

En Baja California se especifica que el nombramiento de notario tiene vigencia de 23 años y puede renovarlo el ejecutivo hasta por otro plazo igual, siempre que se cumplan los requisitos establecidos.

V. CONCLUSIONES

El septuagésimo aniversario de la publicación de la Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios Federales, constituye para nuestro gremio una oportunidad para reflexionar sobre los mecanismos que hemos empleado para salvaguardar la alta misión que nos fue encomendada y dar un paso al frente ante las voces que han cuestionado a esta institución.

Hasta ahora, el medio más útil para certificar la idoneidad notarial sigue siendo la aprobación del examen de oposición como única vía de acceso. Una de las virtudes de esta evaluación es que es cerrada, por lo que solo pueden presentarla quienes previamente hayan obtenido la patente de aspirante. Otra es su publicidad como garantía de transparencia, lo que significa que cualquier interesado puede presenciar la oposición quedando clara la aptitud del sustentante y la probidad del jurado; los resultados son también públicos y se hacen saber apenas concluidas las pruebas a cada uno de los participantes. Uno más de sus atributos es su periodicidad, pues la autoridad lo convoca regularmente. Estos elementos convierten a esta selección en una de las más complejas del ámbito jurídico.²

² En España, el examen tiene un mayor grado de dificultad:

CONTENIDO GENERAL DE LA OPOSICIÓN.

La oposición a Notarías es un EXAMEN que consta de cuatro ejercicios:

A pesar de que en muchos estados ya se considera al examen como una cláusula para acceder al notariado, el mismo no goza de los elementos que le han dado prestigio al de la capital, lo que ha sembrado incertidumbre sobre la legitimidad del proceso.

Otra de sus aportaciones es que previó que solo pueden ser notarios quienes aprueben el examen. No hay otro camino. Como ya se demostró, al día de hoy eso no sucede en el interior de la república, donde se siguen generando excepciones que empoderan al gobernador, y permiten el acceso indiscriminado al gremio al tiempo que obstaculizan el ingreso de los más aptos.

El óptimo desempeño de nuestra actividad requiere de una garantía de independencia que es incompatible con los nombramientos directos. Por ende, la depuración de todas las categorías subsidiarias al notario no solo previene el tráfico de influencias y posibles actos de corrupción, además contribuye a que el usuario del servicio tenga claras las facultades y capacidades de quien le asesora. El objetivo de la Ley de 1946 fue puntual al respecto: “Suprime los notarios adscritos para evitar los penosos aunque

-
- El primero, oral, consistente en la exposición durante una hora de cuatro temas: tres temas de civil (uno de parte general o reales; otro de obligaciones o contratos; y el tercero de familia o sucesiones); y uno de fiscal.

Se divide en los siguientes bloques:

- Un bloque de 55 temas, de los que 20 temas son de Parte General y el resto son de Derechos Reales.
 - Un bloque de 32 temas de Derecho de Obligaciones y Contratos.
 - Un bloque de 48 temas, de los que 19 temas son de Derecho de Familia y el resto son de Derecho de Sucesiones.
 - Un bloque de 33 temas de Derecho Fiscal.
- El segundo oral, consiste en la exposición durante una hora de seis temas: dos temas de mercantil (uno de cada bloque), dos de hipotecario (uno de cada bloque), uno de notarial, y el restante de administrativo o de procesal.
- Se divide en los siguientes bloques:
- 59 Temas de Mercantil, divididos en dos bloques.
 - 30 Temas de Hipotecario, divididos en dos bloques.
 - 40 Temas de Notarial.
 - 23 Temas de Procesal y 36 de Administrativo.
- El tercero escrito, consistente en resolver durante un máximo de seis horas un caso práctico de derecho sustantivo. Es lo que llamamos el dictamen y para él se permiten textos legales no comentados ni concordados.
 - El cuarto escrito, consistente en redactar durante un máximo de seis horas, una Escritura, explicando los problemas sustantivos que se han resuelto en ella. También se permiten textos legales no comentados ni concordados.

reducidos casos de ventas de notarías efectuadas por los titulares de las mismas a los adscritos que aspiraban a tener el carácter de notarios de número”.

La unificación de criterios a nivel nacional sobre qué es un notario y las funciones que puede desempeñar, representa un desafío para todos nosotros. Hasta que no logremos que esto ocurra, debemos exigir que cada fedatario menor o accidental especifique en su sello su verdadero nombramiento.

La ciencia jurídica está en permanente desarrollo, por lo que debemos permanecer atentos a todas las posibilidades que se nos presenten para perfeccionar nuestra vocación de servicio y fortalecer nuestro compromiso con la legalidad.

LA INDUSTRIA FAMILIAR, LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES Y DE LOS MENORES EN MÉXICO

Sara Arellano Palafox¹



I. INTRODUCCIÓN

La industria familiar, también denominada taller familiar, ha existido desde la antigüedad. Tiene su origen en la misma familia y sigue sus pasos conforme evoluciona. De hecho, no siempre se trató de un monopolio de la familia como podría deducirse, sino que, en su origen, derivaba de un arte tan especial que le permitía distinguirse de otras de su especie, motivo por el cual esta tradición se debía transmitir a personas que continuaran con la misma calidad en su trabajo. Y qué mejor que los miembros de una familia, pues además de que por los lazos que los unían, la confianza era más fuerte y les brindaba seguridad; aunque hay que resaltar que no siempre se trataba de miembros de la familia nuclear como ahora lo conocemos; muchos de los que intervenían en el negocio familiar, por así decirlo, eran parientes lejanos o en algunas ocasiones pupilos.

Los antecedentes son trascendentales para observar su impacto en estos tiempos, pero el tema que me ocupa está enfocado principalmente a dos ámbitos: la situación de las mujeres y la de los menores. Es cierto que estos dos grupos de personas casi siempre han representado al sector de la población más vulnerable en muchos aspectos y que el rubro del trabajo no es la excepción, pero también es importante reconocer que actualmente no es así, precisamente porque la evolución de la sociedad trae consigo el avance de las normas jurídicas.

La industria familiar se fundamenta en la legislación de nuestro país y, en primer lugar, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexica-

¹ Profesora de Carrera Titular C de Tiempo Completo en el Área del Derecho Civil. Facultad de Derecho, UNAM.

nos (CPEUM), la cual establece la libertad de elección de las personas para dedicarse a la actividad que satisfaga sus necesidades, siempre y cuando sea lícita en términos jurídicos. Asimismo, este ordenamiento jurídico establece los principios sobre los cuales se protegerá esa elección, brindándole los medios necesarios para garantizar su desarrollo. Es aquí donde interviene la Ley Federal del Trabajo (LFT), que regula a la industria familiar en los artículos 351 al 353.

Más allá de lo que en principio podríamos pensar sobre la explotación laboral o cuestiones de esta índole, la tendencia actual está enfocada a temas como igualdad de oportunidades, perspectiva de género y sobre todo a los derechos humanos de las mujeres y de los menores.

No cabe duda que las tradiciones y las costumbres son tan diversas como cada grupo de población que hay en nuestro país. En este escenario se encontrarán injusticias, explotación laboral y violación a los derechos de muchos individuos, pero mi enfoque se basa en la situación de los grupos vulnerables dentro de la industria familiar, su impacto en la legislación y, como consecuencia de ello, los mecanismos de protección para este sector.

En el ámbito internacional son bastantes las organizaciones gubernamentales, no gubernamentales, instituciones, grupos, asociaciones y hasta los tratados, convenios, convenciones o cualquier otro nombre que se les dé, que aluden a la situación de los grupos vulnerables dentro de las condiciones de trabajo; no es la excepción, pero hay que señalar que cada uno de los países miembros debe prever la protección de sus gobernados para evitar llegar a estas instancias, de lo contrario se entiende que la legislación nacional es incompetente para garantizar los derechos de los trabajadores y, en este caso, los de los miembros de la familia dentro de su industria.

II. LA INDUSTRIA FAMILIAR

La palabra industria tiene diversos significados, muchos de ellos se refieren a la producción, creación, desarrollo, transformación de materiales, de materias primas o de cualquier cosa que pueda ser maleable y que pueda comercializarse, pues esta última característica es la que origina el interés de la creación de una industria, tiene una finalidad económica y es considerada un negocio.

La característica de familiar deriva de las personas que realizan ese trabajo, quienes intervienen en esa labor y los lazos que los unen.

Desde la constitución de las industrias familiares, se ha preferido denominarlas como talleres familiares, quizá por lo modesto de los negocios, por la propia producción o comercialización de los productos de su trabajo o por lo que en realidad representan, pues los trabajadores y el patrón o patronos son miembros de un grupo familiar que dedican su tiempo a actividades en su mayoría artesanales o de oficios tradicionales.

También hay que resaltar que los talleres familiares no pueden ser considerados como empresas o negocios tal y como los conocemos, pues mientras en éstos existen relaciones obrero-patronales específicas, en los talleres familiares puede figurarse la misma relación pero la diferencia es la finalidad con la que se constituyó el mismo, siendo una unidad de esfuerzos de la familia para obtener ingresos que sostenga a la misma.

La Ley Federal del Trabajo, define a los talleres familiares de la siguiente forma:

Artículo 351. Son talleres familiares aquellos en los que exclusivamente trabajan los cónyuges, sus ascendientes, descendientes y pupilos.

A partir de este punto, primero hay que señalar a la familia, su concepción actual y su conformación.

III. LA FAMILIA Y SUS MIEMBROS

La familia es, en términos generales, un grupo de personas que están ligadas por lazos de parentesco consanguíneo, por afinidad o civil, que además viven bajo el mismo techo y donde sus miembros cuentan con voluntad de permanencia y ayuda mutua.

Desde el punto de vista constitucional, el artículo 4 consagra, entre otras cosas, un derecho a la libertad reproductiva y concede a la familia un lugar privilegiado.² Esta protección incluyó, entre otros principios más, el de igualdad de géneros, al señalar que el varón y la mujer son iguales ante la ley, para continuar con que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia, reconociéndola como célula básica de organización de la sociedad y merecedora de la protección especial del Estado.

Por tal motivo, es el Estado el que deber garantizar la protección integral de la familia y de sus miembros y de ahí la necesidad de preservar a la misma como célula fundamental de la sociedad.

² CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio*, México, Editorial Porrúa, 2001, pp. 170-173.

Es de recordar que la legislación civil es la ley supletoria de la Ley Federal del Trabajo y es el Código Civil Federal, por tanto, el que establece la regulación de varias instituciones generadoras de la familia.

Respecto de la conformación de la familia, nos encontramos con que las mismas están integradas de diversas formas, desde familias extensas compuestas por los padres, los abuelos y los hijos, hasta de pocos miembros, formadas por los padres y los hijos o alguno de los padres con hijos o sólo la pareja sin hijos.

La característica que conforma a la familia es el parentesco, entendido éste como un vínculo jurídico que une a ciertas personas las unas a las otras por lazos consanguíneos (tratándose del parentesco consanguíneo aquellos que descienden unos otros), de parentesco por afinidad (que surge derivado de la celebración de matrimonio o de una relación de hecho como el concubinato) o por lazos civiles (en el caso del parentesco que surge entre adoptante y adoptado en la adopción simple).

Es el parentesco el que determina las relaciones que unen a las personas que realizan ciertas actividades dentro de los talleres familiares con el único objeto de preservar a esa misma familia tanto económicamente, aportando los recursos económicos generados por su arte o profesión, como sociológicamente, porque es una tradición que caracteriza a un grupo familiar.

En el caso de los pupilos, ellos no pertenecen a la familia, ya que la figura jurídica que los genera es distinta, pues la tutela surge cuando un menor de edad carece de quien ejerza sobre él la patria potestad; este menor es acogido por una persona que puede brindarle una familia que cuide de él, pero en el entendido del artículo 351 de la Ley Federal del Trabajo, se entiende que el pupilo es el aprendiz aceptado por el jefe del taller familiar para aprender de su arte u oficio, no propiamente como lo conocemos en materia civil.

IV. ACTUALIDAD LABORAL

Por medio del decreto por el que se establecen medidas para impulsar el desarrollo de los talleres familiares, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha martes 17 de enero de 2006, es la Secretaría de Economía la entidad encargada del registro de los talleres familiares con la finalidad de tener acceso a los beneficios que establece el decreto para los integrantes de la familia que conforman el taller.

De acuerdo con datos de la Secretaría de Economía, en el país existen aproximadamente 10 millones de negocios familiares. En estos se ocupan

alrededor de 14.4 millones de personas, poco más de una tercera parte del total de personas ocupadas en el país.³

Las estadísticas más recientes emitidas por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), muestran que a la fecha son 52'123, 674 habitantes los que representan el total de la población ocupada, de los cuales 32'216, 131 son hombres y 19'907, 543 son mujeres.⁴

Como puede observarse, las cantidades son evidentemente más elevadas tratándose de los hombres. Una de las principales cuestiones por las cuales se obtiene esta situación, es debido a que en su mayoría son los jefes de familia los únicos encargados del sostenimiento de la misma; a pesar de que la población femenina es superior a la masculina, las actividades de las mujeres se enfocan al cuidado de la familia en el hogar.

También es cierto que el INEGI no lleva a cabo un censo del total de talleres familiares que hay en el país, pues sólo divide a la población ocupada en sectores de producción y actividades; ésta es una de las razones por las cuales no se pueden presentar cifras exactas de los miembros de la familia que intervienen en los talleres familiares. Son parte de la población ocupada pero también de la desocupada, pues, en términos de la Ley Federal del Trabajo, no se consideran directamente trabajadores sino miembros de la industria familiar con fines encaminados al sostenimiento de una familia.

En los talleres intervienen todos los miembros de la familia, pero sólo uno representa a la misma, causa por la cual no se consideran trabajadores a los demás. En muchos casos, es la población femenina la que realiza el trabajo no remunerado y con mayor razón los menores de edad, los niños.

Es por lo anterior que en muchas de las estadísticas que podamos observar, será mayor el número de trabajadores que de trabajadoras, aunque este último va en aumento por la separación de las actividades familiares con las laborales.

El caso de los menores no es diferente. En la actualidad, la explotación laboral infantil es “el tema” a nivel internacional, pero no se ha observado desde el punto de vista de los talleres familiares, donde podría parecer normal para el grupo familiar y para el mismo menor o pupilo.

³ *Estrategia del Gobierno Federal para los negocios familiares*. Introducción. Disponible en línea en: <http://talleresfamiliares.gob.mx/portalTalleres/inicio.html> (Revisado el 19 de julio de 2017).

⁴ *Indicadores de ocupación y empleo al cuarto trimestre de 2016*. Disponible en línea en: <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=25433&t=1> (Revisado el 19 de julio de 2017).

Existe igualmente otro sector vulnerable dentro del ámbito familiar, el cual está conformado por las personas adultas mayores, muchas de las cuales, a falta de capacidad para realizar otro tipo de trabajo, son incluidos en las actividades familiares.

La propia Ley Federal del Trabajo delimita la aplicación de la misma a los miembros de la familia por los mismos lazos que la conforman limitándose a garantizar la seguridad e higiene en las actividades que realizan:

Artículo 352. No se aplican a los talleres familiares las disposiciones de esta Ley, con excepción de las normas relativas a higiene y seguridad.

Artículo 353. La Inspección del Trabajo vigilará el cumplimiento de las normas a que se refiere el artículo anterior.

Es evidente que la industria familiar o taller familiar tiene gran importancia en el aspecto económico para el país, de lo contrario no existirían diversas disposiciones encaminadas a apoyar el crecimiento y desarrollo de las mismas. El primer instrumento encaminado a ello fue el decreto antes citado, por medio del cual se establecen medidas para impulsar el desarrollo de los talleres familiares, entre otras, el registro que se realiza ante la Secretaría de Economía y los beneficios a los cuales pueden acceder a través de diversos programas de asistencia, así mismo, una de las principales funciones de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, es orientar a los talleres familiares en todo aquello que propicie su desarrollo económico, y no es la única Secretaría, otras más se encargarán de dirigir a los talleres familiares en cuestiones propias de cada sector.

Lo antes mencionado, delimita la situación del taller familiar como unidad económica, pero las cuestiones propias de la familia quedan en la ley civil, que protege a la familia por ser considerada la célula de la sociedad y porque todas las cuestiones relacionadas con la misma deben considerarse de orden público e interés social y cualquier disposición en contrario se tendrá por no puesta o adversa a los fines de la familia.

En materia de higiene y seguridad, se tendrá que observar la misma problemática que enfrenta el país, la existencia de programas gubernamentales es evidente, pero la insuficiencia de los mismos también.

En cuanto a la inspección en las áreas de trabajo, hay que recordar que ni las circunstancias ni las condiciones son las mismas, así que esta disposición tendrá que ser subjetiva.

Si se parte de los conceptos de trabajador y trabajo, ya desde el punto de vista constitucional o desde la misma Ley Federal de Trabajo, se consideraría como:

Artículo 8o. Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado.

Para los efectos de esta disposición, se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.

Se tiene entonces que, independientemente de que se trate de familiares, estos deben ser considerados como trabajadores, y que las actividades que realicen son propiamente su trabajo.

Su lazo de parentesco es evidente, su situación familiar también, sus aportaciones son destinadas al sostenimiento de una familia, pero aun así son trabajadores que realizan una actividad específica y determinada por la cual reciben un sueldo.

La igualdad de oportunidades dentro del mundo laboral, ha sido punto de diversas discusiones en materia de perspectiva de género, tratándose de hombres y mujeres. En muchas ocasiones se ha abusado del tema. La realidad es que, si bien es cierto que la población femenina supera a la masculina, en su mayoría es el sector masculino el que cuenta con un trabajo estable por ser el principal proveedor de un hogar; no significa que la mujer no lo sea, pero en su mayoría ha sido integrada a la vida familiar o realiza actividades laborales informales. No es necesario ir tan lejos en este supuesto, simplemente hay que recordar lo establecido en la epístola de Melchor Ocampo, los estereotipos que son tradicionales dentro de una familia, la posición que cada uno de los miembros juega y sigue por cuestiones relacionadas con su propia cultura.

La discriminación laboral siempre está presente en todos los sectores de producción y en todo tipo de clases sociales de trabajo, aunque la educación pretenda brindar las herramientas básicas para dotar a la población de medios suficientes para poder ser productivo. En muchas ocasiones, las cuestiones culturales no permiten el acceso a ciertos tipos de trabajo, ya sea por la competencia laboral o por la falta de oportunidades. En el caso de las mujeres, al estar embarazadas, esta condición las vuelve propicias a no ser contratadas; en el caso de los menores, por la condición de su minoría de edad y en el caso de los adultos mayores, por no contar con las cualidades necesarias para desarrollar adecuadamente su trabajo o por los riesgos que corre el mismo patrón al contratar a cualquiera de ellos, así también porque se tenga alguna enfermedad de peligro, independientemente del género de que se trate o por contar con capacidades diferentes.

V. EL TRABAJO DE LAS MUJERES

El principio constitucional que consagra la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres es la base de la cual parte la Ley Federal del Trabajo, pero en muchas ocasiones las tendencias sociales hacen que esta igualdad se vea desde un enfoque equivocado. Así, la ley en comento establece que:

Artículo 164. Las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres.

Es por esa misma razón que la Ley Federal del Trabajo establece en los artículos 164 al 172, ciertas disposiciones encaminadas a la protección y bienestar de las mujeres trabajadoras en circunstancias de vulnerabilidad, ya sea por su salud (estado de gravidez) o condición social (madre de familia, madre soltera, etc.).

Mientras la ley especifica las medidas que los padrones deberán tomar en caso de que cualquiera de sus trabajadoras se encuentre en alguna de las situaciones antes mencionadas, podría pensarse que siempre se cumplimentarán estas disposiciones. La realidad es que en muchas ocasiones no es así, innumerables son los casos que como abogados postulantes hemos estudiado y en ciertas ocasiones resuelto.

En otras ocasiones, también hemos sido testigos de los abusos por parte de los trabajadores y en especial de las trabajadoras, quienes se aprovechan de las disposiciones que tienen a su favor para no cumplir con sus labores.

La condición de la mujer en el mundo laboral siempre se ha visto rezagada en comparación con la del hombre, las causas que contribuyeron a ello fueron precisamente las condiciones sociales y culturales.

Los antecedentes históricos pueden desmentir en parte estas apreciaciones, ya que desde que surgió la familia hubo una época en que la mujer era la cabeza de la misma, quien se encargaba de organizarla y suministrar los recursos necesarios para su subsistencia.

En el aspecto de los talleres familiares, la mano de obra femenina es su base, especialmente en los trabajos artesanales. En cuanto a los oficios, son más propios para los hombres, pero también influyen las actividades que hacen las mujeres para lograr los trabajos terminados. En muchas ocasiones, este trabajo que realiza la mujer dentro de los talleres, no es considerado como tal, sino como una actividad de su vida cotidiana, es por ello que su trabajo no es remunerado. Esta situación de desventaja propicia la

explotación laboral de la misma y la subcontratación del sector femenino, que al desprenderse de las actividades familiares va creciendo en el mercado laboral.

La Ley Federal del Trabajo, dentro de su articulado, establece los mecanismos de protección de las mujeres y en especial de la maternidad; he ahí uno de los temas más trascendentales, la protección de la misma vida de un individuo que aún no ha nacido, el *naciturus* que en materia civil se le considerará como nacido y entrará bajo la protección de la ley.

Los talleres familiares se dedican a diversas artes u oficios, todos tan variados como las tradiciones y costumbres de nuestro país, en donde los miembros de la familia tienen sus propias formas para tratarse entre ellos. No se puede comparar un taller familiar de nuestra entidad federativa con otro existente al extremo del país; sus tratos son distintos, sus relaciones familiares también y su cultura variada.

En muchas ocasiones, las mujeres que desarrollan sus actividades dentro de los talleres familiares, son víctimas de violencia física y emocional, ya sea por el jefe del taller, que en muchas ocasiones es el padre, el abuelo o el hermano, y son sometidas a jornadas extenuantes de trabajo, las cuales consideran normales y sin remuneración alguna. Esas son las principales desventajas de las mujeres, y al no ser consideradas trabajadoras por la ley, este sector de la población se queda desprotegido. Es cierto que dentro de las disposiciones de la ley se establecen medidas de protección a los miembros de la familia, la inspección en los lugares de trabajo, pero, recordando la situación particular de los talleres, muchos de ellos no se encuentran debidamente registrados y supervisados.

Sabemos que la ley laboral proveerá de los mecanismos necesarios para los riesgos que pueda correr una mujer en protección de su maternidad, los que están en juego tratándose de su salud como trabajadora, pero en el caso de aquellas que no son trabajadoras, serán las leyes supletorias a la Ley Federal del Trabajo las encargadas de proteger los derechos de las mismas, que si bien deben ser los mismos que los de sus congéneres, al igual que sus obligaciones, no siempre están en igualdad de circunstancias.

Las cuestiones relacionadas con la perspectiva de género siempre estarán presentes y más en las cuestiones laborales, dejando a un gran sector de la población femenina trabajadora en situación de vulnerabilidad, pero a pesar de todo siempre tendrá la oportunidad de defenderse o de allegarse de los medios necesarios para protegerse, cosa distinta en el caso de los menores de edad.

VI. EL TRABAJO DE LOS MENORES

Respecto del trabajo de los menores, desde el punto de vista general, la Ley Federal del Trabajo establece que:

Artículo 174. Los mayores de quince y menores de dieciocho años, deberán obtener un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo y someterse a los exámenes médicos que periódicamente ordenen las autoridades laborales correspondientes. Sin estos requisitos, ningún patrón podrá utilizar sus servicios.

No es raro observar que, en realidad, estas condiciones no son aplicadas a los menores, de hecho, es uno de los grupos más vulnerados dentro de las actividades laborales e incluso dentro de los talleres familiares, donde desde pequeños son utilizados para diversas actividades propias del arte u oficio del taller, en muchas ocasiones sin remuneración, pues es integrado al trabajo como parte de sus actividades diarias.

Así mismo, la Ley Federal del Trabajo establece que se tendrán por no puestas aquellas disposiciones en que se sean empleados niños menores de quince años, entonces, se consideran o no aquellos que no entran dentro de esta categoría, esa es una cuestión que sólo la materia civil puede auxiliar a la laboral.

En materia civil, específicamente tratándose de las cuestiones de derecho familiar, se han establecido diversas figuras jurídicas que tienen como finalidad la protección y el bienestar del menor.

El Código Civil Federal (artículos 649 y 650) dispone que:

- La mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos.
- El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Con base en estos supuestos, debemos entender que no tienen capacidad jurídica plena, pues carecen de la capacidad de ejercicio. Desde el punto de vista jurídico, la capacidad alude tanto a la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como a la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.⁵ La falta de capacidad de ejercicio de los menores, coloca a los mismos en la necesidad de establecer mecanismos que aseguren sus derechos.

⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia*, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 406.

Otra cuestión que es de notar dentro de la materia laboral, es que al interior de los talleres familiares no importa la condición física de los menores, siempre que puedan contribuir con la finalidad de sus actividades, cosa que, de acuerdo con la ley, debería de procurarse que los menores tengan la capacidad para hacerlo.

La condición de los menores, de acuerdo con la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del año 2000, artículo 2, se clasifica de la siguiente forma:

- Son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos.
- Son adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.

Los menores, al no poder ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones de manera plena, requieren de una persona capaz que pueda intervenir por ellos y que los represente legalmente (establecido por el legislador), a quienes corresponde la obligación natural y legal de procurar su cuidado, su educación, su alimentación y todas aquellas medidas de protección que les garantice y tutele el acceso a esos derechos, cosa que sucede cuando los ascendientes de los mismos procuran por ellos. Pero en muchas ocasiones en los talleres familiares esas garantías no significan nada, llegando a generar violencia sobre ellos y sobreexplotación de sus habilidades y trabajos, pero siendo los agresores sus principales representantes, pues es difícil conseguir erradicar la explotación y maltrato infantil.

El hecho de que el menor sea reconocido a nivel constitucional y a nivel internacional, no implica que los derechos de los menores sólo se vean como un simple enunciado, sino que el mismo legislador prevé las instituciones jurídicas que coadyuvarán al ejercicio de esos derechos en su beneficio.

La representación legal surge cuando la ley faculta a una persona para que actúe a nombre o por cuenta de otra. Su esencia es actuar a nombre de otro que, por alguna razón, se encuentra imposibilitado, y el actuar del representante será tal y como si se tratara de la persona que es titular de ese derecho.

Las instituciones de derecho que se encargan de la representación de los derechos de los menores con el fin de lograr su bienestar y desarrollo, son la patria potestad y la tutela.

Respecto de la patria potestad, no hay duda sobre su función dentro de la familia, pues le corresponde a los ascendientes de los menores y se refleja como aquel conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre los hijos.

Esta institución jurídica se enfoca a la persona del menor así como a sus bienes, y tiene como principal objetivo el de hacer accesible el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación que padre y madre tienen sobre sus hijos e hijas. Dentro del tema tampoco quedan excluidos los menores adoptados, pues pasan a formar parte de la familia y con ello de las actividades que la misma realiza dentro de los talleres familiares.

En el caso específico de los pupilos, la institución protectora que se genera con la tutela, se define como la “autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel que, por minoría de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil”.⁶

El pupilo que es integrado a los talleres familiares debe estar bajo el cuidado de su tutor, quien cuidará de él. La misma ley de la materia lo establece, y así lo solicita también el registro de los talleres familiares, donde debe reconocerse al pupilo como miembro del taller para que pueda ser beneficiado y protegido igual que los miembros de la familia.

Tomando en consideración las características de la tutela, las cuales la consideran como una institución jurídica que sólo puede recaer sobre persona jurídicamente capaz quien brinda asistencia, cuidado, protección y representación a otra para garantizar sus derechos, se puede decir que ésta ocupa el segundo lugar de las instituciones protectoras del menor, después de la patria potestad.

Los mecanismos de protección para los menores en situación de tutela que a su vez son los organismos encargados de supervisar el buen funcionamiento de esta institución, son el Consejo Local de Tutelas, el mismo Ministerio Público y también el juez de lo familiar.

La situación de los menores es un poco más grave que la de las mujeres, especialmente dentro de los talleres familiares, que en cualquier otra forma de trabajo, pero la situación familiar es la que en este caso es más grave, pues al ser menor de edad y ser representado por quienes lo explotan, es difícil que su situación sea conocida y que el menor sea alejado del núcleo familiar. Generalmente, los menores sufren maltrato físico y emocional por parte de sus ascendientes o una explotación laboral.

El trabajo infantil suele definirse como aquella actividad que priva a los menores de edad de disfrutar su niñez de forma digna, siendo perjudicial para su desarrollo, razón por la cual no podemos ignorar el progreso que ha tenido el derecho de los menores, al grado de realizarse una Declaración Universal de los Derechos del Niño, que funcionó como un manifiesto ante

⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, t. II, h-z, Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 2247.

la comunidad internacional, señalándole que los niños no tienen la misma condición de un adulto, y que es primordial colocarlos en una categoría intermedia para procurar su bienestar, y después convertirse en adultos con todos los derechos y obligaciones que le corresponderán a esa edad.

VII. CONCLUSIONES

La industria familiar será una institución de carácter laboral que no desaparecerá de forma tajante. Mientras la familia siga siendo considerada la base de la sociedad, sus miembros estarán unidos no sólo por parentesco, sino por intereses comunes en beneficio de la familia.

Podría pensarse que la industria familiar y la situación jurídica de los miembros que la integran, representa un retroceso en la concepción internacionalista de los derechos humanos, pero la relación entre esos miembros va más allá de la figura del patrón y del trabajador, porque la industria, que es la principal fuente de ingreso y sostén de la familia, tiene un mayor valor que exige el sacrificio de cada sujeto.

Acorde con la cultura social en que nos encontramos, la situación de los menores y de las mujeres siempre será objeto de preocupación, porque tradicionalmente son considerados grupos vulnerables, aunque también hay que reconocer que no todas estas observaciones están valoradas objetivamente, ya que se suele estigmatizar a aquellos que consideramos más débiles.

En este sentido, la Ley Federal del Trabajo es sólo una guía respecto de la igualdad de oportunidades que debe tener un trabajador y de los beneficios que tiene acorde con su propia capacidad productiva.

Las declaraciones de derechos tendientes a defender a mujeres y menores o a otros grupos vulnerables, marcan los principios que deben regir el deber ser de las relaciones jurídicas que surgen entre los miembros de las relaciones laborales, pero queda la duda respecto de la industria familiar, porque conlleva una serie de elementos internos que involucran la propia vida y sostenimiento de cada individuo miembro de la familia.

BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL, Miguel, *La Constitución en Serio*, México, Editorial Porrúa, 2001.
DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, México, Editorial Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007.
GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia*, México, Editorial Porrúa, 2009.

- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, México, Editorial Porrúa, 2011.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge, *Instituciones de Derecho Civil. Tomo II*, México, Editorial Porrúa, 1987.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Representación, poder y mandato. Prestación de servicios profesionales y su ética*, México, Editorial Porrúa, 2006.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa Calpe, 2001.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Introducción y personas*, México, Editorial Porrúa, 2007.

Legislación vigente

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Ley Federal del Trabajo.
Código Civil Federal.

Recursos electrónicos

Estrategia del Gobierno Federal para los negocios familiares. Introducción. Disponible en <http://talleresfamiliares.gob.mx/portalTalleres/inicio.htm>

Indicadores de ocupación y empleo al cuarto trimestre de 2016. Disponible en: <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=25433&t=1>

DIÁLOGO EN EL PURGATORIO ENTRE HANS Kelsen Y FRANÇOIS GÉNY

Alfredo Bazúa Witte



“...basta con que el mal príncipe desaparezca para que, por fuerza misma de las cosas, la honestidad renazca en la práctica del gobierno al mismo tiempo que la libertad.”

(Montesquieu respondiendo a Maquiavelo)¹

I. INTRODUCCIÓN

La cita que antecede es parte del famoso libro de Maurice Joly, “Diálogos en el Infierno entre Maquiavelo y Montesquieu”, en el que se presenta un debate imaginario entre Nicolás Maquiavelo (1469-1527) y Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu (1689-1755). El primero, testigo de la democracia florentina, de la oligarquía veneciana y de la monarquía napolitana, defiende la concepción divina del poder del príncipe, no mediante la razón, sino a través de premisas fácticas surgidas del devenir histórico de esa época. El segundo representa el progreso de la razón, la igualdad social y el triunfo del derecho sobre la tiranía.

Por obvias razones, tanto geográficas como cronológicas, este diálogo sólo podía ser imaginado en un *locus* que permitiera que ambos interlocutores interactuaran. Tal vez por eso a Joly le pareció interesante situarlos en el infierno, posiblemente como una crítica indirecta al régimen imperial de Napoleón III, que estuvo fuertemente influenciado por ellos.

¹ JOLY, Maurice, *Diálogos en el Infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*, Argentina, El Cid Editor, 2004.

De manera similar, aunque por demás breve, en este artículo se busca presentar un debate teórico, no entre conocidos exponentes de la ciencia política, sino entre sendos representantes de la filosofía del derecho, cuyas doctrinas han influenciado de manera trascendental a los sistemas jurídicos occidentales hasta el día de hoy: Hans Kelsen y François Géný.

Tal vez también venga a la mente el famoso y mucho más reciente “Debate Hart-Dworkin”,² en el que, desde la premisa del Common Law, los dos autores enfrentan sus teorías sobre la esencia y naturaleza del derecho, propugnando el inglés por el positivismo, y el americano por un sistema abierto basado en la hermenéutica.

Valga decir que dicho debate contrapone la teoría positivista y normativista de Hart,³ en la que la función central del derecho consiste en promulgar estándares que guíen a los sujetos, y la teoría de la adjudicación de Dworkin,⁴ para quien la tarea principal del derecho es la resolución (principalmente judicial) de las disputas entre las normas y su aplicación. Sin embargo, ambos basan toda su argumentación en un sistema de alta judicialización, que pudiese parecer ajeno a los sistemas continentales. Es por ello que en este artículo presento un debate similar, pero cuyos autores han trabajado, analizado e impactado en los sistemas de *ius civile* o *civil law*, mismos que se basan y sustentan en la codificación.

Debe resaltarse que el debate “Hart-Dworkin” tiene un claro ganador, o al menos así lo parece en nuestro país, ya que a partir de la reforma al artículo 1 constitucional del 10 de junio de 2011, se rompió el paradigma normativo que establecía a la Carta Magna como omnipotente y se abrió la interpretación de sus principios, mismos que, según Dworkin, están, desde siempre, inmersos en un sistema jurídico del que emanan y al que nutren. Esta reflexión también hace interesante el diálogo aquí presentado, pues invita a encontrar, mediante una línea argumentativa similar, al vencedor del debate “Kelsen-Géný” a la luz de nuestro derecho vigente.

Finalmente, a la pregunta sobre por qué este diálogo imaginario se ubica en el purgatorio, se responde que, si bien se ha dicho que la teoría pura del derecho de Kelsen ha sido utilizada para justificar las atrocidades perpetradas por el tercer Reich alemán,⁵ no existe evidencia de que dicho autor

² SHAPIRO, Scott J., “El debate ‘Hart-Dworkin’: Una breve guía para perplejos”, en MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (ed.), *Dworkin y sus críticos, el debate sobre el imperio de la Ley*, México, Tirant lo Blanch, 2012.

³ HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

⁴ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, España, Editorial Gedisa, 1988.

⁵ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho* VIII, 1991, pp. 341-364.

haya tenido este objetivo. Por lo tanto, sin condenar a ninguno de los dos expositores al llanto y “al rechinar de dientes”,⁶ ni considerarlos, tampoco, como merecedores de la gloria eterna, los hemos situado mentalmente en el purgatorio, en donde muy probablemente todos los abogados lleguemos a encontrarnos algún día, aunque sea sólo de paso.

II. DIÁLOGO

GÉNY: Buen clima el día de hoy, ¿no crees, Hans?

KELSEN: Así es, François. Parece que conforme más ascendemos,⁷ mejor clima tenemos.

GÉNY: Así parece, aunque el ascenso mismo es cansado.

KELSEN: Cansado en verdad, y te lo dice alguien experto en estructuras piramidales.

GÉNY: ¡Oh!, claro, cómo olvidar tu famosa pirámide normativa.⁸

KELSEN: Precisamente, mi amigo. Veo que conoces mi obra.

GÉNY: Por supuesto, los juristas debemos permanecer siempre actualizados.

De hecho, he querido comentarte que, en mi opinión, a tu pirámide normativa le hace falta un último nivel en la cima: el del derecho natural.

KELSEN: De ninguna manera, colega mío, la omisión del derecho natural ha sido intencional. Lo que yo he tratado de representar es una teoría pura del derecho, independiente de otras disciplinas sociales, incluyendo la moral.

GÉNY: Pero la moral y el derecho natural son cosas muy diversas. Aunque ambos sistemas tienden al desarrollo sano y continuo de la humanidad, “...la necesidad del derecho natural es sentida de forma bastante general y se puede demostrar fácilmente por la imposibilidad de pasar de él en la constitución de un sistema de derecho positivo plenamente eficaz”.⁹

KELSEN: A lo que tú llamas derecho natural es en realidad una “moral social”.

GÉNY: No, mi estimado Hans, “El derecho natural difiere de la moral social. Sólo él, y no la moral social, ofrece la respuesta a las siguientes cuestiones: 1. ¿Sobre qué bases establecer el Estado y los poderes que lo consti-

⁶ Lucas 13: 28

⁷ Referencia a la forma de montaña del Purgatorio en *La Divina Comedia* de Dante Alighieri.

⁸ KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*, California University Press, 2009.

⁹ GÉNY, François, “La Laicidad del Derecho Natural”, *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*, Granada, Editorial Comares, 2008, p. 48.

tuyen, mientras no los rige ninguna ley? 2. ¿De qué ideal extraerá el legislador las disposiciones que debe dictar? 3. Si partimos de la imperfección y la insuficiencia irremediables de la ley positiva, que la costumbre no puede suplir totalmente, ¿a qué reglas deberá acudir el intérprete? 4. ¿Cómo proteger a los individuos contra los excesos injustos del derecho positivo, en cierto modo inevitables? Y 5. En el ámbito internacional ¿dónde encontrar las reglas necesarias para ordenar las relaciones entre Estados a falta de disposiciones positivas?”.¹⁰

KELSEN: Sin embargo, no podrás negar que el contenido de ese “derecho natural” al que te refieres, suele coincidir con los postulados de la religión cristiana, principalmente con las enseñanzas de la iglesia católica.

GÉNY: Tienes razón, en parte, porque efectivamente, “no se podría desconocer una cierta identidad de objeto y finalidad en todas las disciplinas de la conducta humana”,¹¹ como lo es la religión, la moral, la psicología y el derecho. “Estas disciplinas establecen necesariamente relaciones recíprocas”,¹² y por lo tanto sus contenidos tienden a ser similares al tener el mismo objeto de estudio: el hombre. Sin embargo, “cada disciplina conserva su propia autonomía, aunque sufre la influencia de las otras para crecer con ellas o para limitarse”.¹³ Por eso te aseguro que el derecho natural siempre ha sido y será laico. “Al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios”.¹⁴

KELSEN: En eso coincido contigo, pero no porque el contenido de una norma regule la conducta aplicable a las relaciones entre los hombres, se deriva que su carácter sea jurídico. Para ello, es necesario que su fuente de validez se encuentre en el Estado.¹⁵

GÉNY: Difiero. La fuente del derecho natural es, como su nombre lo indica, la naturaleza humana, “expresada por la conciencia que esclarece la razón, al margen de los dogmas de una religión y al margen de toda prescripción positiva”.¹⁶

KELSEN: ¿Acaso afirmas, amigo mío, que de un “ser” (hombre) puede desprenderse un “deber ser” (derecho natural)? Eso es ontológicamente imposible. El derecho, como conjunto de normas, sólo puede emanar de

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Ibidem*, p. 52.

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ Marcos: 12, 17.

¹⁵ KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Nueva York, Russel & Russel, 2009.

¹⁶ GÉNY, *op. cit.*, p. 53.

una norma. La validez formal del sistema jurídico descansa en la “norma fundamental”.¹⁷

GÉNY: Pero esa “norma fundamental” es hipotética. No tiene existencia real. Inclusive H.L.A. Hart, quien, como tú, es positivista, admite la existencia de una “regla de reconocimiento” fáctica de la que se desprende la validez de las normas jurídicas.¹⁸

KELSEN: La norma fundamental está presupuesta, y básicamente ordena que debe obedecerse la primera constitución histórica,¹⁹ de la que se deriva a su vez la validez de las distintas constituciones hasta llegar a la Constitución vigente, y de ella derivan todas las demás normas del ordenamiento jurídico, que en su conjunto componen el derecho positivo.

GÉNY: Si ese fuera el caso, existirían tantas normas fundamentales como Estados, sin mencionar el problema en el derecho internacional. “Aquí no hay ninguna autoridad exterior común a todos”.²⁰ ¿Cómo se resolverían las disputas entre las diferentes normas fundamentales? Mi respuesta es que con base en el derecho natural, que posee la característica de la universalidad, “...esto sólo puede producirse si se extrae de un fondo común: la naturaleza y, a través de medios accesibles a todos: la conciencia y la razón”.²¹

KELSEN: Entonces, estimado colega, si el “derecho natural” se desprende de la naturaleza humana que es universal e inmutable, sería un derecho estático, incapaz de hacer frente a los conflictos emanados de cada contexto histórico y social.

GÉNY: No es así, toda vez que, si bien la naturaleza humana es inmutable y universal, el derecho natural no es ciego ante el devenir histórico, y posee la suficiente flexibilidad para adaptarse a diferentes contextos a través de la extracción de normas más específicas que derivan de principios generales. Así pues, coincido con nuestro colega Georges Renard en que el derecho natural tiene un contenido progresivo.²²

KELSEN: Por favor, saluda a George de mi parte cuando lo veas.

GÉNY: Con todo gusto.

¹⁷ KELSEN, *Pure Theory of Law*, p. 201.

¹⁸ HART, H.L.A., *op. cit.*

¹⁹ KELSEN, *op. cit.*, p. 200.

²⁰ GÉNY, *op. cit.*, pp. 57-58.

²¹ *Idem.*

²² RENARD, Georges, “Le Droit, l’Ordre et la Raison, Conférences d’Introduction philosophique à l’étude du droit”, troisième série, *Revue des Sciences Religieuses*, Volumen 8, Número 1, 1928, pp. 144-146.

KELSEN: Pero retomando el tema, insisto en que a lo que tú insistentemente llamas derecho natural, no puede ser derecho, puesto que carece de una sanción. “El derecho es el orden coactivo y soberano de la conducta”.²³

GÉNY: El derecho natural no requiere de establecer sanciones. Esa tarea corresponde a los diferentes derechos positivos. El derecho natural consiste en un número relativamente reducido de “preceptos expresados como fórmulas generales”²⁴ que se subordinan a fines superiores.

KELSEN: ¿Fórmulas generales? ¿Te refieres a principios?

GÉNY: Exactamente. ¡Principios!

KELSEN: Pero François, esa afirmación desvirtúa completamente la definición del derecho como un “conjunto de normas”. Bien sabido es que la estructura lógica en la que se enuncia una norma es la que le distingue de otro tipo de directrices sociales, como las virtudes y las buenas costumbres. En pocas palabras, el derecho se expresa con normas, esto es, mediante la fórmula “Si A, entonces B”.²⁵ Recuerda que una norma es una proposición del “deber ser”; “el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y en especial se autoriza un comportamiento”.²⁶

GÉNY: Esto ya lo platicaba con Ronald Dworkin, cuando le mostraba el lugar, ya que llegó aquí hace poco tiempo. Él hacía referencia a los “casos difíciles” en los que al no existir una norma aplicable o existir varias, el juez, para resolver el caso, debe basarse en algo más allá de las normas: los principios jurídicos.²⁷

KELSEN: Y esos principios jurídicos a los que tú y Ronald se refieren, ¿en dónde están?, ¿de dónde surgen?, ¿existe un catálogo de ellos?

GÉNY: Como te he comentado, se derivan de la naturaleza humana y son extraídos de ésta, a través de la conciencia y la razón.

KELSEN: Ahora el que habla de entes sin existencia real eres tú, mi estimado François. Hace un momento criticabas mi “norma fundamental” diciendo que era hipotética y que no estaba materializada, y ahora me hablas de principios que no dimanan del Estado. El Estado crea el derecho y no al revés.

GÉNY: Disiento nuevamente, Hans. No es el Estado quien crea al derecho, sino que el Estado es una expresión del derecho natural, que recoge la

²³ KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*.

²⁴ GÉNY, *op cit.*, p. 60.

²⁵ KELSEN, *op. cit.*, p. 89.

²⁶ *Ibidem*, p. 200.

²⁷ *Cfr.* DWORKIN, *op. cit.*

“naturaleza esencialmente sociable del hombre”.²⁸ Obviamente, esta naturaleza sociable requiere de formas de organización política, que a su vez establezcan un orden normativo positivo para regular las relaciones entre sus miembros. Esas formas de organización política, comúnmente Estados, tienen el poder coactivo para imponer sanciones al incumplimiento de las normas por ellos emitidas.

KELSEN: En eso coincidimos.

GÉNY: De hecho, coincidimos en muchos puntos, ya que el derecho natural y el derecho positivo coexisten y, en este sentido, muchos de los paradigmas que estableciste en tu excelente análisis, son perfectamente aplicables al derecho vigente. Simplemente, yo considero que todo orden jurídico debe partir de lo único que es común a todos los hombres y a todos los tiempos: la naturaleza humana.

KELSEN: ¿Qué te puedo decir, François? Creo que será una de las muchas preguntas que deberemos hacer cuando hayamos alcanzado la cima de esta montaña.

GÉNY: Indudablemente.

KELSEN: En fin, ha sido un gusto platicar contigo.

GÉNY: El gusto ha sido mío, Hans. Espero que no sea la última vez.

KELSEN: No lo será, colega. Auf wiedersehen.

GÉNY: Au revoir, mon ami.

III. CONCLUSIÓN

Si del diálogo imaginario antes descrito tuviéramos que determinar cuál de las posturas presentadas es la que corresponde al ordenamiento jurídico vigente en nuestro país, creo que deberíamos inclinarnos por la postura de Gény, pues aunque en ningún lugar de nuestra Constitución se hace mención al derecho natural como tal, sí menciona expresamente que los derechos humanos no son otorgados, sino reconocidos. Si bien ésta parece ser sólo una cuestión terminológica, no es de importancia menor, ya que si la Constitución “reconoce” derechos, estos deben entonces tener su fundamento en una norma distinta de la Constitución y sobre la cual tenga preeminencia.

De igual manera, al dar el artículo 1 constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos la misma jerarquía de los dere-

²⁸ GÉNY, *op cit.*, p. 66.

chos reconocidos por la propia Constitución, queda eliminada la jerarquía normativa piramidal que por mucho tiempo estableció el artículo 133.

Finalmente, se reconocen a nivel constitucional los principios con base en los cuales deben interpretarse las normas de derecho positivo mexicano, estableciendo la obligatoriedad de recurrir a ellos (universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad), no como supletorios de la ley, sino complementarios a ella, de modo que la ley sólo pueda ser correctamente interpretada a su luz.

Por estas y otras razones es cada vez más evidente que el positivismo jurídico, por sí solo, es incapaz de explicar en su totalidad la vasta amplitud tanto teórica como práctica del derecho. Quizás por ello no resulta extraño el resurgimiento de estudiosos del derecho natural en nuestros días, como Alisair, MacIntyre, Ralph McInerny, Stephen Tehron y John Finnis, entre otros. Sin duda alguna, desempolvar los textos escolásticos y de juristas franceses como el propio Gény, ya no sólo es un valioso ejercicio académico, sino que, en la práctica jurídica, seguramente dará cabida a una actividad interpretativa mucho más completa. Asimismo, visitar estas doctrinas no puede sino tener por resultado el ampliar nuestra visión sobre el conocimiento jurídico; y tener una perspectiva más amplia jamás ha sido algo despreciable. Hoy más que nunca, en que la realidad se nos presenta cada vez más compleja, es nuestra obligación como juristas, el buscar más y mejores herramientas para poder analizar esa realidad desde diversos y variados panoramas, en aras de encontrar siempre la mejor solución. Dichas herramientas, más que en la política, la economía o la sociología, deberán buscarse en la filosofía, específicamente en la filosofía del derecho, por ser la filosofía, en términos aristotélicos, la única ciencia que nos lleva a las causas últimas, a la luz natural de la razón.

BIBLIOGRAFÍA

- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, España, Editorial Gedisa, 1988.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho VIII*, 341-36, España, 1991.
- GÉNY, François, *La libertad en el Derecho. Entre Certeza e Incertidumbre*, Granada, Editorial Comares, 2008.
- HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- JOLY, Maurice, *Diálogo en el Infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*, Argentina, El Cid Editor, 2004.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State* (trad. A. Wedberg), Russel & Russel Eds., NY, EE. UU., 1945.

—, *Pure Theory of Law*, California, California University Press, California, EE.UU., 1967.

MELERO DE LA TORRE, Mariano, *Dworkin y sus críticos, el debate sobre el imperio de la Ley*, México, Tirant lo Blanch, 2012.

RENARD, Georges, “Le Droit, l’Ordre et la Raison, Conférences d’Introduction philosophique à l’étude du droit”, troisième série, *Revue des Sciences Religieuses*, Année 1928, Volume 8, Numéro 1.

CONCUBINATO Y MATRIMONIO

Joel Chirino Castillo



I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el poder legislativo de la Ciudad de México ha reformado y adicionado el Código Civil notoriamente en el libro primero “de las Personas”. Independientemente de todas las reformas, voy a referirme a los temas que están vinculados al matrimonio y al concubinato. Tal parece que la tendencia legislativa pretende darle una equivalencia jurídica a una y otra figura. Aunque son distintas en su esencia jurídica, el pretender buscar una equivalencia no sólo motiva una confusión entre ambas figuras sino que ha alterado, en cierto modo, la conducta social de los sujetos de estas figuras jurídicas.

Las reformas referentes al divorcio, especialmente al derogar las causales, han originado la facilidad y rapidez de la disolución de los matrimonios formalmente constituidos. Las reformas que tratan de equiparar el matrimonio con el concubinato como figuras paralelas, motivan la facilidad de la convivencia en unión libre sobre la formalidad jurídica del matrimonio.

Los requisitos para contraer matrimonio son varios o gravosos, independientemente de la tramitación burocrática para formalizar el contrato matrimonial. En cambio, resulta más atractiva la unión libre porque no se precisa de ninguna formalidad. Para contraer matrimonio, se requiere un curso casi propedéutico, independientemente de que éste, desde el punto de vista económico social, puede resultar gravoso para los pretendientes, y por lo práctico es más atractiva la unión libre que formalizarlo.

Independientemente de lo anterior, si la tendencia legislativa tiene como fin equiparar jurídicamente ambas figuras, finalmente el matrimonio será un contrato obsoleto, como es el caso del contrato de aparcería o de la renta vitalicia o del juego y la apuesta, cuyos contratos, aunque están vigentes, no se ven comúnmente en la práctica.

Si bien es cierto que la tendencia de las reformas en materia de concubinato tiene como fin proteger a la parte débil de esa relación como es la concubina, dichas protecciones no requieren de esa tendencia de equiparación sin que con ello se afecte al matrimonio. Muchas de estas reformas se justifican en la razón de los derechos humanos, es decir, bajo el argumento de considerarlos como figura individualista, se trastocan las garantías individuales debidamente determinadas en la Constitución y sobreponiendo estos a las garantías individuales. Por una irresponsabilidad del legislador federal no se estructuraron debidamente los derechos humanos en México, de tal manera que la interpretación que se ha dado queda por encima de las instituciones jurídicas legítimamente constituidas, y en muchos casos con notoria violación a los derechos adquiridos o a las normas específicas que regulan derechos y obligaciones.

Independientemente de estar o no de acuerdo con esas reformas, podemos citar el aborto, el matrimonio de personas del mismo sexo, el derecho de ellos para adoptar a menores de edad, la libertad de expresar sus sentimientos públicamente y, más grave aún, presionar a las autoridades de una entidad para llevar a cabo las reformas que solicitan y que por conveniencias políticas aceptan sin objetar cuando atentan contra las instituciones establecidas.

En cierto modo se ha alterado la moral social y la capacidad de asombro de los habitantes de una entidad federativa o de toda la República. Es tal la tendencia de invocar los derechos humanos sobre cualquier conducta lícita o ilícita para que las instituciones oficiales que vigilan el su respeto, bajo el celo de su cumplimiento, lesionan en mucho los derechos de las víctimas. Si consideramos que por razón de los derechos humanos se reformaron las reglas de la adopción para que en la actualidad se acepte que las parejas del mismo sexo adopten a menores de edad, se olvidaron de que los menores quedan en estado de indefensión para imponerles un estatus jurídico, violando su garantía de audiencia; ahí los menores no tienen derechos para ser oídos y analizar la conducta social superveniente de su vida, al grado de impedir que cuando sean mayores de edad tengan la facultad de dar por terminada la adopción como se reglamentaba anteriormente. Pero se trata de analizar la figura del concubinato, cuyo tema se refiere a continuación.

II. CONCUBINATO

De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tiene su origen en la voz latina *concubinatus*, y significa comunicación o trato de un hombre con su concubina.

- Concubina; Manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuera su marido.
- Concubinario: El que tiene concubina.

En el derecho positivo vigente, los tres significados gramaticales tienen su connotación jurídica en diferentes artículos del Código Civil o de otras leyes, aunque desde el punto de vista gramatical, para los efectos de esa unión, es lo mismo concubina que concubino.

Si bien es cierto que al hombre se le denomina concubinario, bajo ese principio, en todo caso, desde el punto de vista activo, también la mujer debería ser concubinaria, porque tiene un concubino. Así que concubina y concubino deben tener la misma connotación jurídica haciendo referencia sólo al sexo de uno y de otro.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Eugène Petit, en el “Tratado Elemental de Derecho Romano”, al referirse al concubinato señala que:

91.-I. *Del concubinato*. Los romanos dan el nombre de *concubinatus* a una unión de orden inferior más duradera, y que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas.

Esta especie de matrimonio, completamente extraño a nuestras costumbres actuales, aunque frecuente en Roma, parece haber nacido de la desigualdad de las condiciones. Un ciudadano tomaba para concubina a una mujer poco honrada, indigna, por tanto, de hacerla su esposa; tal como una manumitida o una ingenua de baja extracción (Marciano, L. 3, pr. D., *de concub.*, XXV, 7).

Hasta el fin de la República, el Derecho no se ocupó de estas simples uniones de hecho, pues fue bajo Augusto cuando el concubinato recibió su nombre. La ley *Julia de adulteriis* calificaba de *stuprum* y castigaba todo comercio con toda joven o viuda, fuera de las *justae nuptiae*, haciendo una excepción a favor de la unión duradera llamada *concubinato*, que recibió de esta manera una especie de sanción legal.¹ Desde entonces le fueron impuestas ciertas condiciones para precisar los límites por los cuales ya únicamente existía un comercio ilícito. Por eso el concubinato sólo estaba permitido entre personas púberas, y no parientes en el grado prohibido para el matrimonio (Ulpiano, L. 1, § 4, D., *de concub.* XXV, 7.-L. 56, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2).

¹ MARCIANO, L. 3, § 1, D., *de concub.*, XXV, 7; [...] Nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit extra legis poenam est. Cf. Paulo, L. 144, D., *de verb. sign.*, L. 16.

No se puede tener más de una concubina, y únicamente no habiendo mujer legítima (Paulo, S., II, 20).² Estas son las condiciones de que nos hablan los textos.

