

TITULO IV.

DE LOS CONTRATOS Ú OBLIGACIONES CONVENTIONALES EN GENERAL. (1)

CAPITULO I.

DISPOSICIONES PRELIMINARES.

§ I.—FUENTES DEL TÍTULO DE OBLIGACIONES.

417. Bigot-Préameneu comienza la Exposición de Motivos de nuestro título, por un magnífico elogio del derecho romano. Después de haber hecho notar que las obligaciones convencionales se repiten diariamente y se renuevan á cada instante, añade: "Pero es tal el orden admirable de la Providencia, que no es necesario para arregiar todas las relaciones, más que conformarse á los principios que existen en la inteligencia y en el corazón de todos los hombres. Esto es conforme á la equidad y conforme á la conciencia de los romanos, que dejaron un cuerpo de doctrina que hará inmortal su legislación." ¿Nos atreveremos á de-

¹ Larombière *Teoría y Práctica de las Obligaciones*, 5 vol. en 8°, París, 1857 y Bruselas, 3 vol. gr. en 8°, 1863.

cirlo? El orador oficial prodirá sus elogios á un derecho que parece conocer poco. Las compilaciones de Justiniano no son una obra legislativa, pues lo que Bigot-Préameneu denomina legislación se compone en realidad de fragmentos mutilados tomados de los escritos de los jurisconsultos romanos, algunos de los cuales brillan en primer término en nuestra ciencia, aunque lo que los distingue es más bien el espíritu de equidad que el rigor de sus deducciones; por lo cual Leibnitz los compara á los matemáticos, pues sostienen los principios como fórmulas algebraicas: hé aquí por qué el derecho romano es un excelente instrumento de educación jurídica. Nuestra ciencia es una ciencia de razonamientos y conviene desarrollarla entre los que estudian el espíritu lógico que deduce con rigor las consecuencias que emanan de los principios. Pero la vida real no procede de la lógica sino que es una sucesión de transacciones que tienen por objeto conciliar intereses opuestos, y lo que debe dominar en esta obra de conciliación, es, ante todo, la equidad, que Bigot-Préameneu coloca en primera línea como fuente de las obligaciones. (1)

418. A entender al orador oficial, el espíritu de equidad de la legislación romana le habría merecido el buen nombre de razón escrita que le han dado todas las naciones civilizadas. Quien dice razón escrita dice perfeccionamiento, y así, Bigot-Préameneu cree que sería difícil esperar que pudiesen hacerse mayores progresos en esta parte de la ciencia legislativa. Los autores del Código no han hecho más que formular, según ellos, los principios que han tomado del derecho romano. Si este derecho deja de tener en Francia la autoridad de la ley, conservará el dominio que da la razón sobre todos los pueblos. En el Di-

1. Bigot-Préameneu, Exposición de Motivos, núm. 1 (*Loctré*, t. 6º, pág. 147).

gesto, pues, convendrá buscar la aplicación de los principios que el Código Civil ha tomado. No se debe, dice la Exposición de Motivos, condenar las disposiciones del Código relativas á los contratos, más que como reglas elementarias á la equidad, cuyas ramificaciones se encuentran todas en las leyes romanas. "Esto es en lo que consisten los progresos de la ciencia de lo justo y de lo injusto, y esto es en lo que deben instruirse los que quieran hacer algunos progresos y todos los que estén encargados de la ejecución de leyes consignadas en el Código francés." (1)

El Orador del Tribunal abunda en este elogio y hace notar que en medio de la discordancia de nuestras leyes antiguas y de nuestras costumbres viejas, se encuentra la misma doctrina respecto de los contratos, en los países de derecho consuetudinario y en los de derecho escrito; todas las partes de Francia no reconocen, en esta materia, más que un mismo legislador; este legislador es la razón, la cual en el derecho romano, y sobre todo en las obligaciones, es observada fielmente. (2)

419. Ateniéndose á los discursos de los oradores del Gobierno y del Tribunal, deberá deducirse que el Digesto es el comentario oficial del título "De las Obligaciones," y los autores del Código le han prestado los principios, cuyas aplicaciones se encuentran en las leyes romanas; pero por poco que se reflexione acerca de la naturaleza del derecho, es fácil convencerse que nuestra legislación no es la de Justiniano. El derecho es una faz de la vida, y la vida no es jamás estacionaria; si se detiene un momento dará lugar á la muerte. Si la vida es progresiva, el derecho también lo es, y, por consiguiente, es imposible que el derecho del siglo XIX, sea todavía el derecho

de las XII Tablas. La sociedad romana ha sido cambiada totalmente por el Cristianismo y por la invasión de las razas germánicas; se ha producido una nueva civilización, en la cual el comercio y la industria han substituido al elemento guerrero que dominaba en los romanos. Despues de estas inmensas revoluciones, los sentimientos, las ideas, las necesidades de los hombres han cambiado; ¿y todavía se quiere que el derecho que los rige haya quedado el mismo? Es una ilusión buscar el ideal en lo que sea el pasado; la perfección relativa que los hombres, seres imperfectos y limitados, pueden tener, no es despues que nosotros sino que antes que nosotros: ya sea en los tribunales donde se presta la justicia civil, ó en las escuelas de abogados donde se comentan las decisiones de los jueces, ¿se litigará conforme al derecho romano? ¿Será en el Digesto en el que los magistrados funden sus fallos? Cuando se debate una cuestión vivamente controvertida, se cita á los autores que han escrito sobre nuestro derecho antiguo consuetudinario, y casi nunca se remonta á los jurisconsultos del siglo XVI, y menos todavía se discuten los textos de las leyes romanas. ¿Será esto olvido ó poco aprecio de la ciencia? Nó, pues lo primero que se enseña á los estudiantes de derecho son los principios de derecho romano. El Digesto es y será siempre el honor de la escuela, y si en el despacho y en la sala de consejo se le consulta todos los dias, consiste en que el derecho es la expresión de la vida, y nuestra vida se aparta más y más del estado social de los romanos. Bajo la influencia de nuevas costumbres y de necesidades nuevas, se forma una ciencia nueva, y los intérpretes del Código se inspiran en hechos en medio de los cuales viven, y no en hechos que sucedieron en Roma; de aquí, pues, la gran importancia que toma la jurisprudencia de las sentencias. Se quitan de la autoridad excesiva que los abogados y los jue-

ces aplican, y sin duda la razón no está más arraigada en las decisiones de nuestras cortes que en las de los jurisconsultos romanos; pero los elementos de nuestra ciencia se encuentran en las colecciones de sentencias más bien que en el Digesto: por una parte se encuentra la vida actual y por otra una tradición muerta, y el derecho es una ciencia de vida y no de muerte.

420. No debe, pues, tomarse al pie de la letra lo que los oradores del Gobierno y del Tribunado dicen de la autoridad del derecho romano, pues esto sería desconocer su verdadero pensamiento. Sin duda la tradición juega un gran papel en nuestra ciencia; los principios se desarrollan y se modifican, pero se han creado otros nuevos. Conviene, pues, en cada materia esclarecer las nuevas leyes por la tradición á la que ellos se refieren, restando tan solo saber cuál es nuestra verdadera tradición. Sobre este punto hay un verdadero contrasentido, pues los oradores del Gobierno y del Tribunado responden que es el derecho romano; lo cual es verdad, pero no que sea el derecho del Digesto. Nosotros dudamos mucho que los autores del Código Civil hayan consultado, siquiera una vez, las compilaciones de Justiniano, pues no citan ni aun á los grandes jurisconsultos del siglo XVI, y no creemos hacerles ninguna injuria diciendo que el nombre de Doneau les es completamente desconocido. ¿Cuáles son las fuentes romanas en que ellos han bebido? Todos los oradores están de acuerdo en celebrar los escritos de Domat y de Pothier. La Francia, dice Bigot-Préameneu, coloca sus obras entre el número de las más perfectas. Favard, el informante del Tribunado, dice que una ley sobre las obligaciones debe ser la expresión de eternas verdades en las cuales se funda la moral de todos los pueblos. Los romanos han escrito estas verdades en sus leyes, las que han sido colecciónadas

por el erudito Domat, y Pothier hizo un tratado que él solo habría hecho su gloria, y en las obras de éstos dos grandes hombres es en donde el proyecto de ley, de que yo me he ocupado, ha sido tomado. El Orador del Tribunado hace también el elogio de las cbras clásicas de Domat y de Pothier, y agrega que el proyecto sometido á la adopción del Tribunado, es el extracto de sus escritos, y piensa que ésta es la mejor recomendación que de él puede hacerse. (1)

