

Cautelae Tabellionis

José Antonio Márquez González*

Es más o menos frecuente que en algunos contratos los otorgantes renuncien a las acciones para invocar la nulidad, por ejemplo, en los casos de dolo, violencia, error, mala fe, incapacidad, lesión, falta de forma, evicción y aun a las acciones por incumplimiento.

Es preciso hacer algunas observaciones al respecto. En general puede establecerse como principio el hecho de que los contratantes no pueden convenir en que “el acto sea firme y válido y para sus efectos renuncian a las acciones de nulidad y al plazo para su ejercicio”. Hay varias razones para pensar así:

- El acuerdo simple de los contratantes no puede convalidar un negocio irregular;
- Para que el fenómeno de la convalidación opere, es necesario en todo caso que los contratantes tengan conocimiento del vicio que hace inválido el acto, y lo reproduzcan sin él;
- No puede renunciarse en ningún caso a la acción de nulidad cuando ésta es absoluta o contra el interés público;
- La acción de nulidad absoluta es imprescriptible, y por tanto no hay plazo para su ejercicio;
- Los actos que la ley reputa como nulos no dejan de serlo por el sólo hecho de que las partes renuncien la acción de nulidad;
- En suma, porque la invalidez del contrato no se evita con la voluntad de las partes, sino con la debida estructuración de sus elementos.

No obstante todo ello conviene aclarar que, situados en el campo del derecho civil, los contratantes pueden convenir *algunas* renunciaciones que no afecten directamente el interés público ni perjudiquen derecho de terceros (artículo 6° CCF). Por tanto, es necesario analizar cada hipótesis por separado.

* Notario Público y Profesor en la Universidad Veracruzana.

1. *Dolo y violencia*. Según lo dispuesto en los artículos 1822 y 2106, “No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo o de la violencia”. La razón de esta disposición se encuentra sometida a un error precisamente procurado por la contraria, o a violencia que no pueda superarse. En general, creo que puede decirse que es nulo el acto que se haga bajo la influencia de amenazas contra una persona o contra sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes.

En todo caso me estoy refiriendo, desde luego, solamente a la hipótesis del dolo malo (*dolus malus*), puesto que el dolo bueno (*dolus bonus*) no vicia el contrato.

2. *Incapacidad*. Respecto a la incapacidad, debe decirse que la propia renuncia del menor o incapaz a la facultad de invocar esta circunstancia no puede tener valor. La *ratio legis* de los artículos que juzgan la incapacidad como un vicio se dirige especialmente a la protección de sus intereses. En mi opinión, la actitud del contratante que exige la inclusión de semejante cláusula presupone una conducta activa que no se ajusta a las normas de buena fe y paridad contractual que presiden la formación de los convenios. Aquí también hay que recordar, por analogía, que la incapacidad de alguna de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio (1799).

3. *Lesión*. Lo propio sucede con la lesión. Tampoco puede renunciarse, porque su inclusión no tendría otro efecto más que perpetuar las condiciones de evidente desproporción en que fue consumado el contrato. También por analogía puede decirse de esta hipótesis que la acción de “explotar” (artículo 17) supone una conducta activa al procurarse la firma de la renuncia al derecho de invocar la lesión. Una tesis de la Corte con relación a la legislación de Puebla ha confirmado el aserto:

[...] el derecho a promover la nulidad por lesión de un contrato de compraventa que tiene por objeto un inmueble destinado a casa habitación, ya sea cuando la parte que adquiere da dos tantos más o si la que enajena recibe el cincuenta por ciento menos del precio o estimación del bien, es de interés público.

[...] la sentencia que declara no probada la acción de nulidad por lesión fundada en la desproporción entre el precio pactado en la compraventa con el valor comercial de un inmueble destinado a casa habitación, por considerar que existe renuncia para reclamar la indicada nulidad, en ese aspecto resulta ilegal.¹

¹ Tirso Iturbide Galicia y otra [2002], Suprema Corte de Justicia de la Nación, XVII, p. 1082.

Es cierto que los actos mercantiles, por su parte, no se rescinden por causa de lesión (385 CCo), pero de todas formas hay una penalización si la falta llega a constituir un delito y, desde luego, se conserva la acción de daños y perjuicios.

4. *Forma*. Respecto a un acto celebrado por los propios contratantes, la forma puede eventualmente renunciarse. No obstante, es realmente inútil convenir en ello cuando precisamente, como en el caso de escrituras públicas, se ha observado la forma debida. En puridad, no se renuncia por virtud de la declaración, sino por la correcta formalidad del acto verificado. Prueba de ello es que si el acto no fuera correcto, no se convalidaría por la declaración de renuncia, sino por el transcurso del tiempo o por el abandono efectivo del derecho a la impugnación. Es ésta, por lo tanto, una razón de carácter procedimental que no puede autorizar la renuncia del derecho a invocar la forma irregular.

5. *Evicción*. En general, el vendedor se encuentra desde luego obligado a garantizar, como dice la ley, las calidades de la cosa enajenada, y está específicamente obligado a responder por la evicción, incluso aunque no se haya convenido en el contrato (2120), pero sí se pueden regular convencionalmente sus efectos (2121), siempre que no se proceda de mala fe en la celebración del acto (2122).