El consentimiento del jefe de familia no era exigido, escapándose el concubinato a las demás prohibiciones publicadas para las *justae nuptiae*; por ejemplo: un gobernador que no se pudiese casar con una mujer de su provincia, podía tomar una concubina (Paulo, L. 5, D., *de concub.*, XXV, 7).

En un principio, el concubinato no producía ninguno de los efectos civiles unidos a las *justae nuptiae*. Por eso la mujer no era elevada a la condición social del marido, pues aunque algún ciudadano hubiese tomado para concubina una mujer de su mismo rango, lo cual era muy raro, no era nunca tratada como *uxor* en la casa y en la familia; de donde venía el nombre de *inaequale conjugium* aplicado a esta unión (L. 3, C., *de nat. liber.*, V, 27).

En cuanto a los hijos nacidos del concubinato, son cognados de la madre y de los parientes maternos, pero no están sometidos a la autoridad del padre, y nacen *sui juris*. Por tanto, un ciudadano puede elegir dos clases de uniones, cuyas consecuencias son distintas. Si quiere desarrollar su familia civil, contrae las *justae nuptiae*, que le darán hijos bajo su autoridad;³ ahora, si quiere dejar fuera de su familia los hijos que le nacieran de la mujer a la cual se unió, entonces toma una concubina. Pero si estos hijos, no siendo agnados del padre, tienen con él al menos un parentesco natural, legalmente cierto, ¿se distinguen por esto de los *spurii* o *vulgo concepti*? En la época clásica, ningún texto pudo afirmarlo.⁴ Fue únicamente en el Bajo Imperio, y desde Constantino, cuando parece haber sido reconocido un lazo natural entre el padre y los hijos nacidos del concubinato, designándoles con la nueva apelación de *liberi naturales*.⁵ El

² Esta reglamentación no se aviene con una opinión admitida hoy por varios autores, según la cual, en el concubinato no hubiese existido, como se pensaba antes, y como persistimos en creerlo, una unión legalmente reconocida, pero sí un sencillo comercio irregular, fuera de las leyes, tal como está el concubinato en nuestra sociedad. Esta asimilación no está menos prohibida por la diferencia absoluta de las costumbres. Hoy, toda unión libre fuera de matrimonio está calificada de desorden, aunque en Roma, el concubinato era una institución regular, no arrastrando ninguna deshonra, ni para los que la practicaban ni para los hijos oriundos.

³ De ahí viene la expresión: *Ducere uxorem liberorum quaerendorum causa*. Cf. Aulo Gelio, *Nuits at.*, IV, 3.

⁴ Algunos autores admiten que en el Derecho clásico los hijos nacidos del concubinato tienen un padre verdadero, derivándose de este principio la obligación de alimentos; además, tenían para el padre las ventajas que las leyes caducas; unen solamente a la paternidad legítima, y para el hijo el derecho, como cognado, a la sucesión del padre. Esta solución es contraria a la presunción *is pater est quem nuptiae demonstrant*, y ningún texto de los jurisconsultos clásicos puede prestarle un apoyo serio.

⁵ L. 7, C. Th., *de natur. fil.*, IV, 6. En la época clásica se entienden por *liberi naturales* los hijos nacidos del concubinato: Scaevola, L. 88, § 12, D., *de legal.*, 2.º XXXI [...] *naturales liberos id est in servitute susceptus...* Ulpiano, L. 17, § 4, D., *ad. S. C. Trebel*, XXXVI, 1,

padre puede legitimarlos (V. n.º 94), y Justiniano terminó dando como efectos a esta filiación natural la obligación de alimentos y ciertos derechos de sucesión. (L. 8 y 12, C., de *nat. liber.*, V. 27.-Nov. 18, c. 12.-Nov. 89, c.12).

Los emperadores cristianos buscaron la manera de hacer desaparecer el concubinato. Constantino creyó acertar ofreciendo a las personas viviendo entonces en concubinato, y teniendo hijos naturales, legitimarlos, siempre que transformasen su unión en *justae nuptiae*, siendo también acordado por Zenón este mismo favor sin ningún reparo. Anastasio fué todavía más lejos, pues decidió que, tanto en lo presente como en lo futuro, todos los que tuviesen hijos nacidos del concubinato podían legitimarlos contrayendo las *justae nuptiae* (L. 6, C., *eod.*). Esta disposición fué conservada por Justiniano; es la *legitimación por matrimonio subsiguiente* (L. 10 y L. 11, C., *eod.*) (V. n.º 95,1). Sin embargo, el concubinato subsistió, como institución legal y tolerada por la iglesia.⁶ Fue prohibido en Oriente, la primera vez, por León el Filósofo (León, Nov. 91).

IV. UNIÓN LIBRE

La unión libre es una práctica social de las personas que tienen una relación personal y que no pretenden contraer matrimonio; ésta puede ser ocasional, esporádica o más o menos prolongada sin que establezcan un domicilio común. Para los efectos del Código Civil, este tipo de uniones libres, transitorias, no tienen ninguna relevancia, salvo que tengan hijos.

Existe otra unión libre en la que un hombre y una mujer deciden establecer una vida en común, así como un domicilio para su convivencia regular, y están conscientes de que esta unión es susceptible de terminar sin ningún trámite administrativo o judicial; basta la simple expresión de ambos o de cualesquiera de ellos para dar por terminada esa unión. Pero cuando esta unión libre tiene un fin no sólo de convivencia, sino de constituir una familia, entonces produce efectos jurídicos y es así como nace la figura del concubinato.

Como se ha mencionado en los antecedentes históricos, el concubinato es una relación de hecho. Por una o por otra circunstancia, se ha reconocido su existencia y sus efectos jurídicos, no obstante que en alguna época se declaró su ilegalidad.

El concubinato se pretende equiparar al matrimonio, pero no tiene la misma fuerza que él. Dicha relación no produce todos los efectos jurídicos

o bien los hijos nacidos del matrimonio, por oposición a los *liberi adoptivi*; Gayo, III, § 41.-Fr. Vat., § 196. Ulpiano, XXIX, §§ 1 y 5.

⁶ El Concilio de Toledo del año 400 de nuestra era autoriza el concubinato (Can. IV, dist. 34) y en el siglo VII Isidoro de Sevilla expresa la misma opinión.

de un matrimonio. Prácticamente las relaciones del concubinato entre ambos concubinos son de carácter económico en sus efectos jurídicos. Existen notorias diferencias entre el concubinato y el matrimonio, aunque en apariencia se producen los mismos efectos. Por ejemplo, el rompimiento del concubinato no requiere requisito alguno, más que la decisión de cualesquiera de ellos o de ambos para darlo por terminado. Por esa razón, el rompimiento del concubinato no causa daños y perjuicios, porque desde el punto de vista material el concubinato, como una unión de hecho, no puede tener las mismas consecuencias del matrimonio civil.

Las relaciones económicas, por efecto de la convivencia, no se rigen con los principios de una sociedad de hecho, porque ésta tiene una finalidad común con relación a un patrimonio en explotación. En cambio, en el concubinato los gastos que se requieren para la convivencia común pueden quedar a cargo de uno o de ambos concubinos.

Los bienes que se adquieran durante la vigencia del concubinato se obtienen a título personal, porque no hay pacto de comunidad de bienes, como sucede por las capitulaciones del matrimonio cuando éste se conviene bajo el régimen de sociedad conyugal. Es decir, en caso de que ambos concubinos adquieran un bien, lo harán en copropiedad.

Existe una serie de reglas de protección en el concubinato, principalmente en favor de la concubina, como los beneficios sociales de una relación obrero-patronal, pensión de viudez o pago de marcha. En materia de arrendamiento habitacional, la concubina del arrendatario fallecido se subroga en los derechos y obligaciones de éste, en los mismos términos del contrato, siempre y cuando hubiera habitado real y permanentemente el inmueble en vida del arrendatario. Estas protecciones a la concubina son distintos de los derechos que corresponden al matrimonio legalmente constituido.

V. DISTINCIÓN Y EFECTOS ENTRE EL MATRIMONIO Y EL CONCUBINATO

El matrimonio es un acto solemne que requiere para su existencia de la declaración del juez del registro civil, quien declara la existencia jurídica del matrimonio por haberse cumplido previamente los requisitos exigidos para la celebración de ese contrato. Las voluntades deben expresarse frente al juez del registro civil, quien les hace saber sus derechos y obligaciones legales previo reconocimiento de las firmas de la solicitud. El juez del registro civil en voz alta leerá el acta respectiva y preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes los

declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad. En esto consiste la solemnidad del matrimonio como elemento de existencia de este contrato.

En el caso del concubinato, éste es una simple unión de hecho que no requiere de formalidad alguna, y menos de los requisitos de existencia del contrato de matrimonio entre los que se encuentran además del consentimiento y el objeto, la solemnidad.

V.I. DE LOS CÓNYUGES

El matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, y están obligados a contribuir cada uno de ellos a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Vivirán juntos en el domicilio conyugal en el que disfruten de autoridad propia y consideraciones iguales; contribuirán económicamente al sostenimiento del mismo, a su alimentación y la de sus hijos, así como a la educación de estos en los términos que la ley establece. Tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y sólo pueden celebrar el contrato de compraventa entre ellos cuando el matrimonio esté sujeto a régimen de separación de bienes. La sociedad conyugal se rige imperativamente por las capitulaciones matrimoniales que la constituyen, por lo que no pueden renunciar anticipadamente las gananciales. El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal, pero la administración de ellos quedará a cargo del cónyuge que se haya designado. La prescripción no procede entre los cónyuges sobre los bienes comunes del matrimonio. Al respecto, el Código Civil vigente señala lo siguiente:

DEL MATRIMONIO CON RELACION A LOS BIENES DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 178. El matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o separación de bienes.

Artículo 179. Las capitulaciones matrimoniales son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario.

Artículo 180. Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán antes de la celebración del matrimonio y durante éste. Podrán otorgarse o modificarse du-

rante el matrimonio, ante el Juez de lo Familiar o ante Notario, mediante escritura pública.

Artículo 182 BIS. Cuando habiendo contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, falten las capitulaciones matrimoniales o haya omisión o imprecisión en ellas, se aplicará, en lo conducente, lo dispuesto por este Capítulo.

CAPÍTULO V

De la sociedad conyugal

Artículo 183. La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones generales de la sociedad conyugal. Los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario.

Artículo 184. La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante éste y podrán comprender, entre otros, los bienes de que sean dueños los otorgantes al formarla.

Artículo 187. La sociedad conyugal puede terminar durante el matrimonio, si así lo convienen los cónyuges. (GOCDMX 13/07/16)

V.II. DE LOS CONCUBINOS

En el concubinato no se requiere requisito alguno para la libre unión. No existe ninguna disposición específica sobre los principios de igualdad de los derechos y de las obligaciones; no existen capitulaciones para el régimen económico de los bienes que se adquieran durante la vigencia del concubinato, por lo que estos no forman una comunidad de bienes, sino los que se adquieran por ambos concubinos quedan en copropiedad en la parte alícuota que corresponda.

No existen ineficacias jurídicas de nulidad o ilicitud como en el matrimonio. La simple decisión de uno o de ambos concubinos es suficiente para romper el concubinato. En cambio, la disolución del matrimonio, entre otros casos, es por el divorcio que extingue el vínculo matrimonial.

Con relación a los actos de liberalidad, la donación entre los concubinos se rige por el contrato de donación, como figura genérica, y su tratamiento fiscal la grava como si se tratara de extraños.

El Código Civil regula la donación entre consortes como figura específica y su tratamiento fiscal, en materia federal, exenta el impuesto sobre la renta. Por esta razón, como figura específica, no se regula bajo las reglas generales de la donación, cuyos principios son los siguientes:

CAPÍTULO VIII

De las donaciones entre consortes

Artículo 232. Los cónyuges pueden hacerse donaciones, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los acreedores alimentarios.

Artículo 233. Las donaciones entre cónyuges pueden ser revocadas por el donante, en los términos del artículo 228.

Artículo 234. Las donaciones entre cónyuges no se revocarán por la supervivencia de hijos, pero se reducirán cuando sean inoficiosas, en los mismos términos que las comunes.

El Código Civil adicionó y reformó el capítulo 11 del concubinato, en donde se establecen derechos y obligaciones recíprocos, la vida en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que proceden a la generación del concubinato. Así también, en materia sucesoria, establece que la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge. Este capítulo contiene una serie de disposiciones que establecen los derechos y las obligaciones del concubinato con equivalencia a los que corresponden a la familia.

CAPÍTULO XI

Del concubinato

Artículo 291 BIS. Las concubinas y los concubinarios tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hayan vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este Capítulo.

No es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

Los Jueces del Registro Civil podrán recibir declaraciones con relación a existencia o cesación de concubinato, existencia o cesación de cohabitación y otros hechos relativos a relaciones de pareja que no constituyan modificaciones al estado civil, y que las personas deseen hacer constar, ante el referido Juez del Registro Civil.

Los Jueces del Registro Civil harán constar por escrito y en los formatos que al efecto se aprueben, las declaraciones emitidas por las personas que acuden a formular las mismas. Estos formatos serán conservados por la Dirección General del Registro Civil, y se podrán expedir constancias de las mismas, las cuales sólo acreditan el hecho de la comparecencia y de haber emitido las declaraciones en ella contenidas. Las constancias emitidas por la Dirección General del Registro Civil en los términos del presente artículo no constituyen modificación del estado civil de las personas, circunstancia que se asentará en los formatos respectivos.

En caso de que, mediante las declaraciones se pretenda hacer constar actos que pudieran constituir un ilícito o una modificación al estado civil de las personas, el Juez del Registro Civil podrá negar el servicio, fundando y motivando su negativa.

Artículo 291 TER. Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

Artículo 291 QUATER. El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este Código o en otras leyes.

Artículo 291 QUINTUS. Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

TÍTULO SEXTO

Del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar

CAPÍTULO I

Del parentesco

Artículo 294. El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos.

CAPÍTULO IV

Del reconocimiento de los hijos

Artículo 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina;

I. Los nacidos dentro del concubinato; y

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

CAPÍTULO VI

De la sucesión de los concubinos

Artículo 1635. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código.

El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

Además de lo anterior, se han incorporado estos derechos al capítulo del parentesco al señalar que el parentesco por afinidad se adquiere también por el concubinato entre los concubinos y sus respectivos parientes consanguíneos, es decir, por esta adición los concubinos entre sí tienen un parentesco de afinidad, pero esta regla no altera el tratamiento fiscal entre los concubinos.

Para dar una mayor equivalencia jurídica al concubinato con el matrimonio y con el fin de hacer constar en un documento público la declaración de su existencia o cesación, se ha establecido un procedimiento específico en el reglamento del registro civil, que finalmente sólo tiene efectos de declaración ante una autoridad administrativa.

En materia fiscal, los actos celebrados por los cónyuges tienen una serie de ventajas como la donación entre ellos, de sus ascendientes o de descendientes en línea recta al quedar exentos del impuesto sobre la renta.

No obstante que el Código Civil ha considerado que los concubinos tienen parentesco entre ellos, así como de sus parientes consanguíneos, pero para efectos fiscales no tienen ningún reconocimiento.

Las actuales reglas del concubinato en el Código Civil vigente de la Ciudad de México, determinan que los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocas, pero para considerar la existencia del concubinato se requiere que hayan vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente la generación de estos derechos y obligaciones, salvo que tengan hijos.

En cuanto a la supuesta formalidad del concubinato, los jueces del Registro Civil podrán recibir declaraciones con relación a la existencia o cesación de concubinato. Estas declaraciones no modifican el estado civil de las personas. Las declaraciones deben constar en un formato especial la declaración de la existencia o ruptura del concubinato, sólo es una declaración *juris tantum* a diferencia del acta de matrimonio o de divorcio.

Si alguno de los concubinos, al romper el concubinato, carece de ingresos o bienes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión por un tiempo igual al que haya durado el concubinato.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

En la actualidad, es notoria la disminución de los matrimonios civiles y el incremento de los divorcios. Las relaciones transitorias informales son causa de madres solteras y embarazos de menores de edad. Se han incrementado las uniones libres.

El legislativo de la Ciudad de México con sus reformas ha facilitado los divorcios, en cambio, el gobierno de la Ciudad de México destaca la necesidad de promover la formalización de las uniones libres mediante programas de matrimonios masivos para regularizar las uniones de hecho. La familia unida por el matrimonio acentúa la protección integral de los hijos, su educación y sus valores morales en beneficio de la familia como célula social.

La distorsión de las reglas que rigen el orden familiar a causa de la presión de grupos minoritarios o de conveniencias políticas, por intereses personalistas o por ignorancia, en última instancia lesionan las relaciones de familia.

LA EMANCIPACIÓN

Alejandro Domínguez García Villalobos



La emancipación ha sido objeto de regulación en los códigos civiles de 1870 y de 1884, así como en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 y en el Código de 1928. Sin embargo, y según veremos, dicha regulación no ha sido uniforme, sino distinta en cada uno de los mencionados ordenamientos. Además, y como también veremos, de los artículos que en el Código vigente se encargaban originalmente de regularla, es decir del 641 al 645, tres de ellos, el 642, 644 y 645 han sido derogados, y el 641 y 643 están destinados a serlo como consecuencia de las reformas publicadas en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 13 de julio de 2016.

No obstante lo anterior, la emancipación sigue vigente prácticamente en el resto de los códigos civiles de los estados y en los códigos civiles de otros países como Argentina y España.

El propósito de este trabajo es analizar en qué consiste la emancipación, qué variantes se han presentado en dicha institución tanto en legislaciones anteriores como en el Código Civil actual, cuáles son las razones que en su caso la justifican, y qué situación jurídica ha tenido el emancipado; asimismo, analizaremos cómo se regula la emancipación en códigos civiles de otros países.

I. CONCEPTO

En términos del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, emancipación es: “Acción y efecto de emancipar o emanciparse”; y emancipar es: “Libertar de la patria potestad, de la tutela o de la servidumbre. Salir de la sujeción en que se estaba”.

Independientemente de dicho concepto y de los supuestos que se han previsto o se prevén en distintas legislaciones bajo los cuales una persona pueda ser emancipada, podemos afirmar que la finalidad de dicha emanci-

pación es disminuir la incapacidad de ejercicio que por regla general tiene el menor de edad, para que el emancipado pueda por sí solo ejercer determinados derechos y contraer y cumplir determinadas obligaciones actuando por propio derecho.

Para mayor claridad del tema, recordemos conceptos básicos como son la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, y como clases de ésta la sustancial y la procesal.

La capacidad en general decíamos, —explica Domínguez Martínez— abarca la de goce y la de ejercicio. Apuntábamos también que la capacidad como género, es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio. Asimismo, al referirnos específicamente a la capacidad de goce, comentábamos que su contenido está en la primera parte de la definición anotada, esto es, se trata de la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. Pues bien, de ello podemos desprender que la capacidad de ejercicio, como parte complementaria de la capacidad en general, es la aptitud del sujeto para ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones personalmente y para comparecer en juicio por derecho propio.

El medio para el ejercicio de derechos, para contraer y cumplir obligaciones y para promover ante los tribunales en su caso, es el otorgamiento de actos jurídicos; así, la capacidad de ejercicio implica estar en condiciones legales de otorgar dichos actos y éstos consisten a su vez en manifestaciones de voluntad; si se tiene por ejemplo el derecho de adquirir en propiedad, ello puede ser por aceptar una adjudicación, sea por herencia o por remate, puede ser también mediante la celebración como comprador de una compraventa, una permuta como permutante, o bien de un mutuo como mutuuario, etc.; asimismo, de los contratos aludidos en su caso, se desprenden obligaciones para quien adquiere; tal es el caso de pagar el precio en el remate o en una compra, transmitir la propiedad del bien permutado, obligarse a devolver otra cosa, de la misma especie y calidad en el mutuo, etc., etc. Otra manifestación de la capacidad de ejercicio es presentar una demanda, contestarla, reconvenir, articular y absolver posiciones. En todas esas situaciones se otorgan actos jurídicos por medio de los cuales la capacidad de ejercicio entra en actividad.

[...]

De la aseveración anterior se desprenden las dos especies de dicha capacidad apuntadas por Trabucchi; —continúa Domínguez Martínez al referirse a las especies que de la capacidad de ejercicio Trabucchi ofrece— la capacidad de ejercicio sustancial y la capacidad de ejercicio procesal o formal; la primera se refiere a la aptitud para obligarse, para celebrar actos y negocios jurídicos, para contraer y cumplir personalmente obligaciones, para administrar y disponer libremente de los bienes, en tanto que la segunda se refiere a la posibilidad de

comparecer en juicio sin necesidad de hacerlo mediante representante legal, sea ascendiente por el ejercicio de la patria potestad o sea tutor.¹

II. LEGISLACIÓN EN LA CIUDAD DE MÉXICO

II.I. CÓDIGO CIVIL DE 1870

El Código Civil para el Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1870 destinó los artículos del 689 al 695 a regular la emancipación y la mayor edad, en los siguientes términos:

Artículo 689. El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva después por muerte, el cónyuge sobreviviente que sea menor, no recaerá en la patria potestad.

Artículo 690. El mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno puede ser emancipado por el que le tenga en la patria potestad, siempre que él consienta en su emancipación y la apruebe el juez con conocimiento de causa.

Artículo 691. El acto de emancipación se reducirá a escritura pública.

Artículo 692. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante la menor edad:

I. Del consentimiento del que le emancipó para contraer matrimonio antes de llegar a la mayor edad. Si el que otorgó la emancipación ha muerto o está incapacitado legalmente al tiempo en que el emancipado intente casarse, necesita éste el consentimiento del ascendiente a quien corresponda darlo, conforme a los artículos 165 y 166, y en su defecto el del juez;

II. De la autorización del que le emancipó, y en falta de éste, de la del juez para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;

III. De un tutor para los negocios judiciales.

Artículo 693. Hecha la emancipación, no puede revocarse.

Artículo 694. La mayor edad comienza a los veintiún años cumplidos.

Artículo 695. El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. Sin embargo, las mujeres mayores de veintiún años, pero menores de treinta no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre; en cuya compañía se hallen, si no fuere para casarse, o cuando el padre o la madre hayan contraído nuevo matrimonio.

¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 176.

Los anteriores artículos nos permiten hacer los siguientes comentarios:

1. El Código Civil de 1870 establecía los veintiún años cumplidos para la mayoría de edad.
2. Permitía el matrimonio de menores de edad (ya que en términos del artículo 164 la edad mínima para el hombre eran 14 años y para la mujer 12).
3. Dicho código preveía dos maneras para emanciparse, la primera era como consecuencia del matrimonio contraído por el menor de edad, que lo liberaba de la patria potestad o en su caso de la tutela general, y la segunda se daba cuando el menor ya había cumplido dieciocho años y éste y el padre o quien ejerciera la patria potestad lo solicitaran así al juez.
4. Esta segunda forma de emancipación debía hacerse constar en escritura.
5. La emancipación liberaba al menor de la patria potestad y le otorgaba la capacidad de ejercicio para administrar sus bienes. No le otorgaba plena capacidad de ejercicio ya que mientras no cumpliera 21 años, el emancipado requería del consentimiento del que había ejercido la patria potestad para que contrajera matrimonio o para que enajenara o gravara bienes raíces, y en defecto de aquél, se requería autorización judicial.
6. El tutor no podía solicitar al juez la emancipación del pupilo, mediante la segunda forma indicada, pues el código sólo lo preveía para el caso de menores sujetos a patria potestad.

Mateos Alarcón sostiene que:

La patria potestad y la tutela tienen por objeto la protección de las personas que por su corta edad y su inexperiencia no pueden gobernarse por sí mismas. Cuando esas personas adquieren la aptitud de que carecían, es evidente que cesa la causa de la protección que la ley les concedía, y se convierte en un obstáculo perjudicial a sus intereses.

El individuo que ejerce una industria o profesión, debe tener capacidad jurídica, sin la cual el ejercicio de ella sería imposible, pues teniendo necesidad de contratar se encontraría a cada paso con su incapacidad.

Este inconveniente se remueve por la emancipación que otorga al menor la capacidad necesaria para el ejercicio de su profesión o industria, pero con restricciones convenientes a sus mismos intereses; pues necesita de un tutor para negocios judiciales y de la autorización del que le emancipó, y en su defecto, de la del juez, para la enajenación, gravamen e hipoteca de sus bienes raíces.

La emancipación es legal o tácita y expresa.

La emancipación expresa es la que resulta de la declaración solemne hecha a este efecto por la persona que ejerce la patria potestad con el consentimiento del hijo o nieto mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno, y aprobación judicial.

La emancipación tácita es la que resulta de pleno derecho del matrimonio del menor, el cual no recae en la patria potestad aunque el matrimonio se disuelva por muerte del otro cónyuge. (Artículo 689, Cód. civ.)

El estado del menor bajo la patria potestad es incompatible con el de marido, porque el matrimonio supone necesariamente en el marido y la mujer una independencia absoluta de ajena potestad, pues el marido se convierte en el jefe de la familia, ejerce la potestad marital y después la patria; y la mujer queda bajo la guarda y protección de aquel, que excluye cualquiera otra autoridad.

Además, el consentimiento otorgado por la persona que ejerce la patria potestad, es el reconocimiento implícito y una garantía de la madurez de la razón y del buen juicio del menor que contrae matrimonio.

La emancipación es, pues, un efecto inmediato y necesario, de esencia del matrimonio, y por tanto, se verifica cualquiera que sea la edad de los contratantes, sin necesidad de ninguna declaración expresa y a pesar de cualquiera convenio celebrado en contrario y que tuviera por objeto impedirla o modificarla; pues tal convenio sería nulo.

Como hemos dicho, aunque el matrimonio se disuelva por la muerte del otro cónyuge, el superviviente menor no recae en la patria potestad; porque ese accidente no destruye la inducción que la ley hace del consentimiento de los padres para el matrimonio. De donde se infiere, que la emancipación legal es irrevocable.

Para la emancipación expresa es preciso la declaración solemne del que ejerce la patria potestad, que recaiga sobre el mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno, con el consentimiento de éste y aprobación del juez con conocimiento de causa. (Artículo 690, Cód. civ.)

La ley ha querido facultar a los padres para que otorguen a sus hijos la libertad que es necesaria para su prosperidad y bienestar, creyendo con entera justicia, que no hay temor de peligro para ellos, porque la ternura y el afecto que aquellos les profesan son la mejor garantía que pueden tener; pues ellos mejor que nadie tienen conocimiento de su inteligencia, de sus aptitudes y de su moralidad, que les hace acreedores a esa libertad.

Sin embargo, ha querido evitar que el que ejerce la patria potestad se exone, a pretexto de la emancipación, de los deberes inherentes a ella, otorgando una libertad prematura y perjudicial a los hijos, y con tal objeto ha requerido como circunstancia esencial, que la emancipación solo se otorgue a los mayores de diez y ocho años y menores de veintiuno, a diferencia del derecho antiguo que permitía ese acto aun respecto de los menores de catorce años. (Ley 10, tít.16, Part. 6a.)

Por la misma razón, se exigen como requisitos esenciales para la validez de la emancipación, que el menor otorgue su consentimiento y que el juez la apruebe con conocimiento de causa.

El Código de Procedimientos establece en los artículos 2143 y siguientes la forma en que debe hacerse la emancipación.

El padre o ascendiente que quiere emancipar a su hijo o descendiente, lo debe manifestar así por escrito al juez competente, que lo es el de su domicilio, acompañando los documentos que acrediten los hechos siguientes:

- 1° El parentesco del ascendiente con el menor y la edad de éste.
- 2° La capacidad del menor para proveer por sí mismo a su subsistencia:
- 3° Si el ascendiente tiene o no bienes en su poder pertenecientes al menor; especificando en caso afirmativo cuáles sean.

Cuando por causas graves, a juicio del juez, no fuere posible la presentación de los documentos, se puede recibir sobre los hechos referidos información testimonial; y justificados que sean tiene lugar una junta en presencia del juez, á la que concurren necesariamente el ascendiente, el menor y el representante del Ministerio público: y dada lectura al expediente, si todos están conformes, autoriza aquel la emancipación mandando que el acto se reduzca a escritura pública, pues siendo de trascendental importancia es preciso que quede una constancia fehaciente de ella (Ley 17, título, 18, Part. 4a. y art. 691, Cód. civ.).²

II.II. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Al igual que el Código de 1870, el de 1884 estableció la mayoría de edad a los 21 años, los doce años en la mujer y catorce en el hombre para contraer matrimonio y las dos formas de emancipación indicadas, esto es, a consecuencia del matrimonio o bien por solicitarlo quien ejercía la patria potestad y así aprobarlo la autoridad judicial.

Sin embargo, y como una novedad del Código de 1884, éste previó en su artículo 595 la posibilidad de que el tutor pudiera solicitar al juez que el menor sujeto a ella, que ya hubiere cumplido dieciocho años y que tuviera buena conducta, pudiera administrar sus bienes y litigar en nombre propio. El texto de dicho artículo es el siguiente:

Artículo 595. Los mayores de diez y ocho años sujetos a tutela que acrediten su aptitud para administrar sus bienes y su buena conducta, pueden ser habilitados de edad por declaración judicial. La habilitación sólo podrá concederse para administrar los bienes, para litigar, o para ambos objetos. De la sentencia que declare la habilitación se remitirá copia al juez del estado civil para que la registre en los términos que previene el artículo 106.

² MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil*, México, Librería de J. Valdés y Cueva 1885, p. 428.

Respecto de esta habilitación del pupilo podemos hacer los siguientes comentarios:

1. No se trata propiamente de una emancipación, pues no establece que tenga como consecuencia la extinción de la tutela.
2. No obstante, sí produce efectos similares a ella, pues disminuye la incapacidad de ejercicio del menor sujeto a tutela, ya que faculta a dicho menor para poder administrar por sí mismo sus bienes.
3. Es de llamar la atención que con esta habilitación el menor podía quedar facultado para comparecer a juicio por derecho propio, lo que según hemos dicho no se da en el caso del menor de edad emancipado, pues en todo negocio judicial éste requería de un tutor.

II.III LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Los artículos que la Ley Sobre Relaciones Familiares destina a la emancipación y que a continuación serán objeto de nuestros comentarios, son el 475, 476 y 477, del texto siguiente:

Artículo 475. El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación de éste, el que no volverá a recaer en la patria potestad, aunque el matrimonio se disuelva por muerte o divorcio.

Artículo 476. La emancipación sólo surtirá efectos respecto de la persona del menor; pero no respecto de sus bienes, los que continuarán en la administración del que o de los que ejercen la patria potestad, o del tutor en su caso. El menor emancipado seguirá representado en juicio por el que ejerza la patria potestad o tutor, hasta que llegue a la mayor edad.

Artículo 477. Los jueces, oyendo al que o los que ejercen la patria potestad, o al tutor en su caso, y al menor, podrá acordar que se conceda a éste, una vez que haya cumplido 18 años, la administración provisional de sus bienes, siempre que se acredite su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses; pero quedará sujeto siempre a la vigilancia y dirección del que o los que ejercen la patria potestad o del tutor, no pudiendo hacer contratos que impongan obligaciones, ni enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces, si no es con los requisitos y formalidades establecidos por la ley.

La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 reguló la emancipación como consecuencia del matrimonio del menor de edad, pero con un cambio importante, pues consideró que la emancipación se daba sólo respecto de la persona del menor y no respecto de sus bienes, es decir, que el emancipado no tenía obligación de vivir con sus padres o abuelos, o tutor, en su caso,

pero no podía administrar sus bienes, ya que mientras no cumpliera los 21 años, la administración de los bienes del menor correspondía a quien ejerciera la patria potestad o la tutela.

Por otro lado, dicha ley previó que se pudiera conceder al menor de 21 años, pero que hubiere cumplido dieciocho, la administración provisional de sus bienes si se demostraba buena conducta y aptitud para ello, bajo la vigilancia de quien ejerciera la patria potestad o la tutela, situación semejante a la de la habilitación de edad que para los sujetos a tutela regulaba el Código de 1884, ya que esta concesión de administración provisional no extinguía la patria potestad o la tutela.

En la exposición de motivos de la Ley Sobre Relaciones Familiares se explica que:

Con relación a la emancipación, debe tenerse en cuenta que, si en muchos casos es conveniente y aun necesario conceder cierta libertad de acción al menor, es absurdo, después de concedida, estarlo sujetando a cada momento a tutelas interinas y especiales para determinados casos, y como al mismo tiempo sería imprudente concederle todo género de libertades por lo que se refiere a los bienes y a su capacidad para comparecer en juicio, pues en el caso típico de emancipación, que es la que se produce como consecuencia del matrimonio del menor, el nuevo estado que éste adquiere hace indispensable que se le conceda libertad en cuanto a su persona; pero no desvanece la presunción legal de que el menor no tiene todavía la experiencia necesaria para administrar debidamente sus intereses, y, por tanto, no sería conveniente exponerlo a él y a su familia a los funestos resultados de un manejo defectuoso de los negocios, por cuyas razones se ha creído conveniente establecer el sistema que consiste en dar, por medio de la emancipación, libertad a la persona, sacándola de la patria potestad o tutela; mas conservándola, por lo que a los bienes toca, bajo la guarda de los ascendientes o tutor, sin perjuicio de que, llegado el menor a los dieciocho años y acreditada su buena conducta, se le conceda la administración de sus bienes, bajo la vigilancia de los respectivos ascendientes o tutores.

II.IV. CÓDIGO CIVIL DE 1928

El texto original de los artículos relativos a la emancipación y la mayoría de edad del Código Civil de 1928 es el siguiente:

Artículo 641. El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.

Artículo 642. Los mayores de dieciocho años que estén sujetos a patria potestad o a tutela tienen derecho a que se les emancipe si demuestran su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses.

Los padres o tutores pueden emancipar a sus hijos y pupilos que se encuentren en las condiciones mencionadas en el párrafo anterior, siempre que éstos consientan en su emancipación.

Artículo 643. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I. Del consentimiento del que lo emancipó para contraer matrimonio antes de llegar a la mayor edad. Si el que otorgó la emancipación ejercía la patria potestad y ha muerto, o está incapacitado legalmente al tiempo en que el emancipado intenta casarse, necesita éste el consentimiento del ascendiente a quien corresponda darlo y, en su defecto, el del juez;

II. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;

III. De un tutor para los negocios judiciales.

Artículo 644. Hecha la emancipación, no puede ser revocada.

Artículo 645. Fuera del caso a que se refiere el artículo 641, la emancipación siempre será decretada por el juez y la resolución correspondiente se remitirá al oficial del Registro Civil para que levante el acta respectiva.

Artículo 646. La mayor edad comienza a los veintiún años cumplidos.

Los artículos transcritos nos permiten hacer los comentarios siguientes:

1. Como podemos observar, el texto original del Código de 1928 mantuvo la mayoría de edad a los veintiún años.
2. Previó dos maneras de emancipación: la primera, como consecuencia del matrimonio del menor de edad, y la segunda, por así solicitárselo al juez, respecto del menor que ya hubiere cumplido dieciocho años, aplicable este último supuesto tanto a los que estaban sujetos a patria potestad como a tutela.
3. Esta segunda forma de emancipación podía proceder por así solicitarlo el padre o el tutor, en cuyo caso se requería el consentimiento del menor, o bien a instancia del propio menor.
4. A diferencia de la Ley Sobre Relaciones Familiares, y a semejanza de los códigos de 1870 y 1884, estableció que la emancipación ponía fin a la patria potestad y a la tutela general, no sólo respecto de la persona del emancipado, sino también respecto de la administración de sus bienes.

Flores Barroeta señala:

Los menores de edad, que se encuentren sujetos a la patria potestad, o que no habiendo quién la ejerza sobre ellos, se encuentren sujetos a tutela, pueden lograr, en las hipótesis que la ley establece, una capacidad relativa, constreñida en los términos que el Derecho determina. Tal efecto se logra por medio de la emancipación.

Al respecto, debemos distinguir el acto por el que se opera la expresada capacidad relativa, del estado que corresponde al menor emancipado. Así, cabe hablar de emancipación, como acto, y de emancipación como estado resultante del mencionado acto.

Como estado, la emancipación podemos definirla como la situación que corresponde a un menor de edad que por disposición de la ley o por acto especial, se libera de la patria potestad, adquiriendo capacidad para administrar por sí mismo su persona y sus bienes, con las restricciones que fija la ley; quedando sujeto, solamente a la tutela, por lo que respecta a los actos que aún la ley impide realizar por sí mismo.

El acto de emancipación, es el que, de no resultar ésta de prevención expresa de la ley, engendra el mencionado estado.

La emancipación, considerada en los términos antes indicados, constituye un estado intermedio entre la incapacidad de la minoría y la plena capacidad de la mayoría de edad; ya que el emancipado, como se ha dicho, no obstante que adquiere la libertad para administrar su persona y sus bienes por sí mismo, todavía requiere de tutela para el ejercicio de ciertos derechos.

La emancipación reconoce dos diversas fuentes generadoras: la ley y el acto de emancipación. De donde resultan dos especies de emancipación: la legal y la llamada voluntaria, que preferimos llamar judicial, o, de acuerdo con la terminología de Planiol, expresa.

La emancipación legal deriva, en nuestro Derecho, de lo establecido por el artículo 641 que indica: “El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor, no recaerá en la patria potestad”.

La razón de este precepto es la siguiente: el matrimonio del menor supone en él, una aptitud especial para el manejo de su persona y de sus intereses. Por otra parte, la ley comprende la inconveniencia de que, salvo para los caso de importancia de intereses, la conducta del menor casado, se encuentre sujeta a la patria potestad; cuando que al propio menor corresponderá la patria potestad sobre sus mismos hijos.

El expresado en el artículo 641, es el único caso de emancipación legal en nuestro Derecho. El mencionado estado sólo puede derivar, en los demás casos, de acto expreso.

Al respecto, el artículo 642 dispone lo siguiente: “Los mayores de dieciocho años que estén sujetos a patria potestad o a tutela, tienen derecho a que se les emancipe si demuestran su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus

intereses. Los padres o tutores pueden emancipar a sus hijos y pupilos que se encuentren en las condiciones mencionadas en el párrafo anterior, siempre que éstos consientan en su emancipación.

De lo expresado por el artículo transcrito, resulta que la emancipación puede provenir, o de acto de voluntad de los padres o tutores, o de petición de los menores que se encuentren en la hipótesis del primer párrafo de dicho precepto. En el primer caso, el acto de emancipación suele llamarse voluntario. En el segundo caso, se supone la petición del menor, a falta de voluntad del padre o tutor, presentada ante la autoridad judicial. Pero en realidad, en ambas hipótesis se requiere que la emancipación sea decretada por el juez, como lo expresa el artículo 645. Por lo que debe concluirse que es impropio llamar a aquella especie de emancipación, voluntaria; siendo más adecuado llamarla, en todo caso, para diferenciarla de la legal, que opera de derecho por el matrimonio del menor, judicial; o bien, expresa, como la denomina Planiol.³

En la materia que nos ocupa, el Código de 1928 tuvo dos importantes reformas: la primera en 1970 por la que se redujo la mayoría de edad a los 18 años, lo que trajo como consecuencia que la emancipación sólo tuviera lugar en virtud del matrimonio del menor de edad, situación que rigió hasta la segunda de dichas reformas, y que tuvo lugar mediante decreto publicado en la gaceta oficial de la Ciudad de México el 13 de julio de 2016, en la que se reformó el artículo 148 para exigir como edad mínima para contraer matrimonio los 18 años, es decir, a partir de entonces sólo pueden contraer matrimonio los mayores de edad.

Lo anterior implica que en la Ciudad de México los últimos casos de emancipación se habrán dado en las personas que antes del 13 de julio de 2016 contrajeron matrimonio siendo menores de edad y hasta que hubieren cumplido 18 años. Lo que justifica que el Código Civil haya conservado la vigencia de varios de sus artículos relativos a la emancipación y que suponemos que próximamente serán derogados o en su caso modificados.

Los artículos indicados son los que transcribimos a continuación:

Artículo 93. En los casos de emancipación por efecto del matrimonio, no se extenderá acta por separado; será suficiente para acreditarla, el acta de matrimonio.

Artículo 412. Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

³ FLORES BARROETA, Benjamín, *Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil*, México 1965, p. 449.

Artículo 435. Cuando por la ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.⁴

Artículo 442. Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

Artículo 443. La patria potestad se acaba:
III. Con la emancipación derivada del matrimonio;

Artículo 451. Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionen en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro.

Artículo 473. El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje.

⁴ En relación con el artículo 435 debemos tener presente que el mismo hace referencia a la administración que el menor puede tener de sus bienes ya sea por así declararlo la ley o bien por voluntad del padre. El primer supuesto, es decir por disposición de la ley se refiere a los bienes que el menor adquiera por su trabajo (artículos 428 fracción I y 429). Por lo que se refiere al segundo supuesto, es decir que por voluntad del padre, el hijo tenga la administración de sus bienes, es de considerarse que dicho supuesto quedó como reminiscencia del Código Civil de 1884 y que no ha tenido ni tiene aplicación en el Código de 1928. En efecto, dicho supuesto se explicaba ya que los artículos del 375 al 378 del Código de 1884 indicados preveían la posibilidad de que un padre concediera al hijo la administración de un bien adquirido por éste por un título distinto al producto de su trabajo. Los artículos indicados son del tenor siguiente. Art. 375. los bienes del hijo mientras está sujeto a patria potestad se dividen en seis clases: I. Bienes que proceden de donación del padre; II. Bienes que proceden de herencia o legado del padre; III. Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos, aun cuando aquella o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad; IV. Bienes que procedan de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre; V. Bienes debidos a don de la fortuna; VI. Bienes que el hijo adquiera por un trabajo honesto, sea cual fuere. Art 376. En la primera clase la propiedad pertenece al hijo y la administración al padre. Este podrá conceder a aquel la administración, y señalarle en los frutos la porción que estime conveniente. Si el padre no hace esta designación, tendrá el hijo la mitad de los frutos. Art. 377. En la segunda, tercera, cuarta y quinta clase, la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo son siempre del hijo; la administración y la otra mitad del usufructo del que ejerce la patria potestad. Éste podrá sin embargo ceder al hijo la administración o la mitad del usufructo que le corresponde, o una y otra. Art. 378. los bienes de la sexta clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

Artículo 499. Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado.

Artículo 607 Bis. La entrega de bienes a que se refiere el artículo anterior se deberá hacer, en sus respectivos casos:

II. Al menor emancipado, respecto de los bienes que conforme a la ley pueda administrar;

Artículo 624. Designarán por sí mismos al curador, con aprobación judicial:

II. Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, en el caso en la fracción II del artículo 643.

Artículo 636. Son también nulos los actos de administración y los contratos celebrados por los menores **emancipados**, si son contrarios a las restricciones establecidas por el artículo 643.

Artículo 641. El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.

Artículo 643. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.

II. De un tutor para negocios judiciales.

Proponemos que los artículos indicados sean derogados o en su caso modificados como en cada caso se indica a continuación:

Artículo 93. Derogado.

Artículo 412. Los hijos menores de edad están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

Artículo 435. La administración de los bienes que el menor ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no a quien ejerce la patria potestad.

Artículo 442. Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

Artículo 443. La patria potestad se acaba:

II. Derogada;

Artículo 451. Derogado.

Artículo 473. El que en su testamento, aunque sea un menor, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje.

Artículo 499. Derogado.

Artículo 607 Bis. La entrega de bienes a que se refiere el artículo anterior se deberá hacer, en sus respectivos casos:

II. Derogada;

Artículo 624. Designarán por sí mismos al curador, con aprobación judicial:

II. Derogada;

Artículo 636. Derogado.

Artículo 641. Derogado.

Artículo 643. Derogado.

Es importante tener en cuenta que aun cuando la emancipación deje de estar prevista en el Código Civil de la Ciudad de México, la mayoría de los códigos civiles del país, según dijimos, continúan con la posibilidad legal de que un menor de edad contraiga matrimonio, dando lugar a su calidad de emancipado. Ahora bien, ¿es posible que un menor emancipado domiciliado en cualquiera de dichos estados o incluso en otro país administre sus bienes en la Ciudad de México? Desde luego que sí, ya que con fundamento en el artículo 13 de nuestro Código Civil Federal, las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas (fracción I) y el estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio (fracción II).

III. DERECHO COMPARADO

Podemos decir que si bien es cierto la tendencia internacional de exigir la mayoría de edad para contraer matrimonio, hay legislaciones como la argentina en la que un menor de edad puede hacerlo, lo que explica que regule la emancipación a consecuencia del matrimonio de menores de edad.

Los artículos relativos del Código Civil argentino establecen lo siguiente:

Artículo 27. Emancipación. La celebración del matrimonio antes de los dieciocho años emancipa a la persona menor de edad.

La persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en este Código.

Artículo 28. Actos prohibidos a la persona emancipada. La persona emancipada no puede, ni con autorización judicial:

- a) aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito;
- b) hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito;
- c) afianzar obligaciones.

Artículo 29. Actos sujetos a autorización judicial. El emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos a título gratuito. La autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente.

Por otro lado, existen otras legislaciones como la española en la que, si bien por regla general se requiere ser mayor de edad, es decir mayor de 18 años para contraer matrimonio, se prevé la posibilidad de que un menor que haya cumplido 16 años sea emancipado por decisión de los padres o a solicitud del propio menor. Independientemente de lo anterior, cabe aclarar que por considerarla un medio de extinción de la patria potestad, dicha legislación da el carácter de emancipado a quien cumple la mayoría de edad.

Los artículos relativos del Código Civil español son del texto siguiente:

Artículo 46. no pueden contraer matrimonio:

- 1o. Los menores de edad no emancipados.
- 2o. Los que estén ligados con vínculo matrimonial.

Artículo 314. La emancipación tiene lugar:

- 1° Por la mayor edad.
- 2° Por concesión de los que ejerzan la patria potestad.
- 3° Por concesión judicial.

Artículo 315. La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos.

Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.

Artículo 317. Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro.

Artículo 320. El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres:

1° Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor.

2° Cuando los padres vivieren separados.

3° Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

Artículo 321. También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare.

Artículo 323. La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos sin el de su curador. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.

De dichos artículos se desprende que en el Código Civil español, al igual que el Código Civil de la Ciudad de México, quedó derogada la emancipación a consecuencia del matrimonio, ya que desde el 2015 exige la mayoría de edad (18 años) para contraerlo; (a menos que el menor ya esté emancipado) y sin posibilidad de dispensa; sin embargo, subsiste la emancipación por acto voluntario de los que ejercen la patria potestad o por concesión judicial cuando el menor ya cumplió dieciséis años. Por otro lado y para los sujetos a tutela, regula el llamado beneficio de la mayor edad.

Moreno Quesada, al referirse a la emancipación, afirma:

Es la salida del hijo de la patria potestad, y se produce, además de por la mayoría de edad, por concesión de los padres o del Juez (Artículo 314 Cc. según la nueva redacción ordenada por la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, en virtud de la cual desaparece como causa de emancipación el matrimonio del menor, derogando el Artículo 316 Cc.); estos actos de la voluntad de los progenitores o del Juez, dan lugar a otro estado civil, distinto de la mayoría de edad, que es el de emancipado. Cuando el menor objeto de la emancipación estuviera sometido a tutela, a esta salida anticipada de la representación legal se le denomina habilitación de edad.

En el sistema originario del Código civil, supone la emancipación un mecanismo compensador de la rigidez con que se contemplan dos temas importantes: el de la adquisición de la mayoría de edad, que se produce por el solo hecho de alcanzar una edad determinada, y el de la capacidad de obrar de los menores de edad, concebida como una situación excluyente de ella, e inmutable hasta que se alcanza la referida mayoría.

Con la emancipación se configura una etapa intermedia entre la minoría y la mayoría de edad, que concede una capacidad cercana a la de los mayores, y prevista no con carácter general y obligado, sino sólo para casos individualizados (de concesión por padres, tutores o Jueces); y hasta se ha pretendido (STS 16 mayo 1984) atribuirle la función de una etapa de aprendizaje preparatoria para la capacidad de obrar plena. Y ese parece el espíritu del Artículo 323 C.c. «La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor [regla general], pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador» (privándosele de la posibilidad de realizar actos complejos o que supongan grave riesgo para su patrimonio por sí solo en tanto no alcance la madurez, la cual se le supone al cumplir los 18 años).

De cualquier forma, diversas circunstancias que se han dado desde la promulgación del Código civil, han contribuido a que disminuya la importancia de la figura de la emancipación: de un lado, la sensible reducción de la edad fijada para alcanzar la mayoría (de veintitrés a dieciocho años); de otro, la realidad social, con trascendencia legislativa, del sistema de progresiva ampliación de la capacidad del menor en concordancia con el aumento de su edad y madurez; y de otro, lo artificioso de la construcción de la figura, ligada también a fechas, edades y estados, y no al desarrollo de la madurez del sujeto a emancipar (Res. D.G.R.N. 24 febrero 1986). Todo ello ha llevado al práctico desuso de la institución «empleada en ocasiones con finalidades que poco o nada tienen que ver con la función que teóricamente desarrolla» (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, que se refiere al fraude contemplado en la STS de 30 abril 1985, donde se ventila la validez de una compraventa realizada el día 2 de mayo de 1975, mes y medio posterior a la notificación de embargo por parte de Hacienda de la finca objeto de la compraventa, y habiendo el vendedor emancipado por concesión a su hija el 15 de abril, para que pudiera figurar como compradora).

En la situación anterior a la recentísima reforma operada por la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, la emancipación presentaba dos variedades: por concesión —que se mantiene y de la que hablaremos a posteriori— y por matrimonio. Esta posibilidad de alcanzar el estado civil de emancipado mediante el matrimonio del menor ha sido derogada por virtud de la disposición derogatoria única en su número 2. Esta emancipación por matrimonio, cuando éste se hubiera contraído válidamente, se producía de forma automática (Artículo 316 Cc, derogado por la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria.). Y se obtenía con carácter definitivo. Los supuestos a los que se refería principalmente eran los del mayor de catorce años que podía ser autorizado a contraer matrimonio con dispensa judicial, posibilidad ésta que ha quedado suprimida en virtud de la reforma operada por la Ley de Jurisdicción

Voluntaria, al eliminar la posibilidad de dicha dispensa de impedimento de menor edad (Artículo 46 Cc. en relación al art 48 reformado).

Por razón de esta derogación, fuera de la mayoría de edad, ha quedado sólo como medio de alcanzar la emancipación la concesión bien de los progenitores, bien del juez. Y son sus requisitos:

- si es por concesión de los padres, que el menor tenga dieciséis años y que la consenta, otorgándose por escritura pública, o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro (arts. 317 y 318,1° Cc.);
- si es por concesión del Juez, en expediente de jurisdicción voluntaria (regulado en los arts. 53-55 Ley 15/2015) a petición del menor mayor de 16 años sujeto a patria potestad, cuando el progenitor que ejerciera la patria potestad hubiera contraído nupcias, o conviviera maritalmente con persona distinta del otro progenitor, o por vivir los padres separados, o por concurrir cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, previa audiencia de los padres (Artículo 320 Cc.); y si está bajo tutela, sólo los dieciséis años y previo informe del Fiscal (Artículo 321 Cc.), llamándose a este caso «habilitación de edad». Una vez concedida, la emancipación no puede ser revocada (Artículo 318 Cc.); y se procederá a su inscripción en el Registro Civil...⁵

BIBLIOGRAFÍA

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, México, Editorial Porrúa, 2010.
- FLORES BARROETA, Benjamín, *Lecciones de Primer Curso Derecho Civil, Universidad Iberoamericana*, Edición privada hecha con permiso del autor, México, 1965.
- MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, México, Librería de J. Valdés y Cueva, 1885.
- MORENO QUESADA, Francisco, *Curso de Derecho Civil I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

⁵ MORENO QUESADA, Francisco, *Curso de Derecho Civil I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 101.

REFLEXIÓN SOBRE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE PROMESA

José Luis Franco Varela



Agradezco la invitación para participar en esta obra que reúne una serie de estudios en un merecido homenaje a mi distinguido amigo, prestigiado notario y reconocido maestro, el licenciado Miguel Ángel Zamora y Valencia. Igualmente, felicito al notario Ángel Gilberto Adame López por esta iniciativa.

Me une una profunda amistad desde hace más de 30 años con el licenciado Miguel Ángel Zamora y Valencia, misma que estrechamos cuando coincidimos en el Consejo Directivo de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, hoy Colegio Nacional del Notariado Mexicano. Esta relación me permitió conocer su gran calidad como profesionista, jurista, fedatario público y un excelente expositor.

Por todo ello, me es muy grato aportar las reflexiones que expreso en este trabajo. Debo confesar que me resultó difícil la elección del tema y por demás aventurado, dado que el homenajeado es autor del libro “Contratos civiles” y además titular por oposición de la materia en mi querida Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Sin embargo, lo ofrezco con la seguridad de la benevolencia del maestro, respecto de su contenido; y con la sana intención de puntualizar algunos aspectos, que desde que inicié mi vida profesional, me han inquietado en relación con el contrato de promesa.

Para ubicarnos en el contexto, creo prudente recordar que este contrato como tal no fue conocido en el derecho romano, y al parecer, son los glosadores los que lo tratan incidentalmente como un acto unilateral.¹

El Código de Napoleón en su artículo 1589 se refirió a la promesa de venta como un equivalente a la venta cuando había consentimiento recíproco sobre la cosa y sobre el precio.

¹ PETITE, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Editorial Nacional, 1961, p. 355.

Artículo 1589. La promesa de venta equivale a venta cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes sobre la cosa y sobre el precio.

En nuestro derecho, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad que se consagraba en los códigos civiles de 1870 y 1884, era posible la celebración del contrato de promesa, respecto de cualquier figura contractual que no se encontrara reglamentada. Así sólo hacían referencia, en razón de la influencia francesa, a la promesa de venta y en especial a los efectos. El texto del artículo 2947 del segundo de los códigos citados preceptuaba:

Para que la simple promesa de compra-venta tenga efectos legales, es menester que se designe la cosa vendida, si es raíz o mueble no fungible. En las cosas fungibles bastará que se designe el género y la cantidad. En todo caso debe figurar el precio.

Los redactores del Código Civil de 1928, en ese sentido aceptaron la propuesta del artículo 22 del Código suizo de las obligaciones y literalmente lo transcribieron para quedar con el siguiente texto:

Artículo 2243. “Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro”.

Con lo anterior, se creó un contrato autónomo y típico.

Sin desconocer los cuestionamientos sobre la reglamentación que hace el Código Civil de esta figura, y de las soluciones que en algunos códigos civiles de otras entidades federativas se han dado, en lo referente al plazo o la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en esta ocasión me referiré a la naturaleza de la obligación típica de la promesa.

Nuestro homenajeado afirma en su magnífico libro de “Contratos Civiles” lo siguiente: “[...]2. Este contrato sólo produce el efecto de generar una obligación de hacer[...] 3. La obligación de hacer que se genera siempre y únicamente será la de celebrar un contrato determinado en cierto tiempo y por lo tanto para satisfacer en última instancia la voluntad de las partes deberán éstas celebrar a futuro el contrato determinado que se han obligado”.²

No siendo intención de abrumar al lector con más ejemplos de otros autores, que en términos generales son coincidentes en este punto, concluyo que este acto jurídico produce una obligación de hacer.

² ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 1997, p. 68.

Para efectos didácticos, los autores clasifican a las obligaciones desde diversos puntos de vista. Tradicionalmente, y tomando como punto de partida la fuente de origen, se dividen generalmente en obligaciones contractuales y extra contractuales. Sin embargo, esta simplista clasificación a veces no nos permite diferenciar las obligaciones, por lo cual se ha considerado útil clasificarlas también por su objeto, pues dos obligaciones nacidas de la misma fuente no necesariamente producirán los mismos efectos.