Domat y Pothier son, pues, los verdaderos autores del título "De las Obligaciones," y uno y otro se han inspirado en el derecho romano, que citan á cada paso. ¿Es esto decir que las "Leyes Civiles" de Domat y el "Tratado" de Pothier sean la fiel expresión de las leyes de Roma? Nosotros entendemos que Domat repudia las sutilidades romanas en lo que se puedan rechazar, puesto que ya son una tradición muerta, y Pothier no les concede ventaja. ¿Qué es lo que denominan sutilidades? Estas son deducciones muy lógicas que proceden de los principios romanos. ¿Rechazar las consecuencias no es lo mismo que rechazar los principios? ¿Por qué se desentienden los discípulos á cada instante de la doctrina de sus maestras? Pothier y Domat, no son más lógicos que Ulpiano y Pablo; éstos son ministros de la equidad y bajo su pluma el derecho romano se transforma, pues el derecho estricto deja su lugar á un derecho equitativo. ¿De dónde proviene el nuevo espíritu que dicta sus decisiones? Ambos escribieron en países que regía el derecho consuetudinario; los fueros son la expresión de las constumbres germánicas, y se sabe que los pueblos del Norte no han sido una raza de juristas. Los alemanes jamás han tenido el primer lugar en la ciencia jurídica, y aun actualmente, apesar de lo ilustre de algu-

1. Bigot-Préameneu, Exposición de Motivos, núm. 3 (Looré, t. 6º, pág. 147); Favard, Memoria al Tribunado, núm. 3 (Looré, pág. 191); Mouricault, Discursos, núm. 1 (Looré, pág. 242).

nos nombres, ellos se distinguen más bien como historiadores que como intérpretes del derecho positivo. El genio de las naciones germánicas es más alto, más universal, pues es el espíritu de equidad que los oradores del Gobierno y del Tribunado admiraron tanto en el derecho romano, y no vacilan en admirar el genio de las razas del Norte que miran el fin de la dominación del pueblo rey. Su error se explica, pues no conocen el derecho romano más que por Domat y Pothier; es decir, que el derecho que ellos alaban tanto, es el derecho romano modificado por las costumbres y transformado por la civilización moderna. Hé aquí, pues, la verdadera fuente del Código Civil.

421. Véase por qué, aunque tenemos un profundo respeto por nuestros maestros, los jurisconsultos romanos, casi no los citamos, pues esto sería perpetuar la ilusión de los autores del Código, cuya ilusión vendría á ser perjudicial. Sería fácil encontrar, acerca de la mayor parte de las disposiciones de nuestro título, un texto romano del cual parezcan tomadas y éste trabajo ha sido hecho por uno de nuestros jóvenes colegas, (1) y, tememos decirlo, esto sería tanto como no hacer del derecho francés más que una copia del derecho romano. Si se interpretase el Código Civil por el Digesto se abusaría de consecuencias erróneas, se introducirían en nuestro derecho principios que le son extraños, teorías que no son las del derecho francés y que los autores del Código ignoran. Ya hemos tenido ocasión de señalar la invasión de las ideas romanas como un perjuicio para el derecho práctico, pues hacen decir al Código lo que no ha querido decir, y si tuviese buen éxito, colocaría en lugar del Código Civil francés un Código Civil romano. Evitarémos estos errores agregando á las verdaderas fuentes de la legislación moderna á Domat y á Po-

1 Derecho Civil, anotado según el Derecho Romano, por Van Wetter, Profesor de la Universidad de Gante (1873, 1 vol. en 8º).

thier; y cuando recurramos al derecho romano preferiremos tomarlo de los comentadores de los siglos XVI y XVII de preferencia á los jurisconsultos de Roma, porque los comentadores modernos se inspiran, aun sin darse cuenta, de los sentimientos de nuestra civilización germánica y cristiana.

422. La tradición presenta todavía un obstáculo contra el cual debemos prevenir á nuestros jóvenes lectores. Todos los oradores que han expuesto los motivos del título "De las Obligaciones," están de acuerdo en reconocer que ha sido tomado de las obras de Domat y de Pothier, y de aquí la grande autoridad de estos dos autores en nuestra materia; pero no debe exagerarse. Los autores del Código han innovado y bien puede ser que no lo hayan creido. No debe, pues, verse en el tratado "De las Obligaciones" de Pothier y en las "Leyes Civiles" de Domat el comentario auténtico del Código de Napoleón. Deben tenerse en cuenta las innovaciones, sin decir por esto que se refieran á todas las partes de nuestro título; y hay, además, otra restricción que no debe perderse de vista cuando se busca en nuestros antiguos autores la aplicación de principios que el legislador francés ha tomado. El intérprete del Código Civil no siempre puede seguir la opinión de Domat y Pothier, pues deciden equitativamente, y Pothier, sobre todo, que tienen el derecho porque lo escribieron en los países en que regían los fueros, en donde el derecho romano no tenía otra autoridad que la de razón escrita, y por esto se llega á saber que procede del derecho romano que ellos modifican. Cuando el Código ha consagrado esta modificación, todo está resuelto; pero quedan las numerosas cuestiones que el Código no ha previsto, y cuando Pothier las decide en derecho, su autoridad es grande, no debiendo hacerse á un lado. ¿Pero podemos también decidir equitativamente como Pothier? Nó, porque el intérprete del Cód.

digo está ligado por una ley positiva y por los principios que de ella emanan, y, por lo mismo, no es un ministro de equidad, salvo el caso en que la ley sea mala. Cuando la ley ha hablado, se encuentra uno encadenado por el texto y no puede alegarse ninguna consideración de igualdad. Esto ya lo hemos dicho en el primer volumen de estos "Principios," (1) y si ahora lo repetimos, es para tener á nuestros jóvenes lectores en guardia contra los intérpretes, que muchas veces olvidan que no tienen la misión de hacer la ley.

§ II.—OBLIGACIÓN. CONTRATO. CONVENIO.

423. El título 3º del libro III se titula: "De los contratos ó obligaciones convencionales en general." Tra ta, pues, de los principios generales sobre las obligaciones que se derivan de contratos. No define la obligación, pues el primer artículo se limita á definir el contrato, lo cual equivale á confundir el contrato con la obligación, y esta confusión existe en más de una disposición de nuestro título, (2) lo cual reprocha muy amargamente á los autores del Código. (3)

Nosotros no les hacemos la injuria de creer que ignoran la diferencia elemental que existe entre la obligación y el contrato, pues tenían á Pothier á la vista, y Pothier se guarda de confundir la obligación con el contrato, que no es más que una de las fuentes de las obligaciones. Siempre debía de haber más precisión en el lenguaje de las leyes, pues el derecho pide una gran claridad en el pensamiento y una expresión muy exacta, y al legislador es á quien le corresponde dar el ejemplo; pero no conviene exagerar

1 Véase el tomo 1º de estos *Principios*, pág. 36, núm. 29.

2 Demolombe, t. 24, pág. 364, núm. 384.

3 Mareadé, t. 4º, pág. 333. Compárese Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 3º, pág. 341, nota 2.

estos reproches, pues los autores del Código han querido dar una exposición completa de los principios que rigen las obligaciones más numerosas, y éstas son, ciertamente, las que nacen de los contratos. De aquí proviene el nombre de obligaciones convencionales para designar el título que ha sido consagrado á las obligaciones en general. Bajo el punto de vista práctico, esto no presenta ningún inconveniente, pues la mayor parte de las obligaciones nacen de convenios, y el practicante es muy feliz encontrando, reunidas en un título completo, las reglas que deben regir, no debiendo olvidarse que el Código ha sido hecho por los magistrados y que no es un manual para los estudiantes. La ciencia tiene otras exigencias y no se perdonaría á un autor lo que se tiene el derecho de reprochar al legislador; así, pues, nosotros debemos proceder lógicamente, permaneciendo fieles al orden del Código y preguntar lo que es una obligación antes de explicar la definición del contrato.

424. Los jurisconsultos romanos definían la obligación: "Un lazo de derecho que nos obliga con otro á darle alguna cosa ó á hacer ó no hacer alguna cosa." Esta es la traducción de Pothier (1) que nosotros completaremos con las explicaciones de Doneau. La obligación es un "lazo;" la expresión latina es más enérgica, pues dice un "vinculum," una cadena, y el que está encadenado no puede evadirse del poder de aquel que lo tiene entre sus hierros, y, por lo mismo, la persona obligada está eucadenada como si estuviera cargada de cadenas. Aquel en provecho de quien alguno se ha obligado á dar ó á hacer, puede llevarlo ante los tribunales y hacerle condenar á prestar aquello á que se obligó, no librándose de esta condena, ni pudiendo romper sus hierros, sino cuando ha cumplido la prestación. Debemos agregar que no se trata de cade-

1 Pothier, *Tratado de las Obligaciones*, núm. 1.

nas de fierro, sino de un lazo de derecho que encadena al deudor; pero que este lazo puede muy bien ser comparado á fierros corporales, porque priva al deudor de su libertad, ó, cuando menos, se la disminuye; y en tanto que está obligado no es libre, puesto que ha abdicado su libertad, pudiendo ser obligado, por la fuerza pública, á cumplir sus obligaciones. ¿De qué podrá quejarse, si él mismo se ha obligado? La definición latina agrega: "necessitate," y Pothier ha omitido esta palabra que parece comprendida en la de "sujetar," pues el deudor está sujeto por la necesidad en que se encuentra de cumplir lo que ha prometido, porque de no hacerlo, el acreedor tiene en contra suya la acción para conducirlo ante el juez, el cual, siendo representante del poder social, pone al servicio del acreedor la fuerza de que dispone la sociedad.