En casos como la donación es realmente inútil hacer renunciar al donatario al ejercicio de este tipo de acciones, pues el donante solamente es responsable por la evicción si expresamente lo ha convenido (basta con no decir nada, 2351). Constreñir al donante a responder por la evicción puede llegar a constituir en algunos casos hasta una descortesía pues, como dice el refrán, “a caballo regalado no se le ve el colmillo”.

6. *Pacto comisorio tácito*. ¿Puede renunciarse a la facultad de hacer valer un pacto comisorio tácito (artículo 1949)? En mi opinión, en estos casos hay que distinguir una doble situación: si se trata de actos de realización simultánea o de actos de realización instantánea. En el primer caso, considero que sí puede renunciarse, puesto que se trata de una mera facultad que se concede al particular, y éste podría valorar en el momento si le conviene o no la renuncia. Por la razón inversa, no me parece que esta facultad pueda en cambio renunciarse para el futuro -por ejemplo, en los contratos de ejecución diferida o a plazos-.

7. *Superveniencia de hijos e ingratitud*. En distinto tema, con referencia al contrato de donación, cabe decir que tampoco puede renunciarse anticipadamente el derecho de revocación del acto por superveniencia de hijos (2366) o por ingratitud (2372). En sentido contrario el donante sí puede renunciar en el momento en que se produzca cualesquiera de estas dos circunstancias. En mi experiencia, es mucho más raro que se dé la primera situación, es decir, que al

donante le sobrevengan más hijos, y aun suponiendo que éste sea el caso, puede ser que no llegue a mudar de opinión, aunque la ley concede un largo, larguísimo plazo de cinco años para el ejercicio del acto revocatorio (2359).

Es mucho más frecuente el caso de ingratitud, sobre todo de ingratitud genérica, aunque la ley se cuida de acotarla precisamente a la comisión de delito y a la omisión de socorro (2370). En estos casos el plazo resulta mucho más breve (sólo un año). Para seguridad del donatario, vale la pena hacer la renuncia -por tanto, ya no anticipada- que prescriben los artículos 2366 y 2372, pero aun en estas condiciones ya puede adivinarse un deterioro en la situación sentimental o afectuosa entre donante y donatario, aunque también este último puede esperar pacientemente el transcurso de los plazos de rigor.

8. *Vicios ocultos*. Todo enajenante responde por los vicios ocultos, es decir, por aquellos defectos en la cosa vendida que no sean ostensibles, aunque desde luego no basta que los defectos estén solamente ocultos, sino que es necesario que disminuyan la capacidad funcional del objeto. Sin embargo, la ley permite que esta responsabilidad pueda en efecto ser regulada (2158, aunque exige desde luego buena fe en ambos contratantes).

9. *Acción redhibitoria*. ¿Y procede esta acción redhibitoria en las daciones en pago? En principio sí procede, y en los mismos términos que se refieren al cumplimiento común de las obligaciones, según lo previsto en el artículo 2142, ya que este artículo es aplicable a todos los contratos conmutativos en general (1838). El problema es la dificultad práctica en el resarcimiento, porque ya se ve que la dación en pago es en sí una forma alternativa que con frecuencia extrema las posibilidades del deudor. Desde el punto de vista del acreedor, insistir en el cumplimiento cabal de la obligación ya modificada, no deja de ser un contrasentido. Renunciar en cambio a prevalerse de esta facultad pasa a ser un gesto bondadoso de parte del acreedor al recibir el objeto alternativo en las condiciones que se encuentre, visto que no tiene otro remedio. Creo que es aplicable por razón analógica el artículo 2162, que sólo se refiere expresamente a remates y adjudicaciones judiciales.

La renuncia a esta misma acción redhibitoria por parte del donatario es ciertamente inútil, pues el artículo 2351 exige que el donante asuma expresamente esta obligación, de manera que si no lo hace así, no puede quedar constreñido. Igual actitud se requiere en el donatario para la satisfacción de las eventuales cargas de la cosa donada (2368).

Puede haber, sin duda, más casos de renuncia de derechos, válidas o no. Lo que más me preocupa de la inclusión de este tipo de cláusulas en una escritura es que el notario pueda propiciar, en algunos casos, una disparidad contractual que

entonces se perpetúe, es decir, que ahonde la brecha habitual entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el afortunado y el desvalido. Todo ello en nombre, según creo, de una mal entendida actitud proteccionista a favor no solamente de la parte que impone las cláusulas de marras, sino también del propio fedatario que las redacta.

Pretender asegurar de esta forma y a toda costa la validez del instrumento es a mi juicio reprobable, porque la misión del fedatario estriba precisamente en cuidar de la limpieza del negocio y de la ausencia consecuente de vicios. Imponer semejantes cláusulas al redactar el instrumento sin cuidar antes su pulcritud, constituye un acto de evasión que ya los antiguos conocían como una forma viciada de la denominada *cautelae tabellionis*, una elocuente frase que en términos castizos significa apenas “curarse en salud”.

Al final, y desde el punto de vista de los intervinientes, esta cuestionada práctica no refleja sino la clásica actitud de quien se aprovecha del más débil, y no contento con abusar de él, le impone además la amenaza del silencio, es decir, de la renuncia a buscar la protección que sin duda merece.