En este último sentido existen otras subclasificaciones, entre las que se encuentran las siguientes: obligaciones positivas y negativas; reales y ordinarias o personales; obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, además de principales y accesorias.

Son positivas todas aquellas obligaciones que tienen como objeto el dar una cosa, o el compromiso de realizar algún hecho, siendo negativas las que obligan al deudor a abstenerse de realizar cierta conducta.

Dice Castán Tobeñas:

Se llaman obligaciones de dar aquellas que tienen por objeto la entrega de una cosa que el deudor debe hacer al acreedor en atención a que este haya adquirido o adquiriera sobre la misma un derecho cualquiera, a saber, la propiedad o un Derecho Real, o simplemente el uso o la tenencia.

Obligaciones de hacer son aquellas que tienen por objeto una prestación consistente en entregar una cosa.

La obligación de no hacer, obliga al deudor a abstenerse de entregar o ejecutar lo que se le prohíbe.³

Las obligaciones de hacer se han subdividido, a su vez, mediante la aplicación de una moderna clasificación en “obligaciones de resultado” y “obligaciones de medios”.⁴

Esta clasificación se funda en que algunas veces el obligado debe realizar algún hecho determinado, es decir, la actuación del deudor está concretada, o sea que éste debe lograr un resultado específico. Por el otro lado, existen obligaciones en las cuales el deudor únicamente deberá actuar con prudencia u observar diligencia para intentar obtener el resultado deseado. Esta subdivisión es únicamente aplicable a las obligaciones de hacer, pues las de dar y no hacer son necesariamente obligaciones de resultado.

³ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo III*, Madrid, Instituto Edit. Reus, 1958, pp.110-112.

⁴ DEMOGUE, René, citado en SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Tomo I Vol. I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952, p. 32.

En el contrato de promesa la obligación de celebrar un contrato futuro, de acuerdo con lo ofrecido, es claramente una obligación de hacer como lo hemos visto. Ahora bien, la interrogante que pretenderemos contestar es la naturaleza de esta obligación; saber si se trata de un deber de resultado o un deber de medios; por cuanto a que, para cada uno, son diferentes las formas y consecuencias del incumplimiento.

Esta clasificación, que es estudiada por la mayoría de los autores, no es fácilmente localizable en los textos, pues su exposición se hace generalmente en la parte correspondiente a la responsabilidad civil y no en la clasificación de las obligaciones. Creemos que la razón de esto es que se distingue con más claridad la división en función de los efectos producidos por su incumplimiento que por virtud del estudio de los elementos de las obligaciones que la forman.

Del estudio de los viejos textos romanos que conocemos, no es posible concluir que los antiguos juristas conocieran la aplicación de la misma. Pero, en virtud de la exigencia de dar la máxima seguridad a aquella de las partes que se hallaba más expuesta en las convenciones, ya fuera por su ineptitud o por la astucia ajena, el derecho romano en su época clásica aplicó los principios de esta clasificación.

La aplicación de que hablamos fue en extensión muy reducida, pues únicamente se utilizó para precisar el contenido de las convenciones, concretando la responsabilidad del deudor y, generalmente, sólo en los contratos en que una de las partes le entregaba a la otra un cuerpo cierto, y esta última se comprometía a restituirlo individualmente.

Los romanos consideraron que en ciertos pactos se encontraba implícita, en el contenido de las obligaciones, la idea de custodia; el deudor que tenía que *preestare custodiam*, era responsable si no devolvía lo que se le había entregado, abstracción hecha de toda diligencia que se hubiera puesto al servicio de la cosa.

Algunos exégetas han concluido que el deudor, en el tipo de obligaciones de que hablamos, era responsable aun cuando incumpliera como consecuencia de un evento que no pudiera resistir.

Por otra parte, otros autores piensan que “Era responsable (el deudor) siempre que no hubiere tropezado con una imposibilidad, considerando la naturaleza de la cosa, y estaba liberado de su obligación desde el momento en que ejecutaba el hecho prometido, siempre que fuera antes de la *litis contestatio*”.⁵ Creemos que esta postura es correcta.

⁵ RUIZ, Arangio, citado en RAYMOND, Monier, *Manuel Complementaire de Droit Romain*, Tomo II, Edition Domant Montchrestein, 1948, p. 229.

En la época postclásica se asimilaba la custodia a la idea de diligencia y se encaminó así el concepto de que la custodia es la actividad de una persona particularmente diligente.

Ya en el derecho de la época de Justiniano cambió totalmente el concepto de custodia del derecho clásico y se consideró que ésta es un grado dentro de la actividad del deudor, y, por tanto, el que tiene custodia debe sólo mostrar particular vigilancia a la guarda de la cosa (se asimila totalmente la idea de custodia a la de diligencia), y sólo es responsable el deudor del daño sufrido por la cosa confiada, si se le demuestra que no procedía con las precauciones suficientes para preservar el bien. En esta virtud se exigió la necesidad de un acuerdo de voluntades expreso para colocar la obligación de custodia dentro de los deberes del vendedor.

Es preciso colocar en un lugar aparte el caso del *receptum nautarum*, el del *couponum* y el del *estabilarium*. En razón de los términos de edicto del pretor: el navegante, el posadero y el caballerango asumían todos los riesgos que pudieran sufrir los equipajes, las mercancías o los animales, respectivamente, mismos que se obligaba a restituir garantizando su conservación; y en una interpretación literal, deberían cargar con la responsabilidad, sólo por no reintegrar las cosas o animales en el estado en que se le habían dado (Obligación Legal de Resultado).⁶

Se ha discutido si podía existir alguna excepción a esta regla tan rigurosa, y algunos han sostenido, partiendo de una idea de equidad, que el deudor debía poder escapar a la condena, oponiendo una excepción fundada sobre la existencia de un caso de fuerza mayor, hipótesis en la cual la carga de la prueba le correspondía. Ejemplos de estos casos de fuerza mayor eran, por ejemplo, un naufragio, una tempestad o el ataque de piratas.

Por otra parte, otros autores como Hvelin y Beseler⁷ se oponen y piensan que la existencia de una excepción a los casos señalados por el edicto del pretor, es sólo obra de los compiladores, y, por tanto, estos contratantes respondían no sólo del robo de la cosa, sino de todo daño causado, aun el producido por terceros.

Los jurisconsultos de la primera etapa del derecho francés, se separan de la influencia romana y llegan a comprender que la diferencia de las obligaciones de que tratamos ya no radica en la finalidad de reforzar la responsabilidad del deudor para proteger al acreedor, sino que es el objeto de las mismas, la verdadera razón de la distinción. Esto es, intuyen que existe una clasificación, que a veces el deudor se obliga a un resultado determinado y a

⁶ MONIER, *op cit.*, p. 229.

⁷ *Ibidem*, p. 230.

veces no. Y por lo tanto, en caso de incumplimiento, en la primera hipótesis, es necesario acreditar la existencia del deber para exigir la reparación del daño, y en la segunda, además de la existencia de la obligación, la falta de diligencia o prudencia del deudor.

Posteriormente, es introducida esta división en la doctrina moderna por Demogue al decir:

La obligación que puede recaer sobre un deudor no es siempre de la misma naturaleza, ya que ésta puede ser una obligación de resultado o una obligación de medios y aclara-. "... esta división tiene analogía con la división del Derecho Criminal de delitos formales y delitos materiales. En que los últimos se caracterizan por un resultado y los primeros por el empleo de medios que son ordinariamente de tal naturaleza, que conducen a ese resultado.⁸

Los términos utilizados por Demogue para identificar a los dos grupos de obligaciones que forman la división que nos ocupa, fueron modificados por uno de los principales expositores de la distinción, Henri Mazeaud, el cual utiliza el concepto de "determinadas" para las obligaciones de resultado y el de "obligaciones generales de prudencia y diligencia" para las de medios.⁹

Raymundo Salvat expresa que Henri Mazeaud¹⁰ no explica el porqué de la substitución propuesta, pero nosotros pensamos que Salvat sólo se refiere a lo contenido en el trabajo presentado por Mazeaud en la "Reveu Trimestrielle de Droit Civil", en el año de 1936, pues en el tratado que en unión de Jean Mazeaud y André Tunc escribió, sobre la responsabilidad civil dice:

[...] si se considera conjuntamente las obligaciones contractuales y los deberes, uno es llevado, según parece a rechazar la expresión "obligación de resultado". En verdad, es inexacta porque, no permitir que las cosas que se tienen en custodia causen un daño a otro, es el resultado normal de una actitud lo bastante diligente por parte del guardián. Pero es muy abstracta, el jurista no metafísico difícilmente admitirá que el automovilista puesto al volante de su coche asuma "un deber de resultado". Por lo tanto, hay interés al parecer, en hablar más bien de "obligaciones determinadas" y oponer estas a las "obligaciones generales de prudencia y diligencia". Las expresiones parecen adecuarse mejor con el conjunto de la materia contractual y delictual.¹¹

⁸ DEMOGUE René, citado en SALVAT, *op. cit.*, p. 145.

⁹ MAZEAUD, Henry y León; TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo I Vol. I*, E.J.E.A, 1961 p. 145.

¹⁰ SALVAT, *op. cit.*, p. 145.

¹¹ MAZEAUD, Henry Jean; TUNC, André, *op. cit.*, p. 145.

De lo transcrito se observa que a lo que no se da una explicación es a la modificación de “obligaciones de pura diligencia”. Pero nosotros creemos que está influenciado por el pensamiento de Tunc, el cual proponía que:

[...] el término pura diligencia opuesto a las de resultado, ya que estas palabras concuerdan más con el carácter de la obligación y no forzan a advertir que los medios mencionados por Demogue, se traducen en una simple diligencia del deudor; sin que por sí mismo expresa el contenido y el alcance de la obligación asumida.¹²

Acogiéndonos a las ideas de Salvat en este punto, podemos estimar que “[...] hay más coherencia en oponer las prestaciones de resultado a las de medios, que las determinadas a las generales de prudencia.”¹³

Las razones que fundamentan la división deben encontrarse necesariamente en el diverso objeto de la obligación, esto es, la intención de las partes, en uno y en otro caso.

El cumplimiento de una obligación de resultado impone, en realidad cierta diligencia. El hombre no pronuncia un ¡Fiat!; no es un todo poderoso al que baste querer para realizar; la persecución del objetivo más modesto puede exigirle, por el contrario, múltiples gestiones sin estar seguro del éxito. El deudor no escapa a esta regla. La obligación que asume un carpintero cuando se compromete a construir una mesa y la que se asume el porteador, consiste en que el uno y el otro agregan, a su tarea cotidiana, la actividad necesaria para hacer una mesa o transportar el objeto. Pero se comprende que ese análisis se presenta rara vez al espíritu, corresponde a la realidad concreta del cumplimiento de la obligación, pero no a la psicología de las partes; por contratar el acreedor para obtener cierto resultado, y no para imponerle una diligencia al deudor, las partes son llevadas del modo más natural a convertir ese resultado en el objeto directo de la obligación. En efecto, puesto que la diligencia del deudor, alcanzará normalmente su objetivo, la técnica jurídica no se opone a que el resultado pretendido por las partes se coloque directamente como objeto de la obligación.

Por otra parte, cuando el resultado deseado por el acreedor y que el deudor se esforzará por conseguir, es demasiado aleatorio, depende demasiado poco de la diligencia del deudor, para que las partes puedan hacer aquel el objeto de la obligación, el resultado debe permanecer como algo exterior al contrato aun cuando el deudor se compromete a emplear los medios que estén en su poder para lograrlo. Así, el médico no se compromete normalmente a curar al enfer-

¹² HENRY, Jean; MAZEAUD, León, *Lecciones de Derecho Civil Trad*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1962, p. 28.

¹³ SALVAT, op. cit., p. 35.

mo. Las propias partes no tendrían la idea de decirlo. Hay que retornar a la realidad de las cosas y resignarse a hacer de la diligencia en sí misma el objeto de la obligación.¹⁴

Con base en las ideas expuestas, se afirma que todas las obligaciones son obligaciones de resultado o determinadas, por cuanto a que es a lo que normalmente las partes se obligan cuando contratan.

Así, algunos autores rechazan la existencia de la división que estudiamos y han considerado que todas las obligaciones son de resultado, y argumentan diciendo que todo hecho o prestación a que se ha obligado el deudor es un resultado, por tanto el obligarse a prestar diligencia es siempre un resultado.

Los hermanos Mazeaud y André Tunc en su “Tratado de la Responsabilidad Civil” salvan la crítica apuntada diciendo que:

Los bienes tienen un valor objetivo y su obtención constituye siempre un resultado; ciertos actos son también deseados por sí mismos, aunque cosas y actos no sean sino etapas hacia el objeto que el hombre se propone; la felicidad, o la santidad; otros no son sino objetivos muy intermedios, muy provisionales y constituyen, para el espíritu del que los persigue, simples medios que el lenguaje corriente opone a los resultados. En el fondo los que dirigen esta crítica a la distinción, asimilan prestación debida y “resultado”. Pues bien, sin duda, toda obligación lleva consigo muy diferente, según que consista en conseguir un resultado determinado o, tan solo, en intentar lograrlo por medio de una conducta prudente y diligente.¹⁵

Por otra parte, los sostenedores de la crítica opuesta piensan que toda obligación lleva implícita una cierta prudencia, y por tanto toda obligación es de prudencia. Los autores citados defienden la base de su postura en contra de este ataque, reconociendo la exactitud de las observaciones, pero afirmando que en nada modifica las conclusiones que señalan, porque no impiden que se consideren dos clases de obligaciones: aquellas en que la diligencia querida alcanza casi seguramente el resultado, lo cual justifica una presunción de culpa en el caso de frustración; y aquellas en las que la diligencia debe seguir siendo el único objeto de la obligación.

La importancia de esta distinción radica, especialmente, en la utilidad que presta para la determinación del objeto y alcance de las obligaciones. En algunos casos el deber del deudor no se encuentra claramente precisado.

¹⁴ MAZEAUD, Tunc, *op cit.*, p. 129.

¹⁵ *Ibidem*, p. 133.

Por ejemplo, en los contratos de depósito en las cajas de seguridad de los bancos, ¿cuál es el deber del banco? ¿Se obliga a prestar cierta vigilancia o a garantizar el recobro de los bienes depositados? Si entendemos que asumen una obligación de prudencia, el banco sólo se obligará a prestar una cierta vigilancia, pero no responderá de las pérdidas producidas a menos que se le pruebe negligencia o descuido. Por el contrario, si se obligó a un deber de resultado, responderá con una presunción de culpa, salvo que pruebe un evento de fuerza mayor o el caso fortuito. Es indudable que el banco asume una responsabilidad de resultado, pues no sólo debe vigilar las cajas, sino además a responder de la integridad de las cajas, y por lo tanto, la vigilancia se encuentra implícita en el deber de custodia que obliga al depositario con el cliente. (Artículo 78 de la Ley General de Instituciones de Crédito).

Otro aspecto interesante de la distinción es el que se refiere a la determinación de la carga de la prueba en caso de incumplimiento. En los deberes determinados o de resultado, el deudor es el que debe justificar el incumplimiento o ejecución irregular. Por el contrario, en los de prudencia es el acreedor el que debe acreditar la falta de diligencia y cuidado del deudor. Por último, es importante en razón de que resulta igualmente aplicable a la esfera contractual como a la extracontractual.

Como ejemplo derivado de una convención, tenemos el mencionado en líneas precedentes. En la esfera de lo extracontractual, tomaremos como ejemplo de la obligación de prudencia y diligencia la que se contiene en el artículo 1897 del Código Civil: “el gestor debe desempeñar su cargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios e indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione”. Como ejemplo de deber determinado, en el mismo campo extracontractual, mencionaremos la responsabilidad contenida en el artículo 1913 del Código sustantivo vigente.

Cuando no consta en el pacto expresamente la intención de las partes respecto a si lo que se ha asumido es una obligación de medios, o de resultado, surge indiscutiblemente un problema de interpretación.

Los hermanos Mazeaud, siguiendo una opinión de André Tunc y Esmein, piensan que:

Cuando no se expresa la voluntad de las partes es necesario averiguar si la realización del fin perseguido presenta una eventualidad. Pues, cuando esa realización es aleatoria, debe suponerse que la obligación asumida es tan sólo de prudencia y diligencia, porque normalmente un deudor no se compromete a obtener un resultado que se sabe es aleatorio. Así pues, se advierte que lo aleatorio de él constituye normalmente al criterio de la distinción.

Por el contrario cuando no es aleatorio el fin en virtud del cual se ha celebrado el contrato, cabe estimar normalmente que el deudor ha prometido una realización. La realización del fin que haya de alcanzarse permite descubrir, por lo tanto, la voluntad no expresada de los contratantes.¹⁶

Volviendo a centrarnos en el problema que nos llevó a esta exposición, aceptando como premisa la existencia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, y estando conformes en que sólo es aplicable a las obligaciones de hacer, cabe interrogar nuevamente sobre el grupo al cual corresponde dentro de la citada clasificación, las obligaciones típicas que surgen del contrato de promesa.

Debemos afirmar que la intención de las partes al celebrar toda clase de contratos es obtener el cumplimiento. En el caso especial que nos ocupa, los contratantes intentan garantizar una situación futura mediante una convención actual, sea por vía normal, que es el cumplimiento, sea por vía indirecta, la indemnización perfecta o en especie. Por lo tanto, no quieren dejar el futuro al azar; y siendo esto así, no cabe pensar que el acreedor acepte. Siempre una obligación por parte del deudor de simple prudencia y diligencia, que independientemente de no prometerle un resultado, lo obliga a acreditar la negligencia del deudor al corresponderle la carga de la prueba.

En virtud de las ideas expuestas, creemos que en el contrato de promesa la obligación típica de hacer es una obligación de resultado, por la cual el deudor se obliga a celebrar un contrato futuro en una oportunidad convenida. Y, en consecuencia, cualquier conducta prudente y diligente del deudor será irrelevante si no se obtiene el resultado prometido, caso en el que será responsable del incumplimiento.

Una vez que se ha hecho la determinación de la naturaleza de las obligaciones que nacen del contrato de promesa, debe preguntarse si es posible variar la obligación sin desvirtuar la naturaleza del contrato; en otras palabras: ¿puede asumirse la obligación de hacer como una obligación de medios, o no?

Estimamos que, sin lugar a dudas, la respuesta debe ser afirmativa, de acuerdo con lo que se explicó en el apartado relativo a la naturaleza de la división.

Las más de las veces, las contingencias que se han de presentar y los escollos que se han de salvar, en el espacio de tiempo que transcurrirá entre la celebración del ante contrato y el definitivo, no dependen de la sola voluntad de las partes contratantes. En otras ocasiones la voluntad puede ser

¹⁶ *Idem.*

relevante pero no determinante para el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Es por todo esto que la previsión del deudor debe de tenerse en cuenta y ser la que determine la intención de la parte para contratar. En esta virtud debe de considerarse válido el pacto en el que una de las partes se obligue a poner la prudencia necesaria para el otorgamiento de un contrato futuro, mas no prometer un resultado.

Esta solución en nada afecta a la naturaleza del contrato de promesa, ya que sólo varía la extensión de la responsabilidad que asume el deudor, limitándola, y seguirá siendo siempre una intención de celebrar el contrato prometido. Pero el acreedor deberá, en este caso, además de acreditar la inexistencia del resultado, la negligencia o falta de prudencia del deudor.

Cuando las partes quieran limitar la responsabilidad del deudor, es conveniente que se haga constar expresamente que la obligación asumida es de medios, pues la omisión hará presumir que se ha obligado a un deber de resultado al ser esto la regla en ese tipo de convenciones.

BITCOINS

Sandro García Rojas Castillo¹



Este año cumpliré 20 años de tener la fortuna de dar clases, lo que he realizado en distintas universidades. No hay una sola generación que no me haya escuchado hacer referencia a mis grandes maestros, entre los que desputa el muy ilustre y querido don Miguel Ángel Zamora y Valencia.

“Conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas susceptibles de valoración pecuniaria que constituyen una universalidad de derecho”, es la definición más conocida del concepto jurídico llamado “patrimonio”.

La noción es polivalente y quizás cientos de abogados habremos pasado algunas noches de desvelo tratando de entender cabalmente la complejidad de tal universalidad (muy puesta en entredicho en distintas figuras que separan o escinden al continente de los bienes *per se*), o incluso en la intrincada percepción de que las deudas y los pasivos son parte del referido patrimonio; o yendo más allá, la intrigante idea de que la ausencia de bienes no condiciona la existencia del patrimonio.

Durante los años en que tuve la dicha de haber colaborado en la Notaría 143 (ahora entiendo aquello de que los pasantes debimos haber pagado a los maestros y no a la inversa), mi otro gran maestro, Moisés Teliz Santoyo, nos preguntaba desde muy temprano en los acuerdos habituales, las florituras, delicadezas, vericuetos y quisicosas del derecho que nos estimularon y enseñaron a estudiar, a reflexionar y analizar, pero sobre todo a distinguir, por complejos que parezcan en las ecuaciones o acertijos legales, los elementos básicos que les componen.

Sobre esa base me auparon las extraordinarias aportaciones que me hizo el admirado licenciado Zamora y Valencia, maestro de maestros, con las que enriquecí mis conceptos y reflexiones jurídicas, una de las cuales, por ejemplo, hoy cobra un sentido importante y que quiero compartir.

¹ Vicepresidente de Supervisión de Procesos Preventivos de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

“El patrimonio, Sandro, —había dicho el maestro alguna tarde en la hermosa casona de su oficina en la calle Colima de la Ciudad de México— va más allá de aquello que es valorable en dinero. Quienes creen que sólo el aspecto crematístico es objeto del patrimonio, se equivocan. Hay otra nota a considerar. Requiere también ser capaz de desinteresar a acreedores. Así. Sencillo, directo, fino, inobjetable.

Piense usted en una deuda de diez mil pesos que le es debida por un sujeto equis. Y esa persona no tiene dinero para pagársela. ¿Le aceptaría usted en pago una carta que tal persona guarda de su difunto padre? Y, dígame: ¿esa carta podría ser vendida por diez mil pesos a cualquier otra persona? Dependerá de quién haya sido su padre. El desinteresar a los acreedores reduce sólo el mercado del intercambio, pero no elimina el valor del bien en el patrimonio.”

Por supuesto que su libro “Contratos Civiles” es y seguirá siendo consultado en mi quehacer cotidiano como una fuente clara y lúcida de enseñanza.

Ruego al lector meditar ahora sobre los bienes intangibles, un derecho de autor, por ejemplo. Algunos bienes inmateriales también han sido integrantes del patrimonio, porque al final pueden traducirse en dinero; un derecho de autor puede materializarse en su monto derivado de las regalías, por ejemplo. Pero, ¿qué pasaría si el valor de las cosas dejara de valorarse en dinero? ¿Es eso posible?

En la actualidad existe un debate a nivel mundial en torno a cómo regular las llamadas monedas virtuales o criptomonedas. Nuevas figuras en las relaciones humanas que se abren camino en el mundo legal y que, finalmente, al igual que otras, adquieren carta de naturalización.

Existen muchos países que lo han hecho ya y muchos más que aún no se pronuncian al respecto.

Mientras se escriben estas líneas, por ejemplo, se está preparando una iniciativa legal que el Presidente de la República habrá de presentar al Congreso antes de que concluya el año. En la iniciativa llamada “Fintech” —apócope de las palabras en inglés Finance and Technology— se propone regular, entre otras cosas, el uso de las monedas virtuales.

Para muchos, el tema de las monedas virtuales, el *crowdfunding*, los *sandboxes*, etc., resultan inquietantes y atemorizantes, ajenos a nuestro mundo. Reacción común ante lo desconocido. Y con esto no sólo atiendo al mundo del derecho financiero, sino por supuesto al mercantil y, por obviedad, al del derecho civil.

Pero, permítaseme asir al más puro origen del derecho común y desgarnar, brevemente, algunas ideas que pueden servir para explicar y compren-

der las criptomonedas cuyo uso está, queramos o no, a la vuelta de la esquina y que usted y yo manejaremos más de lo que se imagina.

Remontándome a lo más básico, si usted analiza un acto jurídico celebrado entre dos personas, supongamos la sencilla compraventa de un automóvil, encontrará naturalmente tanto una estricta e insoluble relación entre comprador y vendedor, como la existencia *sine qua non* de una cosa o cosas, objeto del contrato.

Técnicamente, son dos las cosas que existen en esta relación contractual, no sólo en el coche sino también aquello que el comprador pagará al vendedor (dinero) por lo adquirido.

Hasta ahí nada novedoso. Pero, ¿qué pensaría usted si en vez del pago del coche con dinero, fuera a través de una clave que, en una computadora en alguna parte del mundo —que por cierto no sabe a ciencia cierta dónde se encuentra— libera un número determinado de *satoshis* que, a su vez, pueden ser intercambiados por otros bienes?

Los bitcoins son la moneda virtual más utilizada en la actualidad, pero no es la única, porque existen cientos de criptomonedas hoy en día rodando entre las distintas latitudes del orbe: los *satoshis*, una fracción o parte de un bitcoin.

Por allá del 2009, Satoshi Nakamoto publicó un documento intitulado “Bitcoin: Un sistema electrónico de efectivo de persona a persona” (*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*) que incluía un sitio web y una dirección de correo electrónico. En él se asentaron las bases de cómo funcionaría el bitcoin. Se sabe que Satoshi trabajó por más de dos años con un grupo de personas que lo contactaron a través de internet para desarrollar el programa o software que hoy es mundialmente conocido, tras lo cual desapareció sin revelar su identidad. A la fecha no se sabe si Satoshi Nakamoto fue una persona real, un alias, un grupo o alguna otra entidad; esto seguirá siendo un misterio.

El documento de Nakamoto surgió justamente en plena crisis económica y con el propósito de crear dinero digital capaz de quitar del camino y de las intermediaciones a los bancos y a los gobiernos, reduciendo las comisiones, preservando la privacidad y facilitando los micropagos (algo que incluso me recuerda a los bilimbiques en la época de la revolución mexicana; dinero emergente que fue acuñado para financiar movimientos insurgentes).

En otras palabras, la innovación que significa el bitcoin permite a las personas intercambiar bienes y servicios, libre y rápidamente, sin restricciones de horarios, geografía, problemas políticos o sociales, etc.

Cuando hablamos de una relación jurídica (prosigamos el caso de la compraventa del automóvil), el dinero con el que se pagaría el precio de la operación tenía que provenir de un banco o en efectivo. Pero, ¿y si la operación quería hacerse en dólares o en euros, en domingo a mediodía? Eso dificultaría la operación. Sería prácticamente imposible, puesto que los domingos los bancos no operan, y conseguir esa cantidad de divisas extranjeras tampoco sería sencillo e incluso requeriría que las partes se vieran personalmente. Pero, peor aún, ¿y si el dinero con que se pagare la compraventa proviniera de un generoso tío que vive en Polonia y cuyas cuentas están en Suiza?

Pensemos ahora en el envío de dinero a un pariente que estudia en España. Desde México a España, llevar hacer una transferencia de dinero requiere la intermediación, y por ende las reglas —y los costos!— de un banco.

La novedad del bitcoin consiste en que utiliza una tecnología disruptiva, que rompe completamente con los esquemas preestablecidos. Utiliza las bases de la criptografía y diversos procesos matemáticos para crear una moneda digital, global y descentralizada, casi imposible de falsificar.

Se parece muchísimo al dinero; tiene características tales como la durabilidad, la portabilidad (incluso mayor), liquidez, divisibilidad, escasez y cada vez más gente está de acuerdo en que posee valor.

Es digital porque consiste básicamente en una cadena de firmas electrónicas; es global porque no está determinada por un solo país; escasa, porque su algoritmo está programado de tal manera que sólo existirán 21 millones de bitcoins en todo el mundo. Actualmente se encuentran 16.5 millones de bitcoins en circulación (el último será minado para el año 2140. Habrá que hablar, en otro merecido homenaje al maestro Zamora, sobre el *blockchain* para entender esto del minado de las criptomonedas. Nuevas terminologías en un mundo cada vez más globalizado, que quien lo desconozca, devendrá analfabeta en el área). Finalmente, es descentralizada porque no existe una entidad financiera específica, como un banco o un gobierno que la controle. En realidad, es controlada por una red de usuarios que están en todo el mundo.

Es la versión financiera en esa nueva modalidad que se está presentando en el planeta en diversas áreas, simplificando y abaratando las cosas, como por ejemplo en el campo de los hospedajes con airbnb o UBER en transportes, Amazon, etc.

¿Cuánto vale un bitcoin? Parte de la genialidad de su invención está en que ésta tendrá el valor que la propia gente quiera darle. Cuentan los estudiosos del tema que un día, en Jacksonville, Estados Unidos, un sujeto publicó en internet su intención de intercambiar diez mil bitcoins por dos

pizzas grandes. A alguien le pareció interesante el intercambio. Las pizzas llegaron y los bitcoins dieron su primer paso en el universo del trueque. El día de hoy, esos diez mil bitcoins costarían más de cinco millones de dólares.

El valor del dinero desde hace décadas dejó de tener su respaldo en oro y pasó a ser una convención económico-gubernamental; de la misma forma esa convencionalidad es el fundamento de estas futuras monedas.

En la actualidad, prácticamente la economía de los países depende de ciertas instituciones financieras que, desde toda la vida, han controlado el flujo y llevado a cabo la acción de captación del dinero de las personas. Dicha tarea ha conllevado el incremento de los costos debido al trabajo de mediación que realizan y, de cierta manera, en algunas economías esos costos podrían llegar a desacelerarla.

El hecho de que el bitcoin esté sustentado en un sistema criptográfico, significa que está basado en pruebas algorítmicas que dependen de decenas de computadoras (de ahí que se le denomine descentralizado), en vez de ser centralizado como actualmente sucede con el peso, los quetzales, los euros o los dólares americanos. Acaso hoy día, cuando alguien realiza una compra-venta en internet, ¿se manda el dinero al proveedor de la cosa o el servicio por correo en un sobre? No. Justamente a través de algoritmos matemáticos se registra en contabilidades que, entre sí, lo llevan a cabo (con un NIP, una clave, una contraseña o una huella digital del comprador, directamente a la tienda que vendió la cosa).

He aquí algunos números que podrían ayudar a dar contexto del dinamismo de las sociedades frente a la tecnología y de la necesidad del derecho a adecuarse a éstas; de cómo el mundo se ha vuelto una aldea y es necesario que los gobiernos regulen (lo que no significa que limiten y menos aún este rubro) el flujo de las relaciones comerciales que, desde la palma de una mano, pueden realizarse en cualquier instante. Las líneas telefónicas fijas nacieron hace más de 135 años. En 2002, tras poco menos de una década de haberse comercializado los celulares, se habían vendido ya más líneas para estos. En 2015 existían más de 2 mil 500 millones de líneas de teléfonos inteligentes en el mundo (por supuesto, hoy se venden muchos más teléfonos inteligentes que cámaras en la historia).

En el 2002, tras 244 años, dejó de imprimirse la Enciclopedia Británica; hoy se sabe que en total se imprimieron un total de poco más de 100 millones de ejemplares; Wikipedia tiene al día cerca de mil millones de usuarios. En 4 años de existencia, airbnb (cadena de arrendamiento de cuartos en casas particulares) tiene utilidades muy por encima de Marriott, Starwood, Expedia, Wyndham, etc., cadenas de hoteles que tienen décadas de existen-

cia y miles de millones de dólares invertidos. ¿Podríamos estar entonces frente a un replanteamiento de los servicios financieros?

¿Dónde aparece el maestro Zamora en esta historia del bitcoin? Justamente en que, si aprendimos de él, sabemos que por supuesto los bienes y los derechos, las deudas y las cargas no necesariamente tienen que haber sido pactadas en dinero.

Incluso cuando la ley en México aún no reconoce a las criptomonedas equivalentes al dinero (cuyo poder liberatorio de una deuda es inobjetable), es un hecho que, de acuerdo con la definición del maestro Zamora, cualquier cosa que desinteresa a los acreedores podría ser parte del patrimonio y que, hoy día, hay miles o millones de personas en el mundo que estarían dispuestos a intercambiar bienes y servicios por un bitcoin.

Hasta aquí un breve esbozo de lo que sin duda se convertirá en un nuevo, rico y generoso debate. Es tan sólo la punta de una de las hebras que el tema Fintech generará. En México estamos a punto de que sea regulado. En el mundo existen países que ya avanzan en regulación secundaria de naturaleza fiscal, procesal, seguridad jurídica, incluso, seguridad nacional, etc.

No falta mucho para que se redefina lo que significa dinero, pero para los alumnos de las licenciaturas del derecho, el bitcoin cabe en la definición de nuestro festejado y siempre admirado y querido maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia, a quien estas líneas abrazan como tributo de gratitud.

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO Y LA FUNCIÓN NOTARIAL

Eduardo García Villegas



En homenaje a mi maestro y tutor notarial don Miguel Ángel Zamora y Valencia, ejemplo a seguir. Con admiración, reconocimiento y agradecimiento.

I. INTRODUCCIÓN

Luis Recaséns señala que el derecho es un producto inacabado, dinámico por antonomasia.¹ Y nadie de los que nos dedicamos a su estudio podemos negarlo. Si alguien no compartiera esa premisa, seguramente sería porque ignora muchos de los datos sociológicos, filosóficos y económicos que hoy hacen del derecho un producto social muy complejo; un objeto que poco o casi nada se parece a lo que en nuestra oportunidad inicial de pasar por la universidad pudimos comprender como tal.

El derecho, como toda ciencia, se encuentra en constante construcción (y hay quienes opinan que incluso en deconstrucción), ya que se han venido incorporando nuevas instituciones que han provocado cambios en muchas cosas, pero sobre todo en un punto muy importante para el análisis: en las instituciones que le sirven al derecho para operar, en las que le son útiles, pero, aún más, en las que le son útiles para ser útil.

Porque, ante todo, el derecho debe ser útil; debe cumplir la función de utilidad que le exigen las circunstancias actuales, debe servir para la resolución de los innumerables y complejos problemas que se suscitan en una sociedad más deliberante, más incluyente. Si el derecho pretende dar res-

¹ RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, México, Editorial Porrúa, 1981.

puesta a los reclamos de una sociedad en la que todos buscamos debatir, en la que todos buscamos argumentar y, por tanto, a los reclamos de una sociedad en la que todas las decisiones deben ser tomadas con la participación de todos los interesados, debemos darle al derecho pluralidad y apertura, enriquecerlo con formas nuevas, con nuevas respuestas a nuestros problemas.

Y es en esta ocasión, con motivo de este libro homenaje a mi estimado maestro el notario Miguel Ángel Zamora y Valencia, que quiero tratar el logro que se alcanzó en la Constitución Política de la Ciudad de México en relación a la función notarial y a los servicios notariales como una garantía institucional y como un derecho humano a la seguridad jurídica, en aras de convertirnos en una sociedad más equitativa, más igualitaria y más incluyente.

En los últimos años nuestro país ha venido experimentando una evolución jurídica de la que hemos sido testigos. A partir de las reformas de 2011 a la Ley Fundamental y con la nueva Ley de Amparo, se han reconfigurado instituciones jurídicas trascendentales de nuestro país, en aras de una mejor y mayor protección a la persona, ampliándose el ámbito de los derechos humanos además del otorgamiento de garantías individuales como anteriormente se encontraba establecido, al reconocimiento de los derechos humanos, previstos tanto en la Constitución General de la República, como en los tratados internacionales de los que México es parte.

Estamos, en consecuencia, en el camino de la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico, ya que todo el ordenamiento será interpretado conforme a la Constitución Federal; es decir, las mencionadas reformas constitucionales establecen que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, o sea, aplicando el principio *pro persona*.

II. LA FUNCIÓN NOTARIAL COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

Si hablamos de la seguridad jurídica de la que debe gozar la población, no podemos dejar de mencionar a la función notarial como una de las funciones que velan por la protección de los intereses personales, familiares y patrimoniales de los ciudadanos. De ahí que la función esencial del notario sea conferir certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos que pasan ante su fe.

Es el Estado quien le delega la fe pública al notario (una vez cumplidos una serie de requisitos legales) para que en su representación intervenga en

los hechos y actos que realiza la sociedad, pero, sobre todo, para que los autentique y les revista de fuerza probatoria.

Son innumerables los hechos y actos que requieren de la seguridad que proporciona la fe pública, de la que está investido un notario por virtud del Estado. Si pudiéramos resumir de alguna forma la seguridad jurídica que confiere el notario con su actuar, diríamos que inicia al escuchar a las partes imparcialmente y al determinar la posibilidad legal de efectuar lo que aquellas pretenden, es decir, la legitimidad de los actos y qué forma jurídica deberán revestir, o dicho de otra forma, cuál es el hecho o acto jurídico que pretenden celebrar. Posteriormente, el notario redactará el instrumento correspondiente y explicará el alcance y fuerza legal del mismo para que, una vez que es firmado en su presencia, éste lo autorice y se concrete material y jurídicamente el instrumento o escritura pública.

De la importancia que tiene pasar ante los ojos del notario los actos jurídicos de la sociedad y las personas, habla la eficacia probatoria que los documentos o actos pasados ante su fe producen.

El notario es un delegado estatal que debe procurar siempre cumplir con los requisitos marcados en la ley, por ello debe ser extremadamente cuidadoso de la forma que sus instrumentos revisten, de cuidar cada detalle, de corroborar que cumplan con todos los requisitos de ley, debiendo conocer además lo señalado por la jurisprudencia, porque un notario que conoce bien el producto de la interpretación constitucional relacionada con su función, será un notario cuyo ejercicio servirá como ejemplo para todos los demás.

Y no está por demás decir que todo notario debe gozar de características como honorabilidad, ética, autenticidad, profesionalismo y rectitud, entre otras. Pero, ante todo, él debe ser una persona dotada de cualidades morales que le permitan desempeñar una de las funciones más importantes que le es conferida por el Estado: la fe pública.

Con la reforma a la Constitución del 25 de octubre de 1993, se modificó radicalmente el contenido del artículo 122 (se establecieron las bases constitucionales que en adelante regirían la vida política institucional del gobierno del entonces Distrito Federal, ahora Ciudad de México), y con la reforma al mismo precepto constitucional del 22 de agosto de 1996, el notariado fue apareciendo como materia expresamente conferida a la potestad legislativa de la Asamblea, y por tanto, excluida de ser materia legislativa del Congreso de la Unión.

En ese entonces se consideraba correcto afirmar que el notariado estaba inscrito en un sistema normativo constitucional y garante, tanto de órganos como de funciones, todos relativos a la vida institucional.

Antes de la reforma mencionada, el artículo 121 de la Constitución Federal era considerado el fundamento del notariado. Este artículo es conocido como “cláusula de entera fe y crédito”,² el cual obliga a que se tengan por ciertos determinados actos ante los estados y frente a quienes no presenciaron su celebración; es decir, la fe se deposita originalmente en el Estado.³

Con la publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de la Ley del Notariado para el Distrito Federal del 28 de marzo del 2000, la función notarial terminaba por materializarse como una garantía institucional, si atendemos al objeto de la Ley del Notariado del Distrito Federal que, en su artículo 1, prevé la función notarial y el notariado como de orden e interés público y social.

La Ley del Notariado, en el artículo 6, señala el tipo de ejercicio profesional del derecho como oficio jurídico consistente en que el notario, en virtud de su asesoría y conformación imparcial de su documentación en lo justo concreto del caso, en el marco de la equidad y el Estado Constitucional de Derecho y de la legalidad derivada del mismo, reciba por fuerza legal del Estado el reconocimiento público y social de sus instrumentos notariales con las finalidades de protección de la seguridad jurídica de los otorgantes y solicitantes de su actividad documentadora.

Lo que se vincula con el artículo 26, párrafo tercero, de la misma ley, en cuanto a que la función notarial es el conjunto de actividades que el notario realiza conforme a las disposiciones de la ley para garantizar el buen desempeño y la seguridad jurídica en el ejercicio de dicha función autenticadora. Posee una naturaleza compleja: es pública en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la ley, que obran en reconocimiento público de la actividad profesional de notario y de la documentación notarial al servicio de la sociedad. De otra parte, es autónoma y libre para el notario que la ejerce actuando con fe pública.

Además, de manera expresa, el artículo 11 de la referida legislación del notariado prevé que los notarios son auxiliares en la administración de justicia.

Y es que, al igual que los 88 países que a la fecha han adoptado el sistema de notariado latino, la producción legislativa mexicana de esta materia reconoce en el notariado a una institución cuyo carácter —desde el punto de vista de su regulación— es de orden público. Las actuaciones notariales se integran en un conjunto de funciones, procedimientos y estructuras que constituyen en sí mismas un sistema complejo, por ser generadoras de ins-

² TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional*, México, Editorial Porrúa, 1978, p. 106.

³ RÍOS HELIG, Jorge, *La práctica del derecho notarial*, México, McGraw-Hill, 2017, p. 41.

trumentos que la ley eleva a la categoría de instrumentos públicos, ante el sujeto autorizado por el Estado, quien mediante el otorgamiento de la patente de notario concede a dicho sujeto, por razón de la selección de su persona, la calidad jurídica de notario.

Pero el 29 de enero de 2016, al publicarse en la edición vespertina del Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se declaraban reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en lo que conocemos como la “Reforma política de la Ciudad de México”, el Distrito Federal dejó de existir convirtiéndose en la Ciudad de México, una entidad federativa sede de los poderes de la unión, la cual tendría una constitución política, de conformidad con lo dispuesto en la propia reforma.

Y entre los artículos reformados en la Constitución se encontraba el artículo 122, pudiéndose apreciar que ya no establecía la facultad expresa de la Asamblea para legislar en las materias civil y penal, normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, notariado y registro público de la propiedad y de comercio, y ello es entendible por el nuevo régimen político y jurídico del Ciudad de México.

Se requería, pues, que tanto la materia como la función notarial tuvieran un reconocimiento y fundamento constitucional en la Carta Magna de la Ciudad de México, en el marco de la institucionalidad y legalidad prevista por el Estado Constitucional de Derecho y, en consecuencia, recibir el reconocimiento legal y la fuerza del Estado, pues el notariado y los servicios notariales otorgan la protección, seguridad y certeza jurídicas que reclaman los particulares para sus actos, materializándolos mediante la actividad documentadora realizada.

En septiembre de 2016 fue instalada la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México para el análisis y discusión de la Constitución capitalina. Tras este análisis y discusiones, fue el 5 de febrero de 2017 en que se promulgó la Carta Magna capitalina, consagrándose en su texto la función notarial como garantía institucional. Se determinó en el título quinto “De la distribución del poder”, capítulo II denominado “De la función ejecutiva”, en el artículo 32 “De la Jefatura de Gobierno”, en el apartado C “De las Competencias”, lo siguiente:

[...]c. De las Competencias

1. La persona titular de la Jefatura de Gobierno tiene las siguientes competencias:

[...]

l) Expedir las patentes de Notario para el ejercicio de la función notarial en favor de las personas que resulten triunfadoras en el examen público de oposición correspondiente y acrediten los demás requisitos que al efecto establezca la ley de la materia, misma que invariablemente será desempeñada por profesionales del Derecho independientes económica y jerárquicamente del poder público[...]

Es precisamente en este artículo 32, apartado C, en donde se establece con precisión a la función notarial como una auténtica garantía institucional.

Recordemos que la función notarial es *sui generis*, ya que, si bien es de orden público y corresponde originalmente al Estado, por delegación la encomienda a un particular, mediante la obtención de la patente respectiva —después de haber presentado los exámenes de oposición correspondientes— quien tendrá fe pública para otorgar instrumentos públicos o constatar los actos o hechos jurídicos cuando lo soliciten los particulares, es decir, debe satisfacer las necesidades de interés social: autenticidad, certeza y seguridad jurídica de los actos y hechos jurídicos y, por ende, la persona que desee obtener la patente debe cumplir con ciertos requisitos y su función está sujeta a determinadas obligaciones y prohibiciones.

Debemos precisar que el notario no tiene relación jerárquica con los poderes de la Ciudad de México, dado que no pertenece a la administración pública; y su función y asesoría jurídica debe realizarlos en interés de todas las partes y del orden jurídico justo y equitativo de la ciudad, por lo tanto, es incompatible con toda relación de sumisión ante favor, poder o dinero, que afecten su independencia formal o materialmente.

III. EL SERVICIO NOTARIAL Y REGISTRAL COMO UN DERECHO HUMANO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Desde el proyecto inicial de Constitución Política de la Ciudad de México, ya se proponía al servicio notarial y a la inscripción registral como derecho humano de los ciudadanos de esta capital, y tras el análisis, discusión y promulgación de la nueva Constitución capitalina, dicha propuesta fue aceptada por unanimidad.

Y es en el título segundo denominado “Carta de Derechos”, capítulo II “De los derechos humanos”, en el artículo 6 denominado “Ciudad de libertades y derechos”, en su apartado C “Derecho a la identidad y a la seguridad jurídica”, en que se señala:

1. Toda persona, grupo o comunidad tienen derecho al nombre, a su propia imagen y reputación, así como al reconocimiento de su identidad y personalidad jurídica.
2. Las autoridades facilitarán el acceso de las personas a obtener documentos de identidad.
3. Toda persona tiene derecho al servicio notarial y a la inscripción registral de bienes y actos jurídicos de forma accesible y asequible.

La inclusión del servicio notarial y la inscripción registral de bienes y servicios como derecho humano vino a ser la respuesta a una visión trasversal de los derechos humanos en la capital, sin olvidar que una carta acrecentada de derechos, exige el cumplimiento de obligaciones recíprocas, es decir, la corresponsabilidad de las y los ciudadanos.

Esta inclusión de derechos humanos en la Constitución Política de la Ciudad de México, trasciende su carácter meramente declarativo y materializa su exigibilidad y justiciabilidad, a través de medios de defensa como la acción de protección efectiva de derechos y el juicio de restitución obligatoria de los mismos.

Porque no podemos negar que los derechos humanos se han convertido en un referente de la modernidad su promoción, respeto, protección y garantía dan cuenta de un estadio de mayor desarrollo y bienestar para el género humano; son un “signo de los tiempos”, como diría Norberto Bobbio.⁴

De esta manera, el notariado y la función notarial han alcanzado el rango constitucional de derecho humanos en la Ciudad de México. Los notarios públicos, como depositarios de la fe pública, deben garantizar la seguridad jurídica y la justa aplicación de las leyes; los ciudadanos esperan que con sus actos se proteja la dignidad y el valor que tiene cada persona, de ahí la importancia del “asesoramiento” a ambas partes, con equidad y en forma imparcial, pues, como afirma Atilio Alterini, “todas las tendencias modernas en materia contractual sólo son valiosas, si respetan cabalmente a la persona humana”.⁵

Ni por acción ni por omisión los notarios públicos deben vulnerar derechos humanos. La función notarial debe estar dirigida a defender al derecho contra la arbitrariedad, debe respetar y hacer respetar los derechos de las personas, de ahí la importancia de elevar a rango constitucional los dere-

⁴ BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997.

⁵ ALTERINI, Atilio Aníbal, *Tendencias en la contratación moderna*, consultado en línea en seer.ufvgs.br/index.php/ppgdir/article/download/52834/32772, última vez consultado el: 18 de septiembre de 2017.

chos humanos al servicio notarial y a la inscripción registral de bienes y actos jurídicos de forma accesible y asequible.

Finalmente, desde una perspectiva académica, sin intentar de ningún modo polemizar, ni mucho menos agotar el tema, pues estoy cierto que en un futuro con las diversas situaciones jurídicas que se presenten en relación a la función notarial —en este nuevo paradigma en derechos humanos que estamos experimentando—, y lo contemplado en Ley de Amparo referente a los actos de los particulares que pueden ser equivalentes a actos de autoridad, estaremos en mejores condiciones de discutir el tema en cuestión.

Y es que en esta nueva Ley de Amparo, la protección a la persona no sólo opera frente a actos de quienes tienen el carácter formal de autoridades, sino que en términos de los artículos 1 y 5, fracción II, se prevé su procedencia frente a actos u omisiones de particulares, cuando éstos sean equivalentes a los de la autoridad, que afecten sus derechos y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

Con la inclusión de particulares asimilados a las autoridades, cuando realicen actos equivalentes a los de éstas, se consolida la llamada eficacia horizontal de los derechos humanos; esto es, la protección tratándose de actos entre particulares.

Y es que, en la Ley de Amparo, al incluirse a particulares asimilados a las autoridades cuando realicen actos equivalentes a los de éstas, se está ampliando el concepto de autoridad para efectos del juicio de amparo, a fin de garantizar que las violaciones a derechos humanos sean reparadas, independientemente del ente que las realiza, (sin olvidar que impone ciertas condiciones, tales como que sus funciones estén determinadas por una norma general) pudiéndose presentar el supuesto de considerar a la función notarial, como actos susceptibles de reclamarse vía amparo; y por ende, podría presumirse que el notario público tendría el carácter de autoridad responsable.

Atendiendo al principio *pro actione*, no estaríamos lejos de considerar procedentes los amparos respecto de actos del notario, pues en algunos asuntos judiciales se ha considerado que el notario dicta, ordena y ejecuta actos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de forma unilateral y obligatoria, en algunos supuestos, sustituyendo a una autoridad jurisdiccional, y si bien son las partes quienes *acuden motu proprio* ante el fedatario para solicitar sus servicios, esto ocurre en forma similar con el juez civil o familiar. Por ello, si el notario advierte que no se cumplen con los requisitos legales, puede negarse a tramitar el procedimiento que se le presenta, pero si acepta conocerlo, a través de su intervención creará, modificará o extinguirá situaciones jurídicas concretas.

Finalmente, quiero hacer mención, a modo ilustrativo, de dos tesis que nos permiten situarnos en las dos posturas confrontadas, respecto de considerar al notario como autoridad o no, para efectos del juicio de amparo.

1. Tesis aislada II.2º.C.5 K (10ª) con número de registro 2010709, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 25, de diciembre de 2015, tomo II, página 1291, que señala:

NOTARIO PÚBLICO. CUANDO TRAMITA UN PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO, ES AUTORIDAD RESPONSABLE, PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.—El artículo 5o., fracción II, segundo párrafo, de la Ley de Amparo vigente, otorga a los particulares la calidad de autoridades responsables, siempre y cuando cumplan con diversos requisitos: a) que realicen actos equivalentes a los de autoridad, es decir, que dicten, ordenen, ejecuten o traten de ejecutar un acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omitan el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas; b) que a través de esos actos u omisiones afecten derechos; y, c) que sus funciones estén determinadas por una norma general. Ahora bien, el notario es un particular, profesional del derecho a quien el Estado ha otorgado nombramiento para ejercer las funciones propias del notariado, investido de fe pública; así, cuando un notario público tramita un procedimiento sucesorio testamentario realiza actos equivalentes a los de autoridad, en este caso, de una autoridad jurisdiccional, pues actúa en auxilio del Poder Judicial y aplica preceptos normativos tanto del Código Civil como del de Procedimientos Civiles. En efecto, el notario al tramitar este tipo de procedimiento testamentario, a petición de parte, como ocurre con la autoridad jurisdiccional, inicia y radica la sucesión testamentaria, siempre y cuando conste el acta de defunción del autor de la herencia, califica que el testamento se haya otorgado con las formalidades de ley, solicita informe al Archivo General de Notarías y al Registro Público de la Propiedad respecto de la existencia de algún otro testamento, confiere el cargo de albacea, efectúa el reconocimiento de derechos hereditarios, inventario y partición hasta otorgar escritura pública de adjudicación. En ese sentido, es claro que el notario dicta, ordena y ejecuta actos que crean modifican y extinguen situaciones jurídicas de forma unilateral y obligatoria, pues se sustituye a una autoridad jurisdiccional, y si bien son las partes quienes acuden motu proprio ante el fedatario para solicitar sus servicios, lo mismo ocurre con el Juez civil o familiar. Por ello, si el notario advierte que no se cumplen con los requisitos legales, puede negarse a tramitar el referido procedimiento, pero si acepta conocerlo, a través de su intervención creará, modificará o extinguirá situaciones jurídicas concretas; de ahí lo unilateral de su actuación que, además, se materializa con la autorización que con su sello y firma valida los instrumentos que pasan ante su fe. Asociado a ello, al efectuar el reconocimiento de derechos hereditarios, inventario y partición del patrimonio del de *cujus*, estos actos quedarán firmes y serán obligatorios tanto para las partes como para terceros, lo que afectaría derechos tan-

to de posibles herederos como el de terceros. Finalmente, las funciones del notario están determinadas por una norma general, la Ley del Notariado, que lo faculta para conocer del procedimiento sucesorio testamentario, además de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito.

Amparo en revisión 172/2015. Juan Dolores Velázquez Hernández y otros. 4 de septiembre de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Carlos Ortega Castro. Secretario: Miguel Isai Martínez Campuzano.

Nota: Por ejecutoria del 1 de marzo de 2017, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 364/2016 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis, al estimarse que no son discrepantes los criterios materia de la denuncia respectiva.

2. Tesis de jurisprudencia 2a./J. 127/2015 (10a.) con número de registro 2010018, de la Segunda Sala, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 22, de septiembre de 2015, tomo I, página 510, que señala:

NOTARIOS PÚBLICOS. NO SON AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO EN LOS CASOS EN QUE CALCULAN, RETIENEN Y ENTE-
RAN EL IMPUESTO SOBRE ADQUISICIÓN DE INMUEBLES, PORQUE ACTÚAN COMO AUXILIARES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—Esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 423/2014, determinó que de acuerdo con el artículo 5, fracción II, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, para que un particular pueda ser llamado a juicio en calidad de autoridad responsable se requiere que el acto que se le atribuya: 1) sea equivalente a los de autoridad, esto es, que dicte, ordene, ejecute o trate de ejecutar algún acto en forma unilateral y obligatoria, o bien, que omita actuar en determinado sentido; 2) afecte derechos creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas; y 3) que sus funciones estén determinadas en una norma general que le confiera las atribuciones para actuar como una autoridad del Estado, cuyo ejercicio, por lo general, tenga un margen de discrecionalidad. Sobre esa base, cuando el notario público por disposición legal calcula, retiene y entera el impuesto sobre adquisición de inmuebles, no tiene el carácter de autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, en virtud de que no actúa de manera unilateral y obligatoria sino en cumplimiento de las disposiciones que le ordenan la realización de esos actos, de donde se entiende que actúa como auxiliar del fisco. Ello no implica desconocer que esos actos pueden ser considerados como la aplicación de una norma general para efectos de la promoción del juicio de amparo.

Contradicción de tesis 174/2015. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero en Materia Administrativa del Primer Circuito y Tercero del Décimo Octavo Circuito. 19 de agosto de 2015. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I, Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Guadalupe de la Paz Varela Domínguez.

Tesis y criterio contendientes:

Tesis XVIII.3o. J/1 (10a.), de título y subtítulo: “IMPUESTO SOBRE ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES Y DERECHOS POR LA INSCRIPCIÓN EN EL INSTITUTO DE SERVICIOS REGISTRALES Y CATASTRALES DEL ESTADO DE MORELOS. SU CÁLCULO Y RETENCIÓN POR UN NOTARIO PÚBLICO CON MOTIVO DE LA PROTOCOLIZACIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA, CONSTITUYEN ACTOS DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO, IMPUGNABLES A PARTIR DE LA FIRMA DE LA ESCRITURA RESPECTIVA.”, aprobada por el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 5 de junio de 2015 a las 9:30 horas, y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, Tomo II, junio de 2015, página 1643, y El sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver la queja 130/2015.