¿Cuál es el objeto de la obligación? El deudor debe prestar aquello que se ha obligado á dar y á hacer ó no hacer. "Prestar" es la palabra general que comprende todo lo que puede ser objeto de una obligación. La definición latina dice "pagar, solvere" y esta expresión es más energica y continua la comparación del "lazo" que encadena á la persona obligada. El deudor tiene obligación de librarse de este lazo prestando aquello á que el acreedor tiene derecho, y solamente se libra por medio de dicha prestación. La ley romana dice simplemente que el deudor está obligado á pagar ó á prestar la cosa prometida, y no habla de un hecho, y es que la obligación de hacer, recae también sobre una cosa, y aun sobre la obligación de no hacer; de modo que la definición latina comprende, en su energica concisión, todo lo que una persona puede obligarse á prestar. Hablarémos de los diversos objetos de la obligación, al tratar de los contratos. Lo que prueba la relación íntima que existe la obligación y el contrato, es que la definición de obligación no recibe su aplicación completa sino

tratándose de las obligaciones que nacen de un contrato. ¿Puede tratarse de una obligación de no hacer en un cuasicontrato un delito ó un cuasidelito? La obligación por excelencia es, pues, la obligación convencional, como lo dice el Código Civil. Hay algunos textos romanos que agregan: "según el derecho de nuestra ciudad," y ésta es una aplicación de la necesidad jurídica que constituye la esencia de la obligación. El deudor puede ser forzado. ¿Pero cómo se le forzará á cumplir lo que ha prometido? El acreedor no puede violentarlo; porque la violencia ataca á la libertad de la persona y á los derechos que tiene el deudor sobre su patrimonio; es decir, que recurriendo á la violencia, el derecho del acreedor se encuentra en frente de un derecho que es de orden público; pero como al legislador es á quien únicamente corresponde prescribir las vías por medio de las cuales el acreedor puede forzar al deudor á que preste lo que ha prometido, el derecho público da aquí la mano al derecho privado y lo domina. (1)

425. ¿De dónde nacen las obligaciones? El Código responde á esta cuestión en dos títulos diferentes. En el tercero trata de las obligaciones convencionales; es decir, de las obligaciones que toman su origen en los convenios, y lo que los caracteriza es que se forman por el concurso de los consentimientos. Hay, en segundo lugar, obligaciones que se forman sin convenio y á las que la ley llama "obligaciones" para distinguirlas de las obligaciones que implican el concurso del consentimiento de las partes interesadas. Hay, dice el primer artículo del título IV, ciertas obligaciones que se forman sin que intervenga ningún convenio, ni por parte del que se obliga, ni por parte de aquel en favor de quien se obligan, resultando una de la sola autoridad de la ley, y otras de un "hecho" personal á quien

¹ Donelli, *Comentarii de jure civilis*, lib. XII, cap. 1º, páfs. 6, 7, 12 y 13 (t. 7º, págs. 6 y siguientes).

se encuentra obligado. Un "hecho," dice el art. 1,370, para demostrar la diferencia que existe entre estas obligaciones y las que nacen de los contratos. El contrato implica un concurso de voluntades, en tanto que un hecho supone que no hay consentimiento. Estos hechos son los cua-sicontratos, los delitos y los cuasidelitos. Nosotros no hacemos más que mencionar las obligaciones que se forman sin convenio; la explicación se encontrará en el título que la ley consagra á este respecto.

426. El art. 1,101 define el contrato en estos términos: "El contrato es un convenio por el cual una ó muchas personas se obligan con otra ó otras á dar, á hacer ó á no hacer alguna cosa." Un antiguo adagio dice que es difícil y aun perjudicial el dar definiciones en materia de derecho. El legislador ha hecho la experiencia en todas las que contienen nuestro capítulo preliminar, y casi todas han sido criticadas. Nosotros dejamos á un lado las observaciones insignificantes, limitándonos á decir una palabra respecto á las que tienen alguna importancia jurídica.

La definición del art. 1,101 no comprende, según se ha dicho, más que los contratos unilaterales, lo cual importa poco, puesto que el contrato de una manera abstracta es el que la ley ha querido definir. En todo contrato hay un deudor que se obliga y un acreedor con quien aquél se obliga; esto es lo que dice nuestra definición, sin agregar que la obligación pueda ser unilateral ó bilateral, y la ley no lo dice porque lo consiga inmediatamente después en los artículos 1,102 y 1,103.

La definición del art. 1,101 es todavía defectuosa, dicen, en la parte que habla de la obligación, pues el deudor se obliga á dar, á hacer ó á no hacer alguna cosa, siendo ésta la definición romana. Pero el legislador francés ha innovado precisamente este punto, y la innovación es consi-

derable, pues hay contratos que tienen por objeto la transacción de la propiedad, como por ejemplo, la compra-venta que es el más usual de los convenios y que constituye el comercio. El Código debió de hacer mención del efecto que producen los contratos en el derecho moderno (artículo 1,138). (1)

Esta objeción es fundada, pero no es muy grave, pues al definir el contrato el legislador, no tuvo intención de determinar sus efectos, porque consagra un capítulo especial á esta materia, que es el tercero de nuestro título; esto es lo que se encuentra en el art. 1,138 y que ha modificado profundamente el antiguo derecho. Todavía decimos nosotros que nada importa, pues la definición del art. 1,101 se aplica á todos los contratos, en tanto que el efecto de transferir la propiedad no concierne más que á un cortísimo número de convenios, lo cual explica así el silencio de la ley; no vale la pena, por lo mismo, criticarla sobre este punto.

Si respondemos una palabra á estas críticas es para quitar á nuestros jóvenes lectores la intención de denigrarlo todo, como lo hacen ciertos autores. El Código Civil es, en suma, una obra maestra bajo el punto de vista de la forma, y debemos considerarnos muy dichosos con tenerlo, no dudando que si se reformase no quedaría tan bueno ni tan perfecto.

427. El art. 1,101 dice que el contrato es un convenio. ¿Son sinónimos estos dos términos de contrato y de convenio? Si esto es así la definición es mala porque equivaldría á definir la cosa por la cosa misma. Esta definición se atribuye á Pothier, quien comienza por decir que el contrato es un convenio, y para saber lo que es un contrato, añade él, debe saberse desde luego lo que es un convenio.

1 Marcadé, t. 4º, pág. 336, núm. 1 del art. 1,101

Después da la definición de convenio que atribuye á Domat y á las leyes romanas; es decir, el consentimiento de dos ó de muchas personas para formar entre ellas alguna obligación, y para resolver una precedente ó modificarla. La especie de convenio que tiene por objeto formar alguna obligación es la que se llama contrato; así, pues, como dice Domat, el convenio es el género y el contrato la especie; habiendo, por lo tanto, una diferencia entre estas dos expresiones, aunque en el uso y aun en las leyes se les confunde. La palabra convenios, dice Domat, comprende no solamente todos los contratos y tratos de toda naturaleza, como la venta, el cambio, el arrendamiento, la sociedad, el depósito y otros, sino también todos los pactos particulares que se pueden agregar á cada contrato, como son las condiciones, las cargas, las reservas, las cláusulas resolutorias y otras muchas; y esta palabra de convenios comprende también los actos mismos por medio de los cuales se resuelven ó se cambian por un nuevo consentimiento, los contratos, los tratos y los pactos en que ya había habido obligación. (1)

428. Pothier quiere citar las leyes romanas, pero al principio de su obra rechaza las singularidades del derecho romano. "Los principios del derecho romano sobre la distinción de contratos y de simples pactos, así como las diferentes especies de pactos, no están fundados en el *derecho natural*, y estando muy distantes de su simplicidad, no están admitidos en nuestro derecho," dice Pothier, pues remite á los que tengan curiosidad de conocerlos, á su obra sobre las Pandectas, en donde se encuentran pormenorizadas estas distinciones. Se ve, pues, que aun citando las leyes romanas, el autor del tratado "De las Obligaciones" procede de otro modo, pues busca en el Digesto lo que le

1 Domat, *Las Leyes Civiles*, t. 1º, págs. 19 y 20. Pothier, núm. 3. Doneau, t. 7º, págs. 63 y 65 (12, 6, 6 y 12, 7, 1).

parece en armonía con el derecho natural; es decir, con el sentimiento de equidad que ha puesto Dios en nuestros corazones, rechazando lo demás.

429. Tal es, también, el pensamiento de Dómat; éste es un espíritu filosófico que quiere remontarse á la razón de las cosas, y su primer libro, destinado á los contratos, comienza por consideraciones generales que nosotros reproducimos, porque dominan toda nuestra materia. "El uso de convenios es una consecuencia natural del orden de la sociedad civil y de las relaciones que Dios ha formado entre los hombres, porque como ha hecho que se necesite para todas sus necesidades del uso reciproco de su industria y de su trabajo y de los diferentes comercios de cosas, es por lo que principalmente se acomoda fácilmente á los contratos. Así, pues, para el uso de la industria y del trabajo, los hombres se asocian, se alquilan y obran diferentemente los unos por los otros, y así también para el uso de las cosas cuando tienen necesidad de adquirirlas ó de deshacerlas, comercian por medio de ventas y de cambios, y cuando no tienen necesidad de tenerlas más que por un corto espacio de tiempo, las arriendan ó las toman prestadas, y según sus otras diversas necesidades, se ajustan á diferentes clases de convenios."

El objeto de los convenios es, pues, procurar á los hombres las cosas materiales de que necesitan para vivir, y como el hombre no vive solamente con su cuerpo, sino que éste es el instrumento del alma, la vida intelectual y moral es la verdadera vida. Debemos procurarnos los instrumentos para nuestro desarrollo material, intelectual y moral, y como los convenios nos los procuran, de aquí proviene su infinita variedad, así como el principio de libertad que los preside. El legislador establece reglas, pero sin imponerlas á las partes contratantes, pues no quiere encadenarlas, porque el apremio y los convenios son in-

compatibles, pudiendo aplicarse á todos los contratos lo que el Código Civil dice del contrato matrimonial; es decir, que la ley no los reglamenta sino á falta de convenios especiales que las partes puedan hacer como lo juzguen mejor, siempre que no sean contrarias á las buenas costumbres y al orden público (art. 1,387).

430. Por variados que sean los convenios se les puede relacionar á dos objetos, pues consisten en dar ó en hacer. Más adelante dirémos cuáles son los caracteres y los efectos de la obligación de dar y los de la obligación de hacer, limitándonos por ahora á hacer notar lo que constituye la esencia del contrato. La definición nos lo dice; este es un convenio por el cual una persona se obliga á dar ó á hacer alguna cosa. Pothier dice: "promete" y se obliga; y añade: no hay más que la promesa que nos hacemos con la intención de obligarnos y de conceder, á aquellos respecto de quien las hacemos el derecho de exigir el cumplimiento que forman un contrato y un convenio. Hay otras promesas que no hacemos de buena fe y con la voluntad actual de cumplirlas, pero sin intención de conceder á quienes las hacemos el derecho de exigir su cumplimiento, lo que sucede cuando el que promete declara al mismo tiempo que no tiene intención de obligarse, y también cuando la obligación resulta de circunstancias ó de cualidades del que promete y de aquél en favor de quien se hace la promesa."

Pothier da algunos ejemplos que repite la escuela. Nosotros preferimos las aplicaciones atribuidas á la jurisprudencia, es decir, á la vida real. Por una carta dirigida al notario de su nuera, el suegro promete otorgar á esta última una renta vitalicia de 800 francos, cuando haya vendido todas sus propiedades inmuebles. ¿Esta es una promesa jurídica hecha con intención de obligarse y que confiere el derecho de exigir su cumplimiento en juicio? La nuera así lo pretendía, pero la intención contraria resultó de la co-

rrespondencia del suegro con el notario; pues habiendo éste manifestado sus temores sobre la posición precaria en la cual la falta de título podría colocar á la donataria, el donante le respondió que entendía que su nuera se atendría á su honor y al de las personas que, después de su muerte, quedaran encargadas de continuar el servicio de dicha renta, y que jamás podría exigir de aquél que le fuese concedido un título que le confiriera una acción en juicio. Esto era decisivo. Este es el primer caso previsto por Pothier, quien dice que el que hace la promesa declara que no tiene la intención de obligarse ni de obligar á los suyos, pues la obligación de honor no es obligación á los ojos de la ley. La Corte de Orléans juzga en este sentido. (1)

La misma Corte ha debido juzgar un caso semejante: un notario ofreció al alcalde de la villa en donde se estableció un oficio en su favor, que daría anualmente á los pobres, durante 20 años, una suma de 1,000 francos, y puso como condición, que guardase el secreto, adjuntando un billete de 1,000 francos y suplicando al alcalde que se encargara de distribuirlo. El donante cumplió esta obligación durante 14 años y después cesó de efectuarla. Juicio del alcalde que había inscripto cada año el donativo de 1,000 francos en el capítulo de ingresos del despacho de beneficencias. ¿Era esta una donación nula por falta de forma y por falta de autorización del Gobierno? ¿Era, á pesar de esto, una obligación? El notario se obligaba, á la verdad, á pagar durante 20 años, pero la condición del secreto que él ponía á su promesa, probaba que tenía intención de hacer cada año un donativo voluntario. Se opuso la ejecución de la promesa y la Corte responde que todo lo que resulta es que las sumas fueron adquiridas por el despacho de beneficencia, sin que hubiese lugar á repetición,

(1) Orléans, 3 de Julio de 1842 (Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 2,614, 2º).

pero que un donativo voluntario no obliga á continuarlo, salvo en el foro de la conciencia, si había promesa; pero que esta promesa no era obligatoria. (1)

El Tribunal Mercantil de Molhouse ha fallado admirablemente en un negocio en que la obligación de honor habría de haber sido cumplida: se celebró una transacción entre una casa de comercio y una de sus deudores, fijándose la deuda en 20,000 francos, y los acreedores suspendieron todo recurso ulterior. Es cierto que la deuda se elevaba á una cifra más considerable, pues los acreedores lo dicen en su correspondencia y el deudor lo había reconocido diciendo que no se le había concedido ventaja y que se encontraba en la imposibilidad absoluta de pagar. Más tarde, uno de los asociados de la casa acreedora se dirige á su antiguo deudor y le exige que lo ayude con una suma de 5,000 á 6,000 francos, y el deudor respondió que si sus negocios prosperaban, él haría mucho más. Estas promesas no ejecutadas dieron lugar á una acción judicial y el Tribunal decidió en derecho, que la promesa no era obligatoria, pues que se trataba de una obligación de honor que no pertenecía más que á la conciencia; pero agrega que los magistrados consulares, guardianes naturales del honor y de la probidad del comercio, no pueden más que manifestar viva pena porque semejantes promesas no sean cumplidas. El Tribunal añade que no es menos sensible ver que el asociado de una casa de comercio reclame en su provecho personal y sin participación aparente de sus coasociados, una parte de un crédito común. Hé aquí lecciones de delicadeza que bien valen una lección de derecho. La Corte de Colmar confirma la decisión adoptando los motivos. (2)

1 Orleans, 23 de Abril de 1842 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 45).

2 Colmar, 31 de Diciembre de 1850 (Daloz, 1853, 2, 164). Hay otras obligaciones de honor, más sagradas todavía, que son descono-

§ III.—DIVISIÓN DE LOS CONTRÁTOS.

Núm. 1. *Contratos unilaterales y bilaterales.*

431. Según los términos del art. 1,102, el contrato es si-nalagmático ó bilateral cuando los contratantes se obligan recíprocamente los unos respecto de los otros, como por ejemplo, la venta, el cambio, el arrendamiento, la sociedad, la transacción. En la venta, el vendedor se obliga á transferir la propiedad de la cosa vendida, y el comprador á pagar el precio. Cada una de las partes contratantes es, pues, acreedora y deudora: el vendedor es acreedor del precio y deudor en lo relativo á la translación de la propiedad; el comprador es deudor del precio y acreedor en lo relativo á las obligaciones contraídas por el vendedor. Hay, pues, dos deudores y dos acreedores, resultando esta doble deuda y este doble crédito, de la esencia misma de la venta, pues no se concibe la venta sin la obligación reciproca contraída por ambas partes.

Dice el art. 1,103 que el contrato es unilateral cuando una ó muchas personas se obligan para con otra ú otras, sin que por parte de éstas últimas haya habido obligación. Tales son el préstamo, el mandato, el depósito. En el préstamo, el que recibe la cosa prestada es el único obligado en virtud del contrato, pues debe devolver la cosa prestada; el prestamista no se obliga y el que recibe no tiene contra él ninguna obligación. Se ha objetado que el pres-

cidas muchas veces por aquellos que las contraen. Previendo su muerte, el padre de un hijo natural insta á la madre de éste para que acepte un capital de 100,000 francos, con objeto de asegurar su porvenir. En seguida se reclama el pago de esta deuda. Yo no debo nada, dice el padre, porque no he prometido nada. La Corte de Aúgiers, decidiendo por motivos de delicadeza más que por motivos de derecho, condena al pretendido deudor y la decisión es casada, como debía serlo, pues no hay obligación, dice la Corte de Casación, sin el consentimiento de la parte que se obliga, lo cual es elemental, pero decisivo. Casación, 15 de Enero de 1873 (Daloz, 1873, 1, 180).

tamista está obligado á ceder el uso de la cosa al que la recibe, durante el tiempo convenido, y que contrae así una obligación; pero la respuesta es fácil y perentoria, pues no se concibe obligación sin un derecho correlativo, y en donde hay una verdadera obligación hay necesariamente una acción que corresponde al acreedor. ¿Cuál es el derecho del que recibe? ¿Cuál es la acción que ha contraído el prestamista? No hay ni derecho ni acción. Tiene, sin duda, el derecho de usar la cosa, puesto que le ha sido prestada con este objeto; pero este derecho no le da ninguna acción contra el que presta, pues éste no ha contraído ninguna obligación, y en virtud del contrato no hay más que un deudor y un acreedor, aunque puede suceder que el prestamista se obligue por alguna consecuencia, como explicaremos adelante al tratar de la subdivisión de los contratos bilaterales. (1)

432. El Código no enumera los contratos bilaterales ni los unilaterales, y cuando define los diversos contratos no agrega, como lo ha hecho la escuela, que puedan ser unilaterales ó bilaterales; de donde resulta, desde luego, que puede haber otros contratos sinalagmáticos que los previstos por el Código Civil, y acerca de este punto no hay ninguna duda. El campo de los convenios es ilimitado y la ley ha arreglado, para la comodidad de las partes contratantes, los convenios más usuales, aunque puede haber otros, hasta lo infinito. Y serán unilaterales ó bilaterales, según sea que haya un solo acreedor y un solo deudor, ó que cada una de las partes sea acreedora y deudora.