Tesis de jurisprudencia 127/2015 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del dos de septiembre de dos mil quince.

IV. CONCLUSIONES

1. Las funciones registrales y notariales en la Ciudad de México son de suma relevancia y fundamentales para el correcto desarrollo jurídico y social de sus habitantes.
2. Las funciones registrales y notariales son parte de las garantías de seguridad y certeza jurídicas que constituyen pilares fundamentales del Estado de Derecho que nuestra ciudad requiere.
3. Los servicios notariales deben ser prestados por personas debidamente capacitadas que ofrezcan un servicio de calidad y que, con ello, contribuyan a una vida mejor de los habitantes de la Ciudad.
4. La Carta Magna capitalina consagra la competencia del jefe de gobierno para expedir las patentes de notario en favor de los profesionales del derecho que resulten triunfadores en el examen público de oposición correspondiente y que acrediten los demás requisitos que al efecto establezca la ley de la materia; de esta manera se consagra la función notarial como garantía institucional.
5. Los profesionales del derecho que accedan a la función notarial, deben desempeñarla en beneficio de los ciudadanos de manera independiente y profesional, siendo también esto parte de la garantía institucional consagrada en la constitución capitalina.

6. La función notarial será desempeñada por profesionales del derecho independientes económica y jerárquicamente del poder público.
7. Los ciudadanos de la Ciudad de México tienen el derecho constitucional al servicio notarial y a la inscripción registral de bienes y actos jurídicos de forma accesible y asequible.

LA ADDICTIO IN DIEM EN LA COMPRAVENTA CIVIL

Juan Luis González Alcántara¹



La venta con el pacto de adiction hasta cierto día, se hace en esta forma: tal fundo le tienes comprado en ciento: á no ser que alguno ofrezca mayor cantidad dentro de las próximas kalendas de enero; en cuyo caso perderás el dominio de la cosa.²

I. INTRODUCCIÓN

Respeto y admiro profundamente al doctor Miguel Ángel Zamora y Valencia, a quien conocí en la década de los 70 en la Secretaría de Hacienda, cuando trabajamos una magnífica relación en las oficinas de la Procuraduría Fiscal. En muchas revisiones compartimos inquietudes, él como subprocurador y yo como recién egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM, preocupados ambos sobre temas tributarios, que en los vetustos salones del Palacio Nacional discutíamos ampliamente.

Con el tiempo coincidimos en el Sistema de Universidad Abierta de la Facultad de Derecho, cuando él impartía sus cursos de Derecho civil en el tema de contratos y elaboró el material que después se convertiría en un texto magnífico, tan reconocido en el medio académico.

¹ Investigador honorario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho UNAM.

² PAULO: Comentarios a Sabino: “In diem addietio ita fit: ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra kalendas Ianuarias próximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat”, *cfr.*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, El Digesto del Emperador Justiniano, t, I, México, TSJDF, DGAJ y BJ, 2007, p. 633.

También compartimos cátedra en el posgrado de la Facultad de Derecho, en donde asistí a sus clases y discutimos algunos temas como el que hoy seleccionamos para rendir un merecido tributo académico al maestro y al amigo.

II. DERECHO ROMANO

La voz *addictio in diem* según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Romano es definido en el tenor siguiente:

Es un acuerdo entre el comprador y vendedor por el cual, se proporciona a éste último el derecho de declarar la anulación de la venta si, dentro de un período determinado de tiempo, él ha recibido una oferta de un precio mayor (*addictio*) para el objeto vendido. En esos casos el primer comprador tiene la posibilidad de incrementar la oferta, y mantener la cosa. D.18.2.³

De tal concepto puede apreciarse que la voz en su conjunto significa atribución o adjudicación a cierto tiempo, y que tal descripción sintáctica o semántica ayuda a comprender los elementos particulares de tal institución jurídica como:

- a) Pacto entre comprador y vendedor;
- b) El vendedor se reserva el derecho de anular el contrato si en un tiempo determinado aparece un comprador que otorgue mayores beneficios en el precio de la venta;
- c) En caso de que el primer comprador pretenda mantener el contrato, debía incrementar la oferta.

Para el especialista Eugéne Petit, el pacto de mejor comprador se configuraba cuando:

Las partes han convenido al hacer la venta que si, en cierto plazo, un tercero ofrece condiciones más ventajosas al vendedor, quedará resuelto el contrato. Es la *additio in diem*. En este caso, la resolución no tiene lugar necesariamente sólo porque se ofrecen mejores condiciones: el vendedor debe informar de ello al comprador que tiene la preferencia. Pero si no usa de ella, el vendedor puede tener el contrato resuelto.⁴

³ BERGER, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New Jersey, The Lawbook Exchange, LTD, Clark, 2014, p. 248.

⁴ PETIT, Eugéne, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editorial Porrúa, 2007, p. 399.

En este sentido, el tratadista alude a que el pacto de adición en la compraventa no sólo implicaba que apareciera un segundo comprador con mejores condiciones (precio), sino que debía notificarse al primer comprador tales ventajas por tener el derecho de preferencia, en caso de que no aceptara entonces resolver el contrato.

Bajo esta idea, Pietro Bonfante sostiene que la *in diem addictio* se presentaba de la siguiente manera:

La compraventa se resuelve si al vendedor se le hacen otras ofertas mejores [...] se le reconoce al vendedor la *actio in rem* cuando se realice la condición resolutoria.⁵

En glosa, se advierte que en lo tocante a las mejores ofertas para el vendedor, el autor no explicita cuáles son las ventajas que tiene, aunque podría presumirse que se refería al precio del bien inmueble.

Por su parte, Luis Rodolfo Argüello afirma que el pacto de adjudicación a término (*pactum in diem addictio*): “autorizaba al vendedor a reservarse el derecho de rescindir el contrato si dentro de un cierto término hubiera recibido una oferta mejor, como podía ser un precio más alto, un plazo más breve o mayores garantías”.⁶

De ahí que el tratadista, si bien es cierto tiene la postura de que al vendedor le corresponde el derecho de reservarse el derecho de rescindir el contrato de compraventa, si en un cierto tiempo apareciera otro comprador con mejores condiciones (precio más alto, plazo más breve o mayores garantías), también lo es que no describe cuáles serían las consecuencias jurídicas en caso de que el primer comprador hubiera hecho mejoras ni tampoco cuál sería el plazo máximo que podría pactarse.

Lo anterior manifiesta que durante la vida del derecho romano tal cláusula de resolución de contrato en la *emptio-venditio* (compraventa), tuvo tres posturas diferentes, atendiendo a su naturaleza:

- a) Era una condición suspensiva (Sabino y Pomponio);
- b) Condición resolutoria (Juliano, Africano, Marcelo, Paulo y Ulpiano); y
- c) Dependía de las partes tomar cualquier tipo de condición (Justiniano).⁷

⁵ BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho Romano*, México, TSJDF-DGAYBJ, 2007, p. 483.

⁶ ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 322.

⁷ D'ORS, Álvaro; PÉREZ-Peix, “In diem addictio”, *Anuario de Historia del Derecho español*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1945, p. 197.

Por esa razón, la conveniencia de tal pacto en las distintas etapas del derecho romano fue por la ausencia de agencias inmobiliarias y la falta de publicidad, de ahí que el vendedor podía reservarse el derecho si aseguraba mejores condiciones.

En la época de Justiniano, el pacto se materializaba no sólo con una condición resolutoria, sino suspensiva, donde el comprador se hacía propietario de la cosa cuando transcurría el término señalado en el contrato sin que se presentara un mejor comprador. Las partes convenían expresamente tal efecto suspensivo del pacto, lo contrario tenía efecto resolutorio.

Asimismo, debe considerarse que los romanos plantearon que no sólo un precio mayor se consideraba una opción favorable, sino cualquier otra condición, verbigracia, pagar en un menor plazo.⁸

Por tanto, para una mayor claridad sobre dicho pacto de adición, se enuncian algunos supuestos citados en el Digesto:

- A. Escribió Juliano que: “Si el fundo se vende con el pacto de *adiction* hasta cierto día, se duda si es pura la venta, ó si se disuelve bajo de condición, o si es condicional[...]”.⁹

Del enunciado anterior, se aprecia que en la venta de un fundo con el pacto de mejor comprador, el jurisconsulto Juliano opinaba que debía atenderse a lo que pactaron las partes en la compraventa, ya que si se estipuló que se rescindiera la venta, si aparece una mejor condición, sería pura la venta.¹⁰

Asimismo, debe decirse que al afirmarse que la venta es pura, el comprador puede usucapir, percibir los frutos y aumentos de ella; y si esta perece, la pérdida le corresponde a él.¹¹

- B. Juliano en el libro quince escribió: “Si muriese uno de dos siervos vendidos en veinte, con el pacto de *adiction* hasta cierto día, y hubiese después quien comprase el que quedó, y ofreciese por él más de veinte, ¿acaso se disolverá el primer contrato?”.¹²

Una posible respuesta según Juliano, es que el pacto de adjudicación implicaba que el segundo comprador ofreciera una mejor condición, lo cual se materializó al entregar más de veinte, cumpliéndose dicha condición, de ahí que sea insuficiente que hubiera muerto o

⁸ LARA MEDINA, Berenice, *Derecho romano II*, México, Limusa, 2015, p. 99.

⁹ El Digesto del Emperador Justiniano, p. 633.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*.

perecido un siervo, pues las partes habían acordado el precio y la cosa, al ser consensual la *emptio-venditio*.¹³

- C. “Si murió el vendedor del predio vendido con el pacto de *adiction* hasta cierto día, ya sea que tenga heredero después del día señalado, o que absolutamente no lo tenga, el predio se tendrá por comprado por el primer comprador; porque no se puede verificar la mejora que quiso el vendedor; porque este no existe; pero si hubiese heredado dentro del tiempo señalado para la mejora, se puede hacer mejor la condición.”¹⁴

En este caso debe recordarse que tal cláusula de rescisión tiene dos efectos cuando fallece el vendedor: el primero, que si en el término señalado no ha sido nombrado heredero, se consolida la venta primigenia; y el segundo, si transcurre el término señalado para que apareciera un mejor comprador, y él o los herederos del *de cuius venditor* son reconocidos ante el pretor, entonces a ellos les corresponde elegir cuál es la mejor condición de venta, tomando en cuenta las palabras de Pomponio: “[...]todo lo que pertenece a la utilidad del vendedor debe tener por mejor condición”,¹⁵ verbigracia, precio, cobro más fácil, lugar más oportuno para el pago, entre otros.

III. DERECHO FRANCÉS

Luego de una gran evolución del derecho romano, en cuanto a sus instituciones sustantivas, a partir del siglo XII y debido al descubrimiento del gramático Irnerio, en la Universidad de Bolonia comienza a difundirse en los reinos de Europa Occidental por medios de los estudios universitarios, dando lugar a los glosadores,¹⁶ posglosadores o comentaristas,¹⁷ humanistas,¹⁸ racionalistas¹⁹ y la ciencia pactectística alemana.²⁰

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 636.

¹⁵ *Ibidem*, p. 634.

¹⁶ Seguían un método para hacer anotaciones o glosas al Digesto, tratando de explicar cada párrafo y relacionarlo con los demás, lo cual duró aproximadamente dos siglos. *Cfr.*, ADAME GODDARD, Jorge, *Curso de derecho romano clásico I*, México, publicación electrónica en http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/. 2009. p. 19. (Consultado el 11 de agosto de 2017).

¹⁷ Era una escuela basada en que sus intérpretes realizaban comentarios y daban opiniones jurídicas con el objeto de aplicar el derecho civil a la solución de los problemas de su

En este sentido, se formó el derecho común, basado en la interpretación del *Corpus Iuris Civilis* como base fundamental de los pueblos europeos y, específicamente, la escuela racionalista creó los códigos civiles, cuyo contenido era esencialmente romanístico, publicados en los siglos XVIII y XIX, siendo el más influyente el Código Civil francés, denominado Código de Napoleón, publicado en 1804.²¹

Bajo estas ideas, surge en Francia, según cita el tratadista Joseph Pothier, que la institución de la compraventa era un contrato de forma consensual, donde las partes podían acordar en su clausulado diversos pactos, entre los más importantes la cláusula de resolución de contrato de venta, es decir, cuando el vendedor podía en un tiempo determinado vender la cosa con una condición más ventajosa.

Al respecto, el especialista francés, refería:

Antiguamente era costumbre entre los romanos estipular que si, luego de realizada la venta y dentro de un tiempo marcado, fuese dable al vendedor enajenar la finca con más ventaja, quedaría sin efecto el contrato de venta [...]²²

Tal cláusula era denominada *addictio in diem* siguiendo las ideas romanas, donde las partes contratantes estipulaban bajo una condición suspensiva o resolutoria la perfección de la venta, y en su caso, el derecho del segundo comprador de pedir la anulación del contrato.²³

Ahora bien, dicha cláusula, sea en su forma resolutoria o suspensiva, originaba una cuestión de fondo: ¿cuándo se anulaba el contrato de compraventa primitiva?

tiempo, el jurista más importante era Bártolo de Saxosferrato. *Ibidem*, p. 18.

¹⁸ En el renacimiento, principalmente en Francia, se dio una nueva forma de estudiar, estimando al *Corpus* no como derecho vigente, sino como fuentes o testimonios antiguos del derecho romano, aún con valor propio. *Ibidem*, p. 20.

¹⁹ Debido al humanismo, se desarrolló en los siglos XVII y XVIII el denominado racionalismo, y sus representantes: Hugo Grocio, Samuel Pufendorf (Alemania), Juan Domat y Robert Joseph Pothier (Francia), sostenían que el *Corpus* como la razón jurídica escrita, partía de principios y reglas jurídicas de valor permanente, integrados en un sistema conceptual, basado en axiomas vía proceso de deducción silogística, donde se originaban las reglas jurídicas de un caso concreto. *Idem*.

²⁰ *Ibidem*, p. 17.

²¹ Cfr., HALPÉRIN, Jean Louis, *El Código civil francés*, México, Cajica, 2009, p. 4.

²² POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de los contratos*, México, TSJDF-DGAJBJ, 2007, p. 225.

²³ *Idem*.

En la postura de Pothier, para la configuración de la anulación eran indispensables tres requisitos fundamentales:

Encontrar un segundo comprador;

- a) El precio de la venta fuera más ventajosa;
- b) El comprador no sea fraudulento; y
- c) El vendedor acepte la oferta de compra.

Por tanto, se castigaba con pena de anulación si el segundo comprador era puesto por el vendedor para tener mayores beneficios en el precio de la cosa comprada, siempre y cuando se demostrara plenamente; verbigracia, se presentaba cuando el segundo comprador era insolvente, como si fuese un mendigo, se presumía que era un comprador supuesto.²⁴

Bajo este contexto, en el derecho francés se ponía más énfasis en que la condición de la segunda venta debería ser más ventajosa, lo cual no implicaba que fuera un mayor precio sujeto a un plazo, sino un menor precio pagadero en efectivo al momento de celebrarse la compraventa, por ejemplo:

[...] si yo he vendido una finca por la suma de 10.200 libras, teniendo el comprador un año de tiempo para hacerla registrar en su favor, durante cuyo tiempo retuviese el precio sin correr interés ninguno, y con la cláusula de que la venta quedará sin efecto si dentro de un mes la puedo vender más ventajosamente, habré conseguido esto si en dicho tiempo he encontrado otro comprador que se queda definitivamente con la finca por el precio de 10,000 libras, pero pagadero al contado, porque la ventaja que tengo de recibir el precio al contado supone un interés mayor que las 200 libras que tiene de más el primer precio.²⁵

Por lo que tal ventaja no es en el mejor precio 10,200 libras, sino que el segundo comprador lo haga en efectivo a un precio inferior 10,000, ya que supone un mayor interés de contrato y no sujeto a un plazo, con el riesgo de que sea insolvente con posterioridad y no cubra tal deuda.

En este tenor, si apareciera un segundo comprador con las condiciones más apropiadas para el vendedor, éste también debe aceptarla para que se configure la venta, y notificarle al comprador primitivo, sea judicial o extrajudicial, constando por escrito.²⁶

Por otra parte, las acciones que tenía el vendedor para lograr la devolución de la cosa vendida eran la *actio ex vendito*, previa devolución del precio

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 227.

²⁶ *Ibidem*, p. 228.

con sus intereses, y el reintegro de los gastos necesarios; además era transmisible a los herederos del vendedor.²⁷

IV. DERECHO ARGENTINO

Una de las legislaciones que son estudiadas actualmente por la trascendencia jurídica de sus instituciones es la argentina que, con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994),²⁸ derogó los artículos 1369 al 1372, que regulaban de forma expresa el pacto de mejor comprador como una estipulación de quedar deshecha la venta, si se presentara otro comprador que diera un precio más ventajoso.

En este sentido, el especialista Rezzónico sostenía que el pacto de mejor comprador cayó en desuso debido a que en la práctica las personas no la utilizaban, la cual era conocida desde el derecho romano como pacto *additionis in diem* o *pactum in diem addictio*.²⁹

Pero tal reforma no implicó que las partes contratantes puedan acordarlo, ya que el precepto 958 del código en consulta establece lo siguiente:

Artículo 958. Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Por tanto, haciendo una interpretación de los artículos 1163 al 1169 del nuevo Código Civil y Comercial, si bien es cierto ya no se contempla el apartado relativo al pacto de mejor comprador, también es cierto que en la parte general de las reglas contractuales estatuye un principio de libre contratación, donde las partes están facultadas para acordarlo en el contrato de compraventa, siempre que no estén prohibidas por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

V. DERECHO MEXICANO

Haciendo una breve referencia histórica podemos afirmar que el Código Civil para la Ciudad de México tiene sus orígenes en cuatro episodios:

²⁷ *Ibidem*, p. 229.

²⁸ Promulgada el 7 de octubre de 2014.

²⁹ REZZÓNICO, Luis María, *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil, compraventa, permuta, cambio o trueque, cesión de derechos*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 365.

1. Los códigos civiles de 1870 y 1884;
2. El proyecto de Sierra, Código Civil del Imperio y Código Civil portugués;
3. Proyecto García Goyena; y
4. Fuentes extranjeras.³⁰

De ahí que la evolución del derecho civil, en particular el contractual, no ha cambiado y sigue regulándose a la luz de las legislaciones anteriores; tal es el caso del contrato de compraventa, el cual, en palabras del doctor Miguel Ángel Zamora y Valencia, es “el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones[...]de contenido patrimonial”.³¹

Así pues, el doctor Zamora y Valencia establece que el contrato de compraventa es:

Aquel por virtud del cual una persona llamada vendedor se obliga a entregar una cosa o a documentar la titularidad de un derecho, a la otra parte contratante, llamada comprador, quién como contraprestación se obliga a pagar un precio cierto y en dinero, y que produce el efecto traslativo de dominio respecto de los bienes que sean materia del contrato.³²

Bajo esta idea, en los contratos de compraventa, como destaca el maestro, las partes contratantes podrán acordar el *pactum in diem addictio* o *pactum additiones in diem*, el cual es definido como “la condición de quedar la operación sin efecto, si el vendedor consigue a otra persona que le dé un precio mayor por la cosa, dentro de un plazo determinado”.³³

En glosa, se advierte que el pacto de mejor comprador tiene como efecto inmediato encontrar una tercera persona que ofrezca un precio mayor dentro de un plazo, tal y como lo establecía el Código Civil argentino en los artículos 1368 y 1369; sin embargo, dichas disposiciones eran celebradas sobre bienes muebles y se limitaba a un plazo de tres meses.

Por lo que, si bien es cierto que el doctor Zamora y Valencia alude que el pacto de mejor comprador era útil en Argentina y no está reglamentado en el Código Civil mexicano, ésta legislación faculta a las partes convenirlo al no estar prohibido.

³⁰ BATIZA, Rodolfo, *Las fuentes del Código Civil de 1928, Introducción, notas y textos de sus fuentes originales no reveladas*, México, Editorial Porrúa, 1979, p. 13.

³¹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 2016, p. 5.

³² *Ibidem*, p. 95.

³³ *Ibidem*, p. 491.

Pero tal institución contractual, como afirma el tratadista, tiene ventajas y desventajas, en cuanto a la primera:

El pacto tiene una gran utilidad en las relaciones sociales privadas y proporciona a las personas una gran seguridad y confianza, aun cuando no se acostumbra formalizarlo legalmente. Piénsese en el supuesto de cumplir una obligación de pago del precio de su casa habitación, y un pariente o amigo le ofrece comprar el bien en un precio determinado, pero le da la oportunidad de buscar quien lo mejore el precio en un plazo determinado.³⁴

En relación a las desventajas, dan origen:

[...] a la pretensión del fisco para el cobro de dobles impuestos y de la autoridad administrativa registral, del doble pago de derechos; independientemente de los problemas propios del pacto, para dar por deshecha la primera venta, por lo que, no obstante conocerse esa figura en el medio jurídico y notarial mexicano no se practica[...]

Por lo que tal cláusula rescisoria, al tener como punto de referencia la autonomía de la voluntad de las partes, aun cuando no se encuentre reglamentado en los artículos 2301 al 2315 del Código Civil para la Ciudad de México, del título segundo “De la compraventa”, capítulo VII “Algunas modalidades del contrato de compraventa”, es incuestionable que esté permitido en la legislación en cita, ya que el artículo 1839 del código sustantivo en consulta establece que los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes, siempre y cuando se conserven los requisitos esenciales, de validez y accidentales.³⁵

Así las cosas, lo correcto es pactarlo en el contrato de compraventa, sin olvidar acordar en otras cláusulas qué pasaría con las mejoras realizadas en la primera venta o si ésta perece por caso fortuito o fuerza mayor, ya que ayudaría a resolver conflictos futuros.

En cuanto a la doctrina son escasos los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, salvo la siguiente donde de forma enunciativa explícita las consecuencias jurídicas de una compraventa sujeta a condición:

Si en un procedimiento se demanda la entrega de esa posesión, y se demuestra que tal condición ya se cumplió, el vendedor tiene una obligación de dar consistente en entregar la posesión del bien objeto de la compraventa, pues una vez

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Cfr.*, GONZÁLEZ ALCÁNTARA, Juan Luis (Coord.) *Código Civil Federal, Comentado, Libro Cuarto. De las obligaciones*, México, IJ-UNAM, 2015, pp. 295-305.

cumplida la condición suspensiva, la obligación llega a ser perfecta y se retrotrae al tiempo en que fue contraída, por lo que el acreedor puede demandar de inmediato su ejecución.³⁶

Lo anterior, describe un caso donde en la compraventa se cumplió una condición suspensiva y debe el acreedor demandar su ejecución, y el deudor (vendedor), entregar la posesión del inmueble.

VI. CONCLUSIONES

- Durante la vida del derecho romano tal cláusula de resolución de contrato tuvo tres posturas diferentes:
 - a) Era una condición suspensiva (Sabino y Pomponio);
 - b) Condición resolutoria (Juliano, Africano, Marcelo, Paulo y Ulpiano); y
 - c) Dependía de las partes tomar cualquier tipo de condición (Justiniano).
- La conveniencia de tal pacto en las distintas etapas del derecho romano fue por la ausencia de agencias inmobiliarias y la falta de publicidad.
- En el derecho francés, como sostenía el tratadista Joseph Pothier, la cláusula de resolución de contrato de venta se configuraba cuando el vendedor podía en un tiempo determinado vender la cosa con una condición más ventajosa.
- En el derecho argentino los artículos 1163 al 1169 del Nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994), si bien es cierto ya no regulan el pacto de mejor comprador, también lo es que en la parte general de las reglas contractuales, estatuyen un principio de libre contratación, donde las partes están facultadas para acordarlo en el contrato de compraventa, siempre que no estén prohibidas por la Ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.
- En el derecho civil mexicano, el especialista Zamora y Valencia afirma que la cláusula de rescisión tiene ventajas, es decir, gran utilidad en las relaciones sociales privadas y proporciona a las personas una gran seguridad y confianza, aun cuando no se acostumbra formalizarlo legalmente.

³⁶ *Cfr.*, Tesis aislada cuyo rubro es: CONTRATOS EN LOS QUE SE PACTA UNA CONDICIÓN SUSPENSIVA. UNA VEZ CUMPLIDA ÉSTA, LA OBLIGACIÓN SE PERFECCIONA, Y EL ACREEDOR PUEDE PEDIR DE INMEDIATO SU EJECUCIÓN.

- La desventaja del pacto de resolución como describe Zamora y Valencia, implica un doble cobro de impuestos, del fisco y la autoridad administrativa registral.
- En la doctrina civil mexicana, el maestro Zamora y Valencia es uno de los pocos autores que estudia el tema.

BIBLIOGRAFÍA

- ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988.
- ADAME GODDARD, Jorge, *Curso de derecho romano clásico I*, México, publicación electrónica en: http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/.
- BATIZA, Rodolfo, *Las fuentes del Código Civil de 1928, Introducción, notas y textos de sus fuentes originales no reveladas*, México, Editorial Porrúa, 1979.
- BERGER, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New Jersey, The Lawbook Exchange, LTD, Clark, 2014.
- BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho Romano*, México, TSJDF, 2007.
- D' ORS, Alvaro, "et al., *In diem addictio*", en *Anuario de Historia del Derecho español*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1945.
- GONZÁLEZ ALCÁNTARA, *Código Civil Federal, Comentado, Libro Cuarto. De las obligaciones*, México, IIJ-UNAM, 2015.
- HALPÉRIN, Jean Louis, *El Código civil francés*, Cajica, 2009.
- LARA MEDINA, Berenice, *Derecho romano II*, México, Editorial Limusa, 2015.
- PETTIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editorial Porrúa, 2007.
- POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de los contratos*, t. I, México, TSJDF-DGAJBJ, 2007.
- REZZÓNICO, Luis María, *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil, compra-venta, permuta, cambio o trueque, cesión de derechos*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1967.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, *El Digesto del Emperador Justiniano*, t. I, México, TSJDF, DGAJ y BJ, 2007.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 2016.

LA FORMA JURÍDICA

Francisco Javier Gerardo Oliveros Lara



La palabra forma, gramaticalmente hablando, quiere decir “figura externa de alguna cosa”. La forma jurídica referida a los contratos y a los actos jurídicos es el molde o la figura exterior que los contiene y que les permite diferenciarlos de otros. Todo contrato tiene una forma, entendiendo por tal la manera externa de manifestarse el mismo; de no manifestarse, ni siquiera existiría tal declaración, sino una mera intención o propósito interno.

Algunos autores opinan que la terminología jurídica en materia de forma es imprecisa y anárquica, ya que detrás de estos términos se ocultan diferencias conceptuales, por ello es necesario fijar los conceptos bajo los cuales haremos el presente análisis.

I. NATURALEZA FORMAL DEL ACTO JURÍDICO

Los tratadistas de derecho internacional privado, a propósito de la regla *locus regit actum* suelen hacer la clasificación de las formas en extrínsecas, habilitantes, intrínsecas y de ejecución. Para los efectos de este trabajo, nos referiremos sólo a la clasificación que se denomina “forma extrínseca”.

Dentro de esta clasificación tenemos la forma en sentido genérico, la que se refiere a cualquier manifestación o signo exterior por el que se exterioriza la voluntad para constituir el consentimiento.

La forma, en sentido específico, es la que se refiere a la manera en que debe otorgarse un contrato conforme a lo que establece la ley, y en este sentido los contratos se clasifican en solemnes, formales y consensuales de acuerdo como se debe exteriorizar la voluntad.

En esta primera parte nos referiremos a la forma en sentido genérico, tomando al contrato como una entidad que se separa de sus autores, y teniendo como elementos la forma y el contenido. La forma que es el “cómo se dice” y el contenido que es “lo que se dice”, son inseparables, ya que lo que se dice de alguna manera está contenido en el cómo.

Así, forma es todo signo o manifestación en la que se externa la voluntad, toda vez que sin el complemento exterior y sensible las voluntades que concurren a originar el consentimiento quedarían aisladas, desconocidas entre sí y carentes de trascendencia jurídica. La forma hace visible el acto, lo exterioriza, y ningún acto tiene el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste. Así podemos decir que la disposición de ánimo del individuo en el momento de emitir una declaración de voluntad con eficacia jurídica se refleja en una peculiar actitud distinta de la adoptada en los asuntos corrientes de la vida. Cuando las partes están dispuestas a celebrar un contrato, existe un momento en el que, por decirlo de alguna manera, se pone el punto sobre la i, lo que se lleva a cabo es su perfección.

Por ejemplo, en los usos de comercio de la compraventa, en los tiempos antiguos hasta los tiempos más recientes, han elegido gustosos un signo exterior (forma) en cuya producción intervienen ambas partes, se expresan sus necesidades e intereses, por lo cual el contenido está ya determinado de antemano y se hace perfecto cuando llegan a un acuerdo (consentimiento).

Otro ejemplo: en la venta de un caballo, el vendedor empieza pidiendo \$10,000.00 y el comprador ofreciendo \$9,600.00; poco a poco se van aproximando y descienden por una parte a \$9,800.00 y suben por otra a \$9,680.00; en ese instante el comprador ofrece \$9,700.00 y extiende su mano, si el otro la choca la venta queda hecha en \$9,700.00. Esta formalidad del apretón de manos se ha conservado sobre todo en algunos lugares del campo y procede de los ritos más antiguos, es el momento en que las partes han quedado definitivamente ligadas.

II. LA FORMA COMO DETERMINANTE DE LA JURIDICIDAD

La necesidad de una forma, de una señal que marque el momento en que la voluntad del individuo ingresa en el círculo del derecho, se hace sentir en toda sociedad en la cual no se ha visto cortada la espontaneidad de su vida jurídica mediante una elaboración conceptual del derecho. El formalismo jurídico es algo innato en la sociedad y se conserva no sólo en los pueblos primitivos, sino también en los de una cultura avanzada. Valverde dice al respecto:

Sería desconocer la realidad si no se declarara que la doctrina y la legislación contemporánea son favorables a la forma de los actos jurídicos y por ende de los contratos. La forma como un sistema de protección legal en una Sociedad en descomposición de elementos como la nuestra, da mejor garantía a los actos jurídicos y mejor reconocimiento a la libertad de las convenciones.

Ihering, por su parte, señala que “La forma es enemiga jurada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad, es una valiosa garantía de los intereses públicos y privados y jamás podrá ser eliminada del derecho”.

No es lo natural que un individuo declare su voluntad con trascendencia jurídica en una simple carta familiar. La formalidad exige, en general, que la voluntad quede encadenada a responsabilidades para que el acto o hecho tengan un alcance jurídico. Las leyes objetivas que rigen el consentimiento requieren que éste se exteriorice siempre en una actitud o en un gesto distinto a la manifestación intrascendente cotidiana.

III. LA FORMA EN LA PERFECCIÓN DEL ACTO JURÍDICO

Por otro lado, la forma ayuda también a determinar la perfección del acto jurídico, esto quiere decir que aunque la actividad humana se encamina a un enlace jurídico, hay que separar de una manera patente y clara el momento en que tal actividad deja de ser simplemente estimativa de situaciones económicas y comparativa de valores, y pasa a estar vinculada a consecuencias legales. Si tal punto no se haya establecido de un modo claro por la ley o por las costumbres, pueden originarse serias confusiones, pudiendo tomarse por contrato o testamento un simple proyecto o bien puede confundirse un acto jurídico con otro.

En toda actividad previa a la celebración de un contrato se observan distintas etapas que podríamos denominar de valoración, de comparación y de apreciación terminal. Todo contrato supone que los objetos son valorados previamente y los valores son comparados unos con otros y éstas son condiciones previas y necesarias para que se produzca finalmente la apreciación terminal, que, si es en los términos que señala el precepto jurídico, se actualizará éste y se producirán las consecuencias de derecho. Las estimaciones y valoraciones que hacen las partes, aunque son premisas económicas para mover la voluntad, no tienen carácter jurídico. En consecuencia, una vez perfeccionado el contrato, éstas tienen efecto legal y lo que interesa es señalar el momento en el que el cambio se efectúa, es decir cuando adquiere significación jurídica.

IV. LA FORMA EN LA ESPECIFICACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

Una vez dado el supuesto para la celebración de un contrato, urge conocer de qué modo se realiza ese cambio; pero no es cosa sencilla hallar una

expresión adecuada que refleje finamente la situación de este coronamiento del trato. Por eso es de gran utilidad colocarlo dentro de un molde jurídico o especificar el acto o contrato del que se trata, de lo contrario habría que incluir los supuestos económicos y psicológicos del acto a lo que se llamaría “la infraestructura del contrato”, el cual narra en forma específica todos los detalles de la expresión de la voluntad de ambas partes, de tal manera que se precisen los términos de un precepto jurídico y en consecuencia puedan producir los efectos de derecho previstos en la norma. Todo esto queda sustituido por las palabras compraventa, permuta, donación, o del contrato que va a celebrar, en todo caso esta palabra incluye “la infraestructura”, que de esta suerte se convierte en un elemento del contrato.

Hay, pues, una apetencia y una necesidad de forma en la expresión del consentimiento para señalar una posición jurídica a diferencia de toda actividad moral y económica, para separar especialmente la etapa de preparación de un negocio a la de su conclusión, es decir, hay que especificar el consentimiento para encauzarlo en un sentido jurídico señalando el molde legal dentro del cual se vacía.

El formulismo se encuentra en el origen de todas las legislaciones y hay que reconocer que presenta ciertas ventajas, dicen Colín y Capitán. La forma es para los actos jurídicos —ha dicho Ihering— lo que la acuñación es para la moneda, es decir, hay que establecer de una manera inevitable la voluntad de las partes y la naturaleza del acto que quieren realizar.

V. LA FORMA NOTARIAL EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES GENERALES DE LA FORMA JURÍDICA

La forma notarial cumple bien en la práctica estas funciones generales inherentes a la forma jurídica, toda vez que una de las finalidades de la fe notarial consiste en evitar la incertidumbre. La forma notarial es la misión más destacada de toda solemnidad en derecho. El o los que otorgan un instrumento no realizan un acto intrascendente, sino al contrario, marcan un efecto jurídico cuando dos o más personas firman una escritura, contrayendo sus obligaciones al momento de estamparlas y las aproximaciones y contactos que existían entre ellos pertenecen a la historia del contrato, pero no son el contrato, ya que uno de los efectos de la escritura es señalar cabalmente el momento en que se ha entrado dentro de la órbita del derecho y separar lo que se haya fuera de él, por más proyectos, intercambios, propósitos y coincidencias que hayan existido.

Finalmente, la forma dentro de la estructura notarial cumple otra finalidad por cuanto que el notario da la forma exacta adaptada a la voluntad de los otorgantes: como es una compra venta, donación y otras.

VI. EL DOCUMENTO EN FUNCIÓN DE LA FORMALIDAD

Hasta aquí nos hemos referido a la forma jurídica en general y hemos indicado que ésta, aunque sólo consiste en palabras o en gestos, ejerce un papel de solemnidad que es necesario para la producción de los efectos jurídicos y por ello se presenta especialmente en la sociedad que no ha visto alterada su vida jurídica por discusiones doctrinales, sino que han evolucionado al compás de finalidades prácticas.

Ahora bien, la sustitución de una etapa por otra no ha sido completa, pues la última se ha acrecentado con residuos de la anterior. De la etapa formalista ha quedado algo, pero la forma que se ha conservado ha sido particularmente la escrita, y ésta, como documento, añade a la mera forma un elemento físico de cierta permanencia, lo que se puede llamar carácter sustantivo.

Otra función jurídica de gran importancia cuyo carácter es adjetivo, llamada “prueba”, consiste en algo diverso a la documental, se puede decir que es una prueba del acto. La forma verbal se trata de una prueba inferior a la documental, pues es incompleta y requiere siempre para su constancia de otra prueba superior, es decir confesional, testimonial o documental. En cambio, si es un documento el que desempeña la función de forma jurídica, la prueba y la forma en cierto modo coinciden al constar en el mismo documento. Pero no hay que confundir ambas, ya que se pueden presentar diferentes situaciones por lo que pueda prevalecer una sobre la otra; por ejemplo, puede el ordenamiento jurídico vincular la creación del derecho a la creación del documento, en este caso el documento facilitará la prueba del acto, pero si otra cosa no se ha establecido, esta prueba podrá realizarse con otros medios distintos o bien puede el documento constituir por prescripción legal el único medio probatorio de un derecho. Pero si ha desaparecido el documento, queda prácticamente extinguido el derecho, es decir, como si nunca hubiera existido, pues no hay manera de acreditarlo. Además, el documento no sólo robustece la forma de creación del derecho con la prueba, sino que por su duración puede ir ligado al ejercicio mismo del derecho, de esta manera el documento no sólo actúa en función de formalidad constitutiva, es decir, en la perfección del contrato o constitución del derecho, sino

que actúa también como formalidad en la conservación y actuación o ejecución del derecho. Tal es el caso de los títulos valores, en los cuales el ejercicio del derecho va indisolublemente unido a la posesión del documento, y por la misma razón facilita la transmisión del derecho por estar incorporado a él.

VII. EL DOCUMENTO NOTARIAL

El documento añade a la simple forma las ventajas de la prueba, da la facilidad de impulsar el comercio jurídico mediante la transmisión fácil y ágil de los bienes y derechos.

La forma escrita por sí sola cumple deficientemente su función, el documento en manos de los particulares puede extraviarse y desaparecer como se ha venido mencionando, además la existencia del documento no garantiza el cumplimiento de las formalidades y por ello puede aquél quedar privado de todo efecto. El documento privado no tiene por sí solo el carácter de auténtico y hay que probar esto en algunas ocasiones por otros medios, es decir, con testigos o confesiones como se ha mencionado anteriormente. Así, con el simple documento no existe tampoco una garantía oficial y técnica para proteger a los interesados de una buena redacción del contrato y orientación que evite problemas en su ejecución.

Todas estas fallas son suplidas con creces por el documento público, especialmente por el instrumento notarial. Con él llega la forma jurídica a su punto culminante y se comprende por qué ha sido objeto de una minuciosa reglamentación por las legislaciones. Sobre la función que presta la forma pura, además la que se obtiene con la escrita, se añade la que deriva del carácter jurispericial y público del notario, con la conservación del documento en el protocolo.

Así, podemos establecer como finalidades que cumple la forma notarial las siguientes:

- A. Fija el carácter jurídico de las relaciones que se contraen en la escritura.
- B. Señala el paso de la fase valorativa, económica y psicológica a la jurídica;
- C. Especifica el tipo de negocio que se contrae, dando a su contenido el nombre adecuado en derecho, garantiza la buena redacción del acto y el cumplimiento de todos los requisitos y formalidades necesarias para su eficacia, e indirectamente la libertad de los otorgantes y la ausencia de cualquier vicio en el consentimiento.

- D. Es una prueba del contrato o negocio que constituye su contenido, y no una prueba que necesite el apoyo de otras, sino una prueba plena que vale por sí sola.
- E. El acto o hecho jurídico que se asienta en el instrumento, con todos los elementos esenciales y accidentales, evitando cualquier excepción que se pudiera oponer.
- F. Perpetúa mediante su asiento en el protocolo los elementos formales, probatorios y substanciales expresados.
- G. Es un medio de fijación formal de las obligaciones para pedir su cumplimiento.
- H. Cumple dentro de ciertos límites con los fines de publicidad inherentes a ciertas relaciones jurídicas.

En realidad, el instrumento notarial enriquece la forma jurídica dotándola de reflejos diversos que operan no sólo en la sustancia del derecho, sino también en su ejercicio, cumplimiento y en su pública exteriorización constituyendo lo que podemos llamar forma sustancial, forma probatoria, forma ejecutiva y forma pública.

VIII. LA FORMA NOTARIAL EN LA CREACIÓN DEL DERECHO

La ley a veces condiciona la creación de un derecho al otorgamiento de un instrumento público, así la forma notarial da nacimiento al derecho y le confiere, desde su creación, el sello y características del cauce legal por donde ha de conducirse. La forma tiene entonces naturaleza constitutiva solemne o bien el instrumento notarial tendrá únicamente el carácter de forma declarativa (consensual) cuando la ley admita que el acto o contrato nazca de cualquier forma.

IX. LA RELACIÓN ENTRE FORMA Y PRUEBA

Tratándose de instrumentos públicos es común confundir la forma con la prueba, o mejor dicho la forma constitutiva, con la forma exclusiva. Forma y prueba en cierto modo coinciden por ser el documento en relación al acto-expresión de forma y a la vez instrumento de prueba, sin embargo, la distinción es factible, porque a veces los interesados en el acto no tienen en posesión el documento y tienen que probar aquél por otros medios que tienen a su alcance, pero cuando se trata de un instrumento notarial, la distin-

ción entre ambos conceptos prácticamente se borran. La razón es sencilla: donde la ley exige la forma notarial para la existencia de un contrato, éste podrá ser siempre probado mediante el instrumento asentado en el protocolo y no podrá dejar de serlo, porque como dice Navarrini:

Si pudiera ser probado por otros medios, ya no sería cierto que no podía existir sin aquella forma. La distinción en este caso es puramente conceptual. La forma es un elemento constitutivo del negocio, en ausencia del cual no nace a la vida jurídica la prueba y la ausencia de ambas produce el mismo resultado que es privar al vínculo jurídico de toda eficacia, aunque por razones distintas la ausencia de forma priva al acto de uno de sus elementos esenciales y la falta de prueba no permite al acreedor demostrar la existencia del contrato, es decir lo esteriliza.

X. LA FORMA NOTARIAL EN EL EJERCICIO DEL DERECHO

Sólo la forma documental es susceptible de constituir un elemento indispensable para el ejercicio y ejecución del derecho. En la primera etapa de la forma jurídica, el papel que ésta desempeña es fugaz, pues se requiere únicamente el instante de la conclusión del negocio jurídico y por ello, aun tratándose de un documento, opera sólo en el acto de firma de éste. En cambio, en la segunda fase, es decir la notarial, su carácter necesariamente documental o escrito ha de tener un destino duradero, pues se ha de hacer valer, no en el instante de producirse, sino en cualquier momento en que se intente ejercer el derecho, y en esta función es evidente la superioridad del documento notarial, por su permanencia sobre el simple documento sujeto a los riesgos de la pérdida o el extravío. La ley impone la forma notarial como requisito para ejercer el derecho, por su carácter auténtico y técnico de la escritura pública.

Cuando el ejercicio del derecho se encamina a la ejecución forzosa de la obligación contenida en el documento, la ley da el carácter al primer testimonio de la escritura la semejanza a los títulos-valores, la acción y ejecución, es decir, tienen el carácter de título ejecutivo, lo que da una gran facilidad para ejercicio del mismo, como se establece en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 443 fracción primera.

XI. FORMA EN SENTIDO ESTRICTO

La forma dispuesta por la ley o necesaria, entendida no como cualquier modo de manifestación idóneo para revelar la intención, sino en sentido

específico como una manera determinada de una declaración para producir un cierto efecto es la formalidad. En este sentido se habla de contratos solemnes, contratos formales y contratos consensuales.

XII. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Los pueblos primitivos se caracterizaban por un formalismo rígido como en el antiguo derecho romano, consideraban que el acuerdo de voluntades era impotente por sí mismo para crear obligaciones, por lo que era necesario que ese consentimiento estuviese incorporado en una solemnidad jurídica. Sólo había contratos formales y los actos iban ligados a las formas, la menor desviación en el cumplimiento de lo ordenado por la ley provocaba la nulidad del acto, por lo que tenían que cumplir con dicha solemnidad. La razón de estas exigencias era la responsabilidad tan grave que recaía en el que había manifestado su voluntad libre y espontánea ante las autoridades competentes y con las solemnidades del caso y si incumplía con sus obligaciones traía como consecuencia en ocasiones la pérdida de la vida, de la libertad o de la ciudadanía.

Después en el propio derecho romano se empezaron a introducir excepciones, tales fueron los contratos reales como el mutuo, comodato, depósito y prenda en los que sólo se exigía la entrega de la cosa y en los contratos consensuales los que la obligación nacía del consentimiento, independientemente de la forma como era la venta, arrendamiento, sociedad y mandato.

Posteriormente, durante la edad media el derecho germánico introdujo ciertos formalismos simbólicos distintos de los del derecho romano y el derecho canónico proclamó en todo caso el valor del consentimiento por sí mismo, o sea el verdadero consensualismo.

Fernando López de Zavala indica que la forma tiene sus inconvenientes y sus ventajas: como inconvenientes señala que la exigencia de formas determinadas imprime pesadez a los negocios cuando ellos pueden ser fáciles e inmediatamente cumplidos; así las dificultades para el otorgamiento de escrituras públicas y los trámites que deben llenarse, a veces requieren de mucho tiempo; el costo de los mismos, la necesidad de concurrir al despacho de los notarios constituyen serios obstáculos para la agilidad de las transacciones. Por otra parte, el principio de buena fe puede verse resentido, cuando el derecho desconoce valor a los contratos que no llevan la forma, pues el hombre honrado se siente ligado siempre a la palabra dada, cualquiera que sea la manera en que se haya expresado, por lo que quedará en manos del deshonesto el invocar la nulidad por falta de forma. Pero las ventajas son grandes,

señala el mismo, ya que permite distinguir claramente entre las tratativas y el contrato, y dentro de éste, entre el preliminar y el definitivo. Además facilita la prueba, adopta mayor publicidad el acto para su conocimiento de terceros y disminuye el número de procesos.

La más pesada de todas las formas legales, que es la notarial, presenta también sus ventajas particulares, pues la intervención de un técnico en derecho que examina los documentos que se le presentan, da asesoramiento e impide caer en nulidades e ineficacias. Al respecto, Jorge Mosset opina que el derecho moderno, a partir de la consagración del principio consensualista, recurre a la formalidad en consideración a la importancia social de los actos; a mayor importancia del negocio corresponde mayor rigor de forma. Las ventajas que tienen los actos solemnes según este autor son las siguientes: mayor reflexión acerca de las consecuencias, mayor certeza de los hechos y determinación de las circunstancias, asegura la prueba y uniforma los contratos. En el derecho contemporáneo, a nivel universal se habla con insistencia de un renacimiento del formalismo, pero éste, además de ser muy atenuado con relación al antiguo, resulta ser muy diferente por su espíritu y su técnica, no se atiende tanto a la forma de la declaración, como a su publicidad a fin de hacerla conocible al público en su modo habitual, es decir la inscripción en los registros públicos.

Así como ha quedado señalada la opinión de Jorge Mosset, se confirma que el derecho moderno se ha advertido en un renacer del formalismo basado en que las relaciones jurídicas se han hecho múltiples y complejas, por lo cual existe la necesidad de evitar la imprecisión y establecer un orden tendiente a cuidar la seguridad jurídica y dar publicidad, la cual ha mostrado su eficacia para protección de terceros de buena fe y porque el gobierno ha exigido a los particulares que sus actos o contratos tengan una exteriorización en forma de escritura pública para la recaudación de impuestos obligando a los notarios públicos a retenerlos (México).

XIII. EVOLUCIÓN EN MÉXICO

En nuestra Patria, ante la vigencia del Código Civil 1870 para el Distrito Federal, tuvimos en principio de la ley al ordenamiento de Alcalá, que señalaba que de cualquier manera que aparezca que uno quiso obligarse queda obligado, es decir operó un consensualismo.

Dicho código, en su artículo 1392, al influjo de la antigua legislación española, expuso: “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan[...]”, y en el artículo 1395 al enumerar las con-

diciones necesarias para la validez del contrato, sólo hizo mención de la capacidad, del consentimiento y del objeto, omitiendo el requisito de forma. Sin embargo, este principio fue desmentido por el propio código al imponerle a cada contrato una forma.

Posteriormente, en el Código Civil de 1884 para el Distrito Federal, en su artículo 1276, dispuso que los contratos legalmente celebrados obligan; suprimió la declaración de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y en su artículo 1279 agregó, por lo que respecta a las condiciones que deben reunir los contratos, la siguiente: “IV. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley y además estableciendo en la mayoría de los contratos una forma determinada para celebrarlos”.

En el Código Civil de 1928 encontramos un consensualismo en principio y un formalismo moderno por excepción. Así vemos los artículos relacionados que establecen lo siguiente:

Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.

Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción pendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme a procedimiento señalado en el siguiente artículo.

Artículo 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito, es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. 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.

El silencio por sí solo no puede significar el consentimiento, sino de actos que lo acompañen.

FORMA

Artículo 1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezcan que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Artículo 1833. Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Artículo 1834. Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.

Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó.

NULIDAD RELATIVA

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

Artículo 2228. La falta de forma establecida por la ley, sino se trata de actos solemnes[...], produce la nulidad relativa del mismo.

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

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

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

Artículo 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.

XIV. CONTRATOS CONSENSUALES, FORMALES O SOLEMNES

De acuerdo con todo lo anteriormente expresado, podemos concluir que la forma en sentido genérico es un elemento del contrato, entendiéndose como elemento todo aquello que se requiere para que el todo exista, y como tal no puede haber consentimiento si no está expresado o exteriorizado de alguna manera, tal como lo señala la ley el cual puede ser expreso o tácito. Dentro de esa manifestación de voluntad debe ser conocida ya sea

por documento, en forma verbal o por signos inequívocos, pero tiene que ser conocida de alguna manera y al respecto el maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia sostiene con razón que la forma es una manera de exteriorizar la voluntad y por tanto el consentimiento, por lo que se trata de un elemento del contrato, simple y llanamente elemento, toda vez que por definición todo elemento es esencial para que el todo exista.

Ahora bien, dentro de lo que podríamos llamar en sentido específico se diferencian tres situaciones dependiendo de la disposición de la ley referente a si se requiere alguna forma determinada o no para la celebración del contrato, así podemos hablar de contratos solemnes, contratos formales y contratos consensuales.

Contratos solemnes: Son aquellos para los cuales la ley exige que el consentimiento se manifieste en determinada forma, y si no se manifiesta en la forma que la ley señala, el contrato como tal podrá surtir efectos jurídicos como algún acto o hecho diferente al que celebró, pero los efectos legales previstos en la hipótesis normativa para ese contrato solemne no se producirán si no se otorgó en la forma prescrita. Ejemplo de lo anterior es el mutuo subrogatorio reglamentado en el artículo 2059 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que se establece que deberá constar expresamente en el propio documento donde se estipule la declaración de que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Si no se hace esta estipulación no operará la subrogación. Otro ejemplo es el contrato de prenda de acuerdo a la disposición del artículo 2860 del Código antes mencionado, en donde se exige la forma específica para la fecha auténtica del contrato de prenda y entonces si no se hace en la mencionada forma no surte efectos contra terceros y por consiguiente no se crea el derecho real.

Contratos formales: Ahora bien, la ley puede exigir para el perfeccionamiento de los contratos que se otorguen en determinada forma para su validez, y que por regla general es la escrita; si no se otorga el contrato en la forma que la ley prescribe, éste será inválido, y a este tipo de contratos se les llama contratos formales, los que pueden ser anulados por la nulidad relativa, y en consecuencia pueden ser susceptibles convalidación por la confirmación de las partes, ya sea en forma expresa o tácita (cumplimiento voluntario artículo 2,234) o en su caso, si no se trata de actos irrevocables y la voluntad de las partes consta de manera indubitable, cualquiera de ellas puede exigir que se le dé la formalidad debida.

Contratos consensuales: Cuando la ley no establece forma alguna para que el contrato produzca sus efectos, basta que se otorgue el consentimiento para su perfeccionamiento, el contrato será consensual o de libre forma.

BIBLIOGRAFÍA

- A. BORDA, Guillermo, *Manual de Contratos*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1991.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, México, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 1984.
- COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.
- LÓPEZ DE ZAVALA, Fernando, *Teoría de los Contratos*, Buenos Aires, 1984.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Teoría General del Contrato*, Argentina, Ediciones Jurídicas, 1970.
- NUEVO DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, México, Editorial Porrúa, 2000.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Obligaciones*, 7ª ed., Volumen I, México, Editorial Porrúa, 1998.
- SANAHUJA Y SOLER, José Ma., *Tratado de Derecho Notarial*, Bosch Casa Editorial, España, 1945.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 2012.
- VON TUHR, Andreas, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo I, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2003.

PODER, REPRESENTACIÓN Y MANDATO

Rafael Manuel Oliveros Lara



En un mundo cada día más pequeño por obra constante de los medios de comunicación y de transporte, la expansión del comercio nacional e internacional, la frecuencia con que las personas se alejan de la sede de sus negocios, la función dinámica de la riqueza, la mayor amplitud con que se admiten las operaciones relacionadas con el patrimonio de los incapaces, el número creciente de personas morales y la extensión de sus actividades, son circunstancias, que explican el desarrollo sorprendente de la representación en la vida jurídica de nuestro tiempo.

Todos los días, infinidad de actos se realizan a través de la figura de la representación, mediante el uso de poderes voluntariamente conferidos (representación voluntaria), como la única forma de expresión natural de las personas morales (representación estatutaria) y como único medio posible de ejercer la capacidad de ejercicio de las personas incapaces (representación legal).

Puede decirse que es una institución vulgar, en el sentido de que aun los profanos conocen su existencia, recurren a ella con desenvoltura, saben por lo general cómo se formaliza y cuáles son sus consecuencias; nadie duda que una persona pueda ausentarse repentinamente dejando a otro al cuidado de sus bienes, porque todos saben que, como decía Sánchez Román: “La representación tiene la virtud de convertir la ausencia real en presencia jurídica”. Nadie ignora que puede encargar a quien él elija, por la confianza que le tenga, la conclusión de un contrato, un negocio o que lo represente en un juicio, muchas personas se desempeñan habitual o accidentalmente como padres, tutores, síndicos, apoderados, administradores de sociedad, gerentes, albaceas, agentes marítimos, gestores de negocio, etcétera y aparentan, por la seguridad con la que actúan, que tienen un conocimiento exhaustivo de compleja figura, la simplicidad con que se utiliza cotidianamente hace pasar inadvertidas las preocupaciones con que la representación aflige a los juristas y por otra parte la gran deficiencia de las normas legales que la regulan.

¿Cómo se explica el fenómeno de la representación? ¿Constituye un misterio como se ha dicho? ¿Es realmente una monstruosidad jurídica según se ha repetido? ¿Es compatible con el respeto a la autonomía de la voluntad? ¿Puede transmitirle la voluntad? ¿Es posible que la voluntad de una persona se manifieste por otra?

Si se ahonda en el análisis será preciso determinar la fuente de esa extraña facultad que permite a una persona realizar actos jurídicos permaneciendo inmune a sus efectos, mientras que estos derivan a una esfera ajena; es necesario determinar además la naturaleza y los requisitos del acto que la confiera, así como la capacidad que ha de tener quien sea el representante, las consecuencias de los vicios que puedan afectar su voluntad o la de su representada, la influencia sobre el acto de ciertos estados subjetivos de ambos como su buena o mala fe y su conocimiento o ignorancia de determinadas circunstancias, las diferentes clases de representación que existen, sus fuentes y sus consecuencias, cómo externalizan su voluntad personas morales, etcétera.

Ya se advierte desde ahora que no carecen de importancia las cuestiones sobre las cuales pretendemos indagar. La abundancia relativa de obras dedicadas a la representación no debe ilusionarnos sobre el auxilio que podemos recibir al respecto, ya que la representación es uno de los temas más confusos del derecho, casi todo en torno a ella es incertidumbre y vaguedad. Varios de sus problemas sustanciales aún no han merecido soluciones claras, precisas y aceptadas de manera unánime, ninguna legislación sobre este punto satisface a todos, pocos autores han dedicado alguna línea para confirmar lo dicho antes por otros. Por lo general, cada obra significa una nueva teoría que pretende suplantar las expuestas anteriormente. No se conoce caso igual en la ciencia del derecho.