Hay un convenio, muy usado en otros tiempos, que en nuestros días ha vuelto á ser frecuente, cambiando de carácter. Se llamaban antiguamente dotales, los bienes dados para recibir á una joven en un convento á título de novicia

¹ Mourlón, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 458.

y después de religiosa. ¿De dónde viene la palabra limosna? Como los bienes que constitúan el dote eran dados á la Iglesia y todas las liberalidades que ésta recibe forman el patrimonio de los pobres, de aquí que esa fuese la palabra sagrada. No había contrato oneroso, porque las limosnas eran consideradas como una simple donación: hé aquí por qué una declaración de 28 de Abril de 1863 las prohibió, pues era uno de los muchos medios empleados para enriquecer á los conventos despojando á las familias. Pero inútilmente ordena el legislador y prohíbe las corporaciones religiosas, pues existen aun á pesar de la ley. Las limosnas dotales han quedado en uso, aunque, como hemos dicho, han cambiado de carácter. Los conventos no existen ante los ojos de la ley, y como legalmente no se les puede hacer ninguna liberalidad ni bajo la forma de limosna dotal, ni bajo ninguna otra forma, se ha dado á las limosnas dotales la apariencia de un contrato celebrado entre los padres de la futura religiosa y la superiora de la casa, por el cual los padres se obligan á pagar un dote á su hija, ó por mejor decir, á la superiora, obligándose ésta á hospedar, alimentar y vestir á la futura religiosa y á atenderla tanto en salud como en enfermedad; éstos son los términos de los contratos que han dado lugar á algunos juicios. ¿Cuál es la naturaleza de este contrato? Según la jurisprudencia de Francia, éste es un contrato bilateral y aleatorio; bilateral, porque cada una de las partes contratantes es acreedora y deudora; aleatorio, porque la superiora se obliga á satisfacer todas las necesidades de la futura religiosa, mediante el dote que recibe, en lo cual puede ganar ó perder; hé aquí la suerte que es, reciproca; de donde se sigue que si la religiosa muere después de algunos años ó de algunos meses, no hay lugar para restituir el dote, favoreciendo la suerte al convento. (1) Esta

1. Agén, 22 de Marzo de 1836, y 12 de Julio de 1836 (Dalloz, en la palabra *Culto*, núm. 671).

jurisprudencia nos parece muy dudosa y hablarémos de ella más adelante.

433. ¿Los contratos que por regla general son unilaterales, pueden cambiarse en bilaterales por la voluntad de las partes? Está admitido generalmente, aunque hay alguna incertidumbre en la aplicación. En principio, el derecho de las partes no es dudoso, pues la ley las deja en libertad para celebrar los convenios que quieran, siempre que no sean contrarios á las buenas costumbres ó al orden público, y el carácter unilateral ó bilateral de los contratos es de interés privado, puesto que depende de las obligaciones que cada una de las partes contrae y que es libre de contratar. Si la ley no dice cuáles contratos son unilaterales, la doctrina no los declara tales, más que por aplicación del art. 1,103, y el Código no opone ningún obstáculo á que el contratante, que por lo general no se obliga, se obligue á dar ó á hacer; y, en este caso, en lugar de aplicar el art. 1,103, deberá aplicarse el 1,102, que es lo que hace el Código mismo respecto de la donación, que, por lo general, es un contrato unilateral, puesto que el único obligado es el donante, y el donatario no lo es, á no ser que se haya obligado á suministrar los alimentos al donante, la cual no es una obligación que nace del contrato, porque en el momento de celebrarse, el donante no tiene acción contra el donatario. Pero si la donación se hace con carga, el donante tiene acción contra el donatario, acción que la ley hipotecaria provee de un privilegio (art. 27, núm. 3), pues el contrato viene á ser bilateral y el art. 1,102 recibe su aplicación. La ley misma aplica á las donaciones con carga uno de los principios especiales que rigen los contratos sinalagmáticos. Según los términos del art. 953, la donación puede ser revocada por falta de cumplimiento de las condiciones, y ésta revocación no es otra cosa que la resolución del contrato hecha en virtud de la condición reso-

lutoria que la ley sobreentiende en todo contrato bilateral (art. 1,184); y esto lo prueba el art. 954, como lo hemos dicho en el título "De las Donaciones." (1)

Esto que la ley hace respecto de las donaciones, el intérprete debe hacerlo respecto de todos los contratos, pues hay para resolverlo los mismos motivos. Así, pues, si en un mandato el mandante se obliga á pagar honorarios al mandatario, y en el depósito el depositario estipula un salario como precio del cuidado que pondrá en guardar la cosa, el contrato vendrá á ser bilateral, y, por consiguiente, deberán aplicarse los principios que rigen los contratos sinalagmáticos (núm. 434). Esta consecuencia no se admite por los autores, sino con una restricción. En principio, dicen ellos, el depósito y el mandato, aunque sean mediante salario, quedan como contratos unilaterales y que no se convierten en sinalagmáticos sino cuando prueben el convenio y las circunstancias en que han sido celebrados, que esa es la intención de las partes. (2) Nos parece que las partes manifiestan suficientemente su voluntad desde el momento en que se obligan recíprocamente, y el art. 1,102 no ordena otra cosa. ¿Se dirá que esto es derogar la ley y que toda derogación debe ser expresa? Nós, las partes no derogan la ley, porque no hay ley que prescriba que el depósito y el mandato son contratos unilaterales; hay más: desde que por sus convenios, las partes contraen obligaciones recíprocas, el contrato necesariamente viene á ser sinalagmático, aun cuando las partes dijeren lo contrario, porque si son libres de contratar como á ellos les parezca, no pueden querer un imposible, y equivaldría á querer un imposible decir que un contrato es unilateral cuando este

1 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, pág. 646, núm. 487. Comparese á Aubry y Rau, t. 4º de la 4º edición, pág. 285, núm. 341. Rejet, Sala Civil, 18 de Julio de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 197).

2 Demolombe, t. 24, pág. 21, núm. 23. Aubry y Rau, t. 4º, página 286, nota 8 (4º edición).

contrato contiene obligaciones recíprocas á cargo de cada una de las partes. Todo lo que las partes pueden hacer, es derogar los principios que rigen los contratos sinalagmáticos, y eso, no en lo relativo á la prueba (art. 1,325), porque la prueba es de orden público. Se puede hacer otra objeción contra nuestra doctrina y sostener, como lo hace Pothier, que cuando se estipula un salario en el mandato y en el depósito, estos contratos cambian de naturaleza, tomando la de un arrendamiento de obra; (1) tratarémos de esta dificultad en los títulos relativos á la materia. Para nuestra cuestión actual la decisión sería la misma, porque el alquiler es un contrato bilateral; de modo que la opinión de Pothier viene apoyando la nuestra.

434. La división de contratos en bilaterales y unilaterales supone que estas dos especies de contratos se rigen por diferentes principios, y, en efecto, el art. 1,184 prescribe que la condición resolutoria se sobreentiende en los contratos sinalagmáticos, para el caso de que una de las partes no cumpla su obligación; más adelante dirémos que esta disposición no se aplica á los contratos unilaterales. Hay, además, una segunda diferencia en lo relativo á las formalidades prescriptas para las actas en que constan los convenios sinalagmáticos ó unilaterales, pues los documentos privados en que consta algún contrato bilateral no son válidos sino cuando se han hecho como los originales que tienen las partes, porque hay interés distinto, y cada original debe contener, además, la mención de números de los originales que se han hecho (art. 1,325). La ley no prescribe ninguna formalidad para las actas en que consta un convenio unilateral, salvo el caso en que se trate de una suma de dinero ó de cosas fungibles (art. 1,326). Nosotros explicaremos estas disposiciones en el capítulo "De la Prueba de las Obligaciones."

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 6.