En nuestro país no se ha intentado una sistematización de esta figura, y aquí tampoco se pretende hacerlo. A lo sumo procuraremos dar cuenta de las principales inquietudes que el funcionamiento de la representación suscita. La notoria inseguridad con que suelen moverse en esos problemas los juristas de mayor prestigio, excusan de antemano las vacilaciones e inexactitudes en que pueda incurrir.

Ahora más que nunca es necesario incorporar a este tema criterios de análisis y eliminar cierta vetustez que existe en los jueces y autores que ocasionalmente se ocupan de ello, conviene crear preocupación sobre este tema, despertar la curiosidad de los tratadistas y así sentar nuevas bases que sirvan de apoyo para elaborar un nuevo código civil.

¿Qué razón explica la oscuridad que todavía rodea algunos aspectos fundamentales de la representación? ¿Cómo es posible que existan tan serias

dudas en cuanto al concepto y explicación teórica de una figura jurídica a la que se recurre con tanta frecuencia?

Dos razones explican en parte esta problemática: la primera es que no hay excepciones para la regla, según la cual las instituciones que no nacieron en el seno del derecho antiguo sufren trastornos serios en su crecimiento. La tradición contribuye a ordenar el pensamiento de los juristas. Si el derecho romano hubiera prestado reconocimiento a la representación en general, la mano maestra de los jurisconsultos romanos nos hubiera transmitido con toda seguridad una teoría de la representación tan cuidadosa como finamente elaborada.

La segunda razón consiste en que en la representación se tratan temas en los que hay discrepancia de origen y que son fundamentales en nuestra ciencia, como la naturaleza y existencia del derecho subjetivo, la autonomía de la voluntad, la estructura de la obligación, y es así como tenemos objetivistas para explicar la representación; subjetivistas, realistas, positivistas, idealistas y normativistas cada quien según aporta las ideas que le inspiran sus convicciones científicas o filosóficas; nuestros razonamientos serán naturalmente mucho más simples y se mantendrán en plano menos complicado.

La representación no es una teoría apta para diversos usos ni un concepto utilizable para justificar como se ha intentado cualquier avance sobre la autonomía de la voluntad que no tenga otras explicaciones razonables.

I. ANTECEDENTES

Para poder comprender el funcionamiento y la posibilidad de aplicación de la representación, es necesario conocer su historia, ya que para conocer bien cualquier institución jurídica es necesario examinarla desde sus raíces: cómo nació y cómo ha venido evolucionando a través del tiempo. En virtud de que las instituciones jurídicas no nacen en forma espontánea, no se puede decir que las haya pensado algún tratadista y que por esto tengan el pensamiento de éste plasmado dentro de su estructura; la institución jurídica es más bien una tradición que se va formando en el tiempo, y que determinadas circunstancias o la repetición de determinados acontecimientos hacen que surja en un momento determinado dentro de la vida normativa de un pueblo, pero no como obra de un solo tratadista, sino como producto de una evolución.

En el caso de la representación, el mejor punto de partida es el derecho romano, ya que en éste se encuentran los antecedentes del derecho mexicano actual.

Esto no quiere decir que la representación no haya existido antes en otros tiempos y lugares, sino que no son de interés para este estudio dichos antecedentes, ya que no llegaron a influir en nuestro sistema jurídico.

En el derecho romano, la representación no fue conocida como institución, sólo se presentó en casos aislados excepcionalmente. Esto no fue por descuido, falta de imaginación o porque no se hayan dado las circunstancias de hecho para que existiera; fue más bien debido al carácter que tenía la obligación romana, que era el de ligar personalmente a que contraía una obligación y, de esta forma, quien incumplía con la obligación tenía como sanción la pérdida de la libertad, de la ciudadanía y en algunos casos hasta de la vida.

Como es natural, esto creó temor a contraer obligaciones por la sanción tan grave que traía el incumplirlas, por lo que se trató de restringir el campo lo más posible y que sólo fuera considerado como obligado aquel que había declarado ante los órganos competentes, y conforme las solemnidades que el derecho romano requería, su voluntad de obligarse.

Ante estos dos extremos, ya que por un lado existía la grave sanción por el incumplimiento de la obligación y por otro lado la protección que se daba de que sólo el que había manifestado u otorgado su voluntad personalmente, libremente y sin ninguna cortapisa fuera considerado como obligado, no era factible la creación de una teoría general de la representación.

Posteriormente, el derecho canónico acogió la institución de la representación prescindiendo de las limitaciones existentes en el derecho romano; esto fue consecuencia de la ética existente en esa época, que alimentaba el derecho canónico y que colocaba como valor supremo a la buena fe para contratar, y a la corrección en la celebración de los contratos, permitiendo así la existencia de la representación, aunque no fue estudiada ni tratada como una teoría.

Es en derecho germano donde proviene la constitución dogmática de la representación, del cual arranca directamente la actual teoría. Esto fue debido a que la doctrina germana, aprovechó el alto nivel científico del Código Civil alemán, en el que se dio una regulación especial a la representación, aplicable también a negocios mercantiles.

La representación está conceptuada por este código como una institución general que engloba tanto los casos de representación legal, como los que derivan de la voluntad de las partes (representación voluntaria). Su campo de aplicación no coincide con el del mandato, ya que el de la representación es más extenso, pues puede descansar sobre la ley o sobre un contrato.

A partir de este momento se han creado distintas teorías que pretenden explicar a la representación, tales como la teoría del nuncio, la teoría de la

ficción, la teoría de la sustitución real de la personalidad, etc. Pero más importante que estudiar estas teorías y pretender dar una explicación a la representación, es el estudiar un concepto de ésta, las formas en que puede darse, fuentes que la originan, así como distinguirla de otros actos jurídicos con los que se le confunde frecuentemente.

Con la influencia del Código napoleónico, prácticamente en la totalidad de los países de derecho latino, y bajo el concepto de que el contrato es la fuente de obligaciones por excelencia, todas las instituciones jurídicas trataron de adecuarse y explicarse mediante la figura de contrato, lo que produjo la confusión reinante aún en nuestra época en muchas legislaciones de las tres figuras que son mandato, poder y representación. Esto fue debido a que el mandato se consideró el contrato ideal para asimilar la representación, desafortunadamente esta influencia trascendió al derecho mexicano y hasta la fecha persiste.

II. DEFINICIÓN

Este término en un sentido amplio ha tenido y tiene diversas acepciones, y así se puede decir que es una declaración, una expresión o exposición del pensamiento; un símbolo, una figura o una imagen de algo, el nombre antiguo de la obra dramática, la reconstrucción mental de un caso o de una situación, etc.

En vista de lo anterior, al aplicarse este término en la vida jurídica genera necesariamente confusiones, pues también en este campo tiene diversas acepciones según los diversos autores que lo emplean y según la legislación en donde se aplica y la materia a tratar.

En el derecho familiar y sucesorio extranjero, se entiende por representación el derecho de una persona a ocupar en la sucesión de una herencia o mayorazgo el lugar de otra persona difunta. El artículo 924 del Código Civil español, señala en ese sentido: "Llámesese derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar".

En el campo del derecho constitucional y de la política, la representación toma forma como una síntesis de la expresión popular mediante el sufragio que elige a las personas que deben velar por los intereses de la mayoría en una asamblea, en un parlamento o en un congreso.

También se encuentra el término con un significado muy especial en el derecho mercantil; aquí se entiende como un privilegio o concesión que se da de manera exclusiva a un sujeto para usar una marca o para vender un

producto dentro de un territorio o plazo determinados previamente por los interesados.

En el campo del derecho procesal y en otras ramas del derecho, se podrían encontrar diversos matices respecto al significado preciso de este término y de ahí que deriva una verdadera confusión entre los autores su uso, y por lo tanto una confusión grande dentro del campo del derecho civil, especialmente dentro del campo de las obligaciones, de los contratos y actos que en una forma u otra, o suponen la existencia de la representación o la generan.

En el presente estudio se referirá el término de representación a la posibilidad de delegar facultades a determinada persona para actuar por cuenta del delegante y a la posibilidad de las personas para suplir sus limitaciones, ya sea por su falta de capacidad de ejercicio o por la imposibilidad de actuar al mismo tiempo en diversos lugares, o por la imposibilidad que tienen las personas morales de actuar por ellas mismas.

Como consecuencia de lo anterior, y para estar en posibilidad de iniciar el análisis de este tema, se propondrá un concepto primario de representación que sirva de base a este estudio, independientemente de que con posterioridad se exponga un concepto más amplio que, aunque en el fondo sea lo mismo en la forma y para abarcar el mayor número de situaciones y circunstancias que se manejan en esta materia, difiera del original.

La representación es una figura jurídica por medio de la cual se permite alterar la esfera jurídica de una persona por medio de la actuación de otra capaz.

La representación es una figura jurídica, porque para los efectos de este estudio y por la proyección que se pretende darle al término, no sería posible encuadrarlo en otra rama del saber humano que en la jurídica. La verdadera utilidad del concepto y del término sólo tiene razón de ser en el mundo de lo jurídico, ya que en cualquier otra disciplina se puede acuñar otro término o palabra más idóneo, y es precisamente en el campo de lo jurídico en donde se necesita contenga la delimitación precisa respecto a su concepción para encuadrar toda la figura con sus consecuencias dentro de un solo término.

No se pretende decir que el término quede fuera de cualquier otra disciplina que no sea la jurídica, ya que dentro de una concepción completa del lenguaje tiene significados propios que es preciso conservar (como podría ser en la literatura, la acción y efecto de representar un poema dramático, o la figura, imagen o idea que sustituye a la realidad, o la súplica debidamente fundada que se dirige a un superior), sino que dentro de este campo adquiere con el concepto antes señalado su más precisa determinación.

Por otra parte, la posibilidad de que una persona con su actuación altere la esfera jurídica de otra, no puede importarle con mayor rigor a otra actividad que a la jurídica, ya que si bien es muy importante que la alteración sea puramente jurídica o también económica, en este último supuesto toda alteración económica o en la esfera económica de un sujeto, necesariamente afecta su esfera jurídica.

Por otra parte se dice que es una figura, porque este término da idea de simplicidad y de forma que además de manifestar la exterioridad de un cuerpo que lo diferencia de cualquier otro, permite su utilización como un supuesto objeto en muchas actividades y relaciones jurídicas.

No se emplea la expresión medio, porque este término da idea de una parte dentro de una relación o cosa que equidista sus extremos, y en ese sentido se podría decir que el poder, por ejemplo, es el medio por el cual una persona confiere a otro representación y así se ve que empleando esa palabra puede llegarse a confundir la figura en sí de la representación, con el acto por virtud del cual se otorga esa capacidad de alterar la esfera jurídica de la persona actuante.

Tampoco se emplea la palabra instituto o institución, porque ese término da idea de complejidad, de un conjunto de supuestos, medios y resultados para la obtención de determinada finalidad previamente establecida. La representación no es la regla que prescriba alguna forma o método de manifestarse un ente o cierta forma, método de vida o de enseñanza, sino que, como ya se dijo, es el elemento simple que sirve para alterar una esfera jurídica diferente a la del sujeto que actúa.

Mediante la utilización de esta figura, la ley da la posibilidad de que mediante la actuación de una persona capaz se altere la esfera jurídica de otra.

Si se pudiera idealmente pensar que la actuación de un sujeto sólo altera la esfera económica o social de otra, no estaría referida la figura al campo de lo jurídico y por lo tanto carecería de relevancia para este estudio. Es indispensable que se modifique o altere el campo o esfera jurídica del sujeto, para que la representación con que actúa el otro individuo o persona tenga relevancia dentro de este estudio, independientemente de que también se altere o modifique su medio o esfera económica, social, etc.

Por último, se indica que la persona que va a modificar la esfera jurídica de otra debe ser capaz, entendiendo este último término en su más amplia acepción jurídica, o sea que tenga la aptitud de ser titular de derechos y de obligaciones y de hacerlos valer. Pero como mediante esta figura va a modificar una esfera jurídica ajena, no se requiere que él, en lo personal, tenga la aptitud para ser titular de los derechos que va a generar con su actuación

la llamada legitimación, porque tales derechos y obligaciones van a referirse a la del sujeto representado, pero sí se requerirá que tenga la capacidad para poder actuar por sí y la capacidad de poder imputar el resultado de sus actos a la persona representada.

Por lo tanto, siempre se requerirá que el representante goce de capacidad general de ejercicio, aunque por lo que respecta a la de goce, él en lo personal no pueda ser el titular de los derechos y obligaciones que va a generar por su actividad, ya que esto no importaría, porque tales derechos y obligaciones van a modificar la esfera jurídica del representado, (quien sí deberá tener esa capacidad, aun cuando tenga o no la del ejercicio), y no la suya propia.

III. DEFINICIONES DE REPRESENTACIÓN DE DISTINTOS AUTORES

El autor Rocco define a la representación como:

Situación jurídica mediante la que se da vida por alguien a una declaración de voluntad para realizar un fin, cuyo destinatario es otro sujeto, haciendo conocer a los terceros a quienes va dirigido la declaración que aquel obra en interés ajeno y, consecuentemente, que todos los efectos jurídicos de esa declaración de voluntad, se producen respecto al sujeto en cuyo interés ha obrado aquel.

El licenciado Sánchez Medal define la representación como “acción de representar, o sea el acto por virtud del cual una persona dotada de poder, llamada representante, obra a nombre y por cuenta de otra llamada representada o *dominus* del negocio”.

Francisco Messineo dice:

La Representación es un caso particular de la colaboración o cooperación jurídica de una persona en los negocios de otro. Como tal la representación es un hecho, aun cuando sea un hecho que penetra en el mecanismo del negocio y lo influencia. La indicada colaboración se realiza de diversos modos, que se diferencian de la representación.

El licenciado Ernesto Gutiérrez y González define a la representación como “El medio de que dispone la Ley o una persona capaz, para obtener, utilizando la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente un incapaz”.

IV. CLASES DE REPRESENTACIÓN

Aunque la representación como figura jurídica, con el concepto antes señalado, sea única dentro del campo del derecho, para fines didácticos y ejemplificativos y a fin de obtener una mejor concepción de la figura, se ha dicho que existen diversas clases de representación como son la representación legal, la representación voluntaria y la representación estatutaria o de las personas morales. Esto no evita que también se hable de representación hereditaria en algunas legislaciones, representación procesal y representación política, representación activa, pasiva directa o indirecta.

V. REPRESENTACIÓN LEGAL

Se entiende por representación legal aquella que establece la ley positiva en forma imperativa para que determinadas personas, fundamentalmente aquellas a quienes se les ha negado la capacidad de ejercicio, puedan hacer valer sus derechos o puedan cumplir con sus obligaciones mediante la actuación de otra capaz.

Podría pensarse que la representación legal sólo se establece respecto de incapaces sin posibilidades físicas (menores de edad o enfermos, según el artículo 450 del Código Civil), sin embargo, como se está hablando dentro del campo general del derecho y no de una legislación positiva determinada, la ley podría establecer ciertos tipos de representación imperativa para que determinadas personas puedan manifestarse en forma jurídica, independientemente de que les falten o no posibilidades físicas o mentales. Un ejemplo de esto podría ser la representación legal que establecían algunas disposiciones mexicanas respecto a la mujer casada, y que todavía conservan algunas legislaciones extranjeras, también la gestión de negocios y el albacea, por mencionar algunos.

En el campo de la representación legal se pueden señalar géneros de representación que, por los matices que presentan, pueden distinguirse fácilmente.

Existe una representación legal que se deriva directamente de la filiación por el hecho del nacimiento, que es la representación contenida en la patria potestad de los padres respecto a los hijos mientras son menores de edad y que en algunas legislaciones se extiende hacia los ascendientes en línea recta, como en la mexicana que la remite a los abuelos (artículo 414). También existe una representación legal que deriva de una relación matrimonial o que tiene como antecedente el matrimonio civil de los interesados,

como es el caso de la tutela legítima y forzosa que debe ejercer el marido respecto a su mujer o de ésta sobre aquel cuando alguno de los dos ha sobrevenido incapaz por demencia o alguna otra causa que la establezca como causas de pérdida de la capacidad de ejercicio. Otra especie de representación legal se encuentra del que deriva de una relación familiar más amplia que la estrictamente físico-corporal por el nacimiento entre padres e hijos y que la matrimonial, como es el caso de la representación contenida o manifestada en la tutela legítima que puede corresponderles por imperativo legal a los hermanos o a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado. Una especie más de representación legal se localiza en el hecho de que en determinado momento un incapaz (falta de capacidad de ejercicio) ingrese a determinados centros públicos de beneficencia, hospicios o incluso (artículo 493).

Una especie diferente a los señalados de representación legal se encuentra en la llamada tutela dativa que, en derecho civil mexicano, tiene lugar cuando no existe tutor testamentario ni persona que conforme a la ley deba ejercitar la tutela legítima o cuando exista algún impedimento para el tutor testamentario o legítimo, y en estos casos la designación de tutor debe hacerla el juez competente, aunque en algunas legislaciones como en la mexicana, pueda hacerlo en determinadas condiciones y circunstancias el propio incapaz (artículo 496. El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años[...]). La tutela testamentaria también debe de señalarse, ya que ha sido mencionada como una especie de representación legal, que es aquella que la ley permite establecer al ascendiente que sobreviva respecto de las personas sobre las que ejerce la patria potestad dentro del otorgamiento de su testamento.

Ahora bien, para comprender cabalmente el concepto de la representación legal, hay que distinguirla de otras especies de representación como la voluntaria o estatutaria. Y para tal efecto, hay que señalar sus notas o características distintas y propias:

La representación legal es necesaria y por tal motivo acoge la ley su reglamentación en forma de normas de carácter imperativo; es necesaria porque es la única forma que tienen algunas personas para hacer valer sus derechos para poder cumplir con sus obligaciones, y si no se estableciera en esta forma, podría darse el supuesto de encontrarse personas con una condición de siervos o esclavos con *capitis diminutio*.

La representación legal es inexcusable por el manifiesto interés público que está protegiendo, y sólo en determinados casos o bajo ciertas circuns-

tancias y fundamentalmente con miras a una mayor protección a los intereses del incapaz, las legislaciones positivas señalan con carácter restrictivo las causas de excusa para desempeñar la representación legal. Aunque en algunos casos pueda pensarse que la posibilidad de excusarse para el desempeño de la representación legal es en beneficio del representante, ideológica y técnicamente es en beneficio del representado, porque un empleado o funcionario público, un militar en servicio activo o una persona en edad avanzada pueden excusarse, por ejemplo de ser tutores en derecho mexicano (artículo 511), ya que no podrían atender cabal y cumplidamente los intereses del pupilo por el cargo que desempeñan o su edad avanzada.

En la representación legal, por regla general, el representante manifiesta su propia voluntad y no es un nuncio o enviado que manifieste por medio de su persona la voluntad del representado, que por lo general no tiene posibilidad real de manifestarla.

La representación legal no depende en su existencia y desarrollo o desenvolvimiento de la voluntad del representado (salvo casos muy excepcionales como cuando el menor de edad de dieciséis años cumplidos designa tutor) y por lo tanto el representado no puede revocar esa representación (con la excepción antes indicada, y mediante el procedimiento que también establezca la ley).

Por último, posiblemente la distinción o nota característica de la representación legal más importante consiste en que las facultades de actuación del representante no son libres, o sea, no se le establecen o señalan libremente por el representado o por el juez, sino que están delimitadas dentro del ordenamiento jurídico que en forma imperativa señala qué y cómo debe actuar el representante y qué tiene prohibido.

Todo lo señalado anteriormente se refiere a la representación legal de incapaces. Sin embargo, el maestro Ernesto Gutiérrez y González señala también la posibilidad de que exista una representación legal de capaces; la representación legal de capaces se da cuando la ley imputa obligatoriamente a un capaz las consecuencias de un acto realizado por otra persona para evitarle un daño y fundado en una idea de solidaridad social. Tal sucede en el caso de la gestión de negocios que se ve adelante, en donde la ley considera al gestor como representante del dueño del negocio, aunque éste no quiera, respecto de lo que de útil le sea la gestión. El otro caso “se tiene en la figura del albacea, que por sus funciones es un representante legal de los herederos, sean o no personas capaces. Igual consideración puede hacerse del síndico de la quiebra o del concurso”.

VI. LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Se entiende por tal aquella que, con fundamento en la ley, permite que una persona altere la esfera jurídica de otra de quien ha recibido la autorización correspondiente en forma expresa y determinada.

Normalmente, cuando se habla de representación se tiene en mente sólo la idea de la representación voluntaria, ya que por una parte tiene una importancia capital en el mundo económico-jurídico de un pueblo, y por la otra como consecuencia del auge que tiene en el mundo occidental la autonomía de la voluntad, que entre otros muchos aspectos permite el otorgamiento de facultades para que personas diferentes al emisor de esa voluntad actúen por él. Así, esta representación voluntaria, mal llamada convencional, también podría decirse que es “la posibilidad jurídica que tiene una persona para actuar como consecuencia de la manifestación de voluntad hecha por otra a quien le van a repercutir los actos que realice aquella”.

Según la mayor parte de las opiniones, los requisitos indispensables que debe reunir el acto cumplido por representación que algunos llaman condiciones son tres:

a) Que el representante realice una manifestación de voluntad propia.

En cuanto al primer requisito es necesario que el representante realice una manifestación de voluntad propia, al respecto los autores son expresivos cuando ponen de relieve esta condición. Planiol y Ripert dicen: “La representación verdadera supone una voluntad propia del representante”. Stolfi expresa que la causa del negocio representativo está en la voluntad del representante porque le da la vida; con razón señala Cariota Ferrara que el acto realizado por el representante es “negocio propio sobre patrimonio ajeno”, mientras que desde el punto de vista del representado es “negocio ajeno sobre patrimonio propio”.

b) Que actúe en nombre del representado.

En cuando al segundo requisito debe quedar muy claro que el representante actúa en nombre del representado, este requisito se suele denominar *contemplatio domini*, es lógico y obvio que la actividad de representar debe ser conocida por el tercero con el que se ejerce, si no sería imposible para este conocer o saber con quién está tratando, si con el representante por su propio derecho o si tiene la representación de varias personas a nombre de quien lo está haciendo. Algunas legislaciones como la alemana aceptan en algunos casos el que esta situación resulte de las circunstancias.

c) Que esté provisto de la facultad de representar.

Como último requisito del acto representativo consiste en que el representante esté investido de la facultad apropiada y suficiente para actuar en

nombre de otro, facultad que en la representación voluntaria sólo se confiere mediante el poder, lo que analizaré con mayor detenimiento más adelante.

En la representación voluntaria se pueden encontrar varios grados en atención a las facultades y a la calidad de las facultades que puede desarrollar el representante. Puede darse el caso de un representante tipo mensajero que sólo entrega a otra persona el documento en que está plasmada la voluntad del representado, o que sólo lea o transmita fiel y exactamente los términos en que es voluntad del representado manifestarse. También puede darse el caso de que el representante actúe manifestando su propio criterio y voluntad, pero limitada su actuación estrictamente la obtención de la finalidad propuesta por el representado, situación en la cual la confianza es mayor que la dada en el caso anterior, pero limitada en atención al negocio propuesto. Por último, es posible que la representación sea de tal grado que el representado no pueda prever con anterioridad todas las posibles situaciones que puedan originarse del acto por el cual otorga esa representación, derivada esta actuación de la ilimitada confianza que puede tener el representado en su representante. Tal como acontecería en derecho mexicano en el otorgamiento de un poder general para actos de dominio, para actos de administración y para pleitos y cobranzas, en los términos de la totalidad del artículo 2,554 del Código Civil.

Ahora bien, en la representación voluntaria no importa la amplitud con que se otorgue. Supone la manifestación de voluntad del sujeto representado, y en el otro extremo de la relación siempre sus efectos se proyectarán a la esfera jurídica del mismo representado. En la representación voluntaria, el sujeto representante siempre actúa en nombre del sujeto representado, y así no es posible hablar de una representación “indirecta” en forma técnica, en la cual supuestamente el sujeto representante obra en nombre propio y posteriormente, mediante un acto jurídico diverso, cede o transmite los derechos y obligaciones adquiridos al representado. En ese supuesto se encuentran los interesados precisamente fuera del campo de la representación; puede existir un mandato (que es una cosa muy diferente a lo que se está tratando), pero precisamente éste será sin representación, de lo que se desprende que tal representación “indirecta” no es representación.

Por otra parte, si no hay una manifestación de voluntad del sujeto representado (que puede ser expresa o tácita, pero en todo caso manifestación) no se está frente a la representación voluntaria. En la gestión de negocios no se encuentra una representación voluntaria. Cuando la ley en forma imperativa obliga al sujeto en cuyo beneficio se realizó la gestión

en lo que pueda ser de utilidad para él, está manejando un criterio de justicia y de equidad, y en todo caso estará utilizando en aras de aquellos valores un aspecto de representación legal, pero en ningún caso sería una representación voluntaria. Cuando el sujeto ratifica a posteriori los actos que otro realizó en su beneficio, o por lo menos pensando que le beneficiará, está aceptando en ese momento las consecuencias jurídicas derivadas de aquella actuación por virtud de un acto de voluntad que no tienen nada que ver con la representación voluntaria, y que ese acto surta efectos retroactivos para confirmar una situación pasada no significa que el sujeto actuó mediante una representación voluntaria, sino que esa consecuencia se establece para evitar perjuicios a terceros y al sujeto actuante, con juras a lograr una mayor seguridad jurídica.

Para que la representación se considere voluntaria, el representado debe en todo caso manifestar su voluntad de serlo, previa a la ejecución de los actos que va a alterar su esfera jurídica.

Además de las características ya señaladas consistentes en que debe existir una manifestación de voluntad previa a la realización de los actos y de que las consecuencias de tales actos siempre repercutirán en la esfera jurídica del representado, se señalarán otras notas que diferencian cabalmente a la representación voluntaria de otro tipo de representaciones, como puede ser la legal o la estatutaria.

Aunque la representación voluntaria es necesaria, no es imprescindible su reglamentación o regulación dentro de un ordenamiento legal específico, y por lo tanto su estructuración siempre se establece en reglas o leyes de carácter dispositivo. Como una aplicación de esta nota distintiva, se pueden señalar casos previstos en la ley en que no se permite la representación voluntaria, por ejemplo, en el otorgamiento de un testamento. Si en un contrato se pactara que en las relaciones posteriores los contratantes no pueden estar representados en ninguna forma y que deben de actuar personalmente, tal cláusula sería perfectamente legítima, siempre y cuando se entienda que no pueden estar las partes representadas por un representante voluntario, aunque indiscutiblemente sí podrían estar, en determinados supuestos, representados por un representante legal (como sería el caso de que alguno de ellos se volviera mentalmente incapaz), ya que la representación legal, como ya se indicó anteriormente, es siempre impuesta en forma imperativa, y si se suprimiese esta forma de representación en forma contractual, tal cláusula sería nula (con fundamento en derecho mexicano en los artículos 6 y 8 del Código Civil para el Distrito Federal, porque iría en contra de leyes del interés público).

La representación voluntaria siempre es renunciable y el representado puede siempre revocar esa representación, tomando en cuenta que no existan entre representante y representado estipulaciones contractuales o impuestas por un mecanismo legal que impidan, en determinados casos concretos, la posibilidad de revocación o renuncia de tal representación voluntaria. Por lo tanto, la regla general respecto a la representación voluntaria es que es revocable, es renunciable y pueden los interesados excusarse de ella.

En la representación voluntaria el sujeto representante puede transmitir sin variación de ninguna especie y en forma literal y textual la voluntad del representado, y en este caso actuaría simplemente como un nuncio o mensajero. Se debe recordar que en la representación legal nunca se da este supuesto, ya que precisamente ésta establece, para darle a un sujeto incapaz de ejercicio, la posibilidad de hacer valer sus derechos o de cumplir con sus obligaciones y no podría manifestar legalmente su propia voluntad.

Por último, y como en el caso de la representación legal, posiblemente la distinción o nota característica de la representación voluntaria consiste en que el representado puede señalar libremente el límite de las facultades que desee conferir a su representante, desde la de transmitir fielmente en forma restrictiva su voluntad o sus instrucciones a terceros, hasta la de actuar en casos no sospechados por el propio representado e inclusive la posibilidad de que el representante designe a su vez nuevos representantes que actúen a nombre del representado original. El único límite que tiene en ese sentido el representado, es el que expresamente y en forma restrictiva señale la ley con miras a la protección de derechos públicos, de utilidad, de interés colectivo o tomando en cuenta las buenas costumbres conforme a la concepción que se tenga en determinado lugar y época.

En virtud de que en la representación voluntaria el sujeto representante siempre actúa en nombre del representado, se precisa que éste tenga la capacidad suficiente para ser titular de los derechos y obligaciones que se desprendan de los actos que realice aquél, aunque el representante no tenga la capacidad personal para ser titular de los derechos y obligaciones que le va imputar al representado. Por ejemplo, un mexicano por nacimiento sí puede adquirir un bien inmueble en zona prohibida y puede hacerse representar por un extranjero en el acto de adquisición, aunque éste no tenga la capacidad de adquirir ese bien, o aquellos casos que se presentaban en algunas legislaciones en que la mujer casada podría ser representante para vender bienes inmuebles y ella, en lo personal, carecía de capacidad para hacerlo sin determinado tipo de requisitos.

VII. LA REPRESENTACIÓN ESTATUTARIA

Una clase diferente de representación es la estatutaria que, aunque forzosa, necesariamente debe tener algunas características y relaciones con la representación legal o con la voluntaria. No es posible llegar a confundirlas por lo que se expondrá a continuación. Todas estas clases forman apartados o son partes de la figura principal de la representación.

La representación estatutaria es aquella que permite a los entes jurídicos o personas morales exteriorizarse en la sociedad y que por virtud de la cual una persona física u otra persona moral quien a su vez se encuentra representada en último término por una persona física, altera con su actuación la esfera jurídica o jurídica-económica de aquella para hacer posible valer sus derechos o cumplir con sus obligaciones.

En el complejo actual de las relaciones interhumanas, es muy importante tener en cuenta tanto a las personas físicas como a las personas morales, ya que desde un punto de vista práctico influyen más que los individuos en relaciones. Se dice que un hombre está sujeto a la eficiente actividad de las personas morales desde que nace (la actuación de sociedades o asociaciones con objetivos médicos) hasta que muere (la de personas morales con objetos de proporcionar servicios de inhumación, incineración, etc.), pasando por su educación, alimentación, estabilización económica y vida en general. Solamente el uso de la representación por las empresas permite mantener el ritmo de los negocios en la escala requerida, cada vez menos dirigidos por las manos de sus propios dueños. En la actualidad resultan estériles los esfuerzos exclusivamente individuales, se asocian los capitales para formar empresas cuyas dimensiones aumentan sin cesar, se asocian las tareas humanas para construir equipos, se asocian los trabajadores y los empresarios, se asocian las naciones o procuran hacerlo para organizar mercados más extensos que permitan mayores producciones en masa, menores costos y niveles de vida más elevados. Lo cierto es que se intensifica la interdependencia de los hombres y se hace más necesaria su colaboración recíproca para atender al mismo tiempo en lugares diferentes los intereses que pertenecen a un mismo titular. Si bien se mira, es la época de los representantes.

Las personas morales, por razón lógica, no pueden exteriorizarse en la sociedad sin la ayuda y a través de la voluntad, la conciencia y actividad en general de las personas físicas, y de ahí se desprende la necesidad imperiosa de una clase especial de representación que no podrá confundirse por sus características propias con la legal ni con la voluntaria.

La primera característica de la representación estatutaria se encuentra en el hecho de que es necesaria, o sea, que es imprescindible a una persona

moral tener un órgano de representación que en último término convergirá en una persona física. Se distingue esta característica de la representación legal en que también es necesaria para que los sujetos representados hagan valer sus derechos, en que las personas físicas con necesidad de un representante legal, por regla general adquieren esos derechos independientemente de la actividad de sus representantes y sólo requieren de éste para hacer valer esos derechos ya adquiridos. En cambio, en las personas morales se requiere de la representación estatutaria, de sus representantes tanto para adquirir sus derechos como para hacerlos valer; es más, se necesita del concierto y voluntad de las personas físicas en última instancia para dar nacimiento a la persona moral.

En algunas legislaciones, incluyendo a la mexicana antes de la reforma de 31 de diciembre de 1974 al Código Civil (artículo 418), los incapaces con falta de capacidad de ejercicio, no de goce, necesaria y forzosamente requerían de un representante que por regla general ya estaba determinado en la propia ley (así el menor de edad está representado por quienes ejercen la patria potestad y éstos son sus padres o quien le sobreviva, y a falta de ambos por sus abuelos paternos o el que viva de ellos, y sólo a falta de todos ellos por sus abuelos maternos); en la actualidad, con fundamento en esas reformas, lo determinará el juez (no lo determina ya la ley), tomando en cuenta las circunstancias del caso. De lo anterior se desprende que en la representación legal la ley señala quiénes pueden o deben ser los representantes legales de los incapaces.

En la representación estatutaria, la ley no señala quién o quiénes pueden o deben ser los representantes legales de las personas morales, sino que dejan al libre arbitrio de otras personas o de otros órganos, quiénes deben de representar a esas personas. Puede darse el caso de que en determinado momento no exista un representante con facultades de poder alterar en cualquier aspecto su esfera jurídica.

Esta misma característica distingue a la representación estatutaria de la voluntaria, en virtud de que las personas físicas capaces no necesariamente requieren de un representante para hacer valer sus derechos o para cumplir con sus obligaciones.

Otra característica de la representación estatutaria que la distingue de la representación legal, es que en la primera no existen señaladas en forma limitativa las prohibiciones a la actuación del representante y menos existen señaladas las obligaciones de actual del representante en determinado aspecto, sino que, muy por el contrario, dejan al libre arbitrio de quien hace la designación del representante el señalamiento de sus facultades y de sus obligaciones, y aún se le permite una amplia libertad al mismo representante para aceptar o no la adquisición de derechos para la persona moral aunque

esa adquisición sea gratuita. Un tutor tiene la obligación de aceptar las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado (artículo 579); en cambio, un representante de una persona moral no tiene la obligación de aceptar esos actos de liberalidad, si no se le impone esa obligación por quienes otorgaron su nombramiento o por quienes señalaron previamente en algún acto las facultades y obligaciones de los representantes.

Otra característica más de la representación estatutaria, que la distingue de la representación voluntaria, es la fuente de la cual procede. La fuente de la representación voluntaria siempre es el poder; el poder es precisamente el instrumento o medio por el cual una persona faculta a otra para que mediante su actuación altere la esfera jurídica de la primera.

La representación estatutaria puede conferirse mediante un poder, pero generalmente no es este el medio formal de su constitución, sino un medio diferente, que consiste en un acto de simple designación de la persona para el desempeño de determinado cargo.

Al momento o mediante el acto de constitución de una persona moral, dentro de sus normas orgánicas se establece la necesidad de señalar un órgano, y en última instancia una persona física que deberá representar a dicha persona moral, y se establecen en forma señalada y especial las facultades que la persona elegida deberá de tener. A continuación, en el mismo acto de la constitución o con posterioridad, simplemente se designa a la persona que ocupará dicho cargo y por esta simple designación queda investida de facultades de representación que le permitirán, con su actuación, alterar la esfera jurídica de la persona moral interesada.

Cuando una asamblea de accionistas, de socios o de asociados legalmente constituida, toma el acuerdo de designar como administrador, gerente general o especial, director, etc., y en el acta constitutiva o en el acta de modificación o estatutos se establecen en forma señalada las facultades de tal administrador, gerente o director, la simple designación de éste lo faculta para ostentar la representación de aquella, y este acto de designación no se puede confundir en ningún momento con el otorgamiento de un poder que forzosa y necesariamente se redactaría como sigue: “la persona moral X, otorga por medio de este acto un poder general o especial a su administrador, gerente, director o también en favor de cualquier tercero para la realización y ejecución de determinados actos jurídicos”.

Es importante esta distinción entre representación estatutaria y representación legal, porque la mayoría de las veces, cuando se designa a una persona como representante de un ente moral, en el acto de su designación los que la acuerdan, no toman en cuenta o pueden dejar de tomar en cuenta el alcance de las facultades del representante, ya que esta situación se deriva de la imperiosa necesidad que tienen las personas morales de tener un re-

presentante que actúe por ellas; en cambio, en el otorgamiento de un poder no es posible que el poderdante deje de tomar en consideración qué facultades de actuar va a conceder a su representante, porque, precisamente, tales facultades constituyen la parte medular de este acto.

Es más, puede darse el caso de que las facultades del representante estatutario estén señaladas en forma dogmática en el acta constitutiva, y que el órgano que designa al representante no pueda modificarlos o variarlas, ya sea suprimiéndolas o ampliándolas total o parcialmente, y su única facultad consiste en efectuar la designación de representante. En este supuesto es en donde con mayor claridad se ve la distinción entre una designación de representante (estatutario) y la creación de un apoderado (voluntario).

Un ejemplo de lo anterior podría ser una sociedad mercantil o civil que, dentro de su estatuto, establezca la necesidad de la existencia de un director o gerente, el señalamiento de sus facultades y que el propio estatuto disponga que la designación de gerente o de director corresponda hacerla al consejo de administración o directores. En este supuesto, el consejo de administración o directores no tiene facultades para ampliar o restringir, modificando los estatutos constitutivos de la persona moral, por lo tanto no podría ampliar o restringir las facultades del director o gerente, y su única facultad consistiría en designar a la persona que ocupara tal cargo. La designación en sí misma considerada es un acto jurídico que no tiene ninguna relación con un poder, ya que éste, como se indicó, es el medio o instrumento para conferir la representación voluntaria y por el cual se señalan específicamente las facultades del apoderado.

Una característica más de la representación estatutaria es que el representante, al actuar por regla general y por necesidad lógica, siempre manifiesta su propia voluntad y no la del representado, situación que puede no acontecer en la representación voluntaria en la cual es posible que por las instrucciones pormenorizadas del representado, el representante no sea sino un nuncio de aquél, y en este sentido se semeja la representación estatutaria a la legal.

Existen también diferencias claras y precisas de esta representación con la legal. Como ya se señaló, la legal es por lo general la representación inexcusable o irrevocable; en cambio, la estatutaria, siempre en protección de libertades y derechos inherentes de la persona humana, será renunciable o excusable y revocable por parte del representado.

Con vista en lo anterior, que sirve de fundamento y base a este concepto, se puede decir que:

La representación es la figura jurídica por medio de la cual la declaración de la voluntad de un sujeto capaz produce consecuencias de derecho en la esfera

jurídica de otro que puede tener una incapacidad de ejercicio, sin quedar aquel obligado personalmente y sin adquirir para él la titularidad de los derechos adquiridos mediante esa declaración de voluntad, y que puede establecer la ley en forma imperativa respecto a determinadas personas (legal), que puede otorgar voluntariamente una persona a otra (voluntaria) o que por necesidad de lógica jurídica se impone a las personas morales (estatutaria).

VIII. EL PODER

El término o expresión “poder” tiene diversas acepciones y es necesario dilucidarlas para no incurrir en la confusión de esta figura jurídica con otras, con las que tiene cierta analogía y que a menudo los códigos civiles y la doctrina confunden.

En primer lugar, se entiende por poder el medio, instrumento o camino por virtud del cual la manifestación unilateral de voluntad de una persona confiere u otorga facultades a otra para que la represente, actuando siempre en nombre del representado; ésta es la aceptación técnica y precisa de la figura, y en el concepto apuntado se contienen los elementos que la distinguirán de cualquier otra.

También se comprende por poder el instrumento, documento público o escrito privado en el que se contienen las facultades que para actuar en su nombre otorga una persona a otra.

Por último, también se entiende por poder las propias facultades que tiene una persona para representar a otra actuando en su nombre; en este sentido, se dice que una persona tiene poder para comprar, para vender o para realizar determinado acto jurídico en nombre de otra.

En este trabajo, al referirse al poder, se entenderá que se hace mención del término en la primera de las acepciones señaladas.

Se indica que el poder es el camino, el medio o el instrumento para otorgar una representación voluntaria; para no confundir, en primer lugar, la persona que otorga las facultades con la persona a quien se inviste de tales facultades para actuar y que presupone o da idea de una relación de medios, ya que el representante siempre actuará a nombre del representado, y por otra parte, para no confundir el poder como figura especializada con la representación, ya que una cosa es el medio para llegar a una representación, y otra la representación misma, aunque esta distinción sea sutil, distingue claramente los dos conceptos.

Aunque en forma amplia o burda se identifiquen los conceptos de representación voluntaria con el poder, la diferencia sutil entre ambos conceptos estriba en que éste es el medio o camino para conferir aquella; sin embargo, siempre que exista un poder, necesariamente supone como consecuencia la

existencia de una representación voluntaria, y el único medio o camino para conferir la representación voluntaria es mediante la figura del poder.

El poder es un acto de manifestación unilateral de voluntad de una persona y por lo tanto no requiere, para su perfeccionamiento y existencia, ni de la comparecencia del apoderado en el acta de otorgamiento de facultades, ni de la aceptación de las facultades por éste.

El simple hecho de que una persona manifieste su voluntad en la forma que la ley establezca para la validez del acto, otorgando a otra, facultades para actuar en su nombre, da por resultado la existencia de un poder.

La ejecución del encargo que supone el otorgamiento de un poder es irrelevante para la existencia de éste; por el hecho de que un representante no haga uso de las facultades que le fueron otorgadas para actuar en un poder, no significa que tal poder no haya existido y, por lo tanto, no presupone un incumplimiento de sus obligaciones, ya que el poder, en sí mismo considerado, no obliga ni a la persona que lo da ni a la persona a quien va dirigido y sólo faculta a actuar a alguien en nombre del otorgante.

Posteriormente se analizarán las obligaciones del poderdante y del apoderado, no derivadas directamente del poder sino de la relación interna, negocio subyacente, previa, concomitante o posterior al otorgamiento del poder.

Para la existencia del poder es necesario e indispensable que se confieran u otorguen facultades, ya que si no hay dicho otorgamiento podrá existir alguna otra figura jurídica o algún acto jurídico, pero no será un poder.

Por último, es elemento de esencia del poder el que se indique con toda claridad que el representante actuará siempre en nombre del representado, independientemente de que pueda o no actuar por su cuenta.

Además de las características que se desprenden del análisis del concepto señalado, pueden indicarse como características adicionales del poder, las siguientes:

a) El poder es siempre un acto ostensible o público. Va destinado en forma directa al apoderado y en forma indirecta a los terceros con los que se relacionará éste, a nombre de aquél y siempre tendrán la posibilidad apoderado y terceros de conocer sin lugar a dudas la extensión y límites de las facultades conferidas.

b) Por el ejercicio y actualización de las facultades conferidas en un poder, el poderdante sufre directamente los efectos jurídicos de la actuación y el resultado económico del acto o negocio celebrado entra directamente al patrimonio del poderdante; y

c) El poderdante requiere tener la aptitud jurídica necesaria para ser titular de los derechos u obligaciones que se generen como consecuencia del ejercicio de las facultades conferidas a través del poder, y no es necesario que el apoderado tenga tal aptitud personal para ser titular de esos derechos

u obligaciones; pero tanto poderdante como apoderado requerirán tener la aptitud para hacer valer sus derechos y obligaciones. En otros términos, el poderdante requiere de la capacidad de goce que establezca la ley para sufrir o adquirir los efectos de la actuación del apoderado, sin que sea necesario que el apoderado goce de tal capacidad. Por ejemplo, un ciudadano mexicano puede perfectamente dar poder a un extranjero para que adquiera a su nombre bienes inmuebles ubicados en la faja del territorio nacional, aunque constitucionalmente está prohibido que los extranjeros adquieran inmuebles en dicha zona, y tal extranjero puede perfectamente, en uso de dichas facultades, adquirir el inmueble en esa zona prohibida a nombre del mexicano.

No obstante que el poder es el único medio para conferir la representación voluntaria, no es el único medio para conferir una representación estatutaria, ya que, como antes se indicó, ésta puede conferirse mediante un poder, un acto de designación o una escritura constitutiva y en la representación estatutaria para su perfeccionamiento, si se requiere de la aceptación por parte del representado de la facultad de ejercitar las facultades conferidas, y por otra parte, no es posible confundir el poder con la representación legal, ya que ésta nunca se confiere por virtud de tal medio.

Como el otorgamiento de facultades en un poder es un acto unilateral de voluntad, no genera obligaciones entre las partes que no existen y solamente pretende, mediante el ejercicio de las facultades por parte del representado, relacionar jurídicamente al poderdante y al apoderado y, con posterioridad o en forma indirecta, relacionar a través del apoderado al poderdante con los terceros. En este sentido se indica que el poder es un acto previo o preliminar a diferencia de actos definitivos, en los cuales el acto en sí mismo es el primariamente querido y deseado por los interesados; en el poder, el acto primariamente deseado o querido es el que realizará el apoderado con fundamento en las facultades que tiene conferidas y no el poder en sí mismo considerado, que es el medio para la obtención de aquéllas.

De aquí se desprende que una persona por el simple hecho de otorgar un poder no se está obligando a nada en relación a su apoderado; y por el simple hecho de otorgar el poder, no se está obligando para con los terceros.

Es necesario distinguir siempre tres aspectos en las relaciones que tienen conexión con el poder:

a) La relación causal, negocio subyacente o negocio previo que origina para una de las partes la necesidad de conferir a otra facultades para obrando a su nombre realice determinados actos o actividades;

b) El acto mismo de conferir esas facultades y que técnicamente constituye el poder como medio para que una persona pueda obrar a nombre de la otra; y

c) Los actos representativos que realiza el representante a nombre del representado.

Dentro del primer aspecto hay que hacer la siguiente distinción: en relación causal o negocio previo puede ser la existencia de un contrato celebrado entre los que serán el poderdante y apoderado; en el segundo aspecto o la existencia de un contrato celebrado entre el que posteriormente será el poderdante y un tercero; o, por otra parte, puede no ser la existencia de un contrato, sino el simple deseo de una persona de que otra actúe a su nombre para la realización de determinados hechos o actos jurídicos.

Si la relación causal o negocio previo es la existencia de un contrato entre los que posteriormente serán apoderado y poderdante, ese contrato no necesariamente será un contrato de mandato, aunque por regla general la existencia de un contrato de mandato, por virtud del cual una persona le encarga a otra que realice por su cuenta actos jurídicos, requiere del otorgamiento de un poder, ya sea en el mismo acto de la celebración del mandato, o con posterioridad, para que pueda cumplirse con la obligación del mandatario de realizar tales actos jurídicos.

En relación causal puede no ser, pues, un contrato de mandato. Si dos personas celebran un contrato de prestación de servicios profesionales, por virtud del cual una de ellas se obliga a defender jurídicamente los intereses de otra dentro de un procedimiento, puede convenirse en el acto de celebración de ese contrato que con posterioridad el cliente otorgue al profesional un poder para que en tal procedimiento actúe en su nombre, y también, dentro del mismo contrato de prestación de servicios profesionales, puede otorgarse el poder.

Esa misma relación causal también puede ser un contrato de compraventa, uno de permuta, uno de donación o en general cualquier contrato. Si una persona dona a obra un bien o un crédito, y para obtener la posesión o liquidez del mismo le da poder al donatario, no se puede considerar que la relación causal sea un mandato ni cosa alguna que se le parezca.

También es posible considerar que la relación causal sea un contrato celebrado entre el que posteriormente sea el poderdante y un tercero. Si se medita, por ejemplo, que en el caso de la celebración de un contrato de mutuo, en el cual el mutuario para asegurar la devolución del objeto o cantidad mutuada se obliga a otorgar a una persona diferente un poder para que ésta a su nombre venda ciertos bienes para que con su producto se haga pago al mutuante. Así podrían encontrarse tantos ejemplos como relaciones interhumanas puedan darse en una colectividad.

Por otra parte, la relación causal o, mejor dicho, el negocio causal o previo, puede ser simplemente un acto volitivo o subjetivo del futuro poder-

dante. Si un sujeto en determinado momento piensa en adquirir un bien que se encuentra en una población a la que va a ir un conocido, puede, sin haberse puesto de acuerdo con él, otorgarle un poder para que se lo adquiera directamente a su nombre. El conocimiento del deseo del poderdante, su desconocimiento, su aceptación o no para ejercer las facultades que se le confieran, etc., no son un obstáculo para la existencia misma del poder.

Lo anterior tiene importancia, porque las obligaciones del apoderado van a derivarse siempre de la relación causal o del negocio previo y nunca del poder en sí mismo considerado.

El poder como acto unilateral de voluntad de otorgamiento de facultades, no genera obligaciones para el poderdante, ni para el apoderado; las obligaciones entre el apoderado y poderdante sólo pueden generarse del contrato celebrado entre ambos que sirva de relación causal o negocio previo al otorgamiento del poder. Es más, si ese negocio previo es un contrato celebrado entre el poderdante y un tercero, tampoco generará obligaciones para el apoderado, por el simple hecho del otorgamiento del poder, y con mayor razón no generará obligaciones para el apoderado el otorgamiento de un poder cuando el negocio previo es un simple acto subjetivo del poderdante.

Ahora bien, la actividad realizada por el apoderado con fundamento en un poder, sí genera obligaciones al apoderado consistentes en rendir cuentas al poderdante, entendiéndose por esto la obligación de informarle respecto a los actos representativos realizados, la de entregarle todos los bienes que obren en su poder como consecuencia de su gestión y la de indemnizarle si actuó culposa o dolosamente en su perjuicio. Pero puede generar o no obligaciones al poderdante, dependiendo siempre de dos aspectos: a) Si el poderdante se obligó a determinada conducta por los actos representativos realizados en la relación causal o en el negocio previo; y b) Si acepta la asunción de obligaciones con posterioridad a la realización de los actos representativos realizados. Si no se da cualquiera de esas dos hipótesis, la realización de los actos representativos no genera obligaciones para el poderdante o apoderado como consecuencia del poder otorgado. Pueden originarse obligaciones para el poderdante o apoderado por disposición legal, no como consecuencia de haber actuado el apoderado con base en un poder, sino por causas de equidad con las figuras de la gestión de negocios o del enriquecimiento ilegítimo.

En síntesis, el poder no genera obligaciones para el apoderado ni para el poderdante; las obligaciones que eventualmente pueden darse entre ellos se originan de la relación causal o negocio previo o por la realización de los actos representativos a nombre del poderdante.

Ejemplo: Juan piensa en la posibilidad de adquirir un automóvil de fabricación extranjera, pero no sabe cuándo tendrá los medios económicos

necesarios para ello. Se entera de que Pedro va a ir en corto plazo al extranjero en donde se vende ese automóvil, y sin convenir con él nada al respecto concurre ante un notario y le otorga un poder para la adquisición. El instrumento en el cual se contienen las facultades lo recibe Juan y lo guarda entre sus papeles. Por alguna circunstancia, Pedro encuentra el instrumento y sin consultarle nada a Juan se lo lleva, y en el extranjero, haciendo uso de las facultades contenidas en el instrumento, adquiere a nombre de Juan el vehículo. Al regresar, Pedro puede obligar a Juan a pagarle el precio del automóvil, los gastos, honorarios y en su caso daños y perjuicios causados. El simple hecho de que Juan haya otorgado el poder, lo obliga respecto de Pedro como si hubiesen contratado entre ellos. Siguiendo el orden de ideas expuesto, Pedro no actuó en cumplimiento de una obligación legal contraída con Juan, y éste, lógicamente, no está obligado a pagar una contraprestación por los actos representativos realizados en su nombre; ya que no dio instrucciones para tales efectos, no está obligado a indemnizar de los daños y perjuicios que pudiera haber sufrido Pedro y por lo tanto no está obligado a pagar el precio.

Por otra parte, Juan no podría enriquecerse a costa de Pedro con base en una acción de enriquecimiento legítimo; pero de ninguna manera como una obligación nacida del poder otorgado debe indemnizar a Pedro en la medida de ese enriquecimiento, o en su caso transmitirle la propiedad del automóvil. Situación contraria se presenta si Juan acepta la asunción de determinadas obligaciones con posterioridad a los actos representativos realizados a su nombre, pero entonces ya se estaría dentro de los supuestos antes señalados de adquirir obligaciones por el ejercicio de facultades a su nombre.

Si el apoderado acepta realizar el encargo que supone el otorgamiento de facultades en un poder, quedará obligado hacia su poderdante, no en virtud del poder, sino en los términos de su aceptación, y por lo tanto desde un punto de vista jurídico se entiende celebrado un contrato de mandato o de prestación de servicios, aunque no sea sino en forma puramente verbal entre el apoderado y poderdante; y es en los términos de ese contrato en que van a quedar obligadas las partes, pero no por el simple poder.

En vista de un interés público, en derecho mexicano, si se otorga un poder a un profesional que ofrece al público el ejercicio de su profesión, se entiende aceptado por éste, por el solo hecho de que no lo rehúse dentro de los tres días siguientes a que haya tenido conocimiento del mismo, y en tal virtud estará obligado a ejercitar las facultades otorgadas en los términos de los artículos 2588 (si el encargo es para asuntos judiciales) y 2615. Pero en todo caso sus obligaciones nacen directamente de la ley y no por el solo efecto del otorgamiento del poder.

Las obligaciones del poderdante y del apoderado en relación con terceros con los que actúe el apoderado, nacerán como consecuencia de los actos representativos realizados y no por virtud simplemente del poder.

Por otra parte, si el apoderado se excede en sus facultades, el tercero no podrá obligar al poderdante a más de lo que esté específicamente señalado en el poder, porque los términos del poder son el límite de las obligaciones de éste, y el tercero está plenamente capacitado para conocerlos, ya que el poder es por naturaleza un acto ostensible y público y está encaminado a ser conocido precisamente de ese tercero. El apoderado no podrá exigir al poderdante más de lo convenido en la relación causal. Por el exceso, las relaciones entre poderdante y apoderado se reñirán en los términos que disponga la ley para la gestión de negocios, pero no como una consecuencia directa e inmediata del otorgamiento del poder.

Si una persona actúa por cuenta de otra, pero sin tener poder o, en términos más amplios, sin tener su representación, y, aún más, si actúa por cuenta y a nombre de la otra sin poder y sin representación, no puede concluirse válidamente que los actos realizados sean nulos. Para llegar a esa conclusión sería necesario suponer que el presunto representante y él actuaron de mala fe, y por la ilicitud de su conducta esos actos serían nulos; pero si el tercero no tiene por qué saber de la existencia de la representación y actúa de buena fe, los actos realizados serán válidos, pero esto no implica que por esos actos se generen obligaciones para el supuestamente representado, ya que para él esos actos no son eficaces. La eficacia de los mismos, por lo que a él respecta, estará condicionada a su ratificación posterior. Ahora bien, cuando éste ratifica, confirma para los efectos de su responsabilidad los actos y los vuelve para él eficaces, y sus obligaciones quedarán determinadas en los términos de su ratificación y fundados en los actos realizados.

En virtud de que se han confundido tanto en la doctrina como en los códigos el poder y el mandato, se harán a continuación las explicaciones necesarias para distinguirlos y se señalarán las notas que los diferencian.

A) El mandato siempre es un contrato y, por lo tanto, es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones. En cambio, como ya se indicó, el poder es un acto unilateral de voluntad.

Entre otros aspectos que podrían señalarse (antecedentes legales, históricos, culturales) la confusión entre poder y mandato obedece a las diversas acepciones que tiene la palabra mandato. Desde un punto de vista gramatical y de lenguaje doméstico, puede considerarse que el mandato es un encargo o una orden que hace o da una persona a otra para la gestión o desempeño de un negocio determinado; desde ese mismo punto de vista, el poder también significa un orden o encargo, pero entendido no por lo que

respecta al que encarga o confiere, sino del que ejecuta y así se dice que alguien tiene poder para realizar ciertos actos, sin que en técnica jurídica exista celebrado un contrato de mandato, ni otorgado un poder.