435. En razón de los diferentes principios que rigen los contratos bilaterales y los unilaterales, conviene distinguir estas dos especies de convenios. Ateniéndose al texto de los arts. 1,102 y 1,103, la resolución es muy sencilla, pues si cada una de las partes es acreedora y deudora en virtud de contrato, éste sería bilateral; si solamente una de las partes es deudora y la otra acreedora, el contrato será unilateral; pero la escuela quiere divisiones y subdivisiones, de las cuales abusamos muy frecuentemente sin ninguna utilidad. Así se han subdividido los contratos sinalagmáticos en bilaterales perfectos y bilaterales imperfectos. Pothier nos dirá cuál es el sentido de esta distinción.

Los contratos "perfectamente sinalagmáticos" son aquellos en los que la obligación que contrae cada una de las partes es igualmente una obligación principal de estos contratos: tales son la venta, el arrendamiento y la sociedad. Pothier llama contratos "menos perfectamente sinalagmáticos" á aquellos en los cuales no hay más que la obligación de una de las partes, que sea la obligación principal del contrato: tales son el mandato, el depósito, el préstamo y la prenda. En estos contratos, la obligación que contraen el mandatario, el depositario, el que recibe el préstamo y el acreedor prendario, de guardar la cosa, son las únicas obligaciones principales, y las que contraen el mandante, el depositante, el prestamista y el deudor, no son más que obligaciones accidentales, á las cuales da lugar, después del contrato, el gasto que haya sido hecho por la otra parte para la ejecución del mandato ó para la conservación de la cosa. (1)

El Código no hace esta distinción, pero parece admitirla implícitamente en los títulos que tratan de los contratos unilaterales, pues se encuentra un capítulo titulado: "Obligaciones del mandante, del depositante, del presta-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 9.

mista," y un capítulo que trata de las "Obligaciones del mandatario, del depositario y del que pide el préstamo." Sin embargo, es cierto que estos contratos no son bilaterales en el sentido del art. 1,102, porque las obligaciones del mandante, depositante y prestamista no nacen del contrato mismo, pues en el momento en que las partes contrataran, solamente se obligó una de ellas, y, por lo mismo, el contrato es unilateral en su principio; pero se convierte en bilateral por consecuencia de un hecho subsiguiente, como, por ejemplo, los gastos hechos por el mandatario, el depositario ó el que recibe el préstamo, y ésta es la razón por la que la doctrina llama á estos contratos bilaterales imperfectos. ¿Es jurídica esta distinción? Nosotros comprendemos la utilidad y aun la necesidad que hay de distinguir cuando las divisiones y subdivisiones tienen una importancia práctica, como sucede con la clasificación que el Código hace en los arts. 1,101 y 1,102; pero el legislador francés se guardó muy bien de reproducir la distinción que enseña Pothier, aunque desea servirse de este guía. El espíritu eminentemente práctico que distingue á los autores del Código, les impide dedicarse á hacer distinciones inútiles. Ya acabamos de decir cuál es el interés de la división de los contratos unilaterales y bilaterales (núm. 434). ¿Será por ventura que los contratos que Pothier llama sinalagmáticos imperfectos se rigen por los principios de los contratos bilaterales? Ciento que el artículo 1,325 no es aplicable á los contratos unilaterales, sino cuando el mandante, el depositante y el que presta, se encuentren obligados después; y sobre este punto todo el mundo está de acuerdo. (1) A nuestro entender, es cierto que el art. 1,184 no es aplicable, y lo probarémos al tratar "De las Obligaciones Condicionales." La utilidad práctica es, pues, nula.

1 Demolombe, t. 24, pág. 21, núm. 22.

¿Habrá alguna utilidad de teoría y de ciencia? Los autores prueban la clasificación tradicional, pero no dicen á cuál se aplica. Nosotros la creemos falsa, y buena solamente para embrollar las ideas aun de las inteligencias mejores, y es falsa, porque para determinar la naturaleza de un contrato se atiende á lo que sucede en el momento de su formación, y en este momento los contratos de mandato, de depósito y de préstamo son unilaterales, porque únicamente está obligada una de las partes. Si el contrato es unilateral, así permanecerá, aun cuando la parte que no se obliga viniera á estar obligada después; y si ella está obligada, ¿será esto en virtud del contrato? Nó, pues el contrato quedará como estaba, es decir, unilateral. Se necesita un nuevo concurso de consentimientos para cambiar su naturaleza. ¿Cuando el que recibe el préstamo hace un gasto que el prestamista debe reembolsarse, tienen intención las partes de modificar sus convenios? Estos quedan lo mismo, pues la naturaleza del contrato es también la misma; así, pues, injustamente llama Pothier á este contrato "menos perfectamente sinalagmático," puesto que le atribuye lo sinalagmático no siendo más que unilateral. Hemos dicho que esta división escolástica se ha hecho para embrollar, pudiendo convencerse de esto leyendo lo que Toullier ha escrito sobre nuestra clasificación. Combate la división que hace el Código en los arts. 1,101 y 1,102, y á entenderlo, todos los contratos serían bilaterales. ¿Por qué? Porque cada una las partes tiene, ó puede tener, obligaciones aun en los contratos llamados unilaterales, y la prueba está en el préstamo, que es citado, por lo general, como el contrato unilateral por excelencia; ¿no está obligado el prestamista á no exigir la cosa prestada sino después del término convenido? (arts. 1,888 y 1,889). Si el préstamo es un contrato bilateral, como dice Toullier, debe deducirse que está sometido á los principios establecidos por los arts. 1,884 y

1,325. ¿Es esta también la opinión de Toullier? No, pues no hace caso del art. 1,184 y dice que la única disposición que puede ser que esté fundada en la división de contratos en sinalagmáticos y unilaterales, es la del art. 1,325, y que éste no es aplicable al préstamo. Toullier concluye que la teoría de los contratos sinalagmáticos y unilaterales es una teoría imperfecta que podría engañar. (1) No, lo que ha engañado á Toullier es la subdivisión de Pothier, pues si se admite que el préstamo es un contrato menos perfectamente sinalagmático que la venta, bien puede decirse que es un contrato sinalagmático, naciendo de esto la confusión. Nada es más claro ni más sencillo que la división del Código, si se quiere atender. Las clasificaciones de la escuela, á fuerza de querer aclarar las ideas las obscurecen.

Núm. 2. De los contratos commutativos y aleatorios.

436. Según los términos del art. 1,104, el contrato es commutativo cuando cada una de las partes se obliga á dar ó á hacer alguna cosa que está considerada como el equivalente de lo que se le da ó se hace por ella; y cuando el equivalente depende de la suerte de cada una de las partes y de la ganancia ó la pérdida, según un acontecimiento incierto, el contrato es aleatorio.

En apariencia los contratos commutativos se confunden con los bilaterales. Todo contrato bilateral es, al mismo tiempo, commutativo, pudiendo aplicarse perfectamente á la venta, la definición que da el art. 1,104 del contrato commutativo, porque lo que el vendedor se obliga á dar es el equivalente del precio que recibe, y el precio que el comprador se obliga á pagar es el equivalente de la cosa de la cual el vendedor le transfiere la propiedad. Sin em-

1 Toullier, t. 3º, 2, pág. 12, núm. 19. Es inútil refutar lo que Toullier dice. Duranton lo ha hecho (t. 8º, pág. 54, núm. 70).

bargo, las dos divisiones no se confunden, porque no todos los contratos conmutativos son bilaterales; así, el préstamo con interés es un contrato conmutativo, puesto que el prestamista da el goce de un dinero, y recibe, como equivalencia del goce de que se priva, el interés que le paga el que recibe el préstamo; y asímismo éste se obliga a pagar el interés, recibiendo un equivalente que consiste en el capital que el prestamista le da. Así, pues, el préstamo con interés es conmutativo. ¿Equivale esto á decir que sea bilateral? Nô, porque el que recibe el préstamo es el único obligado, y el préstamo, aunque hecho con interés, conserva la naturaleza de todo préstamo, que es la de contrato unilateral.

437. ¿Qué diferencia hay entre los contratos conmutativos y los aleatorios? Se ha criticado esta clasificación como ilógica. Es verdad que el contrato aleatorio es también un contrato conmutativo, ó, como dice Pothier, interesado por ambas partes. La única diferencia que existe entre el contrato conmutativo y el aleatorio, es que en este último cada una de las partes no recibe más que una suerte (la cual es el objeto del contrato), en tanto que en el contrato conmutativo cada una de las partes recibe alguna cosa real y efectiva.⁽¹⁾ Esto no impide que la clasificación sea exacta y útil, en el sentido de que los contratos conmutativos y aleatorios se rigen por diferentes principios.