Cuando el Código Civil mexicano indica que “El mandato puede ser general o especial”, y que son generales los contenidos en los tres primeros párrafos del artículo 2554 (artículo 2553) y en ese artículo no se refiere a los mandatos sino a los poderes, hay que llegar a la conclusión lógica que la expresión “mandato” al inicio del artículo no está tomada en su acepción de contrato, sino en la de encargo, y ésta, como acto unilateral, se confunde con la expresión “poder” y así es congruente la redacción de ese artículo con el contenido del siguiente.

B) El objeto indirecto del mandato (como contrato) siempre es la celebración sin representación o sin poder. En cambio, como consecuencia del ejercicio de las facultades de un poder, el apoderado siempre deberá actuar a nombre del poderdante, ya que el poder es un acto público y ostensible.

C) Como un corolario de lo anterior, el mandato puede ser un acto privado que no vaya destinado a ser conocido de terceros o un acto ostensible o público, cuya finalidad es el ir destinado su conocimiento a terceros que se van a relacionar con el mandatario. El poder, en cambio, siempre es un acto público, entendiéndose por tal aquel que no simplemente se perfecciona para conocimiento y efecto entre poderdante y apoderado, sino que va dirigido especialmente a los terceros con los que va a relacionarse el apoderado.

D) En el mandato, cuando éste es sin representación, los efectos jurídicos de la actividad del mandatario repercuten primeramente en el mandatario y sólo por virtud de la rendición de cuentas esos efectos se trasladan a la esfera jurídica del mandante. En cambio, en el poder la actividad del apoderado hace alterarse inmediata y directamente la esfera jurídica del poderdante; y

E) La capacidad de las partes en un mandato debe de ser en ambos la general, independientemente de que el mandante requiera de la capacidad especial y de goce necesaria para poder ser titular de los derechos y obligaciones que vaya a adquirir como consecuencia de la actividad que realice el mandatario. En el poder, en cambio, sólo se requiere la capacidad general y en su caso la especial y de goce en el poderdante, pero no es un requisito de validez la capacidad del apoderado.

Puede darse el caso de que una persona otorgue un poder a un menor de edad (en derecho mexicano la mayoría de edad se adquiere a los diecio-

cho años cumplidos) y no es válida la calificación de nulidad que pretendiera darse a ese acto. En ese caso simplemente el apoderado no podrá actuar válidamente mientras sea menor de edad; pero al ser mayor, podrá ejercitar sus facultades sin restricción alguna y no sería técnicamente jurídica la afirmación de que el poder estaba afectado de nulidad relativa mientras el apoderado era incapaz y posteriormente por el sólo lapso necesario para que el apoderado se convirtiera en mayor de edad obtuvo su validez, ya que los actos afectados de nulidad relativa por falta de capacidad de ejercicio sólo adquieren plena validez cuando son confirmados por el incapaz, y en este ejemplo no se requiere ninguna confirmación por parte del apoderado, por el poder un acto unilateral en que no intervino éste en su otorgamiento, mal podría intervenir en una ratificación o confirmación.

Con lo anterior queda demostrado que no es lo mismo y por lo tanto nunca hay que confundir el mandato con la representación o con el poder; la representación con el mandato o con el poder, y el poder con el mando o la representación, ya que son conceptos jurídicos diferentes.

Por último, es pertinente señalar que el apoderado, aunque siempre actúa a nombre del poderdante, puede actuar por cuenta de éste, o puede actuar por cuenta o interés del mismo o puede actuar por cuenta o interés de un tercero.

Si una persona hace donación a otra de un crédito y para los efectos de que se pueda cobrar el importe de ese crédito le otorga un poder, el apoderando estará actuando a nombre del donante (que es poderdante) pero por cuenta e interés propio.

Si una persona da a otra un poder para enajenar bienes y con el producto pagar una deuda a un tercero, consignándose este compromiso como relación causal del poder, el apoderado actuará en nombre del deudor (que es al mismo tiempo poderdante) pero por cuenta e interés del tercero acreedor.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR LEOPOLDO, *Contratos civiles*; Editorial Hagtam, México, 1964. (Seminario de Derecho Civil de la H. Facultad de Derecho de la UNAM).
- ARIAS RAMOS J., "Derecho Romano, Volumen II, Obligaciones, Derechos de la Familia, Derecho de sucesiones", Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1958. (Seminario de Derecho Romano de la H. Facultad de Derecho de la UNAM).
- BARRERA GRAF, Jorge, *La representación voluntaria en el derecho privado*, Instituto de Derecho Comparado UNAM, México, 1967, (Biblioteca del Lic. Miguel Ángel Zamora).

- BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil*, Traducción hecha por el Lic. José M. Cajica Jr.; Tomo I, Volumen XIII, Editorial José M. Cajica Jr.; Puebla, México, 1945. (Seminario de Derecho Civil de la H. Facultad de Derecho de la UNAM).
- BORJA MARTÍNEZ, Manuel, *Conferencias pronunciadas*, en el tercer curso de actualización del estudio de las disciplinas básicas para el desempeño de la función notarial, en el Colegio de Notarios del DF, agosto-septiembre de 1972.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1953. (Biblioteca particular del autor de este trabajo).
- CARABELLAS, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, Tomo III, Editorial Heliasta, 8a. ed., Buenos Aires, (Biblioteca del Lic. Miguel Ángel Zamora Valencia).
- CAUDIAN, Aurelio, *Instituciones de derecho privado*, Traducción de la Segunda edición Hatana, por Blanca P. L. de Caballero, 1a. edición en español, Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americano, México, 1961. (Biblioteca del Lic. Miguel Ángel Zamora Valencia).
- COLÍN, Capitant, "Curso elemental de derecho civil", Traducción de *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo IV; Tercera edición; Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955. (Biblioteca del Seminario de Derecho Civil de la H. Facultad de Derecho de la UNAM).
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *Curso de derecho romano, Derecho de Obligaciones*, Imprenta Universitaria de Caracas; Caracas, 1964. (Seminario de Derecho Romano de la H. Facultad de Derecho de la UNAM).
- DE PINA, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, Contratos en Particular, Editorial Porrúa, México, 1961. (Seminario de Derecho Civil de la Ha. Facultad de Derecho de la UNAM).
- DICCIONARIO DE LA LENGUA CASTELLANA POR LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 14a. edición; Imprenta de los Sucesores de Hernando; Madrid, 1914; (Biblioteca del Lic. Rafael Oliveros Delgado).
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial Biográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, Tomo XXIV. (Biblioteca del Lic. Francisco A. Flores Malagón).
- ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de derecho civil*, 2º. Tomo, Derecho de las Obligaciones I, Volumen I, Doctrina General y Volumen II, Doctrina especial; traducción de la 35a. edición alemana, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas. Por Blas Pérez González y José Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, (Biblioteca del Seminario de Derecho Civil, de la H. Facultad de Derecho de la UNAM).
- ESPIN CANOVAS, Diego, *Manual de derecho civil español*, Volumen III, Obligaciones y contratos; Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1954; (Biblioteca del Seminario de Derecho Civil de la H. Facultad de Derecho de la UNAM).
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ERNESTO, *Derecho de las obligaciones*, Editorial Cajica; 2a. edición; Puebla, México, 1965. (Seminario de Derecho Civil de la H. Facultad de Derecho de la UNAM).
- JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, Tomo II, Volumen II, "Contratos"; traducción de Santiago Conchillos y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa-América; Bosch

- Editores, Buenos Aires. (Biblioteca del Seminario de Derecho Civil de la H. Facultad de Derecho de la UNAM).
- LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto curso de derecho civil*, Contratos; Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1970. (Biblioteca particular del autor de este trabajo).
- MARGADANT GUILLERMO, Floris, *El derecho privado romano*, Editorial Esfinge, México, 1973. (Biblioteca del autor de este trabajo).
- MAZEAUD HENRI Y LEON, y MAZEUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, Parte 3ª, volumen IV, Los principales contratos, (continuación); traducción por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1962. (Biblioteca del Seminario de Derecho Civil de la H. Facultad de Derecho de la UNAM).
- MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Tomo I, II y VI Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1954, 1955, (Biblioteca del Lic. Miguel Ángel Zamora Valencia).
- NEGRI PISANO, Luis Esteban, *La representación, el poder y el mandato*, (Biblioteca del Lic. Miguel Ángel Zamora).
- OLIVEROS LARA, Rafael Manuel, "Tesis profesional", Elaborada en abril de 1975, para obtener el *Título para Licenciado en Derecho* en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, titulada *El poder y el mandato en el derecho civil mexicano*, (Biblioteca particular del autor de este trabajo).
- PETIT EUGENE, *Tratado elemental de derecho romano*, El desarrollo histórico y la exposición general de los principios de la legislación Romana desde el origen de roma hasta el emperador Justiniano; Traducción de Fernández González José; Editorial Saturnino Calleja Madrid, 1926. (Biblioteca del autor de este trabajo).
- PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Traducción del Dr. Mario Díaz Cruz; Tomo XI, Editada por Cultural, La Habana, 1940. (Biblioteca del Seminario de Derecho Civil de la H. Facultad de Derecho de la UNAM).
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Sexto, Volúmenes I, II y III, Antigua Librería Robredo, México, 1960, 1966 y 1960, respectivamente. (Biblioteca del Lic. Miguel Ángel Zamora).
- , *Derecho civil mexicano*, Tomo Quinto, Volúmenes I, II y III, Antigua Librería Robredo, México, 1960, 1960 y 1965, respectivamente. (Biblioteca del Lic. Miguel Ángel Zamora).
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, Editorial Porrúa, México, 1973. (Biblioteca particular del autor de este trabajo).
- SÁNCHEZ URITE, Ernesto A., *Mandato y representación*, (Biblioteca del Lic. Miguel Ángel Zamora).
- ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel, *Apuntes*, tomados de su cátedra impartida en la H. Facultad de Derecho de la UNAM durante el 1er. Semestre de 1973

TÓPICOS DE LA COMPRAVENTA

Manuel Enrique Oliveros Lara
Ricardo Vargas Navarro



I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende plasmar algunas de las enseñanzas del maestro Zamora y Valencia y de cierta forma rendirle un homenaje y reconocimiento por todo el tiempo que le ha dedicado al estudio, a la investigación, a la docencia y al notariado.

Cuando uno entra en el mundo de las clases y de las ideas del maestro Zamora, se contagia de esa pasión que transmite. ¿Cómo olvidar esas lecciones del contrato de prestación de servicios profesionales, esa forma de enseñar que hay que conducirse con honorabilidad?, ¿Cómo olvidar su cita del artículo 2615 del Código Civil para el Distrito Federal, en la que dice que “sólo es responsable frente a su cliente por negligencia, impericia y dolo”? ¿Cómo olvidar a la Margarita de todos los ejemplos, al famoso Damaso, a Juan Pérez Jolote, al inmueble de avenida de Las Flores o a la perra Suqui? En fin tantas cosas que pueden venir a la mente.

Gratos recuerdos nos trae a la memoria la lección respecto de la transmisión de la propiedad por mero efecto del contrato, con enseñanzas como el momento en que se transmite la propiedad conforme al derecho civil mexicano, la transmisión de la propiedad conforme al derecho mercantil, o la transmisión la propiedad conforme al derecho alemán.¹

¹ Artículos 873 y 929 del C. alemán: “Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, así como para la transmisión o gravamen de semejante derecho, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la producción de la modificación jurídica y la inscripción de dicha modificación jurídica en el Registro, en tanto que la ley no prescribe otra cosa...”. Véase: ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 2002, pp. 124-125.

Como autor de la obra de “Contratos Civiles”, nos vamos adentrar en el estudio de algunos de sus temas. En un primer momento es importante recordar cómo clasifica los elementos de los contratos, lo cual es un buen punto de partida, ya que diversos autores nos dan diferentes maneras de clasificarlos. Por ejemplo, el Código Civil para el Distrito Federal (en adelante CCDF)² clasifica los elementos de los contratos, en los de existencia y los de validez. El maestro Rafael Rojina Villegas sigue la misma clasificación que el Código, el maestro Ramón Sánchez Meda los clasifica en elementos personales, elementos reales y elementos formales; y el maestro Zamora y Valencia, en elementos y presupuestos. Es interesante cómo nos señala que la forma es un elemento de existencia y no un presupuesto de los contratos, lo que no significa que la forma sea elevada a solemnidad: “Si la voluntad es la exteriorización de la intención o resolución de realizar un acontecimiento que actualice un supuesto jurídico, y las voluntades acordes de dos o más sujetos forman el consentimiento, si no existiese esa forma o manera de exteriorizarse, no se podría hablar del acto contrato”.³

¿De qué serviría un contrato del que no se puede probar su existencia si se busca hacerlo exigible? Es más, nos enseña que existen dos contratos solemnes, no en el sentido de que la forma sea elevada a solemnidad, sino que existen supuestos en los que si no se manifiesta el consentimiento en la forma regulada por la ley, no producen las consecuencias de derecho, como es el caso de la figura del mutuo subrogatorio que regula el artículo 2059, supuesto en el cual si un deudor paga una deuda con dinero de un tercero, éste quedará subrogado en los derechos del acreedor anterior, pero siempre y cuando se manifieste que el motivo determinante de la voluntad de los contratantes al celebrar el mutuo era para el pago de la deuda anterior, y sin esta circunstancia sólo se tendrán las consecuencias del mutuo, como puede ser tener únicamente una garantía quirografaria y no una garantía real. Situación similar se tiene en el caso del artículo 2860, debiendo distinguir, como lo hace el maestro Zamora, entre el contrato y el derecho real de prenda, siendo indispensable para el nacimiento del derecho real de prenda la fecha cierta. En estos supuestos, se requiere realizar la conducta del supuesto normativo, para obtener las consecuencias que el mismo regula y no otras, de ahí el concepto de contratos solemnes.

Otro punto interesante en cuanto a los elementos del contrato es el estudio que hace del objeto cosa en los contratos, y que además será materia

² Todos los artículos referidos en este apartado corresponden a dicho Código.

³ ZAMORA, *op. cit.*, p. 31.

de cita más adelante en el presente trabajo al hablar del contrato de compra-venta, de esperanza, de cosa futura y de cosa esperada. En el CCDF, el artículo 1825 establece que la cosa objeto del contrato debe:

1. Existir en la naturaleza,
2. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie y
3. Estar en el comercio.

Al respecto, en su obra hace varios comentarios. Por ejemplo, al hablar del contrato de comodato establece que sólo se hace mención a que se concede gratuitamente el uso, y no como en el arrendamiento que menciona el uso y/o goce, en virtud de que el goce permitiría hacerse de los frutos futuros lo que conlleva una donación, la cual debe ser actual, es decir, debe versar sobre bienes presentes (artículos 2332 y 2333). ¿Cómo olvidar la cita del “Mercader de Venecia”, Cuando Shylok le pide a Antonio una libra de su carne? Qué forma tan genial de explicar las cosas que están fuera del comercio. Nos quedó más claro que con la enseñanza del maestro Gutiérrez y González del dragón invertebrado gaseoso.

En el presente trabajo se abordarán algunos temas del contrato de compra-venta que consideramos de interés, en especial al recordar y volver a estudiar las enseñanzas del maestro Zamora y Valencia.

II. CONCEPTO DE COMPRAVENTA

El CCDF, en el artículo 2248, establece que: “Habrá compra-venta cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero.” En el libro de “Las Fuentes del Código Civil de 1928”, Rodolfo Batiza cita las fuentes empleadas en la elaboración del Código Civil de 1928, y en relación al artículo 2248 señala al Código de Napoleón, en donde observamos que establece en el artículo 1582 que “la venta es un pacto por el qual uno se obliga à entregar una cosa, y otro a pagarla[...]”.⁴ En los códigos civiles de 1870 y de 1884, el artículo 2939 y el artículo 2811, respectivamente, señalan que “La compra-venta es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga à transferir un derecho ó à entregar una cosa, y el otro à pagar un precio cierto y en dinero”.

⁴ CÓDIGO DE NAPOLEÓN (1807), Fondo Bibliográfico de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, 1809, p. 299.

En la doctrina francesa, el autor Louis Josserand señala:

El artículo 1582, capítulo 1º, al definir la venta diciendo que es “*una convención por la cual se obliga uno a entregar una cosa y el otro a pagarla*”, deja en la sombra dos efectos esenciales producidos por este contrato: nada dice sobre la obligación de transferir la propiedad, ni sobre la obligación de garantía, que incumben ambas al vendedor, al menos en la gran mayoría de los casos.⁵

En la doctrina española, Castán Tobeñas menciona:

Dice el artículo 1.445 de nuestro Código que “*por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar un cosa determinada, y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente*”. En esta definición —que no difiere gran cosa de las de otras legislaciones y de las que formulan los autores— están comprendidos los tres elementos que desde hace mucho tiempo viene la doctrina atribuyendo a la compraventa:⁶ el consentimiento (elemento común a todo contrato), y la cosa y el precio (elementos propios del contrato que nos ocupa, si bien son comunes al arrendamiento).⁷

Al citar el mismo artículo 1.445, Albaladejo señala que “la compraventa o venta o compra es un contrato por el que una parte (vendedor) se obliga a transmitir una cosa o derecho a otra (comprador) a cambio de que ésta se obligue a pagarle una suma de dinero llamada precio[...]”.⁸

En la doctrina alemana, Ludwig Enneccerus señala que:

El concepto legal de la compraventa aparece en el Artículo 1.445 del C.c. concebido en los términos siguientes: “*Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.*” En esta definición están implícitamente reconocidos los más destacados caracteres de la compraventa como contrato bilateral (obligaciones recíprocas de ambas partes), consensual (perfección por el solo consentimiento sin ningún otro requisito especial concurrente) y oneroso (atribución de ventajas a ambas partes mediante el cambio de cosa por precio).⁹

⁵ JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, Tomo V, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 3.

⁶ En igual sentido lo establece Pothier, en *Tratado de los Contratos*, Tomo I, México, Edición del Tribunal Superior de Justicia, 2007, p. 9.

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español Común Foral*, Tomo 4, Madrid, Editorial Reus, 1993, p. 65.

⁸ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 485-486.

⁹ ENNECERUS L y KIPP T., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones*, Tomo II, Barcelona, Editorial Bosch, 1966, pp. 30-31.

De los conceptos anteriores, no hay duda de que la compraventa es un contrato y que la entrega de la cosa es una obligación, sin embargo, en relación a la transmisión de la propiedad, es importante precisar si es un efecto del contrato o una obligación, y más tomando en consideración lo que establecen los artículos 2014 y 2015 al respecto, en relación con el artículo 1796 y en especial con el 2249.

Al respecto, el maestro Ramón Sánchez Medal menciona que:

Nuestro Código Civil define con acierto la compraventa como el contrato por el que “uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero” (2248). Aunque inspirada en el Código Civil argentino (Artículo 1323: “*Habrà compraventa cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto y en dinero*”); sin embargo, difiere de dicho ordenamiento en dos puntos: a) incluye en la definición la venta de derechos, según lo pretende la doctrina (Josserand), si bien en punto de terminología cabe hacer notar que en este último caso lo que propiamente se transfiere es la titularidad sobre los derechos (“*res incorporales, quae tangi non possunt*”) y no la propiedad sobre los mismos, dado que la propiedad más bien se reserva para las cosas (*res corporales, quae tangi possunt*); y b) suprime de la definición la obligación del comprador de recibir la cosa, sin que ello signifique que tal obligación no exista en la compraventa, pues efectivamente tiene el comprador la de recibir la cosa, porque de no hacerlo incurre en la “*mora accipiendi*” (2292).¹⁰

Como se puede observar, no hace crítica de la definición del código respecto a que la transmisión de la propiedad sea una obligación, como sí lo hace la mayoría de la doctrina, para lo cual divide, por sus efectos, a la compraventa, resultando que tendrá efectos reales cuando la obligación de transmitir la propiedad se cumple al mismo tiempo que se perfecciona el contrato (artículo 2014), y efectos obligatorios en los supuestos de la compraventa con reserva de dominio, con objeto alternativo, sujeta a condición, de cosa futura y de géneros, casos en que la obligación de transmitir la propiedad se difiere a un momento posterior (artículos 2015 y 2249), postura con la cual, aunque no coincidamos, veremos que es práctica.

El maestro Zamora y Valencia define a la compraventa como:

El contrato de compraventa es aquel por virtud del cual, una persona llamada vendedor se obliga a entregar una cosa o a documentar la titularidad de un

¹⁰ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Editorial Porrúa, 1991, pp. 141.

derecho, a la otra parte contratante, llamada comprador, quien como contraprestación se obliga a pagar un precio cierto y en dinero, y que produce el efecto translativo de dominio respecto de los bienes que sean materia de contrato”; y continua mencionando que: “En la doctrina mexicana se ha considerado siempre que en el contrato de compraventa, la obligación primordial del vendedor es la de transmitir la propiedad de la cosa al comprador y por la influencia de ese criterio se ha conceptualizado a este contrato como “aquel por virtud del cual, una de las partes contratantes llamada vendedor, se obliga a transmitir la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho a la otra llamada comprador, quien se obliga a pagar como contraprestación un precio cierto y en dinero”. Sin embargo, como se verá más adelante, los contratos translativos de dominio producen dos tipos de efectos perfectamente diferenciados entre ellos. Por una parte, el efecto de transmitir la propiedad del bien objeto del contrato y por la otra, la creación de diversas obligaciones para las partes, siendo las principales, la de entrega de la cosa por parte del enajenante y, en los contratos onerosos, la entrega de la contraprestación por parte del adquirente. Por lo tanto, no deben confundirse estos efectos y no debe considerarse que la transmisión del dominio en estos contratos sea una obligación del enajenante, ya que si se satisfacen los requisitos exigidos por el respectivo supuesto jurídico, se producirá indefectiblemente el efecto consistente en la transmisión del dominio del bien y por lo tanto, no podrá ser una obligación del vendedor, ya que toda obligación, por necesidad lógica, lleva en sí misma la posibilidad o de un incumplimiento y por otra parte, para su cumplimiento se requiere de una manifestación de conducta del deudor ya sea proyectada como una prestación o como una abstención, considerándose incumplida si no se actúa, si consiste en una prestación, o si se actúa en contravención a lo pactado, si consiste en una abstención.¹¹

De lo expuesto hasta aquí del concepto de compraventa se desprende que la transmisión de la propiedad es un efecto y no una obligación, en el entendido de que aunque se difiera la transmisión para un momento posterior no será una obligación, sino un efecto por el cumplimiento de lo pactado en el contrato, como es la elección de la cosa en la compraventa: de géneros o de objeto alternativo, o en el caso de la transmisión del dominio y cancelación de la reserva, por el cumplimiento del pago del precio. De ahí que el maestro Rojina Villegas señale que:

La compraventa en el derecho latino moderno, que deriva del Código Napoleón, es un contrato translativo de dominio, es decir, se define como el contrato por virtud del cual una parte, llamada vendedor, transmite la propiedad de una cosa o de un derecho a otra, llamada comprador, mediante el pago de un

¹¹ ZAMORA, *op. cit.*, pp. 109-110.

precio cierto y en dinero[...] Esta definición elaborada a la luz de la interpretación del Código francés y de la doctrina posterior, no es, sin embargo, la noción que encontramos consagrada en ese ordenamiento y, posteriormente, en aquellos que ha inspirado, como el italiano, el español vigente, el portugués, o los nuestros de 1870 y 1884; por el contrario, en la definición del Código Napoleón, encontramos casi los términos romanos, que no hacen alusión a la transmisión de la propiedad, sino simplemente a la entrega de la cosa, y no es sino por los antecedentes y las disposiciones dispersas que se encuentran en el Código francés, tanto en el capítulo de compraventa, como en el de obligaciones de dar, por lo que podemos considerarlo esencialmente como un contrato translativo de dominio.¹²

El maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, al hablar de los efectos traslativos del contrato de compraventa, concluye:

En suma, la obligación de transmitir la propiedad a cargo del vendedor no tiene realidad alguna, pues si así fuera, en todo contrato de compraventa habría necesariamente dos intervenciones diversas de quien vende, de las cuales, la primera, cuando su manifestación volitiva en el contrato por el que se obligaría a transmitir y la segunda, la intervención del propio vendedor para cumplir con su obligación precisamente transmitiendo la que por cierto podría no darse voluntariamente y entonces el comprador debería demandar el cumplimiento de esa supuesta obligación.¹³

De lo que podemos concluir que coincide con las ideas expuestas por los maestros Rojina Villegas y Zamora y Valencia es que la transmisión de la propiedad es un efecto del contrato y no una obligación, sin perder de vista que el maestro Sánchez Medal se refiere a que la transmisión de la propiedad es una obligación y su incumplimiento genera la actualización del supuesto del pacto comisorio o del saneamiento para el caso de evicción.

Adicionalmente, y en relación a los efectos del contrato de compraventa, es interesante estudiar las interpretaciones que se llegan a tener del artículo 2249.¹⁴ El maestro Sánchez Medal señala que él, por regla general, se refiere a los contratos con efectos reales y a la excepción a los contratos con efectos obligacionales, como ya se comentó. El maestro Zamora y Valencia

¹² ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano. Contratos*. Tomo VI, Volumen I, México, Editorial Porrúa, 1977, pp. 130-131.

¹³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil Contratos*, México, Editorial Porrúa, 2000, p. 225.

¹⁴ Artículo 2249. Por regla general, la venta es perfecta y obligatoria para las partes cuando se han convenido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada, ni el segundo satisfecho.

señala que, por regla general, cuando hay acuerdo en cosa y precio existe compraventa, y por excepción se puede dar el caso de que habiendo acuerdo en cosa y precio no se transmita la propiedad, como es en el caso del contrato de promesa de compraventa, poniendo el ejemplo de que Margarita, como promitente vendedor, celebre contrato preparatorio de promesa y no contrato definitivo de compraventa, por no ser todavía dueña o no tener título con el cual pueda acreditar la propiedad.

III. COMPRAVENTA DE COSA AJENA

Uno de los temas que resultan más interesantes al ser abordados por el maestro Zamora y Valencia, es el supuesto de la compraventa de cosa ajena y que es de gran utilidad para realizar un repaso por la teoría del acto jurídico.

Dentro del estudio de las ineficacias del acto jurídico, a la luz del Código Civil de 1928, tenemos la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa. El Código Civil, la jurisprudencia y la doctrina asumen diferentes posturas dentro de la compraventa de cosa ajena, dentro de las que mencionaremos en el presente trabajo tenemos las que establecen que es válida (Código Civil italiano¹⁵, Sánchez Medal, Castán Tobeñas, Albaladejo y Pothier, entre otros); las que señalan que es nulidad sin especificar de qué tipo (CCDF); la que señala que es nulidad relativa por falta de legitimación o capacidad (Lozano Noriega); la que señala que es nulidad relativa por sus efectos (García López); la que señala que es inexistente (Gutiérrez y González y Fausto Rico y Patricio Garza) y la que señala que es nulidad absoluta (Rojina Villegas, Zamora y Valencia y Domínguez Martínez).¹⁶

El Código Civil regula el supuesto de la compraventa de cosa ajena, en los artículos 2269 a 2271,¹⁷ estableciendo que la venta de cosa ajena es nula,

¹⁵ El Código Civil Italiano en el artículo 1.478 *Venta de cosa ajena*: Si en el momento del contrato la cosa vendida no era de la propiedad del vendedor, queda obligado éste a procurar la adquisición al comprador.

¹⁶ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Libro del Cincuentenario del Código Civil*, México, Editorial Porrúa, 1978, pp. 317-347.

¹⁷ Artículo 2269. Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad.

Artículo 2270. La venta de cosa ajena es nula y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe; debiendo tomarse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe.

Artículo 2271. El contrato quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción, adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida.

sin señalar qué tipo de nulidad, es decir, si es absoluta o relativa, debiéndose de tomar en cuenta lo establecido en el artículo 3009, respecto al adquirente a título oneroso de buena fe.

Parte de la doctrina mexicana, al estudiar la compraventa de cosa ajena, la ubica geográficamente en el estudio de la capacidad del vendedor, recordando que la capacidad se divide en “de goce” y “de ejercicio” (artículos 22, 24, 646, 647, 1798 y 450), y además dividen, para su estudio, a la de ejercicio en general y especial o también llamada legitimación,¹⁸ entendiendo ésta como la posición que guarda una persona frente a otra persona o frente una cosa para la realización de un acto jurídico, en este caso un contrato, lo que resulta aplicable a la compraventa, ya que no basta tener la capacidad general de ejercicio, sino además ser dueño de la cosa. A este respecto, el maestro Lozano Noriega señala que la venta de cosa ajena produce la ineficacia de nulidad relativa por falta de capacidad, tomando en cuenta que la capacidad como elemento de validez es la capacidad de ejercicio.

En el presente trabajo, al tratar el concepto de compraventa, se estudiaron las ideas del maestro Sánchez Medal, quien concluye que la venta de cosa ajena es válida en virtud de que la transmisión de la propiedad es una obligación, y que por serlo se daría el incumplimiento de la misma y se podría demandar el pacto comisorio o el saneamiento para el caso de evicción, lo que resulta procesalmente una solución práctica, adicionando el maestro que:

La sentencia general de que “la venta de cosa ajena es nula” (2270), que a manera de postulado absoluto repite nuestro Código civil, tomado del Artículo 1599 del Código civil francés, es una afirmación inexacta. El requisito de que la cosa o el derecho que se obliga a transmitir al comprador el vendedor, sea propio de éste y no ajeno, no es precisamente un requisito que deba tener el objeto-cosa de la compraventa.¹⁹

¹⁸ AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, “Interpretación de las disposiciones legales que reglamentan la venta de cosa ajena en el Código Civil”, *Lecturas de Anales de Jurisprudencia*, México, Tribunal Superior de Justicia del D. F., 1992, p. 7.

¹⁹ SÁNCHEZ MEDAL, *op. cit.*, pp. 162-163. En igual sentido, Pothier menciona que: “Es cierto que el que vende la cosa de otro no puede sin el consentimiento del propietario transferir la propiedad de una cosa que no le pertenece; pero el contrato de venta no consiste en la traslación de la propiedad de la cosa vendida; basta para que sea válido, que el vendedor se haya formalmente obligado a hacer adquirir al comprador la cosa vendida; y la obligación que ha contraído no deja de ser válida[...]”. Cfr. POTHIER R.J. *Tratado de los Contratos*, Tomo I, México, Tribunal Superior de Justicia, 2007, p. 11.

Sin embargo, el maestro Zamora y Valencia señala que los ejemplos planteados por el maestro Sánchez Medal no resultan ser una venta de cosa ajena, como es el caso de la venta hecha por el heredero aparente o la del sujeto que tiene un título inscrito que con posterioridad es declarado nulo por resolución judicial, ya que en su momento se realizaron por el titular registral y la sanción de la venta de cosa ajena es la de nulidad, lo que origina la devolución de lo pagado por el comprador o la devolución de las prestaciones, consecuencia similar a la que señala el maestro Sánchez Medal, pero con diferente postura respecto de la figura de venta de cosa ajena. Adicionalmente, y similar a las ideas del maestro Sánchez Medal, encontramos en la doctrina española la postura del autor Castán Tobeñas, quien señala: “A nuestro juicio, el sistema o tipo consensual y obligacional, conforme al que está organizada en nuestro Derecho la compraventa, permite estimar la validez como contrato de la venta de cosa ajena por lo menos cuando las partes proceden de buena fe”,²⁰ resultando interesante el estudio que se realiza al respecto de la compraventa futura, que será adquirida de buena fe por el vendedor y éste, a su vez, la vende, considerando que la transmisión de la propiedad es una obligación, similar a la regulación del Código Civil italiano, que impone la obligación al vendedor de procurar adquirir la cosa para el comprador. En el mismo sentido, el autor Albaladejo expresa:

En la práctica, es corriente la venta de cosas no propias (más, no se piense que sólo es practicada por desaprensivos, amigos de beneficiarse tomando un precio a cambio de lo que no es suyo); y no es extraño que quienes se proponen comprar algo con el don de revenderlo, esperen, para adquirirlo en firme, a tener asegurado un comprador.²¹

Puede ser el ejemplo de un vendedor de coches que celebre contrato de compraventa respecto de un coche nuevo que le será asignado dentro de varios que conforman un lote, a lo que se podría contestar que se está en presencia de otra compraventa de cosa futura y la transmisión de la propiedad se realizará en el momento en que el coche se haga cierto y determinado, en relación al acreedor de cada uno de los contratos de compraventa, por lo que no se estaría en presencia de un contrato de compraventa de cosa ajena, ya que al momento de su celebración aplicaría el supuesto del artículo 2015, conforme a nuestro derecho. Pothier señala que: “Es de esencia del contrato de venta que el vendedor no retenga el derecho de propiedad de la

²⁰ CASTÁN, *op. cit.*, p. 86.

²¹ ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 495.

cosa que vende, cuando es propietario de la misma, y que en este caso deba transferirla al comprador[...].²² Posteriormente, continúa comentando:

Quando el vendedor ha vendido y entregado la cosa sin consentimiento del propietario, no cabe duda que no ha podido transferir al comprador un derecho de propiedad que no tenía: *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (L. 54 D. de reg.) La tradición que se ha hecho al comprador no deja por esto de tener su efecto. Si no le transfiere la propiedad, le da posesión civil de la cosa, y esta posesión civil, cuando está muy acompañada de buena fe, da al comprador: 1º, el derecho de percibir los frutos, sin obligación de restituirlos al verdadero propietario que más tarde reivindicarse la cosa; 2º, la posesión de buena fe, después de una duración de diez años, cuando el propietario habita en la misma provincia que el comprador, o después de veinte cuando no habita en la misma provincia, hace adquirir al comprador la propiedad de la cosa que su vendedor no había podido transmitirle; a este modo de adquirir llamamos prescripción o usucapión.²³

El artículo 2226 enumera las características de la nulidad absoluta y el CCDF señala que cuando no se reúnen todos los caracteres del artículo anterior, la nulidad es relativa. En relación a este artículo 2227, el maestro Rojina Villegas hace una interesante reflexión, al señalar que el artículo 2225 establece que la ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto, produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley, sin que exista artículo alguno en el Código que señale expresamente en qué casos la ilicitud produce la ineficacia de la nulidad absoluta o relativa; indicando que si la acción de nulidad por un supuesto de ilicitud fuere prescriptible o sólo la pudiera solicitar el interesado, esta ilicitud produciría nulidad relativa, como es en el caso de la nulidad del matrimonio (artículo 235- II), que al otorgarse en contravención de ciertos impedimentos para su celebración (artículo 156), en que la acción es prescriptible, o sólo la puede pedir el interesado, habiéndose celebrado el matrimonio en contravención a normas de orden público, como son las prohibitivas.

El maestro García López, citado por el maestro Zamora y Valencia, concluye que la venta de cosa ajena produce nulidad relativa por sus efectos, fundamentándolo en lo que regula el artículo 2271, en virtud de que la venta de cosa ajena quedará revalidada si el vendedor adquiere la propiedad de la cosa vendida, antes de que el comprador sufra la evicción. El maestro Zamora y Valencia opina que revalidar, convalidar y confirmar no son con-

²² ROTHIER, *op. cit.*, p. 7.

²³ *Ibidem*, pp. 171-172.

ceptos sinónimos, ya que para poder convalidar o confirmar se requiere subsanar la causa de la nulidad, como es la falta de forma en el caso del menor de edad que contrata o cuando se celebra un contrato existiendo un vicio del consentimiento, que se puede confirmar una vez que se otorgue con la formalidad que exige la ley, se llegue a la mayoría de edad o desaparezca el vicio del consentimiento, según corresponda, lo que es diferente de la revalidación, como se estudiará más adelante en el presente trabajo.

Otra postura en relación a la venta de cosa ajena es la que la regula con la ineficacia de inexistencia, que, entre otros autores, la estudia el maestro Ernesto Gutiérrez y González, quien hace la reflexión de que en el Código Civil de 1928 el legislador adoptó la teoría tripartita de las ineficacias jurídicas ya comentada, alejándose de la teoría bipartita del Código de Napoleón y de los códigos civiles de 1870 y 1884, que las clasificaba en anulabilidad y nulidad, haciendo la aclaración que el legislador de 1928 reguló el título sexto, de la primera parte, del libro cuarto, “de las Obligaciones”, y que no las adecuó al resto del Código. Con base en lo comentado, el maestro Gutiérrez y González expone que la venta de cosa ajena es inexistente, por no existir un objeto que sea coincidente con el objeto.²⁴ Adicionalmente, comenta: “Supóngase un contrato de compra venta en donde no hay precio o no hay acuerdo de voluntades. Será un “acto inexistente” por faltarle uno de sus elementos esenciales”.²⁵ Los autores Fausto Rico y Patricio Garza en su obra señalan que la venta de cosa ajena no es compraventa, ya que no puede existir una compraventa que no transmita la propiedad. Sin embargo, el maestro Zamora y Valencia señala que la conclusión de que la venta de cosa ajena es inexistente y no es admisible, ya que para la existencia del contrato sólo se requiere que exista consentimiento y objeto, citando en su obra lo siguiente:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que la compraventa de cosa ajena es nula y no inexistente: “*Compraventa de cosa ajena*. La venta de cosa ajena es nula, no inexistente, porque si bien es verdad que la ley establece como requisito esencial para la existencia de todo contrato, el consentimiento de las partes contratantes, en el caso no puede decirse que falte dicho requisito, puesto que existe el consentimiento del vendedor de realizar la compraventa, si bien se trata de un consentimiento otorgado por el no propietario; además de que se trata de un contrato que produce una serie de importantes efectos que si

²⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, México, Editorial Cajica, 1974, p. 136.

²⁵ *Ibidem*, p. 166.

fuera inexistente, no sería posible imaginar.” (Quinta Época. Suplemento de 1956, pág. 111, A.D. 8925. Catalina p. de Parkman. Cuatro votos).²⁶

Además de que consideramos que desde el punto de vista práctico, si se solicitara la ineficacia de la inexistencia del acto jurídico, resultaría que como acto no produjo efectos, sino que los produciría como un hecho jurídico (por ejemplo, se tendría que hacer valer las acciones por enriquecimiento ilegítimo o por responsabilidad de un hecho ilícito).

El maestro Zamora y Valencia sostiene que la venta de cosa ajena produce nulidad absoluta por el ilícito que implica, y señala que para poder estar en presencia del supuesto de venta de cosa ajena, se requiere:

1. Que recaiga sobre bien determinado,
2. Que el bien no sea del vendedor,
3. Que el vendedor no tenga facultades otorgadas por el dueño,
4. Que el vendedor no sea aparente,
5. Que el vendedor no tenga facultades por ley para vender,
6. Se pretenda una ventaja económica por la operación, y
7. Se pretenda el efecto traslativo de propiedad.

Considerando que en el artículo 1830 se establece que “es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”, los maestros Rojina Villegas y Zamora y Valencia califican la compraventa de cosa ajena con una nulidad absoluta.

El maestro Zamora y Valencia afirma que en toda legislación que se reconozca y garantice el derecho de propiedad, el contrato de compraventa de cosa ajena, por constituir un hecho contrario a disposiciones de orden público, se debe sancionar como nulo, con nulidad absoluta, citando la siguiente ejecutoria:

224. *Venta de cosa ajena, nulidad absoluta de la* (legislación del Estado de Veracruz). Tratándose de una venta de cosa ajena, su nulidad es absoluta de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2202 del Código Civil del Estado de Veracruz, que previene, que ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad[...] En cambio, en la venta de cosa ajena no sucede lo mismo, por ser ilícita, delictuosa, un acto ejecutado en contra de una ley prohibitiva, en la cual no se trata del cumplimiento voluntario del perjudicado, ni por ende el comprador puede ratificarlo. El artículo 2204 del Código citado, al prevenir: “El contrato quedará revalidado si antes de que tenga lugar la evicción, adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida”

²⁶ ZAMORA, *op. cit.*, p. 119.

no establece pues, la **convalidación por ratificación**; solamente dispone que el contrato queda revalidado porque, en ese caso el dueño ya no puede impugnar aquella venta de nula, puesto que transmite la propiedad y deja de ser dueño (A.D. 2894/ 1963. Héctor Fernández Cadena. Abril 30 de 1965. Unanimidad 4 votos. Ponente: Mtro. Ramón Canedo Alderete. Tercera sala. Sexta época. Volumen XCIV, Cuarta Parte, p. 162).²⁷

Continúa el maestro Zamora y Valencia, señalando que:

En igual sentido se orienta el estudio enjundioso y claro del Maestro don Rafael Rojina Villegas”, quien menciona: “No sólo tiene un interés teórico llegar a la conclusión de que la venta se encuentra afectada de nulidad absoluta, por ser inconfirmable, sino que también se presentan consecuencias prácticas de verdadero interés. En efecto la acción será imprescriptible y, además, no sólo podrá intentarla el comprador perjudicado, sino también todo tercero que tenga interés jurídico, especialmente el legítimo propietario. En cambio, si se aceptare la tesis de la nulidad relativa, que por desgracia parece dominar en nuestro ambiente jurídico, se llega a consecuencias peligrosas, como son las de que la acción de nulidad prescribirá en el término máximo que señala la ley, de diez años, por no existir un término especial y, además, el legítimo propietario no podría intentar dicha acción, por no ser parte contratante, como se requiere en todos los casos de nulidad relativa.”²⁸

El maestro Domínguez Martínez, al hablar del supuesto de compraventa de cosa ajena, realiza un interesante estudio similar al de los maestros Rojina Villegas y Zamora y Valencia, señalando:

En esas condiciones, los razonamientos anteriores nos hacen concluir que en el caso de la venta de cosa ajena estamos en presencia de una nulidad absoluta por inconfirmable e imprescriptible y que la revalidación, que corre por cuenta de la ley y no de las partes, hace surgir a la compraventa celebrada como un acto sano, liberado de la nulidad que padecía, pero que sus efectos son precisamente a partir de la revalidación de dicha venta, pues antes de ello el propietario de la cosa era un tercero ajeno a las partes y no como en el caso de la nulidad relativa, que por la convalidación del acto por su confirmación, los efectos se retrotraen a la fecha de la celebración del mismo (artículo 2235 del Código Civil).²⁹

El maestro Zamora y Valencia reitera que la sanción debe ser de nulidad absoluta, adicionando que se debe también considerar como una mala cos-

²⁷ *Ibidem*, pp. 317-347.

²⁸ ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*, p. 262-263.

²⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 258.

tumbre disponer de lo ajeno, y señalando que lo ilícito seguirá siendo siempre ilícito y no es confirmable, y que el Código, al establecer en el artículo 2271 que el contrato quedará revalidado, da una solución de economía procesal regulada por el legislador para evitar:

1. La acción reivindicatoria del propietario legítimo y
2. La acción de saneamiento para el caso de evicción del comprador.

Expresados los principios anteriores, se tratarán algunas modalidades del contrato de compraventa o, como lo señalan los autores argentinos, las cláusulas que califican al contrato de compraventa.

IV. COMPRAVENTA: DE ESPERANZA, DE COSA FUTURA Y DE COSA ESPERADA

Algunos autores, al estudiar las modalidades de la compraventa, y en el caso del Maestro Zamora y Valencia, al estudiar algunas cláusulas especiales que califican el contrato de compraventa, hacen mención a los contratos de compraventa de esperanza, de cosa futura y de cosa esperada, fundamentándolo en el principio de la libertad contractual (artículo 1839), y que este tipo de cláusulas en un contrato tienen el carácter de accidentales.

En el inicio del presente trabajo se mencionó el objeto “cosa” y las características de éste, dentro de las que se encuentran que debe existir en la naturaleza (1825), y por excepción las cosas futuras pueden ser objeto de contrato (1826), con la salvedad de:

1. Los contratos que tengan por objeto la herencia de persona viva, aunque ésta preste su consentimiento y
2. El contrato de donación que debe recaer sobre cosas presentes (2332 y 2333).

El autor Pothier señala que:

En rigor no puede existir contrato de venta sin que haya una cosa vendida; pero no es de absoluta necesidad que la cosa deba existir al tiempo del contrato, basta que pueda y deba existir. Por ejemplo: todos los días llega el caso de venderse el vino que vamos a recoger antes de la cosecha; esta cosa vendida es válida aunque no exista todavía; pero depende de la condición de su futura existencia; y si no llegara a existir por no recogerse vino alguno tampoco existirá la venta[...] Una simple esperanza puede aún ser objeto de un contrato de venta; así, pues, si un pescador vende a alguno su redada por cierto precio, constituye un verdadero contrato de venta aun cuando no cogiera ningún pez;

porque la esperanza de los peces que podrían ser cogidos, viene a ser un ser moral que es apreciable y puede ser objeto de un contrato[...]³⁰

Zamora y Valencia, al estudiar las cosas futuras como objeto del contrato de compraventa, señala que:

No puede ser objeto de contratación la cosa que no ha existido y no tiene posibilidad de existir, ni aquella que existió pero que ha perecido antes de la celebración del contrato[...] Si el contrato de compraventa se celebra respecto de cosas que existirán por efecto natural con o sin intervención previa de la actividad humana o respecto de cosas que constituyan el producto incierto de un hecho, se califica como *compraventa de esperanza*, si el comprador toma a su cargo el riesgo de que tales cosas lleguen a existir, y como *compraventa de cosa esperada* si no toma a su cargo tal riesgo. Si el contrato se celebra respecto de cosas que para existir requieran de la voluntad del hombre, y el vendedor se obliga a fabricarlas, elaborarlas o mandarlas fabricar o elaborar, el contrato se califica como de *compraventa de cosa futura*, aun cuando esta terminología puede ser equívoca, ya que también los contratos antes mencionados son de cosa futura.³¹

El maestro Sánchez Medal, al hablar de que las cosas futuras puedan ser vendidas, aclara que:

Cuando a cambio de un determinado precio, una de las partes se obliga a construir o a hacer una determinada cosa, con materiales propios y bajo la propia dirección, no se está en el caso de una venta de cosa futura, sino de un contrato de obra a precio alzado (2616)[...] Sobre este mismo particular cabe distinguir la compraventa de cosa esperada (en que el riesgo de la no existencia de la cosa futura corre a cargo del vendedor “*emptio rei speratae*”), de la compraventa de esperanza que es un contrato aleatorio (2309, 2392 y 2393) en la que el comprador toma el riesgo de que la cosa no llegue a existir.³²

Al respecto de estas modalidades de la compraventa es importante señalar que el legislador buscó darle importancia al carácter aleatorio del contrato de compraventa de esperanza, al regularlo en los contratos aleatorios que, como ya se señaló, el comprador adquiere con el riesgo de la existencia o no de la cosa y en qué cantidad. En el contrato de compraventa de cosa futura es el vendedor el que asume el riesgo y la obligación de que exista la cosa objeto del contrato. En el contrato de compraventa de cosa esperada ambas

³⁰ POTHIER, *op. cit.*, p. 10.

³¹ ZAMORA, *op. cit.*, p. 141.

³² SÁNCHEZ MEDAL, *op. cit.*, p. 158.

partes asumen el riesgo de la cosa, y si ésta no llegare a existir, no hay obligación al respecto para ninguna de las partes.

El maestro Zamora insiste en que es fundamental desentrañar la intención de los contratantes. A manera de ejemplo, si Margarita nos expusiera que está interesada en adquirir la cosecha que se producirá en una huerta, ¿qué contrato de compraventa o bajo qué modalidad se le recomendaría celebrar? En primer lugar, habría que tomar en cuenta cuál es su intención y qué riesgos está dispuesta a tomar, ya que si le interesara adquirir toda la cosecha que llegare a existir, sin importar si existe o no y en qué cantidad, por un precio, sería una la solución; pero si lo que le interesara es adquirir una cantidad determinada de la cosecha, asumiendo el vendedor el riesgo y la obligación de la existencia de la misma, la solución sería diversa; pero si las partes manifestaran que el motivo determinante de su voluntad es celebrar el contrato, bajo la modalidad de que el vendedor se obligue a transmitir y el comprador a adquirir lo que exista, tendríamos otra solución.

V. COMPRAVENTA EN ABONOS VS. COMPRAVENTA CON RESERVA DE DOMINIO

Un tema que el maestro Zamora y Valencia aborda en la cátedra y en su obra, haciendo un análisis detallado, es el referente al supuesto de cuando el comprador no cuenta con los recursos suficientes para pagar la totalidad del precio, sin embargo, vendedor y comprador están de acuerdo en cosa y precio, señalando que el Código regula, con fundamento en la libertad contractual (artículo 1839), la compraventa en abonos (artículos 2310 y 2311) y con reserva de dominio (artículos 2312 a 2315) como posibles soluciones para poder realizar pagos periódicos durante un tiempo determinado que sea pactado por las partes. Es fundamental atender a la voluntad e intención de las partes contratantes.

Tenemos autores que, por regla general en este supuesto, son partidarios de la reserva de dominio, y autores que defienden la compraventa en abonos, en especial si se constituye una garantía real que puede ser con el mismo bien, debiendo tomar en cuenta que tanto en la compraventa con reserva de dominio (artículo 2312) como en la compraventa en abonos (artículo 2310-I), procede la inscripción de una cláusula rescisoria o comisoria, especialmente hablando de bienes inmuebles.

El maestro Zamora y Valencia señala que: “el contrato de compraventa con reserva de dominio es aquel en el cual las partes, mediante un pacto expreso, modifican el efecto traslativo de dominio, haciéndolo depender del

cumplimiento de una obligación por parte del comprador”;³³ insistiendo en que se puede diferir la transmisión de la propiedad, pero nunca suprimirse. También señala que:

El contrato de compraventa en abonos es aquel en el cual las partes, mediante pacto expreso facultan al comprador para que pague el precio ya sea en forma total o parcial en cierto tiempo, mediante entregas parciales. Así, el comprador puede pagar parte del precio en el momento de la celebración del contrato y el saldo por partidas en cierto tiempo; o puede pagar la totalidad del precio sin que exista pago parcial inicial, mediante entregas parciales en cierto tiempo.³⁴

Señala que en el caso de la compraventa en abonos, es posible y recomendable constituir garantía real, sea prendaria o hipotecaria, respecto del mismo bien, en lugar de la inscripción de la cláusula rescisoria o comisoria.

Louis Josserand, en la doctrina francesa, comenta: “Cuando ha sido fijado en capital, se puede estipular el pago en fracciones, por vencimientos sucesivos del precio: cuando estos vencimientos se escalonan en intervalos regulares durante un plazo bastante largo, se dice que hay venta a plazos[...]”.³⁵

Manuel Albaladejo, en la doctrina española, estudia la compraventa en abonos y la compraventa con reserva de dominio, señalando, respecto de la venta en abonos:

Sea la venta de la clase bienes que sea, que el precio deba pagarse al contado o a plazos, depende de lo acordado por las partes. Por tanto, éstas son libres de celebrar venta a plazos de cualesquiera inmuebles o muebles, sin que tal contrato se rija por disposición alguna especial, sino por las reglas que le correspondan de la compraventa normal.³⁶

Y respecto de la venta con reserva de dominio, señala:

[...]por el pacto de reserva de dominio (*pactum reservati dominii*) se determina que el vendedor, aun después de entregar la cosa al comprador, siga siendo dueño de ésta hasta cierto momento o suceso (puesto que sería contradictorio con el fin de la venta que se reservase la propiedad *para siempre*). Se trata, pues, de que —a diferencia del caso normal— dicha entrega no es transmisiva del dominio, que luego, como ya el comprador tiene la cosa, se transfiere automá-

³³ ZAMORA, *op. cit.*, p. 135.

³⁴ *Ibidem*, p. 138.

³⁵ JOSERRAND, *op. cit.*, p. 11.

³⁶ ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 540-541.

ticamente, sin necesidad de desplazamiento posesorio, cuando llega el momento o acontece el suceso hasta el que se estableció la reserva.³⁷

Ennecerus, en la doctrina alemana, al tratar el tema de la compraventa con reserva de dominio, menciona:

La estipulación de un pacto de reserva de dominio es posible tanto en las ventas de bienes muebles como en las de inmuebles, si bien es en las últimas menos frecuentes ya que la finalidad de garantía se puede lograr mejor acudiendo a la constitución de una hipoteca sobre a cosa vendida[...] La especial significación de la reserva de la propiedad se traduce en el sometimiento de la transmisión dominical a una condición suspensiva (generalmente, el pago de la totalidad del precio). No se trata de una venta sometida a condición suspensiva, porque lo que queda pendiente del cumplimiento de la condición no es la perfección del contrato (nacimiento de las obligaciones propias de la compraventa: obligación de entrega la cosa y obligación de pagar el precio) sino su consumación (Ss. de 15 marzo 1934 y 10 junio 1958). Se trata, pues, de una venta pura y simple en la que queda sometida a condición la transmisión del dominio. Es lógico que el pago del precio no pueda funcionar como condición del contrato, ya que el precio es un elemento esencial de la venta; funciona como condición de la adquisición de la propiedad por parte del comprador.³⁸

El maestro Sánchez Medal, al estudiar el tema que nos ocupa, retoma que la transmisión de la propiedad es una obligación del vendedor y señala citando a Mazeaud: “La regla general de que la propiedad se transmite al comprador, junto con los riesgos, desde la conclusión de la compraventa, no es de carácter imperativo, sino que admite pacto en contrario para diferir o anticipar la transmisión de los riesgos”.³⁹ Y dice, además, que, en su concepto, la transmisión de la propiedad y la teoría de los riesgos se pueden desasociar, siendo partidario de la compraventa con reserva de dominio.

El maestro Domínguez Martínez, al hablar de la compraventa con reserva de dominio y siendo coincidente con las ideas del maestro Sánchez Medal, señala:

La modalidad es utilizable en los casos en que el comprador no cubre de contado el precio y opera como una garantía para el vendedor, a efecto de que aquél, al no adquirir la propiedad de lo comprado, tenga impedido disponer de ello; de esa manera, en todo caso lo vendido permanece más al alcance del vendedor tanto física como jurídicamente.⁴⁰

³⁷ *Ibidem*, pp. 547-548.

³⁸ ENNECERUS, *op. cit.*, pp. 184-185.

³⁹ SÁNCHEZ MEDAL, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 321.

Continúa comentando:

Otra consideración a propósito, es la combinación de la compraventa con reserva de dominio con la compraventa en abonos, pues tal y como una y otra están reguladas, la segunda se sustenta en el supuesto de no haber pagado inmediato sino diferido del precio y precisamente en ese supuesto es que la reserva de dominio es un medio de garantía para ese pago. No obstante, una y otra modalidades pueden presentarse independientemente, pues la garantía en el caso de la compraventa en abonos puede ser otra, como fianza, prenda, hipoteca, o puede, inclusive, no haberla[...]. Además, la compraventa con reserva de dominio brinda como posibilidades para el vendedor ante el incumplimiento del comprador demandar el cumplimiento forzado, que en última instancia puede terminar con el embargo y adjudicación en pago, en su caso, de bienes propiedad de éste, o que inclusive, por lo menos, de no haber otros, de los derechos derivados del contrato para el comprador y quedar así el vendedor como titular de ellos y extinguirse por confusión la situación derivada del contrato, o, por el contrario, podrá demandar la resolución de la relación contractual.⁴¹

En nuestra opinión, se puede criticar la figura de la compraventa con reserva de dominio, señalando:

1. Que por regla general se entrega la posesión física del bien, al comprador y el riesgo de pérdida de la cosa continúa siendo por cuenta del vendedor;
2. Sin que exista conversión de contrato, el comprador que recibe la posesión es considerado como arrendatario (artículo 2315), y en caso de incumplimiento del contrato el vendedor tiene derecho a dos indemnizaciones: la primera, referente al deterioro que hubiere sufrido la cosa; y la segunda, referente a una renta o alquiler por el uso de la cosa. En ambos casos a juicio de peritos y en caso de que se pacte por las partes, seguirá teniendo el límite de lo que se señale por peritos;
3. Que ni comprador ni vendedor pueden disponer legalmente del inmueble o gravarlo sin la concurrencia del consentimiento de ambos; y
4. Para el caso de que el comprador cumplió con el pago del precio y solicita la cancelación de la reserva y la transmisión del dominio, si el vendedor no está anuente, está ausente o falleció, prácticamente es más complicada esta acción que la de solicitar la acción correspondiente para la cancelación de la garantía hipotecaria.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 322-323.