438. En el antiguo derecho, la diferencia era más notable que en el moderno. La lesión viciaba los contratos conmutativos, en tanto que la suerte, que constituye la esencia de los aleatorios, excluye toda lesión. Pothier dice que la equidad debe reinar en los convenios; y en los contratos en que se interesan ambas partes, cada una de ellas da ó hace alguna otra cosa como equivalente de lo que ha

¹ Durantón, según Delvincourt (t. 10, pág. 58, nûm. 76).

dado ó hecho. Quien dice equivalente, dice igualdad, y como ésta debe reinar en los contratos comutativos, claramente está que la lesión los vicia. Esto está fundado en equidad, porque la equidad, en materia de comercio, consiste en la igualdad, y desde el momento en que uno de los contratantes dá más que lo que recibe, se vulnera la igualdad, y, por consiguiente, queda viciado el contrato. Pothier agrega que el consentimiento mismo es viciado por la lesión, porque la parte lesionada no ha querido dar lo que ha dado, sino en la falsa persuasión en que estaba, de que lo que recibía valía tanto como lo que daba, y que, por lo mismo, no habría dado si hubiera sabido que lo que recibía valía menos.

No sucede lo mismo en los contratos aleatorios, pues la igualdad que debe reinar, en virtud de la equidad que preside todos los contratos, consiste únicamente en la igualdad de la suerte; por lo demás, las partes saben de antemano que la suerte puede ser favorable á una de ellas, y, por consiguiente, desfavorable á la otra, pues con sólo que gane una, pierde la otra; pero como cada uno de los contratantes puede ganar, se somete al azar de la pérdida, lo cual, por consecuencia, no es una lesión. (1)

Los autores del Código no admiten esta teoría más que en parte, pues según los términos del art. 1,118, la lesión no vicia el consentimiento, sino solamente algunos contratos, como son la partición y la venta, en interés del vendedor, cuando se vende un inmueble. Así, pues, solamente para estos contratos presenta interés práctico la clasificación del art. 1,104, pues la lesión los vicia cuando son comutativos y no los vicia cuando són aleatorios.

439. La división de los contratos en comutativos y aleatorios presenta, además, un interés moral y fiscal, pues trata de desenmascarar el fraude que las asociaciones re-

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 83 y 37.

ligiosas cometan diariamente contra la ley y contra la moral. La ambición de la Iglesia es inmortal y no se doblega ante la ley común porque dice estar fuera de ella; ya hemos dicho en el título "De las Donaciones" cuál es el tejido de combinaciones fraudulentas por el cual se ha tratado de reconstruir las corporaciones religiosas abolidas por la Revolución, pues se vale del derecho para arruinar al derecho; y en donde impera como dueña, es decir, en las poblaciones ignorantes, las ciega y acaba por destruir todo respeto á la ley. Es conocida la fórmula de sociedades celebradas por monjes ó religiosos; algunos individuos que se califican de particulares ocultando su calidad de religiosos, se presentan ante un notario y compran conjuntamente un inmueble con la cláusula de que ninguno de ellos podrá disponer de él sin consentimiento de los otros, y que la propiedad íntegra pertenecerá al sobreviviente. Este último tendrá buen cuidado de practicar un nuevo fraude para mantener en la propiedad el inmueble á la corporación ó al menos á la Iglesia. El Fisco es alterado por estas sociedades fraudulentas que tienden á privar al tesoro de los derechos de variación que debe percibir á la muerte de un propietario, y es considerable el interés del Fisco porque es el mismo de todos los contribuyentes, es decir, de todos los ciudadanos, el que se encuentren en conflicto con el fraude de las gentes de Iglesia. El Fisco ha reclamado, y los tribunales le han dado la razón, pues es de jurisprudencia que, en el contrato, cuyos términos usuales acabamos de rechazar, la venta ha transferido la propiedad al principal de los particulares compradores, y á cada uno, por partes proporcionales, lo cual no es dudoso, pues es de derecho común. ¿Cuál es el efecto de la cláusula que asegura al sobreviviente la propiedad del inmueble? A la muerte de uno de los compradores, su parte en la propiedad del inmueble se transmite los sobrevi-

vientes, y, por consiguiente, el de éstos que tenga la suerte de vivir más largo tiempo, será quien venga á ser propietario del inmueble. El contrato, es, pues, commutativo y aleatorio, y, por lo mismo, se rige por el derecho común, pues obraría una variación de propiedad á la muerte de cada uno de los compradores, habiendo, por lo tanto, lugar á la percepción de los derechos de variación á título oneroso y no á los derechos de variación que se perciben á la muerte del propietario, porque el heredero no sucede en los derechos á su autor, desde el momento que estos derechos han sido adquiridos por los otros compradores en virtud del contrato de venta: aquí se encuentra el lazo entre el derecho fiscal y el derecho civil. En virtud del derecho civil, se debe resolver que la cláusula de supervivencia constituye para cada uno de los compradores un contrato commutativo; este contrato, verificando á cada muerte una variación de propiedad en favor de los compradores, da lugar á la percepción de un derecho de variación á título oneroso. (1)

No insistimos sobre esta cuestión porque está fuera de los límites de nuestro trabajo, prometiéndonos tan sólo hacer presente nuestra pena porque la ley no castiga el fraude de modo que pueda evitarse.

Núm. 3. De los contratos beneficiosos y de los contratos á título oneroso.

440. “El contrato beneficioso es aquel por el que una de las partes procura á la otra una ventaja puramente gratuita” (art. 1,105). “El contrato á título oneroso es el que somete á cada una de las partes á dar ó á hacer alguna co-

1 Casación, 23 de Agosto de 1853 (Daloz, 1853, 1, 241) 26; de Abril y 25 de Julio de 1854 (Daloz, 1854, 1, 264); 21 de Abril de 1856 (Daloz, 1856, 1; 157); 14 de Junio de 1858 (Daloz, 1858, 1, 252).

sa" (art. 1,106). Esta última definición no es exacta, pues confunde el contrato á título oneroso con el contrato sinalagmático, porque supone que se ha obligado cada una de las partes, y un contrato unilateral puede ser también á título oneroso: tal es el préstamo con interés.

441. El contrato beneficioso más importante, es la donación: hay numerosas diferencias entre la donación y la venta, pero es inútil hacerlas notar, pues resultan de los principios que ya hemos expuesto en el título "De las Donaciones." Hay otros contratos beneficiosos, el mandato, el depósito, el préstamo, que no se rigen por el principio de las donaciones; y existen muchas veces entre estos contratos y los contratos á título oneroso, diferencias que justifican la clasificación de los arts. 1,104 y 1,105. La responsabilidad del deudor respecto de las faltas que comete, es menos rigurosa en los contratos á título gratuito que en los contratos á título oneroso, como los explicaremos al exponer la teoría del Código concerniente á las faltas (artículo 1,131.) Vamos á señalar otra diferencia tratando de vicios del consentimiento: el error sobre la persona es en general indiferente en los contratos á título oneroso, mientras que vicia el consentimiento en los contratos á título gratuito.

442. La distinción de los contratos á título gratuito y á título oneroso tiene todavía importancia bajo el punto de vista del derecho fiscal, pues los derechos de novación difieren en las dos especies de contratos, naciendo de aquí frecuentes controversias. Esto no es decir que los tribunales no se atengán á la calificación que las partes den á sus convenios, porque esta calificación tiene por objeto, frecuentemente, engañar al Fisco. La Corte de Tolosa dice muy bien, que el carácter de un acto se determina por el conjunto de sus cláusulas y resultados; así el contrato es oneroso y comutativo, cualquiera que sea

DISPOSICIONES PRELIMINARES.

su denominación, cuando cada una de las partes se obliga á dar ó á hacer una cosa que es el equivalente de lo que se da ó de lo que se hace por ella; y será un contrato benéfico si una de las partes proporciona á la otra una ventaja puramente gratuita. (1)

Se ha juzgado que el acto por el cual dos copropietarios por indiviso convienen que el inmueble no será dividido ni subastado sino que pertenecerá al sobreviviente de entre ellos, no es una liberalidad sino un contrato comunitativo y aleatorio. (2)

Los arreglos de familia que median entre padre é hijos son frecuentemente calificados de donaciones, cuando en realidad no son más que contratos comunitativos: tal es el acto por el cual una madre, cede á sus hijos un crédito sobre la sucesión de su marido, mediante una renta vitalicia (3). Sin duda puede haber donaciones con carga, pero conviene que la carga no equivalga á la liberalidad pretendida, y al juez corresponderá apreciar el monto de la donación y de la carga. La Corte de Lieja ha decidido que la donación hecha con la carga de mantener al donante por el resto de sus días, debe considerarse como una renta; y se trataba de saber si era válido el acto aunque no fuese hecho con las formalidades prescriptas para las donaciones, (4). En la sentencia de la Corte de Tolosa, que acabamos de citar, se trataba de la cesión hecha por una madre á sus hijos, de sus derechos y gananciales sobre la sucesión de su marido, mediante una renta vitalicia de 1,200 francos. El acto fué calificado de donación, en tanto que las condiciones del acto probaban que era un verda-

1 Telosa, 16 de Febrero de 1838 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1,298, 3º).

2 Rejet, 10 de Agosto de 1836 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 67, 2º).

3 París, 30 de Diciembre de 1835 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 66, 3º).

4 Lieja, 12 de Junio de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 171).

dero contrato comutativo; la sentencia estima que la renta estaba constituida al 8 por ciento, lo que constituía el equivalente de los gananciales valuados al máximo de 15,000 francos, cuando la madre estaba todavía en la fuerza de su edad. (1)

Núm. 4. Contratos nominados é innominados.