Adicionalmente, siguiendo las ideas del maestro Zamora, es importante atender a la intención de los contratantes, ya que:

1. El vendedor normalmente busca obtener un precio, no reivindicar la cosa, salvo en casos de excepción;⁴² siendo prácticamente mejor solución ejecutar la garantía constituida para el cobro de lo adeudado, en lugar de la cláusula rescisoria o comisorias; y
2. Si el comprador cumplió con el pago del precio, buscará la cancelación de la garantía constituida, lo cual es prácticamente mejor solución que el ejercicio de la acción correspondiente a la cancelación de la reserva y transmisión del dominio, con la consecuente cancelación de la cláusula rescisoria o comisorias.

El maestro Zamora, al hablar de la compraventa con reserva de dominio en el derecho alemán, comenta que el Código alemán no autoriza el pacto de reserva de dominio relacionado con bienes inmuebles, sin embargo, el vendedor puede hacerse prometer la retransmisión de la propiedad para el caso de que no se pague el precio. Luego, el maestro Zamora, señala al respecto:

La reserva de dominio, normalmente en la práctica, produce serios inconvenientes: A. Limita el crédito de los compradores, por no poder dar en garantía completa el bien que han adquirido. B. Inmoviliza las fincas, ya que ni el vendedor ni el comprador, las pueden enajenar ni gravar, sin concluir la operación original. C. Es fuente de conflictos si la cosa llega a deteriorarse o destruirse por caso fortuito o fuerza mayor. D. Es un instrumento al servicio del egoísmo de especuladores que lesiona la armonía que debe existir en el tráfico inmobiliario,

⁴² Por ejemplo, el artículo 66 de la Ley General de Bienes Nacionales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de enero de 1982, la cual fue abrogada el día 20 de mayo de 2004, establecía:

“Artículo 66. Toda enajenación onerosa de inmuebles que realice el Gobierno Federal, deberá ser de contado, a excepción de las enajenaciones que se efectúen en beneficio de grupos o personas de escasos recursos y que tengan como finalidad resolver necesidades de vivienda de interés social, o las que se verifiquen para la realización de actividades sociales y culturales. Los adquirentes disfrutarán de un plazo hasta de veinte años, para pagar el precio del inmueble, siempre y cuando entreguen en efectivo cuando menos el 10% de dicho precio. De estos beneficios no gozarán las personas que adquieran inmuebles cuya extensión exceda la superficie máxima que se establezca como lote tipo en cada zona, atendiendo las disposiciones vigentes en materia de desarrollo urbano.

El Gobierno Federal se reservará el dominio de los bienes hasta el pago total del precio, de los intereses pactados y de los moratorios en su caso...”

pues no le otorga ventajas adicionales al vendedor, a las que puede lograr mediante el contrato adecuado de garantía. E. Origina mayores gastos al comprador y que tendrá la necesidad de pagar dos escrituras, la de compraventa con reserva de dominio y la de transmisión de la propiedad, en vez de una sola. Aun cuando la escritura de cancelación de hipoteca, cuando se utiliza este medio de garantía, también debe otorgarse al cumplimiento de la obligación, es más simple y menos gravosa, y F. En múltiples ocasiones el comprador tiene graves dificultades para obtener el documento en que se haga constar la transmisión de la propiedad, ya sea porque al pagar, desinteresó al vendedor y éste es remiso o moroso en otorgar el documento, o porque fallece o por no haber cumplido sus compromisos fiscales, no está en posibilidad normal de otorgar el documento liberatorio y translativo.⁴³

Al respecto, el maestro Domínguez Martínez comenta:

[...] que la compraventa con reserva de dominio ha sido cuestionada porque se pone en duda su utilidad y más bien se piensa es inútil y hasta perjudicial, máxime que paralelamente se tiene a la compraventa en abonos con garantía hipotecaria como una opción de lo más útil. Ese es el pensamiento de Zamora y Valencia”, transcribiendo en su obra lo señalado en el párrafo anterior y comentando, que: “Todos y cada uno de los puntos argüidos admiten una crítica: La compraventa con reserva de dominio tiene una positividad reconocida por su bondad. Los argumentos de Zamora y Valencia son muy personales, pero en nuestro concepto no afinados. Contra su especial punto de vista:

A) No limita el crédito de los compradores pues éstos adquieren derechos derivados del contrato relativo que pueden dar en garantía. Sería lo mismo una hipoteca en segundo o ulterior lugares.

B) No inmoviliza por esa posibilidad ceder los derechos del contrato tanto del comprador como del vendedor.

C) La destrucción o deterioro se regulan en obligaciones.

D) Es un instrumento de equilibrio y de justicia para que ninguna de la partes sea víctima de la otra.

E) Una escritura de reconocimiento de transmisión de propiedad por el pago del precio en una compraventa con reserva de dominio (comúnmente conocida como “cancelación de reserva de dominio”) tiene o debe tener el mismo costo que el de una de cancelación de hipoteca (valdría la pena consultar el arancel de notarios).

F) Lo mismo sería una escritura de cancelación de hipoteca.⁴⁴

⁴³ ZAMORA, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 324-325.

Tomando en consideración lo expuesto por los maestros Zamora y Valencia y Domínguez Martínez, hacemos especial énfasis en el tema referente a regular la transmisión de la propiedad y la teoría de los riesgos en diferente momento, como lo comenta el maestro Sánchez Medal, y que el maestro Domínguez Martínez señala que la “destrucción o deterioro se puede regular en obligaciones”, como sería pactar que el riesgo de pérdida de la cosa lo asuma el comprador, mientras se le transmite el dominio de la misma; ya que si consideramos que el límite de la libertad contractual es la licitud, hay que recordar que el CCDF, señala que si el comprador recibe la posesión del bien, será considerado como arrendatario, quien, según regula el Código, responde de la pérdida de la cosa sólo en caso de incendio (artículos 2435 y siguientes); y es de especial consideración lo que se establece en el último párrafo del artículo 2311, por remisión del artículo 2314, el cual señala que “las convenciones que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas, serán nulas”, con lo que podemos concluir que si se trasfiere por pacto entre las partes el riesgo de pérdida de la cosa al comprador, podrá hacer más onerosas las prestaciones del comprador y podría ser señalado como nulo. Situación independiente sería el pactar la contratación de una póliza de seguro de daños.

Finalmente, en relación a que se limite o no el crédito del comprador, será interesante preguntarse, desde el punto de vista de los acreedores del comprador, qué prefieren que integre el patrimonio del comprador: ¿un bien del que no es propietario, aunque tenga un derecho de crédito o un bien gravado y que respecto de la primera garantía se podrían subrogar? Y desde el punto de vista de los acreedores del vendedor, ¿qué preferirían sus acreedores: un derecho de cobro garantizado con una garantía real o un derecho de crédito que tiene por garantía una acción reivindicatoria o comisoria? Y, desde el punto de vista de una cesión de derechos, ¿qué preferirían adquirir los cesionarios?

VI. CONCLUSIÓN

Para concluir el presente trabajo, consideramos oportuno recordar la cita de algunos pasajes de obras que el maestro Zamora y Valencia se encargó de transmitir en la cátedra, por ser afines a su forma de pensar y actuar.

En el prólogo a la tercera edición de “El Elogio de los Jueces escrito por un Abogado”, Piero Calamandrei comenta que se encuentra en una etapa madura de su vida y cuando es cuestionado respecto a que si insiste en referencia al título de su obra, contesta:

Evoco el episodio con las mismas palabras que constan en el Diario de Sesiones de la Cámara: “Quiero contaros, para terminar, el caso de un pretor de Toscana (no voy a deciros el nombre ni la sede) que durante el periodo de la ocupación alemana, en 1944, recibió del prefecto del lugar una comunicación por la que se le ordenaba detener a los padres de los jóvenes que no se alistaran y no obedecieran los bandos firmados con aquel nombre que conocéis. La comunicación del prefecto decía así: ‘Mis órdenes no se discuten. En la provincia soy yo el representante del Gobierno y tengo plenos derechos. Le recuerdo, por si lo ha olvidado, que nos hallamos en fase de revolución, y muy aguda. Consideraré su negativa como un acto de sabotaje, y en consecuencia tomaré medidas también contra Usted en caso de que no ejecute mis órdenes. Quedo a la espera de su conformidad’. El pretor, señores diputados, contestó así: ‘Lamento no poder dar a Usted la conformidad que de mí solicita. Utilizar las cárceles judiciales para detener a inocentes, es acto contrario a la ley y a las costumbres italianas. Desde que sirvo al Estado en la administración de la justicia no he hecho jamás nada contrario a mi conciencia. Dios es testigo de que no hay jactancia en mis palabras’.⁴⁵

En “El Alma de la Toga”, Ángel Ossorio menciona:

En fin, todas las reglas del trabajo pueden reducirse a ésta: Hay que trabajar con gusto. Logrando acertar en la vocación y viendo en el trabajo no sólo un modo de ganarse la vida, sino la válvula para la expansión de los anhelos espirituales, el trabajo es liberación, exaltación, engrandecimiento. De otro modo es insoportable la esclavitud.⁴⁶

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil II Derecho de Obligaciones*, Madrid, Edisofer, S. L., 2008.
- BATIZA, Rodolfo, *las fuentes del Código Civil de 1928*, México, Editorial Porrúa, 1979.
- CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español y Foral*, Tomo 4, Madrid, Editorial Reus, 1993.
- CÓDIGO NAPOLEÓN Edición Digital que es reproducción fotográfica facsimilar del original perteneciente al Fondo Bibliográfico de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. 1809.

⁴⁵ CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008.

⁴⁶ OSSORIO, Ángel, *El alma de la toga*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 65.

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil Contratos*, México, Editorial Porrúa, 2000.
- ENNECERUS L. y KIPP T. *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Barcelona, Editorial Bosch, 1966.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, México, Editorial Cajica, 1987.
- JOSSERAND, Louis, (Trad. Santiago Cunchillos y Manetrola) *Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.
- OSSORIO Y GALLARDO, Ángel, *El alma de la toga*, México, Editorial Porrúa, 2007.
- POTHIER R.J., *Tratado de los Contratos*, Tomo I, México, Edición del Tribunal Superior de Justicia, 2007.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto; GARZA BANDALA, Patricia, *De los Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 2008.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Contratos*, Volumen I, México, Editorial Porrúa, 1977.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 1991.
- UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo Segundo, México, Editorial Porrúa, 2002.
- ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 2002.

Legislación

- Código Civil Concordado, Editorial Jorge Obregón y Heredia. México, D. F. 1995.
- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial ISEF. 34ª ed., México, D. F. 2016..
- Código Civil Italiano, consultado en: www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262

INEQUIDAD QUE SE PRODUCE CON ALGUNOS MODELOS DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Javier Pérez Almaraz



El tema de las capitulaciones matrimoniales en México ha estado siempre ligado a la actividad notarial, pues la intervención del notario en el ámbito patrimonial de las personas es sumamente frecuente e incluso indispensable cuando se trata de formalizar actos o contratos relativos a bienes inmuebles.

Por la importancia que tienen las capitulaciones matrimoniales, especialmente en los actos de disposición de inmuebles (compraventa, donación, transmisión hereditaria, fideicomiso, etc.), y por la que a mi juicio constituye una aplicación deficiente e incompleta que deriva en inequidad, aunque no difícil de solucionar, es que elegí tratar este tema como parte de los trabajos que constituyen un merecido reconocimiento al maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia, uno de los profesores y notarios con más amplia trayectoria, hombre siempre inquieto, estudioso y de firmes convicciones.

I. CONCEPTO Y ANTECEDENTES

Es indispensable recordar, en primer lugar, el concepto y antecedentes de lo que son las capitulaciones matrimoniales para poder hacer referencia más adelante a su evolución (o decadencia) y a las reformas de que ha sido objeto, así como a algunas resoluciones judiciales a propósito del patrimonio en la vida matrimonial, especialmente en el régimen de comunidad de bienes o sociedad conyugal.

Por razones de espacio, en cuanto a legislación me concretaré a tratar únicamente la de la Ciudad de México, que por lo general marca la pauta en las demás entidades federativas de nuestro país, aunque, desde luego, deben

consultarse en cada caso las leyes y las resoluciones judiciales aplicables en el lugar y época respectivos.

Dice Castán Tobeñas que la frase clásica y castiza de las capitulaciones matrimoniales (también conocidas como capítulos o pactos nupciales) es equivalente a la de “contrato de bienes con ocasión del matrimonio”, que usa el Código Civil español en el epígrafe del título correspondiente y a la de “contrato de matrimonio”, que se usa simplemente en otros países.¹

En el derecho histórico español, dice Castán Tobeñas:

[...]podían definirse las capitulaciones como la convención celebrada en atención a determinado matrimonio, por celebrar o ya celebrado, con el fin principal de fijar el régimen a que deben sujetarse los bienes del mismo. En el Código civil son la convención o contrato otorgado por los futuros cónyuges, antes del matrimonio, con el fin casi exclusivo de fijar el régimen a que deben sujetarse los bienes del mismo, o, como dice el Artículo 1.315, de estipular las condiciones de la sociedad conyugal, relativamente a los bienes presentes y futuros.²

Independientemente de considerarse si las capitulaciones matrimoniales son un contrato sujeto a la condición suspensiva de que el matrimonio se celebre, o bien que son un contrato accesorio subordinado al matrimonio como el acto principal, debemos centrarnos en la consideración de los efectos que producen respecto de los bienes que se adquieren durante el matrimonio.

Mención aparte, que no es objeto de este breve ensayo, merece la consideración de que en algunos supuestos las capitulaciones matrimoniales no están subordinadas a la celebración del matrimonio, como en el caso de un reconocimiento de hijo hecho por uno de los futuros cónyuges.³

Señala también Castán Tobeñas que la trascendencia de los pactos matrimoniales hace que la generalidad de las legislaciones exija para ellos la forma pública, y que dentro de esa forma pública existen dos posibilidades que son: la normal o notarial, que se otorga en escritura pública, y la excepcional que se otorga ante los secretarios de ayuntamiento.⁴

Por su parte, el maestro Galindo Garfias señala, citando a Calixto Valverde, que “El matrimonio no solamente produce efectos en cuanto a las

¹ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español, común y foral. Derecho de familia*, Tomo V, Vol. I, Madrid, 1961, p. 224.

² *Idem*.

³ *Ibidem*, p. 227.

⁴ *Ibidem*, p. 232.

personas de los cónyuges y a los hijos de éstos, también los produce sobre el patrimonio de los cónyuges; es decir, sobre los bienes que pertenecen o que lleguen a pertenecer, a los consortes[...].⁵

Agrega que:

Finalmente los cónyuges, en el momento de celebrar el matrimonio, deben declarar por escrito ante el Juez del Registro Civil cuál es el régimen al cual van a quedar sometidas las cosas y los derechos de que son propietarios o que en lo futuro adquieran y para ello, deberán presentar ante el juez del Registro Civil, en el momento en que se presente la solicitud de matrimonio, un pacto o convenio, en el que va a quedar establecida la manera en que habrán de disfrutar, administrar y disponer de los bienes que en ese momento pertenecen a cada uno de ellos y los que en lo futuro adquieran. Estas situaciones habrán de ser resueltas, en nuestro derecho positivo, conforme a cualquiera de estos dos sistemas; que la ley deja a la libre elección de los contrayentes:

a) Separación de la propiedad, uso, goce y administración de los bienes mismos y de sus frutos, régimen que se denomina de separación de bienes, o

b) La constitución de la sociedad conyugal que establece una comunidad entre los consortes, sobre los bienes que cada uno aporte a la sociedad y sobre sus frutos o productos. A este sistema se le designa bajo el nombre de sociedad conyugal.⁶

A propósito de la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales, señala el propio Galindo Garfias:

La naturaleza de las capitulaciones matrimoniales es la de un convenio que como requisito necesario forma parte integrante del acto del matrimonio en cuanto en ellas se establece el régimen de separación de bienes o la extinción, durante el matrimonio, de la sociedad conyugal. Será un contrato, cuando tengan por objeto la constitución de la sociedad conyugal, que es el caso en que se crean o transmitan derechos y obligaciones.⁷

Por su parte, el maestro y notario Francisco Lozano Noriega afirma que por capitulaciones matrimoniales entendemos los pactos que celebran los que van a unirse o ya están unidos en matrimonio y que forman el estatuto que reglamentará sus intereses pecuniarios.

⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil, primer curso*, México, Editorial Porrúa, 1980, p. 556.

⁶ *Idem.*

⁷ *Ibidem*, p. 563.

Las menos de las veces como ocurre con nuestro Código Civil en vigor, ha reconocido algunos sistemas y ha permitido a los futuros cónyuges pactar sus propias capitulaciones y más aún los ha obligado a hacerlo sin tan siquiera establecer un régimen supletorio.⁸

Por cuanto hace al concepto de las capitulaciones matrimoniales, algunos diccionarios las definen de la siguiente manera:

I. Locución que designa al convenio que los contrayentes deben celebrar en relación a sus bienes. El a. 179 del CC., los define como los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y otro caso. Estas capitulaciones pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él, debiendo referirse tanto a los bienes de que sean dueños los esposos al momento de la celebración del convenio, como a los que adquieran después (a. 180 CC).

II. La opinión de los juristas mexicanos afirma que, a pesar de lo expresado anteriormente con fundamento en el a. 180 del CC, el otorgamiento de las capitulaciones deberá hacerse necesariamente antes de la celebración del matrimonio conforme a lo dispuesto por el a. 98 fr. V, en donde se establece que a la solicitud de matrimonio debe acompañarse el convenio que los pretendientes deben celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio, no pudiendo dejar de presentar dicho convenio bajo ningún pretexto, y en caso de que las capitulaciones deban constar en escritura pública, a la solicitud deberá acompañarse un testimonio de ella.⁹

En otro diccionario encontramos la siguiente aclaración, que resulta interesante, porque hace referencia a la práctica notarial, a propósito de las capitulaciones matrimoniales.

Sin embargo, es pertinente aclarar que en México las capitulaciones matrimoniales son firmadas por los contrayentes en un documento proporcionado por el Registro Civil en la oficina correspondiente. En la práctica los notarios exigen, para la protocolización de actos jurídicos, la presentación del acta de matrimonio de las partes y, si es el caso, exigen la presentación de ambos cónyuges para autorizar la escritura correspondiente. Aunque ello no supe la celebración de las capitulaciones como lo establece el ordenamiento civil, sí disminuye los conflictos surgidos a causa de una sociedad conyugal mal estructurada.

⁸ LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto curso de Derecho Civil. Contratos*, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 1970, p. 756.

⁹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1983, pp. 53 y 54

La falta de capitulaciones matrimoniales u omisión o imprecisión en ellas, cuando se pacte el régimen de sociedad conyugal, se aplicará lo dispuesto en el c. IV del título quinto del Código Civil (a. 182, CC).¹⁰

II. LEGISLACIÓN

Es importante tener presente el texto de algunas disposiciones que a lo largo de la historia han regido en el tema de la sociedad conyugal, así como en el de las capitulaciones matrimoniales, para llegar tristemente a la conclusión de que la regulación que teníamos en los códigos civiles del siglo antepasado eran más completas y precisas que las que tenemos ahora.

II.I. CÓDIGO NAPOLEÓN DE 1803

Artículo 217. La mujer, aún no teniendo comunidad de bienes, o habiéndose separado de esta comunidad, no puede dar, enagenar, hipotecar, adquirir a título gratuito ú oneroso sin la intervención del marido en el acto, o su consentimiento por escrito.

Artículo 223. Ninguna autorización general, aunque se estipule en las capitulaciones matrimoniales, es válida, sino en cuanto a la administración de los bienes de la mujer.

II.II. CÓDIGO CIVIL DE 1870

Artículo 159. El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Artículo 207. Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso o lucrativo; enajenar sus bienes, ni obligarse sino en los casos especificados en la ley.

Artículo 2102. La sociedad voluntaria se regirá estrictamente por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan: todo lo que no estuviere expresado en ellas de un modo terminante, se regirá por los preceptos contenidos en los capítulos 4º, 5º y 6º de este título, que arreglan la sociedad legal.

Artículo 2110. La separación de bienes se rige por las capitulaciones matrimoniales que expresamente la establezcan, y por los preceptos contenidos en los arts. 2206 al 2217.

¹⁰ DICCIONARIO DE DERECHO CIVIL Y DE FAMILIA, Editorial Porrúa, 2004, p. 54.

Artículo 2112. Se llaman capitulaciones matrimoniales los pactos que los esposos celebran para constituir ya sociedad voluntaria, ya separación de bienes, y para administrar éstos en uno y en otro caso.

Artículo 2113. Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él; y pueden comprender no solo los bienes de que sean dueños los esposos ó consortes al tiempo de celebrarlas, sino también los que adquieran después.

Artículo 2114. Las capitulaciones no pueden alterarse ni revocarse después de la celebración del matrimonio, sino por convenio expreso ó por sentencia judicial.

Artículo 2115. Las capitulaciones deben otorgarse en escritura pública.

Artículo 2116. Cualquiera alteración que en virtud de la facultad que concede el artículo 2114, se haga en las capitulaciones, deberá otorgarse en escritura pública y con intervención de todas las personas que en ellas fueren interesadas.

Artículo 2117. La alteración que se haga en las capitulaciones, deberá anotarse en el protocolo en que éstas se extendieron y en los testimonios, que de ellas se hubieren dado.

Artículo 2118. Sin el requisito prevenido en el artículo anterior, las alteraciones no producirán efecto contra tercero.

Artículo 2119. Los pactos celebrados con infracción de los arts. 2115 y 2116, son nulos.

Artículo 2120. La escritura de capitulaciones que constituyan sociedad voluntaria, debe contener:

2° La declaración de si la sociedad es universal o sólo de algunos bienes o valores; expresándose cuáles sean aquellos o la parte de su valor que deba entrar al fondo social.

Artículo 2133. Son propios de cada cónyuge los bienes de que era dueño al tiempo de celebrarse el matrimonio, y los que poseía antes de éste, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere por prescripción durante la sociedad.

Artículo 2134. Lo son también los que durante la sociedad adquiere cada cónyuge por don de la fortuna, por donación de cualquiera especie, por herencia ó por legado, constituidos a favor de uno solo de ellos.

Artículo 2141. Forman el fondo de la sociedad legal:[...]

2° Los bienes que provengan de herencia, legado ó donación hechos a ambos cónyuges sin designación de partes. Si hubiere designación de partes, y éstas fueren desiguales, solo serán comunes los frutos de la herencia, legado ó donación.

II.III. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Artículo 1965. El contrato de matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal ó bajo el de separación de bienes.

Artículo 1966. En los dos casos mencionados en el artículo anterior, puede tener lugar la constitución de dote, que en ambos se regirá por lo dispuesto en los capítulos X, XI, XII y XIII de este título.

Artículo 1967. La sociedad conyugal puede ser voluntaria ó legal.

Artículo 1968. La sociedad voluntaria se regirá estrictamente por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan: todo lo que no estuviere expresado en ellas de un modo terminante, se regirá por los preceptos contenidos en los capítulos IV, V y VI de este título, que arreglan la sociedad legal.

Artículo 1969. La sociedad voluntaria y la legal se regirán por las disposiciones relativas a la sociedad común en todo lo que no estuviere comprendido en este título.

Artículo 1970. La sociedad conyugal, ya sea voluntaria, ya sea legal, nace desde el momento en que se celebra el matrimonio.

Artículo 1971. La sociedad voluntaria puede terminar antes que se disuelva el matrimonio, si así está convenido en las capitulaciones.

Artículo 1972. La sociedad legal termina por la disolución del matrimonio y por la sentencia que declara la presunción de muerte del cónyuge ausente.

Artículo 1978. Se llaman capitulaciones matrimoniales los pactos que los esposos celebran para constituir, ya sociedad voluntaria, ya separación de bienes, y para administrar éstos en uno y en otro caso.

Artículo 1979. Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él; y pueden comprender, no sólo los bienes de que sean dueños los esposos o consortes al tiempo de celebrarlas, sino también los que adquieran después.

Artículo 1980. Las capitulaciones no pueden alterarse ni revocarse después de la celebración del matrimonio, sino por convenio expreso o por sentencia judicial.

Artículo 1981. Las capitulaciones deben otorgarse en escritura pública.

Artículo 1982. Cualquiera alteración que en virtud de la facultad que concede el Artículo 1980, se haga en las capitulaciones, deberá otorgarse en escritura pública y con intervención de todas las personas que en ellas fueren interesadas.

Artículo 1983. La alteración que se haga en las capitulaciones, deberá anotarse en el protocolo en que éstas se extendieron, y en los testimonios que de ellas se hubieren dado.

Artículo 1984. Sin el requisito prevenido en el artículo anterior, las alteraciones no producirán efecto contra tercero.

Artículo 1985. Los pactos celebrados con infracción de los artículos 1981 Y 1982, son nulos.

Artículo 1986. La escritura de capitulaciones que constituyan sociedad voluntaria, deber contener:[...]II. La declaración de si la sociedad es universal, ó sólo de algunos bienes o valores; expresándose cuáles sean aquellos ó la parte de su valor que deba entrar al fondo social.

Artículo 1999. Son propios de cada cónyuge los bienes de que era dueño al tiempo de celebrarse el matrimonio, y los que poseía antes de éste, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere por prescripción durante la sociedad.

Artículo 2000. Lo son también los que durante la sociedad adquiere cada cónyuge por don de la fortuna, por donación de cualquiera especie, por herencia ó por legado, constituidos a favor de uno solo de ellos.

II.IV. CÓDIGO CIVIL DE 1928

Artículo 178. El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes.

Artículo 179. Las capitulaciones matrimoniales son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso.

Artículo 180. Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él, y pueden comprender no solamente los bienes de que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también los que adquieran después.

Artículo 183. La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de sociedad.

Artículo 184. La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él. Puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los esposos al formarla, sino también los bienes futuros que adquieran los consortes.

Artículo 185. Las capitulaciones matrimoniales en que se constituya la sociedad conyugal, constarán en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida.

Artículo 186. En este caso, la alteración que se haga de las capitulaciones deberá también otorgarse en escritura pública, haciendo la respectiva anotación en el protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad. Sin llenar estos requisitos, las alteraciones no producirán efecto contra tercero.

Artículo 189. Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

I. La lista detallada, de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;

II. La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;

III. Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;

IV. La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;

V. La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;

VI. La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si deber dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción;

VII. La declaración terminante acerca de quién deber ser el administrador de la sociedad, expresándose con claridad las facultades que se le conceden;

VIII. La declaración acerca de si los bienes futuros que por cualquier título adquieran los cónyuges durante el matrimonio pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción;

IX. Las bases para liquidar la sociedad.

Artículo 194. El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad.”

II.V. REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL DE 25 DE MAYO DE 2000

Las reformas publicadas en la Gaceta Oficial de esta capital el 25 de mayo de 2000, por lo que se refiere al título cuarto bis, relativo a la familia, no resultaron suficientemente precisas cuando menos en la regulación de las capitulaciones matrimoniales.

Antes de ver las disposiciones relativas a las capitulaciones matrimoniales, veamos el nuevo concepto de matrimonio, publicado en la Gaceta de 29 de diciembre de 2009:

Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

En primer lugar, coloquialmente se entiende la expresión “unión libre de dos personas”. Justamente, la falta de matrimonio, además el concepto “en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”, pareciera hacer referencia a un lugar por el adverbio “donde” y no a la institución del matrimonio, pero vayamos al texto relativo a las capitulaciones que es el que nos ocupa en este trabajo.

En el capítulo IV del Código Civil, denominado ahora “del matrimonio con relación a los bienes”, se incluyeron con la reforma de mayo de 2000, entre otras, las siguientes disposiciones:

Artículo 182 Bis. Cuando habiendo contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, falten las capitulaciones matrimoniales o haya omisión o imprecisión en ellas, se aplicará, en lo conducente, lo dispuesto por este capítulo.

Artículo 182 Ter. Mientras no se pruebe, en los términos establecidos por este Código, que los bienes y utilidades obtenidos por alguno de los cónyuges pertenecen sólo a uno de ellos, se presume que forman parte de la sociedad conyugal.

Artículo 182. Quater. Salvo pacto en contrario, que conste en las capitulaciones matrimoniales, los bienes y utilidades a que se refiere el artículo anterior, corresponden por partes iguales a ambos cónyuges.

Artículo 182. Quintus. En la sociedad conyugal son propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales: [...]

II. Los bienes que adquiera después de contraído el matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la fortuna.

Artículo 183. La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones generales de la sociedad conyugal.

Los bienes adquiridos durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario.

Artículo 185. Las capitulaciones matrimoniales en que se constituya la sociedad conyugal, constarán en la escritura pública cuando los otorgantes pacten hacerse coparticipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida.

Artículo 186. En este caso, la alteración que se haga de las capitulaciones deberá también otorgarse en escritura pública, haciendo la respectiva anotación en el protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones, y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad. Sin llenar estos requisitos, las alteraciones no producirán efecto contra tercero.

Artículo 189. Las capitulaciones matrimoniales, en que se establezca la sociedad conyugal deben contener:

I. La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;

II. La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;

III. Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas, o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;

IV. La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en éste último caso cuales son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;

V. La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes, o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;

VI. La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción;

VII. La declaración acerca de que, si ambos cónyuges o sólo uno de ellos administrará la sociedad, expresándose con claridad las facultades que en su caso se concedan;

VIII. La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio, pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción;

IX. La declaración expresa de que si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna; y

X. Las bases para liquidar la sociedad.

Artículo 194. El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal. La administración quedará a cargo de quien los cónyuges hubiesen designado en las capitulaciones matrimoniales, estipulación que podrá ser libremente modificada, sin necesidad de expresión de causa, y en caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente[...]

Ameritan comentarios, entre otros, el nuevo artículo 182 Bis reformado, pues señala que ante la falta de capitulaciones o la omisión en éstas, se aplicará en lo conducente lo dispuesto en ese capítulo IV, y si vemos el texto del artículo 182 quintus, del mismo capítulo, se desprende que en la sociedad conyugal son propios de cada cónyuge, **salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales**[...] los bienes que adquiera después de contraído el matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la fortuna.

Resulta que la gran mayoría de los modelos de capitulaciones matrimoniales que se usan actualmente (2017) en el Registro Civil son omisos, entre otras cosas, en lo que se refiere a la adquisición de bienes a título gratuito por uno solo de los cónyuges, y como no existe **pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales**, se produce una grave omisión que deriva en inequidad.

Esto queda en evidencia al no distinguirse la titularidad de los bienes en los modelos de capitulaciones que se usan en los registros civiles, ya que independientemente de que se adquieran a título gratuito u oneroso, **puede concluirse que todos los bienes adquiridos durante el matrimonio forman parte de la sociedad conyugal.**

Esta conclusión resulta del pobre texto que se usa en los modelos de capitulaciones que proporcionan los registros civiles, y si tomamos en cuenta que la gran mayoría de los contrayentes no celebra capitulaciones matrimoniales especialmente redactadas por ellos o por algún abogado, y además no recibe asesoría al respecto, ambos terminan simplemente firmando alguno de los modelos que les proporciona el personal del Registro Civil, que son los siguientes:

Bajo el Régimen de Separación de Bienes:

...C. JUEZ CENTRAL DEL REGISTRO
CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

PRESENTE.

Los que suscribimos, con las generales expresadas en la solicitud de matrimonio que oportunamente presentamos, ante usted atentamente exponemos:

Que de conformidad con lo prevenido por la fracción V del artículo 98 de Código Civil, venimos a presentar el siguiente convenio, que atañe a bienes futuros por no tenerlos presentes, bajo las siguientes cláusulas:

I. El matrimonio se contrae bajo el régimen de Separación de bienes.

II. No se acompaña inventario de bienes, ni especificación de deudas de los contrayentes, en virtud de que ambos declaran carecer de unas y de otras.

III. Cada cónyuge conservará la administración de los bienes que en lo futuro adquieren (sic) e igualmente serán de su exclusiva propiedad, los frutos y acciones de los mismos.

IV. Los bienes que los cónyuges adquieran en común por donación, herencia, legado, por cualquier otro título gratuito o por don de la fortuna, mientras se hace la división serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro, pero en ese caso, el que administre será considerado como mandatario.

Con las protestas de rigor.

Ciudad de México, D.F. a ____ de _____ del año ____ [...]

Bajo el Régimen de Sociedad Conyugal:

...C. JUEZ CENTRAL DEL REGISTRO
CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

PRESENTE.

Los que suscribimos, con las generales expresadas en la solicitud de matrimonio que oportunamente presentamos, ante usted atentamente exponemos:

Que de conformidad con lo prevenido por la fracción V del artículo 98 de Código Civil, venimos a presentar el siguiente convenio, que atañe a bienes futuros por no tenerlos presentes, bajo las siguientes cláusulas:

I. El matrimonio se contrae bajo el régimen de Sociedad Conyugal.

II. La Sociedad Conyugal comprenderá todos los bienes muebles e inmuebles y sus productos que los consortes adquieran durante su vida matrimonial, incluyendo el producto del trabajo.

III. En los bienes y productos de la cláusula anterior, cada consorte tendrá la participación del cincuenta por ciento.

IV. La administración de la Sociedad Conyugal quedará a cargo de quien los cónyuges hubiesen designado, estipulación que podrá ser libremente modificada sin necesidad de expresión de causa. Y en caso de desacuerdo el Juez de lo familiar resolverá lo conducente.

V. Las bases para liquidar la Sociedad serán establecidas por el mismo Código en sus artículos relativos.

Con las protestas de rigor.

Ciudad de México, D.F. a ____ de _____ del año ____ [...]

Podemos apreciar entonces que, contra la idea que tienen muchos profesionales del derecho, ya sean litigantes, jueces, notarios y otros más, la fracción II del modelo de capitulaciones para un matrimonio por sociedad conyugal, no hace excepción de la forma o el título por el que se adquieran los bienes, ya sea de manera onerosa o gratuita, y simplemente señala que: “[...]la sociedad conyugal comprenderá todos los bienes muebles e inmuebles y sus productos que los consortes adquieran durante su vida matrimonial[...]”.

Antes de pasar a la parte final de este trabajo, con las propuestas y conclusiones, vale la pena transcribir algunas de las resoluciones judiciales que privan en el ámbito de las capitulaciones matrimoniales:

SOCIEDAD CONYUGAL. CONSECUENCIAS DE LA OMISIÓN DE FORMULAR CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN ESE RÉGIMEN PATRIMONIAL (CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL HASTA EL 31 DE MAYO DE 2000).—La sociedad conyugal debe ser considerada como una comunidad de bienes entre los consortes que por principios de equidad y justicia, consecuentes con la situación de mutua colaboración y esfuerzos que vinculan a los cónyuges, les da derecho igual sobre los bienes, de manera que como partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, sus partes serán por mitad y serán las disposiciones legales sobre copropiedad, las aplicables para resolver las cuestiones que surjan sobre el particular. Lo anterior siempre y cuando no se hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, pues de haberlo hecho a ellas debe estarse y, en sus omisiones, a lo que ante tal circunstancia, dispone el artículo 183 del Código Civil citado, en el entendido de que el contrato de matrimonio celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes y su existencia no está condicionada al establecimiento de capitulaciones matrimoniales, por lo que es inconcuso que obliga a los consortes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley. Por tanto, la omisión de formular tales capitulaciones no impide que se cumpla la voluntad de los cónyuges o que constituya un obstáculo para que se produzcan los efectos de la comunidad de bienes querida, ni tampoco puede llegar al extremo de considerar al matrimonio como regido por la separación de bienes, lo que sería contrario al consentimiento de los cónyuges.

Contradicción de tesis 89/96. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo y Cuarto en Materia Civil, ambos del Primer Circuito, 28 de marzo de 2001. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

Tesis de jurisprudencia 47/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de cuatro de julio de dos mil uno, por unanimidad de cinco votos de los señores Mi-

nistros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Novena Época. Núm. de Registro: 188733. Instancia: Primera Sala Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIV, Septiembre de 2001. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 47/2001. Página 432.

SOCIEDAD CONYUGAL. PARA QUE LOS BIENES ADQUIRIDOS A TÍTULO GRATUITO (DONACIÓN, HERENCIA O LEGADO) DE MANERA INDIVIDUAL POR ALGUNO DE LOS CÓNYUGES DURANTE LA VIGENCIA DEL MATRIMONIO FORMEN PARTE DEL CAUDAL DE ESTE RÉGIMEN, DEBE PACTARSE ASÍ EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).—El artículo 171 del Código Civil del Estado establece: “La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de sociedad. A falta de capitulaciones, en el caso de presunción legal de la sociedad conyugal a que se refiere la parte final del artículo 166, ésta se regirá por los preceptos relativos de la sociedad o la copropiedad, en cuanto le sean aplicables, y en tanto los cónyuges no otorgan capitulaciones que fijen en definitiva y a su arbitrio el régimen de sociedad o el de separación de bienes.”. Conforme a este precepto cuando los cónyuges constituyen el régimen de sociedad conyugal, pero omiten regularlo, deben tenerse por puestas las cláusulas inherentes al régimen de sociedad de gananciales con el que se identifica la sociedad conyugal de conformidad con el artículo 1772 de ese mismo ordenamiento legal. Ahora bien, si la sociedad de gananciales se caracteriza por estar formada con los bienes adquiridos individualmente a título oneroso por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, mediante sus esfuerzos, por los frutos y productos recibidos por los bienes que sean propiedad común, y los adquiridos por fondos del caudal común, o adquiridos a título gratuito por ambos cónyuges, consecuentemente, los bienes adquiridos con el fondo social durante el matrimonio pertenecen a la sociedad, puesto que son frutos o utilidades de aquél, como también pertenecen a la sociedad los bienes adquiridos por el trabajo de los cónyuges, sin que importe que el trabajo desempeñado por alguno de ellos no sea remunerado, por lo que, en caso contrario, quedan excluidos de la sociedad aquellos bienes que obtenga uno solo de los cónyuges por donación, herencia, legado, por cualquier otro título gratuito o por don de la fortuna, puesto que éstos no se obtuvieron como resultado de los esfuerzos de ambos cónyuges durante el matrimonio, sino por uno solo a título gratuito. En ese orden de ideas, al no existir capitulaciones matrimoniales en donde se hubiese expresado que el bien adquirido a título gratuito (donación, herencia o legado) de manera individual por alguno de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio formaría parte de la sociedad conyugal, no puede estimarse que integre el caudal del régimen contraído, por lo que el bien obtenido de manera individual sólo será propiedad del consorte a cuyo favor se transmitió, y para que los bienes adquiridos a título gratuito por alguno de los consortes en lo particular formen parte de la sociedad conyugal, debe pactarse en las capitulaciones matrimoniales, en

razón de que ello constituye una modalidad en el régimen de sociedad conyugal, esto es, la celebración de capitulaciones matrimoniales configura el régimen especial acordado por las partes, mientras que el régimen de sociedad conyugal no sujeto a modalidad alguna debe observar las reglas que rigen a la sociedad de gananciales, integrada básicamente por los bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, producto del trabajo, así como rentas y frutos, conceptos dentro de los cuales no se encuentran incluidos los adquiridos a título gratuito por alguno de los cónyuges.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito.

Amparo en revisión 204/2006. Quintín Delgado Vicente. 5 de junio de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Adrián Avendaño Constantino. Secretaria: María Guadalupe Cruz Arellano.

Novena Época. Núm. de Registro: 173444. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Enero de 2007. Materia(s): Civil. Tesis Aislada. Tesis: VII.3o.C.70 C. Página 2364.

SOCIEDAD CONYUGAL. BIENES ADJUDICADOS POR DONACIÓN, HERENCIA O LEGADO, NO FORMAN PARTE DEL NÚCLEO SOCIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).—Ante una nueva reflexión sobre el tema, este Tribunal Colegiado, con fundamento en el artículo 194 de la Ley de Amparo, se aparta del criterio que sostuvo al emitir la tesis aislada de rubro: “SOCIEDAD CONYUGAL. BIENES ADJUDICADOS POR HERENCIA, FORMAN PARTE DE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XVI, febrero de 1995, Tribunales Colegiados de Circuito, página 267, que sostenía, en esencia, que los bienes adquiridos por herencia, de manera alguna impedía que formaran parte de la sociedad conyugal. En efecto, el artículo 172 del Código Civil de esta entidad federativa, antes de la reforma efectuada en el año de mil novecientos noventa y siete, establecía que: “La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él. Puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los esposos al formarla, sino también los bienes futuros que adquieran los consortes.”. Es entonces correcto indicar que si la oración inicia con las palabras “puede comprender” esa es la idea principal, y las opciones que se someten a ella son: “los bienes de que sean dueños los esposos al formarla” y “los bienes futuros que adquieran los consortes”, esto es: a) puede comprender los bienes de que sean dueños los esposos al formarla; o, b) también puede comprender los bienes futuros que adquieran los consortes, destacando que se empleó la palabra “puede”, que implica una posibilidad y no una imposición. Ahora bien, de los diversos numerales 182 (texto anterior a la reforma de mil novecientos noventa y siete), 200, 201 y 203 del propio ordenamiento sustantivo civil de la entidad, se advierte que el primero permite concluir que al haber sido necesario establecer que: “El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad.”, quiere decir, por exclusión, que éstos los cónyuges pueden tener bienes a título particular, los cuales corresponde su dominio lógicamente sólo a su dueño. En el segundo cardinal, se aprecia que los bienes que

pertenezcan a cada cónyuge serán propiedad y corresponderá su administración a su dueño, así como sus frutos y accesiones. Idéntico tratamiento se aplica acorde con el tercer precepto a los sueldos, salarios, emolumentos y ganancias obtenidos por servicios personales, como empleos, ejercicio de una profesión, comercio o industria. Finalmente, el último arábigo distingue los bienes que se adquieran por donación, herencia, legado o por razón de la fortuna, a título gratuito, distinguiendo que cuando éstos ingresen al patrimonio social en beneficio de ambos cónyuges, serán administrados por los dos o por el que designen hasta en tanto se hace su división, siendo trascendente señalar que se habla de adquisición en común, pero no a título particular, haciendo entonces factible indicar, que de darse el caso, los bienes que se obtengan de manera individual sólo serán propiedad del consorte a cuyo favor se transmitió el bien. Cabe indicar que no incide en el sentido de las reflexiones precisadas, que los últimos tres artículos estudiados, se encuentren dentro del capítulo dedicado a la “Separación de bienes”, pues ambos regímenes conyugales pueden subsistir, y de hecho lo hacen, pues los bienes que cada esposo tiene como propietario antes de la celebración del matrimonio o aquellos que adquiere a título gratuito con posterioridad, al no existir capitulaciones, debe entenderse que no se integran a la sociedad, lo que quiere decir que sobre ellos pesan, precisamente, las reglas relativas a la separación de bienes. Por lo que debe estimarse que los bienes adquiridos por los cónyuges al contraer matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, sin capitulaciones matrimoniales a título gratuito donación, herencia o legado de manera particular, no forman parte del régimen contraído, pues los bienes obtenidos de manera individual sólo serán propiedad del consorte a cuyo favor se transmitió el bien.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito.

Amparo directo 338/2004. 2 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Agustín Romero Montalvo. Secretario: Mario de la Medina Soto.

Nota: Esta tesis se aparta del criterio sostenido por el propio tribunal en la diversa VII.2o.C.32 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XVI, febrero de 1995, página 267.”

Novena Época. Núm. de Registro: 180058. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XX, Noviembre de 2004. Materia(s): Civil. Tesis Aislada. Tesis: VII.2o.C.90 C. Página: 2027.

SOCIEDAD CONYUGAL. SI NO EXISTEN CAPITULACIONES MATRIMONIALES NO DEBEN CONSIDERARSE INCLUIDOS EN ELLA, LOS BIENES ADQUIRIDOS POR HERENCIA POR UNO DE LOS CÓNYUGES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS).—El artículo 181 del Código Civil para el Estado de Chiapas establece, en esencia, que la sociedad conyugal puede comprender bienes de que sean dueños los esposos al formarla, así como los futuros que adquieran éstos; de lo que se infiere que este precepto legal no es imperativo, al no señalar que todos los bienes presentes y futuros de los consortes deberán formar parte de la sociedad conyugal, porque al utilizar la palabra “puede” sólo contempla la posibilidad de que ésta se constituya con los bienes de aquéllos. Por otra parte, el artículo

191 de la ley sustantiva en comentario, dispone que el dominio de los bienes reside en ambos cónyuges y que éstos corresponden a los bienes comunes, esto es, aquellos que se adquieren en común por la sociedad, y no a título particular por uno de los consortes. En consecuencia, si no se demuestra que en la sociedad conyugal se hubieren pactado capitulaciones matrimoniales en las que expresamente se incluyan los bienes futuros que adquieran los consortes a título gratuito, por donación o herencia durante su vida de casados, entonces no formarán parte de ella, porque no fueron adquiridos en común por la sociedad, al no existir disposición legal que así lo autorice. Por otra parte, la circunstancia de que en el medio jurídico, por regla general, no se elaboren capitulaciones matrimoniales, no significa que ante el silencio de los cónyuges de no pronunciarse respecto a su confección material, éstas queden perfeccionadas de pleno derecho, como si se hubieran otorgado expresamente y que los bienes que le fueron dados queden inmersos en la sociedad conyugal.

Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.

Amparo en revisión 335/2000. Ángela Palacios Flores de Aguilar. 13 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Walberto Gordillo Solís.

Novena Época. Núm. de Registro: 189861. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIII, Abril de 2001 Materia(s): Civil. Tesis Aislada. Tesis: XX.2o.5 C. Página: 1134

Probablemente, con motivo de la publicación de algunas de las tesis que se transcriben, es que muchos abogados dan por sentado que si uno de los cónyuges, casado en sociedad conyugal, adquiere bienes a título gratuito, los mismos no forman parte del fondo común y por tanto el adquirente tiene libre disposición de los mismos, sin requerir el consentimiento del otro cónyuge.

Por lo menos en la Ciudad de México actualmente no es así, pues debemos atender primero al texto de la ley y al de las capitulaciones, que desgraciadamente en estos casos no resuelven el grave problema de la inequidad, para sorpresa y desencanto de muchos.

III. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

UNO. De las disposiciones transcritas resulta que las de los códigos de 1870 y de 1884 eran más precisas que las actuales, pues tenían por consecuencia la equidad, especialmente por cuanto hace a la adquisición de bienes a título gratuito por uno de los cónyuges casado en sociedad conyugal.

Mi impresión es que en la reforma de 2000, el legislador cuidó el aspecto de igualdad entre los cónyuges, dando a ambos las mismas facultades y poder de decisión, pero descuidó el relativo a la precisión y a la justa titularidad de los bienes, especialmente en el caso que en este punto se menciona.

Resulta por lo general grande el desencanto y la molestia de muchas personas que pretenden enajenar algún inmueble que adquirieron, verbigracia, por herencia o donación de sus padres o sus abuelos y al acreditar que están casados por sociedad conyugal, los notarios les exigimos que comparezca su cónyuge al acto de enajenación.

Dos. Como decía al principio, no resultaría complicado cambiar esta situación, pues ni siquiera se requeriría de una reforma legislativa (aunque viendo las deficiencias de muchas disposiciones, ésta sería conveniente) pues con un texto más completo y bien redactado de capitulaciones matrimoniales, en las que el régimen por el que opten los contrayentes sea el de sociedad conyugal, prevea qué clase de bienes son propios de cada cónyuge y cuales son comunes.

Ésta es la propuesta de modelo de capitulaciones en el caso de la sociedad conyugal:

C. JUEZ CENTRAL DEL REGISTRO CIVIL
DE LA CIUDAD DE MEXICO

PRESENTE.

Los que suscribimos, con las generales expresadas en la solicitud de matrimonio que oportunamente presentamos, ante usted atentamente exponemos:

Que de conformidad con lo dispuesto por los capítulos IV y V del título Cuarto Bis del Código Civil para la Ciudad de México, presentamos nuestras **capitulaciones matrimoniales**, que se sujetarán a las siguientes cláusulas:

PRIMERA. El matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal, en el entendido de que no aportamos bienes presentes y los bienes futuros se regirán por lo que disponemos enseguida.

SEGUNDA. Sólo integrarán la sociedad conyugal, por partes iguales, los bienes que cada uno de los consortes adquiera, a partir de la firma de este instrumento, por salarios, sueldos, emolumentos y cualquier otra prestación que obtuviere por sus servicios personales, por el desempeño de un empleo o por el ejercicio de una profesión, y los mismos serán administrados por ambos cónyuges.

TERCERA. Los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges antes de la firma de las presentes capitulaciones no formarán parte de la sociedad conyugal.

CUARTA. Los consortes no aportan a la sociedad conyugal bienes muebles o inmuebles, de manera que cada uno conserva de forma exclusiva los adquiridos con anterioridad.

QUINTA. La sociedad conyugal no habrá de responder de ninguna deuda de los consortes, ya sea que se haya contraído con anterioridad o que se contraiga después de la celebración del presente instrumento, por tanto no se hace nota pormenorizada de deuda alguna.

SEXTA. Los bienes a que se refiere la cláusula segunda y sus productos se aplicarán preferentemente al pago de los gastos y obligaciones que deriven del matrimonio y al sostenimiento de los consortes, por partes iguales.

SÉPTIMA. Ambos cónyuges administrarán la sociedad conyugal, para la enajenación o gravamen de lo aportado o lo adquirido con tales aportaciones, deberán actuar siempre mancomunadamente ambos cónyuges.

Los cónyuges podrán actuar separadamente sólo por lo que se refiere a los bienes que les correspondan en lo individual y que no formen parte de la sociedad conyugal.

OCTAVA. La sociedad conyugal no comprenderá ni se entenderá que forman parte de ella:

a) Los bienes y derechos que antes del otorgamiento de este instrumento sean propiedad o estén en posesión de cualquiera de los consortes;

b) Los bienes que haya adquirido o adquiera cada cónyuge, por herencia, legado, donación o don de la fortuna;

c) Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges antes de la celebración del matrimonio, en los que se hubiere diferido su precio y éste haya sido pagado después de su celebración.

NOVENA. Los consortes se obligan a dar aviso de este convenio y de sus modificaciones al Juez del Registro Civil correspondiente.

DÉCIMA. En caso de disolución de la sociedad conyugal los consortes convienen en que el remanente de los bienes aportados, una vez deducidos los gastos del matrimonio y en su caso, pagadas las deudas, se entregue por mitades a cada uno.

DÉCIMA PRIMERA. Para la interpretación y cumplimiento de este convenio, las partes se someten a las leyes y tribunales de la Ciudad de México y renuncian al fuero de cualquier otro domicilio.

Ciudad de México, a ____ de _____ de ____.

El contrayente

La contrayente

TRES. Sería deseable una campaña de difusión en la que se aclararan las consecuencias patrimoniales que tienen las actuales capitulaciones matrimoniales bajo el régimen de sociedad conyugal, instando a los cónyuges a modificarlas acudiendo al notario, como el fedatario que tiene facultades para intervenir y puede asesorar a los interesados, pues además de lo que establece la Legislación Civil, la Ley del Notariado para la Ciudad de México, dispone:

Artículo 166. En los términos de esta ley se consideran asuntos susceptibles de conformación por el Notariado mediante el ejercicio de su fe pública, en términos de esta Ley:

III. Todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados. En forma específica, ejemplificativa y no taxativa, en términos de este capítulo y de esta ley:[...]

b) En la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad conyugal[...]

CUATRO. Sería conveniente, en aras de la claridad y la seguridad jurídica, que al expedirse a los solicitantes por los juzgados del Registro Civil, copias certificadas de las actas de matrimonio, se acompañaran también las capitulaciones matrimoniales como anexo inseparable.

Tomar en cuenta también que cuando las capitulaciones se celebren o se modifiquen ante notario, ello debe hacerse del conocimiento del juez del Registro Civil que dio fe del matrimonio a fin de que, al expedir ulteriores copias del acta de matrimonio, se anexasen las capitulaciones vigentes.

CINCO. Finalmente, tomar en cuenta que cuando existan bienes inmuebles, la aportación o transmisión de los mismos debe constar en escritura pública y ésta inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y además difundir que en los casos de divorcios en que se disuelve y liquida la sociedad conyugal, transmitiendo como consecuencia un cónyuge a otro la parte de los derechos que le correspondía sobre bienes inmuebles, no es suficiente con la resolución judicial, sino que se requiere formalizar esa transmisión en escritura pública para poder tener certeza en la titularidad de los bienes.

EL AZAR Y EL DERECHO

Moisés Teliz Santoyo



*Cuando bebas agua
Recuerda la fuente.*

Proverbio chino

Con gratitud al maestro
ZAMORA Y VALENCIA

La selección del presente tema da cuenta de su fondo, el azar, entendido como contingencia, esto es, la posibilidad de que las cosas ocurran de un modo u otro.

Reflexionar al respecto nos adentra entre los agros de las ciencias exactas (física, matemática, estadística, etc.) y las sociales (filosofía, psicología y otras) sin omitir la ciencia jurídica, cuyo foco irradia sobre un mundo de contingencias en su empeño por emparejar al mundo del ser con el del deber ser.

El derecho se anticipa para calcular los efectos de lo imprevisto. Lo toma, lo digiere y asume diversas actitudes que van desde el soslayo, hasta emplearlo como recurso jurídico, otorgándole fuerza legal.

Recurramos a algunas disposiciones para comenzar a enmarcar la idea. Comencemos con el Artículo 136 Constitucional Federal que prescribe:

Artículo 136. Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.

Esta norma encara la actualización de una contingencia indeseada, previendo la conducta a seguir; y en sí, por lógica, esa es la mecánica del derecho, donde ante potenciales y diversos supuestos jurídicos (imaginarios, ideales, algunos insospechados y todos merced a contingencias) vislumbra un elenco de consecuencias.

El derecho flota sobre un océano de contingencias, reglamenta la vida social que es un entramado de ellas. Está plagado de disposiciones, prescribiendo reacciones ante la continua embestida de lo impredecible. Contingencias que a veces ocurren de la manera deseada y otras no, dependiendo de la “suerte”, vocablo que según algunos deriva de “*sortes*”, pequeñas cuentas de cerámica empleadas en la antigua Roma con que adivinar el futuro, por ejemplo, en los *sortis*, mecanismos utilizados (sorteo) para premiar a los soldados asignándoles lotes de tierra en recompensa por sus servicios; lotes que, aunque podían ser de igual tamaño, no necesariamente lo eran en calidad o ubicación; de las *sortes* dependía allegarse un buen lote (lotería).

El simple hecho de no saber qué pasará mañana nos zambulle en el tema, y entonces la vida se hace azar, confundiéndose ambas ideas como en el vino lo hacen la uva y el alcohol, pareciéndoles a unos presenciar las dos caras de una misma moneda, y a otros que la vida es continente y el azar contenido.

Dependiendo del modo en que asimilan esta realidad es como se han fraguado corrientes religiosas, filosóficas y hasta artísticas.

Incluso en lo político permea empíricamente la noción, remitiéndome a los diversos sistemas para elegir jefes de Estado (y destacar uno de ellos) que corren desde los democráticos conocidos, a otros por designación ultraterrena como en el caso del Dalai Lama, líder del Estado Tibetano, o la votación por un selecto grupo de electores tratándose del jefe del Estado Vaticano, hasta los métodos monárquicos, en los que el sucesor del rey lo es su hijo, despachando el azar la idoneidad del heredero.

Lo incierto se concreta finalmente en certezas, que cuajan gracias a nuestro talento, esfuerzo y/o a la suerte, suerte que supone varias posibilidades y que por azar desemboca en una.

Incertidumbre, azar, suerte, fortuna, sino, hado, chiripa, serendipia, son conceptos que al lado de otros similares gravitan en una atmósfera de misterio cuando no de magia.

Hasta donde mi experiencia alcanza, es un hecho que la mayoría de eventos felizmente ocurren más o menos del modo esperado, merced a nuestra lucidez, paciencia, talento, esfuerzo, etc., lo que no impide que en cualquier momento la diosa fortuna con un manotazo favorezca o perjudique, merced a caprichos, accidentes, enfermedades u otro tipo de revés. Por

eso creo podemos abordar el tema desde una perspectiva general (suscitando reflexiones no necesariamente de orden jurídico) y otra particular, que facilita abordar el tópico bajo la óptica legal.

En el derecho se presenta el azar en dos niveles, uno general sobre la amplia base antedicha, donde las normas jurídicas encierran variadas hipótesis (supuestos jurídicos) capaces de engendrar obligaciones; y otro especial, que le emplea como recurso legal por llamarle de algún modo, donde la incertidumbre se aprovecha en ocasiones, tal como aprovechan los judocas el peso del oponente a su favor.

No es de la manera general como sugiero aproximarnos al tema, sino adelgazando al dilatado torrente de eventualidades en líneas finas de derecho privado que permitan rondar la cuestión a través de figuras como “condiciones”, contratos aleatorios, la teoría de la imprevisión y alguno más.

¿De qué manera afronta el derecho al azar? ¿Dentro de qué márgenes legales se permite su intromisión?

Escasos son los campos donde se observa al genio del derecho desmenuzar la abstracta nebulosidad del azar hasta reducirla a figuras de perfiles concretos. Pocos ejemplos notamos en derecho civil y mercantil, existiendo algo más, disperso y medio perdido, en cuadrantes que adelante se mencionan. Coqueteando con el azar, el derecho permite estipular “condiciones” como figuras a las cuales supeditar situaciones legales. Actos “futuros e inciertos” de los que se hacer pender el nacimiento o muerte de actos jurídicos.

Artículo 1938. La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto.

Artículo 1939. La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación.

Artículo 1940. La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido.

Se permite librar al albur del destino la existencia o no de relaciones legales. En otros casos el derecho, condecorador de la naturaleza humana, recurre al azar para morigerar pasiones, sustrayendo del orgullo y voluntad de los sujetos ciertas decisiones que pone en manos de un medio imparcial como lo es el alea: “lo que la suerte diga”.

Casos en los que el orden legal permite valerlo como medio de solución, fuera de las calificaciones racionales (o pasionales) remediando a través de la ventura y, de paso, enfriando ánimos.

Nos topamos entonces con artículos en materia civil, como los siguientes llamando a la suerte:

Artículo 974 CCDF (hablando de copropiedad). Si varios propietarios de cosa indivisa hicieren uso del derecho del tanto, será preferido el que represente mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte, salvo convenio en contrario.

Artículo 1293 CCDF (hablando de sucesiones). Si dos o más coherederos quisieren hacer uso del derecho del tanto, se preferirá al que represente mayor porción en la herencia, y si las porciones son iguales, la suerte decidirá quien hace uso del derecho.

Artículo 1865 CCDF (referido a la declaración unilateral de voluntad). Si el acto señalado por el promitente fuere ejecutado por más de un individuo, tendrán derecho a la recompensa:

1. El que primero ejecutare la obra o cumpliera la condición;
2. Si la ejecución es simultánea, o varios llenan al mismo tiempo la condición, se repartirá la recompensa por partes iguales;
3. Si la recompensa no fuere divisible se sorteará entre los interesados.

Artículo 2771 CCDF (hablando del contrato de juego y apuesta). Cuando las personas se sirvieren del medio de la suerte, no como apuesta o juego, sino para dividir cosas comunes o terminar cuestiones, producirá, en el primer caso, los efectos de una participación legítima, y en el segundo, los de una transacción.

Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal, entre las especies de contratos, prevé los aleatorios, tipificando tres de ellos: el de juego y apuesta (2764), la renta vitalicia (2774) y la compra venta de esperanza (2792).

Al de juego y apuesta no lo define, mas no así los otros dos, respecto a los cuales describe:

Artículo 2774. La renta vitalicia es un contrato aleatorio por el cual el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble a raíz estimada, cuyo dominio se le transfiere desde luego.

Artículo 2792. Se llama compra de esperanza al contrato que tiene por objeto adquirir por una cantidad determinada, los frutos que una cosa produzca en el tiempo fijado, tomando el comprador para sí el riesgo de que esos frutos no lleguen a existir; o bien, los productos inciertos de un hecho, que puedan estimarse en dinero. El vendedor tiene derecho al precio aunque no lleguen a existir los frutos o productos comprados.

Tampoco escapa a la ley la posibilidad que algunas contingencias afecten la sanidad de los pactos asumidos de buena fe, siendo entonces menester nivelar la balanza, proyectándonos de lleno hacia la teoría de la imprevisión sobre el brocado *rebús sic stantibus*.

Dicta el artículo 1796 (hablando de fuentes de las obligaciones, contratos):

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.

Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.

Del tamaño de la contingencia será el de los ajustes.

Se reemplaza la voluntad inicial expresada por las partes, con el noble afán de tocar el fondo de la negociación, en términos de la equidad que originalmente los decidió. El azar viene a suscitar modificaciones de manera neutralmente supletorias.

Y sólo como curiosidad vale señalar que el Código Civil apunta ocasionalmente al vocablo “fortuna”, refiriéndolo unas veces como sinónimo de suerte y otras como sinónimo de patrimonio:

Artículo 182 Quintus. En la sociedad conyugal son propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales:

II. Los bienes que adquiriera después de contraído el matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la fortuna;

Artículo 189. Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

IX. La declaración expresa de que si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna;

Artículo 215. Los bienes que los cónyuges adquieran en común por donación, herencia, legado, por cualquier otro título gratuito o por don de la fortuna, entre tanto se hace la división, serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro; pero en este caso el que administre será considerado como mandatario.

Artículo 1783. Los que pagaren por el insolvente, conservaran su acción contra él, para cuando mejore de fortuna.

Artículo 2171. Si el deudor no hubiere renunciado derechos irrevocablemente adquiridos, sino facultades por cuyo ejercicio pudiese mejorar el estado de su fortuna, los acreedores pueden hacer revocar esa renuncia y usar de las facultades renunciadas.

Artículo 2767. El que pierde en un juego o apuesta que no estén prohibidos, queda obligado civilmente, con tal que la pérdida no exceda de la vigésima parte de su fortuna. Prescribe en treinta días el derecho para exigir la deuda de juego a que este artículo se refiere.

Independientemente a lo anterior, en otras materias, no muchas, se barajó el punto, pudiéndose comenzar con el contrato de seguro que gravita sobre la incertidumbre y que permitiría desarrollar prolijamente este tema. “Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato” (artículo 1 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro).

Se socorre de sorteos como vía para remontar problemas, o darle transparencia a ciertos eventos, en algunos artículos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Instituciones de Crédito, Ley Federal del Trabajo, Ley Agraria, Ley del Notariado para el Distrito Federal, entre otras.

Pareciera propio de la naturaleza humana el afán de controlar. Todo es control. Se estudia, trabaja, ahorra, invierte, prepara, etc. para gobernar en lo posible nuestro entorno, sea económico, social, profesional, habitacional o personal, sin por ello dejar de mantener “un ojo al gato y otro al garabato”, atentos ante las fintas del azar.

El hombre se entrega a artes mánticas ansiando develar el futuro y conocer de manera cierta hoy lo que está reservado al mañana de manera incierta. Sabe la ley que al hombre le atemoriza la incertidumbre y paradójicamente gusta de exponerse, invocar a la fortuna, forcejear con el destino. Y así como le teme también le tienta, viéndose peligrosamente arrastrado entre los sabores del riesgo, dentro de esa extraña relación amor/odio, que lo tensa, subyuga, entusiasma, preocupa, aterra, recompensa, castiga, premia.

El hombre coquetea con la suerte y el derecho lo solapa, lo reglamenta. La gente ha ideado entre otras cosas juegos de azar, algunos de ellos censurados por diversos motivos. Atestiguamos un dilatado arco extendiéndose desde los pintorescos “volados” en pos de la tabla de merengues hasta com-

plejos actos repletos de modalidades. La ley sabe de juegos celebrados allende a sus previsiones que inhibe, ofreciendo sucedáneos.

En el Código Penal Federal existía un capítulo (derogado en 1985) que reprimía a los juegos prohibidos, categorizándolos junto a los delitos “Contra el Comercio y la Industria” y el de “Vagos y Malvivientes”, como atentados contra la economía pública (dicho artículo existía igualmente y con la misma redacción en el Código Penal para el Distrito Federal y territorios federales).

Artículo 257 CPF. “Se impondrá prisión de tres días a seis meses y multa de cien a mil pesos:

I. A los empresarios, administradores, encargados o agentes de loterías o rifas que no tengan autorización legal. No quedan incluidos en esta disposición los expendedores de billetes o los que hagan rifas sólo entre amigos o parientes, y

II. A los que tengan o administren casa o local de juego en el cual se hagan apuestas y la ganancia o pérdida dependan única o principalmente del azar, y

III. A los que de cualquier modo contribuyan a la venta o circulación de billetes de lotería de extranjeros”.

Concedor de esa pasión humana, el Estado, que en vez de sofocar encauza, decidió tomar el control de la situación a través de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, junto a otros pocos ordenamientos, que en conjunto se ocupan del juego de lotería, apuestas deportivas, instalación de casinos, hipódromos, etc. ordenando el punto en lo público y lo privado.

Artículo 1o. (LFJS). Quedan prohibidos en todo el territorio nacional, en los términos de esta Ley, los juegos de azar y los juegos con apuestas.

Artículo 2o. Sólo podrán permitirse:

I. El juego de ajedrez, el de damas y otros semejantes; el de dominó, de dados, de boliche, de bolos y de billar; el de pelota en todas sus formas y denominaciones; las carreras de personas, de vehículos y de animales, y en general toda clase de deportes;

II. Los sorteos.

Los juegos no señalados se considerarán como prohibidos para los efectos de esta Ley.

Artículo 3o. Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Gobernación, la reglamentación, autorización, control y vigilancia de los juegos cuando en ellos medien apuestas de cualquier clase; así como de los sorteos, con excepción del de la Lotería Nacional, que se regirá por su propia ley.

Artículo 4o. No podrá establecerse ni funcionar ninguna casa, o lugar abierto o cerrado, en que se practiquen juegos con apuestas ni sorteos, de ninguna clase, sin permiso de la Secretaría de Gobernación. Esta fijará en cada caso los requisitos y condiciones que deberán cumplirse”.

La ciencia jurídica, conforme se especializa, va enriqueciéndose con una abundante taxonomía legal de conceptos, repleta de hiperónimos e hipónimos, pero éste, el del azar, no es el caso.

El azar ha sido motivo siempre de respeto. Pareciere ser un impredecible viento soplando nuestras velas hasta conducirnos a inesperados puertos, desatando todo tipo de pasiones y reacciones, haciéndonos bascular entre la atracción-repulsión, sin tener más remedio el derecho que aproximársele con sigilo y manejarlo con pinzas.

Diversos dioses de la fortuna se han erigido en múltiples culturas. Por siglos el lugar del azar en occidente lo ocupó la divina providencia, quien proveía de una u otra manera soluciones y remedios. Fue hasta la ilustración que esta noción se reemplazó con el azar, sustrayendo de las manos de Dios el devenir del mundo para encomendárselo a la atea suerte.

Al socaire del ambiente festivo y de homenaje bajo el que escribo este texto, permítaseme proseguirlo alivianando su peso, hasta ahora abordado con citas legales, para otearlo desde un orden histórico, a través de un par de vidas anecdóticas que como otras tantas, quizá la de todos, exponen lo fascinante del engranaje vital, donde las cosas son, fueron o pudieron haber sido de tantas maneras para finalmente resolverse en una y solo una (la fatalidad), dejándose asomar la aleatoriedad en el devenir de los hechos y dando pabito a mil suposiciones de lo que pudo haber sido y no fue.

Ejemplos para apreciar esa mecánica vital, donde muchas cosas están en nuestras manos y otras en las de la fortuna, incluso respecto a circunstancias que creemos, han dependido de nosotros y nada más que de nosotros; si nos remontamos en el tiempo nos percataremos que en algún punto pasado jugó el azar de manera definitoria. Cada quien, conforme a su imaginación, intuirá los derroteros que su propia vida pudo haber tomado dentro de ese ancho horizonte abierto a golpes de suerte.

Alejandro Pushkin, el poeta nacional ruso por excelencia, fue un hombre con rasgos morenos. No pudo ser de otra manera habiendo sido bisnieto de un negro africano príncipe en Rusia; Abram Gannibal, su ancestro, fue obsequiado por los otomanos al Zar Pedro el Grande, junto con otros como esclavo tras haber sido secuestrando de niño en África. El Zar, al paso de los años le cobró estima al muchacho y otorgó un título nobiliario, desde el que este nuevo aristócrata, enfundado en su casaca de terciopelo europea, gobernó exitosamente la báltica Tallin. Pushkin murió joven de 37 años, al batirse en su duelo 27. ¡Vaya si los duelos son materia de “contingencia”! ¿Por qué suceden las cosas como suceden? Tan bardo como duelista, falleció en el lance con un experimentado oficial de húsares para lavar su honor, ante el coqueteo del soldado con la mujer del poeta, quien se dice era la mujer más bella

del país entonces (1837). Todo pudo haber ocurrido de tantas maneras pero ocurrió como ocurrió.

Cuando nació Victoria, nadie imaginó que algún día gobernaría al Reino Unido por más de 60 años. Eran pocas las probabilidades que esta nieta de Jorge III tenía para lucir la corona merced a la cantidad de aspirantes (existentes y contingentes) con derechos previos a ella. Pero muerto su joven padre y dos tíos que le precedieron muy pocos años en el trono, quienes no tuvieron descendencia legítima o la que tuvieron murió en su niñez, ella se coló al sitial real a los 18 años de edad. Las cosas pudieron haber ocurrido de tantas maneras.

Sin embargo, lo qué pasó, pasó, y ocurrió por situaciones de hecho y de derecho, que el orden legal recogía en su momento, como la esclavitud, los duelos, la ley sálica, el matrimonio morganático, etc. El azar se abrió paso a codazos entre el derecho, culminando con lo que hoy refiere la historia. La vida es la temporada de las temporadas y viene preñada de aleatoriedad.

Por eso Pushkin murió con una bala bien clavada en el estómago, y la reina Victoria jamás dejó de culpar a su hijo (y sucesor) Eduardo VII de haber asesinado a su padre (Príncipe consorte Alberto, adorado esposo de Victoria), quien, desesperado por enmendarle los pasos a su vástago enredado con mujeres alegres, lo invitó a caminar por el campo para sostener una plática padre e hijo, sorprendiéndoles la fría tormenta que los empapó y a raíz de lo cual falleció el señor.

¿Qué tiene en común la bala que mató a Pushkin con el fulgor de la época victoriana o con que en ciertas ocasiones a un heredero se adjudiquen unos bienes y no otros? Que en todos los casos la contingencia se despliega vistosa cual cola de pavo real.

Son la vida misma. Vida en la que gran parte de las cosas queda en manos del azar, complicándonos a veces determinar el grado de influencia que en la propia circunstancia tiene nuestro deliberado quehacer por un lado (ley de causalidad) y el azar por el otro (ley de casualidad). Pareciera ser una obra al alimón, que me trae a mientes una bellísima estrofa compuesta en honor al célebre pintor renacentista Rafael Sanzio (cito de memoria en detrimento de la métrica):

Éste es el gran Rafael
Por cuyo diestro pincel
Más temía la naturaleza
Verse muerta si él vivía
O morir muriendo él.

¿El alcance de nuestra intervención? La vida y sus hitos son, con mucho, grandes sorpresas. Nuestro nacimiento, muerte, causa, aspecto físico, inteligencia, selección de cónyuges, hijos, desarrollo de la profesión, etc. respaldan lo dicho. Lo único seguro es que no tenemos nada seguro.

Hablando en forma general, no le faltaría parte de razón a quien dijera que reglamentar la vida es reglamentar el azar. Acépteseme la auto concesión para sustraerme del plano particular y volverme al general, desde donde hablar del azar es hablar de la vida, pues eso me facilita traer a cuento la siguiente anécdota que refiere el licenciado Ernesto Gutiérrez y González (en su libro “El Patrimonio”), respetado maestro de posturas a veces poco ortodoxas pero siempre interesantes, en relación a un caso profesional emplazable ahora con sabroso atractivo en términos civiles.

Narra don Ernesto Gutiérrez y González que un buen día acudió ante él un maestro en pintura, a efecto de asesorarse si podía cobrar más por un trabajo que había realizado. Resulta que tiempo atrás un cliente del pintor había requerido sus servicios profesionales para limpiar y restaurar un cuadro de gran formato (2.20 x 4.87 mts.) comprado en Europa. El profesor, en el desarrollo de su trabajo, por azar advirtió que se trataba de una especie de palimpsesto (esto es, un texto escrito sobre otro, lo que era común antaño ante la escasez de materiales) y sospechaba que el trabajo encubierto era de mayor valía que el superficialmente mostrado.

Con autorización del dueño, el restaurador continuó develando la obra oculta hasta confirmar sus sospechas y descubrir una obra de Rubens, lo que mandó a las nubes el valor del enorme lienzo. El profesional creía tener derecho a un pago superior al originalmente convenido en razón de lo sucedido, cosa con la que el propietario no estaba de acuerdo. Eso llevó al maestro Gutiérrez y González a adentrarse en el estudio del caso a través de la figura del tesoro.

Artículo 875 CCDF. Para los efectos de los artículos que siguen, se entiende por tesoro, el depósito oculto de dinero, alhajas u otros objetos preciosos cuya legítima procedencia se ignore. Nunca un tesoro se considera como fruto de una finca.

Artículo 883. Si el tesoro se buscare con consentimiento del dueño del fondo, se observarán las estipulaciones que se hubieren hecho para la distribución; y si no las hubiere, los gastos y lo descubierto se distribuirán por mitad.

No existiendo en México concepto legal de objeto precioso (aunque sí menciones a ellos, por ejemplo los artículos 436, 437, 561, 563, 568 del mismo Código) se remitió al derecho canónico, que hablando de objetos en su

canon 1497 disponía: “Se llaman preciosos a aquellos que tienen un valor notable por razón del arte o de la historia o de la materia”.

Tiempo después, con el litigio en curso, el dueño del cuadro falleció y el pleito se resolvió con los herederos acordando que todos (herederos, profesional y abogado) renunciarían a su parte en favor del Museo de San Carlos en la Ciudad de México, donde hoy se exhibe como “La cacería de venados” con una mención de reconocimiento al descubridor.

El tópico del azar da miga para cientos de reflexiones, conclusiones y líneas por escribir desde diferentes ángulos, pero el apego a la cordial recomendación tasando la extensión de esta colaboración, impide ampliarme lo suficiente, quedando pendiente formular consideraciones técnico jurídicas que demandan mayor espacio.

Interesantes retos le aguardan al derecho, afrontando y reglamentando problemáticas antaño libradas al azar y actualmente orientadas por la potestad humana (más aún lo serán en el futuro).

No me es difícil imaginar el día que comience a legislarse a fondo y en forma distinta a la actual, sobre reproducción asistida, selección de sexos, creación de órganos, inteligencia artificial, eutanasia, suicidios, tratamiento de la vejez, sobrepoblación, prestaciones laborales, educación, formas de convivencia, relaciones familiares, límites a la riqueza, religión, ocio, procedimientos para estandarizar múltiples ámbitos, empleo de drogas y muchos temas más, algunos de ellos insospechados para nosotros. Aleccionador es y será calar la sensibilidad social recogiendo nuevas posibilidades y conduciéndolas.

A guisa de ejemplo permítaseme citar un artículo revelador de la apertura legal hacia nuevas experiencias sociales:

Reza el artículo 135 Bis (hablando del Registro Civil):

Pueden pedir el levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de la identidad de género, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primigenia, las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género.

El reconocimiento respectivo se llevará a cabo ante las instancias y las autoridades correspondientes del Registro Civil del Distrito Federal cumpliendo todas las formalidades que exige el Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal.

Se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna, tal como cada persona se percibe así misma, la cual puede corresponder o no, al sexo asignado en el acta primigenia. En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica alguna, terapias u otro diagnóstico y/o procedimiento para el reconocimiento de la identidad de género.

Los efectos de la nueva acta de nacimiento para identidad de género realizados, serán oponibles a terceros desde su levantamiento.

Los derechos y obligaciones contraídas con anterioridad al proceso administrativo para el reconocimiento de identidad de género y a la expedición de la nueva acta, no se modificarán ni se extinguen con la nueva identidad jurídica de la persona; incluidos los provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, los que se mantendrán inmodificables.

Entrados en ejemplos, baste un botón de muestra para exponer disposiciones de tintes premonitorios en ordenamientos vigentes, que olfatean realidades venideras.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal (publicado en 2002) dispone en su Título Segundo, relativo a los “Delitos contra la Libertad Reproductiva”:

CAPÍTULO II *Manipulación Genética*

Artículo 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;

II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y

III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Artículo 155. Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

Hace años, pensar en las hipótesis anteriores como objeto de estudio legal serio, hubiera sido inimaginable.

Quizá llegue el día en que científicamente se desentrañen el porqué y el cómo del escurridizo azar, despojándosele del nimbo enigmático que hoy luce, para incorporarlo a nuestro saber como un principio lógico predecible, y acaso controlable. Injerir en la directriz de la *lattice*.

Hoy, eso se antoja también inimaginable.

Así como el derecho en su plenitud es ágil y efectivo, también puede ir envejeciendo hasta alcanzar la senilidad. Menester es que el derecho se mantenga atento a los cambios y exigencias sociales para absorberlos oportu-

tunamente, so pena de mudar provecto, y como tal, lerdo y obscuro para reaccionar. Un sistema viejo y desactualizado a nadie le sirve. La capacidad de reacción es fuente de lozanía jurídica. La historia palpa legislaturas con el pulso juvenil y otras de antenas decrepitas.

Aproximándonos a una conclusión tan asistemática como el azar mismo, a éste el derecho le da juego en mayor o menor medida:

1. Intuyendo su presencia genérica en el devenir de los hechos, tal como lo está en todas las cosas de la vida, por lo que encuentra cabida en todo, desembocando más en una reflexión filosófica que en una consideración legal, y poco o nada nos sirve desde esta perspectiva para efectos del presente trabajo.
2. Aprovechándosele como un recurso jurídico.
3. Reconociéndolo en hechos o actos que la norma encauza, para reprimir o encaminar.

Finalmente deseo hacer una sincerísima confesión, cuya brevedad es inversa a su inmenso calado y afecto, afirmando desde el fondo de mi alma que si la suerte existe, a mí me ha sonreído, y prueba de ello es el privilegio que tuve de toparme en mi tiempo con don Miguel Ángel Zamora y Valencia, excepcional maestro de academia y vida; hombre profundo, culto y estudioso, poseedor de una excepcional lucidez e inteligencia sin par, amén de gran conversador y generoso amigo, cuya valiosa influencia y enseñanzas sellaron mi destino profesional (léase personal) por lo que mi emocionado agradecimiento se mantendrá siempre vivo.

Felicidades para quienes fuimos y seguimos siendo sus discípulos, y sobre todo a él. Muchas gracias y años de dicha y buena venturanza para nuestro respetado, entrañable y SIEMPRE MAESTRO, DON MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA.

CONSIDERACIONES SOBRE LA VALIDEZ DE CIERTAS REGLAS DE LAS CORPORACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA QUE SEAN INCORPORADAS EN LA ESCRITURA CONSTITUTIVA O ESTATUTO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN MÉXICO

Miguel Ángel Zamora y Vega



I. INTRODUCCIÓN

La presión económica que ejercen las grandes empresas norteamericanas cuando abren sucursales en México o cuando celebran contratos con empresas mexicanas en actividades o sectores de la economía de México, ha ocasionado que en algunos casos busquen constituir sociedades subsidiarias en el país, que no obstante son sociedades reguladas conforme a la legislación y sujetas a las leyes mexicanas. En sus estatutos establecen reglas afines a las de las empresas controladoras norteamericanas o reglas afines a los contratos que éstas celebran en los Estados Unidos de América. En esos supuestos, la duda en la elaboración de la escritura constitutiva y estatuto social de las sociedades mexicanas o en la elaboración de los contratos que celebren, es la validez o licitud o ejecutabilidad de ese tipo de disposiciones.

Mientras que la regulación de las sociedades mercantiles en México es materia federal, en los Estados Unidos de América la regulación de las empresas afines a las sociedades anónimas, denominadas corporaciones, es local, salvo ciertas excepciones. Revisar la regulación local de las corporaciones norteamericanas tomando en cuenta las cincuenta leyes locales que regulan cada una de las cincuenta entidades federativas excedería el propósito de este artículo. Por cuestiones prácticas, de las cincuenta legislaciones he elegido revisar la ley local del estado de Nueva York, comparándola con la legislación mexicana, por ser ésta una legislación que en algunos rubros ha marcado tendencia en su regulación a nivel internacional por su contenido,

más que por sus beneficios o cargas impositivas fiscales. Elegí revisar algunas de las reglas vigentes de Nueva York de finales del siglo veinte, ya que esas disposiciones se crearon pensando en regular transacciones internacionales sin estar impregnadas de las múltiples restricciones que posteriormente vinieron a raíz del conflicto derivado del 11 de septiembre del 2001, de la quiebra de las “empresas punto com” en el 2003, de la crisis financiera derivada de las “hipotecas subprime” del 2007 y de la crisis financiera derivada de la burbuja inmobiliaria de 2008. Por tal virtud, en este artículo pretendo revisar algunas reglas que ha tenido la legislación local del estado de Nueva York, exclusivamente en lo referente a las corporaciones, en contraste con la regulación de las sociedades anónimas en la Ley General de Sociedades Mercantiles, en aquellos asuntos que, a mi parecer, son de relevancia práctica o en aquellos casos que las regulaciones de México y de Nueva York son contradictorias, o en aquellos en que la diferencia de criterio hace posible pensar la discutible validez de las regulaciones creadas en un país y que se pretenden aplicar en otro.

La legislación norteamericana y en particular la práctica de Nueva York han permitido a los particulares pactar una gran variedad de acuerdos relacionados con la estructura y manejo de las corporaciones. Tratar de revisarlas todas iría más allá de los propósitos de este trabajo. Por ende, sólo reviso algunos de esos múltiples acuerdos y principios de esa legislación que en mi opinión tienen relevancia práctica en comparación con las sociedades anónimas en México.

Las disposiciones legales aplicables a las corporaciones en el estado de Nueva York, en diversos aspectos, y en su mayoría, se regulan por la vía legislativa, independientemente de la importancia y aplicabilidad de las decisiones judiciales en esa materia. Por ese motivo, en este trabajo trataré primordialmente la legislación local en contraste con la legislación federal de México, salvo aquellos supuestos que por su relevancia me obliguen a tomar en cuenta resoluciones judiciales de aplicabilidad notoria.

Este trabajo no pretende ser guía sobre el régimen legal de las corporaciones de los Estados Unidos de América, ya que la materia legal en ese país es muy cambiante y las consecuencias jurídicas tienen múltiples aristas dependiendo del caso concreto en particular. El objetivo de este trabajo está más bien enfocado a las sociedades anónimas mexicanas, ya que busco que el lector reflexione sobre la posible validez de aplicar en México ciertas reglas que nacieron de la legislación norteamericana o de la práctica norteamericana, y que en algún momento han tenido vigencia o aplicación en los Estados Unidos de América y que ahora buscan surtir efectos legales

en nuestro país al incorporarse en la escritura constitutiva o estatuto social de las sociedades anónimas en México.

II. RESPONSABILIDAD LIMITADA DE LOS ACCIONISTAS AL MONTO DE SU APORTACIÓN

Una de las características principales de las corporaciones norteamericanas es el principio de la “responsabilidad limitada” de sus accionistas hasta por el monto de sus aportaciones al capital social. Sin embargo, existen excepciones a este principio.¹ Así, por ejemplo, en aquellos supuestos en los cuales la corporación norteamericana no cotice sus acciones en la bolsa de valores, los diez accionistas que han aportado mayor capital a la corporación pueden llegar a ser responsables en su patrimonio en lo personal en relación con la responsabilidad laboral relacionada con los salarios de los empleados de la corporación.² A eso se debe que una de las principales preocupaciones de los inversionistas norteamericanos al constituir sociedades anónimas en México es su posible responsabilidad en lo individual que exceda de su aportación al capital social, rompiendo con ello el principio general de la responsabilidad limitada del accionista. En la legislación mexicana, la responsabilidad individual de los accionistas que afecta en lo individual a su patrimonio, la llegamos a encontrar, de manera dispersa, en algunas disposiciones legales aplicables; de esta forma, por ejemplo, se rompe con el principio de la responsabilidad limitada del accionista cuando éste es administrador de la sociedad mexicana y no la da de alta en el Registro Federal de Contribuyentes, o cuando no da aviso a las autoridades fiscales del cambio de domicilio, o cuando no lleva la contabilidad de la sociedad o la oculta o la destruye.³ Hay un supuesto similar de responsabilidad solida-

¹ La doctrina norteamericana denomina a los supuestos que rompen con el principio de responsabilidad limitada de los accionistas como supuestos en los cuales “se rompe el velo” (“piercing the veil”) y utilizan este término en sentido figurativo, como si la constitución de una corporación tejiera un velo que separa a los accionistas de su corporación en términos de responsabilidad. Por ende, los supuestos de responsabilidad solidaria de los accionistas frente a los actos de su corporación son supuestos en los cuales se rompe el velo y permite a terceros responsabilizar directamente al accionista en su patrimonio o actos de su corporación.

² Ley de Corporaciones de Negocios de Nueva York (New York Business Corporation Law, BCL 630)

³ Artículo 26 fracción III tercer párrafo del Código Fiscal de la Federación.

ria de contribuciones causadas en la Ciudad de México en la legislación fiscal local.⁴ También debemos recordar que, de conformidad con recientes reformas a la Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), aparentemente se ha creado una responsabilidad que rompe con el principio de la responsabilidad limitada, haciendo responsables en lo individual a los accionistas de los vicios ocultos que afecten a un inmueble de una sociedad anónima mexicana que se disuelva, cuando dicha sociedad haya sido la propietaria original de dicho condominio afecto a vicios ocultos.⁵

Es discutible la validez de un pacto en la escritura constitutiva o estatuto social de la Sociedad Anónima que impida por cualquier motivo la responsabilidad individual de sus accionistas, más allá de sus aportaciones al capital, ya que los supuestos de la ley mexicana que regulan esas excepciones (como los señalados anteriormente, fundamentalmente en materia fiscal) en términos generales son de orden público y están protegiendo el interés público en general.

III. ADMINISTRACIÓN CENTRALIZADA

Otra de las características principales que tienen las corporaciones norteamericanas es el principio de “administración centralizada”,⁶ que consiste en que el control de la administración de la corporación corresponde casi exclusivamente al órgano de administración de la corporación y no a los accionistas. Dicho de otra manera, los accionistas no tienen la facultad de tomar decisiones relacionadas con la administración de la corporación; en un supuesto extremo, si los accionistas de una corporación norteamericana no están conformes con la administración de la sociedad, los accionistas no pueden ordenar al órgano de administración sobre la manera de administrar la corporación, sino que tienen la facultad de revocar a los miembros del órgano de administración y designar a nuevos miembros, y será el nuevo órgano de administración (y no los accionistas) quienes tomarán las decisiones de administración de la sociedad.

⁴ Artículo 48 fracción IV del Código Fiscal de la Ciudad de México.

⁵ Artículo 26 fracción III bis segundo párrafo de la Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México)

⁶ Se le denomina a este principio en la doctrina norteamericana como “Centralized Management”.

A diferencia de lo precisado en el párrafo anterior, los accionistas reunidos en asamblea son el órgano supremo de la sociedad y, por ende, los accionistas pueden tomar acuerdos válidos sobre la administración y el órgano de administración de la sociedad mexicana estaría obligado a acatar los acuerdos sobre ésta previamente adoptados por la asamblea de accionistas. Si una sociedad anónima en México acordara en su estatuto social la “administración centralizada” prevista por la legislación norteamericana y referida en el párrafo anterior, probablemente no tendría eficacia en la práctica, ya que, en un caso extremo, la asamblea de accionistas de la sociedad anónima en México, si estuviera inconforme con la administración de la sociedad por parte del órgano de administración, podría celebrar una asamblea de accionistas y como órgano supremo podría modificar el estatuto social en cualquier momento, eliminar la figura de la “administración centralizada” y los accionistas podrían de nueva cuenta acordar la manera de administrar la sociedad mexicana y obligar al órgano de administración a que ejecute esos acuerdos.

IV. AUTORIDAD GENÉRICAMENTE DESIGNADA POR LEY Y PERSONA ESPECÍFICAMENTE DESIGNADA POR LA PERSONA MORAL PARA RECIBIR DOCUMENTACIÓN LEGAL DE LA CORPORACIÓN⁷

Con el propósito de otorgar seguridad jurídica a la población de Nueva York, en el sentido de que una corporación debe tener un lugar y una manera donde sea fácilmente localizable y donde pueda considerarse como debidamente notificada respecto a la entrega de documentos o notificaciones de diversa índole, por el hecho de constituir una corporación sujeta a las leyes, necesaria y tácitamente estamos autorizando a una autoridad local específica de esa entidad federativa a recibir documentos legales de esa corporación.⁸ Adicionalmente, con el propósito de que la corporación también tenga control respecto de los documentos o actuaciones que le sean notificadas, en la escritura constitutiva de una corporación de Nueva York, podemos designar específicamente a un particular (además de la autoridad antes mencionada) que sea una persona residente de Nueva York autorizada específicamente para recibir documentos legales de esa corporación.⁹

⁷ Se le denomina a este principio en la doctrina norteamericana como “AGENT FOR SERVICE OF PROCESS”.

⁸ Ley de Corporaciones de Negocios de Nueva York (BCL 402(a)).

⁹ Ley de Corporaciones de Negocios de Nueva York (BCL 305(a)).

La posibilidad de que una sociedad anónima sea emplazada mediante la presentación de una notificación a una autoridad local de la Ciudad de México es un tema que no se encuentra regulado en la legislación mexicana, y por tal virtud, la autoridad no puede recibir notificaciones en representación de una sociedad anónima sin una ley que así lo prevea.¹⁰ Consecuentemente, un acuerdo en ese sentido en la escritura constitutiva o estatuto social de la sociedad es de dudosa validez. Por otro lado, si en la escritura constitutiva de una sociedad anónima en México se designara a un particular en específico como aquel encargado en forma exclusiva de recibir notificaciones o actuaciones judiciales o extrajudiciales de la sociedad, eso no limitaría la posibilidad de que terceros notifiquen actuaciones o documentos ante ese particular expresamente autorizado a ello o ante cualesquiera otros representantes de la sociedad anónima en México como son miembros del consejo de administración o apoderados de la sociedad anónima. Consecuentemente, la designación de una persona en particular para recibir notificaciones en México no da a la sociedad anónima el control en el sentido de que sea la única persona susceptible de recibir notificaciones.

V. LÍMITES A LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LOS MIEMBROS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

En la escritura constitutiva de una corporación de Nueva York se puede eliminar la posibilidad de que los accionistas de la corporación interpongan acciones de responsabilidad en contra de los miembros de la administración de la corporación, cuando dichos miembros: a) No actúen de mala fe; b) No actúen con dolo o con intención de violar la ley; o c) No obtengan un beneficio económico u otra ventaja que no tenían derecho a recibir.¹¹

Es una preocupación constante de los inversionistas norteamericanos que, al ser designados miembros del consejo de administración en sociedades anónimas en México, no sean sujetos de responsabilidad en lo personal por su actuación o sus omisiones. Si en la escritura constitutiva de una sociedad anónima se pactara algo similar a lo precisado en el párrafo anterior, es válido, ya que el inciso b) antes mencionado coincide con lo dispuesto en el artículo 2106 del Código Civil de la Ciudad de México y en el artículo 91 inciso f) de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹⁰ Artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹ Ley de Corporaciones de Negocios de Nueva York (BCL 402(b)).

VI. PODERES A LOS ACCIONISTAS

Una corporación de Nueva York no puede otorgar poderes para actos de administración a los accionistas, salvo que la escritura constitutiva de la corporación expresamente prevea esa posibilidad.¹²

En la legislación mexicana, la corporación en principio puede otorgar poderes a sus accionistas sin necesidad de que la escritura constitutiva o el estatuto social lo permitan o prevean. Por ende, si se quisiera adecuar la regla norteamericana a una sociedad anónima en México y si para tales efectos se pactara en la escritura constitutiva de una sociedad que no se les podrá otorgar a los accionistas de la sociedad poderes para actos de administración, dicho acuerdo, aun cuando no contradice ninguna disposición legal y es susceptible de pactarse por el principio de autonomía de la voluntad, sería fácilmente reversible el día de mañana mediante una asamblea de accionistas que se celebrara con posterioridad y que modificara esa disposición.

VII. ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS CONVOCADAS POR UN TERCERO

Es factible acordar en una corporación que un tercero que no sea miembro del consejo de administración de la corporación, sea la persona encargada de convocar a asambleas de accionistas.¹³

Si la disposición precisada en el párrafo anterior se quisiera adecuar a una sociedad anónima en México, parecería dicha disposición ser violatoria del artículo 183 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que nos dice quiénes “deben” hacer las convocatorias y dicha disposición legal no parece permitir la posibilidad de que un tercero realice actos que corresponden a los órganos estatutarios de la sociedad.

VIII. ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS REUNIDAS FUERA DEL DOMICILIO SOCIAL

La escritura constitutiva o estatuto social puede señalar la posibilidad de que las asambleas de accionistas se lleven a cabo en cualquier lugar dentro o fuera del domicilio social.¹⁴

¹² Esta limitante se deriva del principio de Administración Centralizada antes precisado, ya que los accionistas no deben encargarse de la administración de la corporación.

¹³ La validez de este acuerdo proviene de una resolución judicial muy antigua conocida como *Auer v. Dressel*, 306 N.Y. 427 (1954) y posteriormente regulada en la Ley de Corporaciones de Negocios de Nueva York (BCL 602 (c)).

¹⁴ Ley de Corporaciones de Negocios de Nueva York ((BCL 602)).

A diferencia de lo precisado en el párrafo anterior, en México el artículo 179 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala expresamente la nulidad como sanción a las asambleas de las Sociedades Anónimas que se reúnen fuera del domicilio social, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

IX. ACUERDOS DE ACCIONISTAS SIN ASAMBLEA Y SIN VOTO UNÁNIME

Los accionistas de una corporación de Nueva York pueden adoptar acuerdos por escrito sin necesidad de asamblea y sin que se requiera el voto favorable del 100% de los accionistas, siempre que esto se asiente en la escritura constitutiva.

A diferencia de lo precisado en el párrafo anterior, en México el artículo 178 segundo párrafo de la Ley General de Sociedades Mercantiles, permite que el estatuto social regule resoluciones válidas de asambleas de accionistas adoptadas fuera de asambleas siempre que haya voto unánime de los accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto.

X. VOTO ACUMULADO

En una corporación de Nueva York, la escritura constitutiva puede permitir el voto acumulado. El voto acumulado significa que si, por ejemplo, un accionista de nombre Pedro tiene 4 acciones en el capital de la corporación, y si hay asamblea de accionistas para votar sobre la elección de 3 miembros del consejo de administración sin voto acumulado, Pedro tiene 4 votos respecto de la elección de cada uno de los 3 miembros del consejo; y con voto acumulado, Pedro podría optar por acumular sus votos sólo para la elección de uno de los miembros del consejo (esto es, Pedro podría utilizar 12 votos a favor de uno de los 3 miembros del consejo de administración). El voto acumulado no puede utilizarse para remover órganos del consejo de administración.¹⁵

Aun cuando la Ley General de Sociedades Mercantiles no regula específicamente el voto acumulado, las reformas recientes a la Ley General de Sociedades Mercantiles, en particular lo dispuesto en el artículo 91 fracción VII inciso c), permiten emitir acciones que requieran el voto favorable de cierto tipo de accionistas para adoptar acuerdos determinados en las asambleas de accionistas.

¹⁵ Ley de Corporaciones de Negocios de Nueva York (BCL 706(c)).

XI. ESCRITURA CONSTITUTIVA VS. ESTATUTO SOCIAL

La escritura constitutiva¹⁶ de la corporación de Nueva York es acordada por los accionistas al constituir la corporación. En la primera asamblea de accionistas de la corporación, estos pueden expedir el estatuto social¹⁷ de la corporación. En la escritura constitutiva de la corporación, se le puede otorgar al consejo de administración facultades para que este último expida, modifique o revoque el estatuto social. Los accionistas de la sociedad tienen la última facultad de modificar o revocar el estatuto social acordado por el consejo de administración.¹⁸ Consecuentemente, los accionistas son quienes pueden acordar modificar la escritura constitutiva y el estatuto social, mientras que el consejo de administración no puede modificar la escritura constitutiva y sólo puede modificar el estatuto social cuando así se lo permita la escritura constitutiva. A eso se debe que hay disposiciones que se asientan en la escritura constitutiva y hay otras que se asientan en el estatuto social, y es relevante determinar si una disposición quedó asentada en la escritura constitutiva o en el estatuto social. Adicionalmente, hay disposiciones que sólo pueden acordarse en la escritura constitutiva; por ejemplo, las disposiciones que señalen quórum de votación superiores a la mayoría del capital en asambleas de accionistas sólo pueden acordarse y precisarse en la escritura constitutiva y no en el estatuto social de la corporación.¹⁹

A diferencia de lo señalado en el párrafo anterior, la legislación mexicana no distingue con tal firmeza el contenido de la escritura constitutiva del contenido del estatuto social. Por el contrario, el artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala en sus primeras fracciones lo que debe contener la escritura constitutiva de la sociedad (dando a entender que se conforma por los elementos esenciales de constitución de dicha persona moral como son su denominación, duración, objeto, etcétera); y el último párrafo de ese artículo señala que los requisitos contenidos en la escritura constitutiva (insisto, los elementos esenciales de la sociedad), junto con las demás reglas de la sociedad constituyen el estatuto social. Con base en el mencionado artículo, el estatuto social se conforma, entonces, tanto por los elementos esenciales contenidos en la escritura constitutiva como por las

¹⁶ A la escritura constitutiva se le denomina “Certificate of Incorporation”.

¹⁷ Al estatuto social se le denomina “Bylaws”.

¹⁸ Ley de Corporaciones de Negocios de Nueva York (BCL 601(a)).

¹⁹ Ley de Corporaciones de Negocios de Nueva York (BCL 616).

reglas del funcionamiento de la sociedad. Por ende, atendiendo a ese artículo, no sería factible en este ámbito de ideas incorporar reglas similares a la legislación de Nueva York que permitieran al consejo de administración modificar dicho estatuto, toda vez que la modificación de elementos esenciales contenidos en éste es facultad exclusiva de la asamblea extraordinaria de accionistas como lo señala el artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y la modificación de elementos no esenciales es facultad de la asamblea ordinaria de accionistas como lo da a entender el artículo 181 de la misma Ley.

XII. RESTRICCIONES A LAS FACULTADES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

En las corporaciones de Nueva York se puede señalar, expresamente en la escritura constitutiva, la posibilidad de restringir o limitar al consejo de administración de la sociedad a llevar a cabo ciertas actividades relacionadas con el manejo de la sociedad, acordándose traspasar esas facultades a la asamblea de accionistas de la corporación, siempre y cuando el 100% de los accionistas con derecho a voto hayan autorizado esa restricción y la misma se establezca en los títulos accionarios.²⁰ Excepto por las restricciones al consejo de administración impuestas en la escritura constitutiva, el estatuto social solamente puede contener restricciones a las facultades del consejo de administración que no impidan a los miembros desempeñar sus funciones de conformidad con su mejor juicio.²¹

En la Ley General de Sociedades Mercantiles las restricciones a las facultades del consejo de administración son perfectamente válidas mediante un acuerdo en asamblea ordinaria de accionistas, sin necesidad de que haya disposición expresa en el estatuto social o en la escritura constitutiva y sin necesidad de que dicha restricción se asiente en los títulos accionarios, e inclusive pudiendo acordar esa restricción con mayoría simple del capital, considerando el principio que rige a las sociedades anónimas que señala que la asamblea de accionistas es el órgano supremo de la Sociedad, siendo estas restricciones válidas aun en el supuesto de que impidan a los miembros del consejo de administración actuar conforme a su mejor juicio.

²⁰ Ley de Corporaciones de Negocios de Nueva York (BCL 620).

²¹ Ley de Corporaciones de Negocios de Nueva York (BCL 601); y acuerdos adoptados en la resolución judicial denominada *Ripley v Storer*.

XIII. NÚMERO DE ACCIONISTAS RELACIONADO CON EL NÚMERO DE MIEMBROS DEL CONSEJO

Las corporaciones en Nueva York pueden constituirse con un solo accionista, en cuyo supuesto la administración de dicha corporación puede llevarse a cabo a través de un administrador único o de un consejo de administración. Si la corporación se integra por dos o más accionistas, el consejo de administración puede integrarse por un número de personas que no puede ser menor al número de accionistas que conforman la corporación (así entonces, si sólo 3 accionistas conforman la corporación, el consejo debe estar integrado por un mínimo de 3 miembros).

Por lo contrario, la Ley General de Sociedades Mercantiles actualmente sólo permite a las sociedades por acciones simplificadas que se constituyan con un solo accionista y tienen que estar administradas por un administrador único que debe ser accionista.²² Fuera de ello, no hay restricciones en México a la relación entre el número de administradores y de accionistas en la sociedad anónima, excepto por el derecho minoritario de los accionistas que representan el 25% del capital social a designar un consejero.²³

XIV. REVOCACIÓN DE MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Los miembros del consejo de administración de una corporación de Nueva York pueden ser revocados por los accionistas sin señalar la causa o el motivo de la remoción, siempre que esta facultad esté prevista en la escritura constitutiva. Los miembros del consejo de administración pueden ser revocados con justa causa por los accionistas de la corporación, aun si no se señala ese presupuesto en la escritura, y también pueden ser revocados por los mismos miembros del consejo con justa causa siempre que esto lo prevea la escritura constitutiva o el estatuto social.²⁴

La revocación de los miembros del consejo de administración en la sociedad anónima, puede llevarse a cabo con o sin causa a través de una asamblea de accionistas, sin necesidad de previsión expresa en la escritura constitutiva o en el estatuto social, por ser la asamblea el poder supremo de la sociedad. Es discutible la validez de la disposición que acuerde en la escri-

²² Artículo 267 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

²³ Artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

²⁴ Ley de Corporaciones de Negocios de Nueva York (BCL 706).

tura constitutiva o estatuto social que permita al mismo consejo la remoción de alguno de sus miembros, aun en los supuestos en que no se alteren los derechos minoritarios de los accionistas previstos en el artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que la facultad de revocar miembros del consejo de administración se entiende otorgada al órgano supremo que es la asamblea de accionistas.

XV. RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES Y FUNCIONARIOS SOCIALES

Una de las principales preocupaciones en las corporaciones de Nueva York son los diversos supuestos en los cuales los administradores y funcionarios sociales pueden ser responsables en forma solidaria e ilimitada. Así, por ejemplo, un director o funcionario social de una corporación de Nueva York puede ser responsable en forma solidaria e ilimitada frente a la sociedad si aprueba la repartición de dividendos o la compra de acciones de la corporación en supuestos no permitidos por la Ley de Corporaciones, o en supuestos no permitidos en la escritura constitutiva, o si distribuye activos de la corporación en estado de liquidación sin reservar otros para el pago de los pasivos de la corporación, o cuando autoriza préstamos a cargo de la corporación y a favor de algún administrador o funcionario social sin la previa aprobación de los accionistas.²⁵

Los administradores en las sociedades anónimas en México son responsables solidarios igualmente cuando aprueban la repartición de dividendos en supuestos no permitidos por la ley mexicana,²⁶ o cuando no hayan hecho la separación del fondo legal,²⁷ o cuando celebren operaciones a nombre de la sociedad antes de inscribirla en el Registro Público de Comercio,²⁸ o igualmente cuando aprueben la compra de acciones de la sociedad en supuestos no permitidos por la ley.²⁹ Los administradores también son responsables solidarios, entre otras cuestiones, por la realidad de las aportaciones de los demás accionistas y por el cumplimiento de los acuerdos adoptados por los accionistas en las asambleas,³⁰ por las irregularidades de los anteriores admi-

²⁵ Ley de Corporaciones de Negocios de Nueva York (BCL 714).

²⁶ Este supuesto se da por ejemplo en la repartición de dividendos sin la previa aprobación de estados financieros que efectivamente los reflejen, de conformidad con el artículo 19 y 158, fracción II de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

²⁷ Ver el artículo 21 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

²⁸ Ver el artículo 7 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

²⁹ Ver los artículos 134 y 138 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

³⁰ Ver el artículo 158 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

nistradores cuando hayan tenido conocimiento de ello y no lo denuncien a los comisarios³¹ y por realizar operaciones nuevas luego de la disolución de la sociedad.³² También existen algunas otras disposiciones aisladas en otras leyes que regulan la responsabilidad solidaria de los administradores, como es en materia fiscal, la responsabilidad solidaria en el pago de las contribuciones cuando la sociedad no se da de alta en el Registro Federal de Contribuyentes o cuando no da aviso de su cambio de domicilio o cuando no lleva contabilidad o la destruye.³³

¿La escritura constitutiva o estatuto social de una sociedad anónima podrá eliminar algunos de los supuestos de responsabilidad solidaria de los administradores, en los casos que la ley expresamente regula esa responsabilidad³⁴ fundado esa cláusula de exoneración de responsabilidad en el artículo 91 fracción VII inciso f) de la Ley General de Sociedades Mercantiles, argumentando que este último artículo es un resultado de una reforma posterior del año 2014 y que por ende es susceptible de reformar una disposición legal anterior? Dicho de otra manera: ¿con base en el artículo 91 fracción VII inciso f) de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se podría acordar en el estatuto social de una sociedad anónima una disposición contraria a lo dispuesto por ejemplo en el artículo 158 IV, que establezca que los administradores de la sociedad anónima no son responsables solidarios en los casos en que no cumplan con los acuerdos de la asamblea de accionistas siempre y cuando la actuación de los administradores no sea dolosa sino imprudencial? La reforma reciente del 2014 parece permitir esa posibilidad, dándole cierta flexibilidad a la rigidez de sus anteriores disposiciones legales.

XVI. PROHIBICIONES VS. RESTRICCIONES A LAS TRANSFERENCIAS DE ACCIONES

La legislación en Nueva York por regla general no permite acuerdos que prohíban la transferencia de acciones de una corporación. Lo que sí se permite son acuerdos que no prohíban pero que restrinjan la transferencia de acciones en supuestos que sean considerados como razonables.³⁵ Así, por

³¹ Ver el artículo 160 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

³² Ver el artículo 233 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

³³ Ver el artículo 26 del Código Fiscal de la Federación.

³⁴ Ver artículos 7, 19, 21, 134, 138, 158, 160 y 233 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

³⁵ Esta distinción proviene de una resolución judicial conocida como *Allven v Biltmore Tissue Corp.*

ejemplo, la venta de acciones de una corporación que se sujete al consentimiento de los restantes accionistas de la corporación es considerada una restricción válida, siempre que los accionistas de los que dependa otorgar su consentimiento para la venta de las acciones, no nieguen el consentimiento para la venta sin una causa razonable.

La Ley General de Sociedades Mercantiles por su parte, en una reforma relativamente reciente³⁶ permite que el estatuto señale restricciones a la transmisión de acciones de una sociedad, sin establecer límites a esa facultad. ¿Se podrá considerar, al igual que la legislación de Nueva York, que el término que utiliza en esa fracción de “imponer restricciones” a la transferencia de acciones es válido, mientras que “imponer prohibiciones” a la transferencia de acciones no es permitido? Esa no parece ser la *ratio legis* de esa modificación legal, aun cuando podría argumentarse gramaticalmente esa distinción entre “restricción” y “prohibición” ante un órgano jurisdiccional en el supuesto de que se llegara a impugnar a nivel judicial un pacto normativo que prohibiera de manera absoluta la transferencia de acciones de una sociedad anónima.

XVII. CONCLUSIONES

Aun cuando la estructura y regulación de las corporaciones en Nueva York es diversa a las sociedades anónimas, tanto por su origen histórico, como por sus intereses protegidos, se pueden pactar acuerdos similares entre unas y otras siempre y cuando no se afecten disposiciones de orden público o principios fundamentales de derecho en el sistema jurídico mexicano. Cuando se pactan cláusulas en una sociedad anónima contrarias a lo señalado en la Ley General de Sociedades Mercantiles, han existido por un lado corrientes doctrinales en México que consideran válidas las modificaciones convencionales a la Ley General de Sociedades Mercantiles, argumentando el principio de autonomía de la voluntad, pero también han existido corrientes doctrinales que consideran que las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles no son susceptibles de pactarse libremente en contrario, ya que en general otorgan derechos mínimos e irrenunciables en favor de sus accionistas, administradores, comisarios o inclusive en la protección del público en general.

Uno de los propósitos de este trabajo es reflexionar sobre pactos que comúnmente se acuerdan en corporaciones de otros países, que pueden lle-

³⁶ Reforma de fecha 13 de junio del 2014 al artículo 91 fracción VII a) de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

gar a tener vida jurídica en el nuestro y cuyo estudio nos invita a reflexionar sobre la posibilidad de incluirlos en nuestras sociedades anónimas.

Otro de los propósitos de este trabajo es dar argumentos sobre la validez en algunos casos de disposiciones contractuales o legales que se utilizan en otro país y que se apliquen en el nuestro con el ánimo de despertar en el lector la inquietud sobre la flexibilidad o falta de flexibilidad de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, que permita incluir dichos acuerdos en las sociedades anónimas en México.

Con todo mi agradecimiento, este trabajo se lo dedico a don Miguel Ángel Zamora y Valencia, quien es mi mentor, mi socio, mi amigo, mi padre y por supuesto mi maestro, de quien sigo aprendiendo día con día a través de sus enseñanzas, de sus consejos, de su disciplina y de su amor por el estudio del derecho.

Esta obra se terminó de componer, imprimir y encuadernar
el 27 de octubre de 2017 en los talleres de
Castellanos Impresión, SA de CV,
Ganaderos 149, col. Granjas Esmeralda,
09810, Iztapalapa, Ciudad de México

La edición consta 250 de ejemplares
más sobrantes para reposición