443. La división de los contratos en nominados é innominados juega un gran papel en derecho romano: Nada dirémos nosotros, por la razón que Domat se empeña en no dejarnos hablar. "No es necesario, dice Domat, explicar aquí la diferencia que había en el derecho romano entre los contratos que tenían un nombre y los que no lo tenían. Estas minuciosidades, que no están en nuestro uso, nos estorbarían inútilmente." Domat explica en qué sentido se admite, en el derecho francés, la clasificación de contratos nominados é innominados. "Entre las diferentes clases de convenios, algunas tienen un uso tan frecuente y tan conocido de todos, que tienen nombre propio: como son la venta, el arrendamiento, la sociedad, el depósito y otros. Hay otros que no tienen nombre propio, como cuando alguna persona da á otra una cosa para venderla en determinado precio, con la cláusula de que podrá disponer del exceso de dicho precio. Pero todos los convenios, sea que tengan ó no tengan nombre, surten siempre sus efectos y obligan á lo que está convenido." (2)

El Código ha formulado el pensamiento de Domat en el art. 1,107, dándole más precisión. "Los contratos, ya sea que tengan una denominación propia, ó ya que no la ten-

1 Compárese Casación, 22 de Mayo de 1838 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 4,773, 4º). Colmar, 6 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1851, 5, 180), y las decisiones en materia fiscal relatadas por Dalloz, en la palabra *Registro*, núm. 3,736.

2 Domat, *Leyes Civiles*, libro 1º, pág. 20, núm. 7.

gan, están sujetos á reglas generales, que son objeto del presente título. Las reglas particulares á ciertos contratos, se han establecido en los títulos relativos á cada uno de ellos, y las reglas particulares á las transacciones mercantiles, han sido establecidas por las leyes relativas al comercio.

444. Los contratos nominados se rigen, pues, desde luego por las reglas establecidas en los títulos que les están dedicados, y después por los principios generales que son aplicables á todas las obligaciones convencionales. En cuanto á los contratos innominados, tienen reglas particulares, las cuales corresponde formular á las partes, y solamente que no diga nada el acta se siguen las reglas establecidas en nuestro título y, por analogía, las de los contratos nominados con los cuales el convenio litigioso tenga más relación.

Los contratos innominados son muy frecuentes, como consecuencia de la infinita variedad de relaciones que el comercio, la industria y los intereses de familia hacen nacer, y por lo común no son más que la modificación de un contrato nominado. Un padre vende á sus dos hijos una casa exceptuando algunos objetos muebles, más dos sitios en la sinagoga, con cargo para los adquirentes de mantener y vestir á su hermana, y en el caso en que ésta no quisiera ser sostenida por sus hermanos, éstos se obligan á pagarle anualmente una suma de 360 francos. ¿Equivale á una venta este contrato? Se objeta que no había precio en dinero y que el equivalente de los bienes abandonados por el padre consistía en prestaciones y en un hecho. La Corte de Colmar responde que esto no impide que el acto sea una venta, y que, en todo caso, será un contrato aleatorio innominado que tiene la más grande analogía con la venta. (1)

1 Colmar, 23 de Junio de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 44).

Núm. 5. Contratos consensuales y reales.

445. Pothier divide además los contratos en consensuales y reales. Los primeros son aquellos que se forman por el simple consentimiento de las partes, tales como la venta, el arrendamiento y el mandato. Desde el momento en que hay mutuo consentimiento sobre la cosa y el precio, hay venta, sin que sea necesario que la cosa vendida sea entregada al comprador. El Código Civil ha agregado un nuevo efecto á la potestad del consentimiento, cual es, que basta para transferir la propiedad, aun respecto de terceros. Hay otros contratos que, además del consentimiento, exigen la tradición de la cosa que tienen por objeto: tales son el préstamo, el depósito y la prenda, á los cuales se llaman contratos reales.

El Código no reproduce esta división, sin duda porque no tiene ningún interés práctico, pues la necesidad de una tradición resulta de la naturaleza misma de las cosas en los contratos reales: y era inútil decirlo en una clasificación, cuando el Código lo dice en las definiciones que da de los diversos contratos reales, en tanto que las definiciones de los contratos consensuales implican que se perfeccionan por el solo consentimiento. No se tiene más que comparar la definición de la venta con la del préstamo. Según los términos del art. 1,582, la venta es un convenio por el cual uno se obliga á transferir la propiedad de cosa y el otro á pagarla; el Código no dice que el vendedor debe "entregar" la cosa para que haga venta, pues él se "obliga" solamente á otorgarla; es decir, que basta el consentimiento, para que haya obligación, porque hay obligación desde que hay consentimiento. Enteramente distinta es la definición del préstamo: "Este es un contrato por el cual una de las partes entrega una cosa á la otra para servirse de ella, con cargo, para el que recibe préstamo, de devolverla

después de haberse servido de ella (art. 1,875). No se concibe préstamo sin tradición de la cosa prestada, porque es un contrato unilateral por el cual el que recibe el préstamo es el único que se obliga. ¿En qué consiste su obligación? La definición lo dice: en devolver la cosa después de servirse de ella; y para devolver la cosa, debe, naturalmente, haberla recibido.

No conviene deducir de aquí que la obligación contraída de prestar una cosa ú otra sin tradición, es nula. Esto no sería un préstamo, puesto que no hay tradición; éste no es un contrato nominado sino un contrato innominado que da acción al acreedor, futuro tenedor de la cosa, contra el deudor, futuro prestamista. Conforme al derecho francés, esto no tiene ninguna duda, y en cuanto al derecho romano, lo dejamos á un lado, puesto que en este punto nada tiene de común con el derecho moderno.

Núm. 6. Contratos solemnes y no solemnes.

446. Hay otra clasificación mucho más importante, que es la de contratos solemnes y no solemnes. El Código no habla de esto, pero consagra la doctrina, que equivale á ello. Hay contratos que no existen sino cuando son celebrados con las formalidades prescriptas por la ley: tales son la donación, el contrato matrimonial y la hipoteca. La ley quiere que las actas en que constan las donaciones entre vivos se extiendan ante notarios, y ésta solemnidad se exige aun para la existencia de la donación, pues si el acta hecha ante notario fuese nula, ó si las partes hubiesen hecho la donación por medio de documento privado, no habría donación. Esto es lo que dice el art. 1,339, y el donante no puede conferir una donación nula en la forma, porque lo que no existe no puede ser confirmado; si quiere darle efecto, dice la ley, tendrá que volverla á hacer

en la forma legal, lo cual prueba que la primera donación no tiene ningún efecto y es como si no hubiera existido. No sucede lo mismo con los contratos no solemnes, que son todos, con excepción de los tres que acabamos de mencionar. La venta existe independientemente de todo escrito destinado á hacerla constar, pues según dice el artículo 1,582, puede verificarse por medio de escritura pública ó en documento privado; pero no quiere decir esto que no debe haber acta, pues si las partes contrantes levantan acta de sus convenios, será para tener una prueba literal y porque tienen, sin duda, un interés muy grande, puesto que no se admite la prueba testimonial cuando el monto pecuniario del hecho jurídico excede de 150 francos. Pero aunque no haya ninguna acta, no por esto será menos válida la venta, salvo la dificultad de probarla en caso de litigio. Si las partes no hacen constar la venta, de todos modos producirá sus efectos, aunque no haya ninguna acta, en tanto que la donación sería declarada y aun ejecutada inexistente si faltasen las formalidades legales. Si se extiende un acta para hacer constar la venta, y si esta acta es nula, resultará que las partes no podrán valerse de ella para probar sus convenios, y que no tendrán una prueba literal; pero podrán probar la venta por medio de las otras pruebas admitidas por el Código Civil. (1) Si, por el contrario, fuese nula en la forma el acta de donación, ésta será nula, aun cuando la confiesen y ratifiquen las partes.

447. Estas nociones son elementales, y asombra ver que las desconocen algunos autores buenos. M. Larombière parece que niega la notable diferencia que hay entre los contratos no solemnes y los solemnes, no viendo en las so-

1 Bruselas, 23 de Mayo de 1814 *Pasicrisia*, 1814, pág. 76, y Dalloz en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,898).

lemnidades más que una cuestión de prueba. (1) Sin duda un contrato que no puede probarse, es como si no existiera, pero no por eso debe confundirse la prueba con las condiciones requeridas para la existencia de un convenio. Cuando se trata de un contrato no solemne, el demandante puede siempre hacer interrogar al demandado sobre hechos y artículos, y valerse de la confesión de la parte contraria, aun dispensándole el juramento; pero no sucede lo mismo con los contratos solemnes. Inútilmente el donante confesaría la donación, é inútilmente declararía que la quiere mantener, si es nula en la forma; y no puede hacerlo, porque no puede dar vida á un contrato muerto al nacer.

Toullier ha cometido también otros errores muy graves, que si los criticamos, no es por el placer de criticar á uno de nuestros mejores autores, sino para llamar la atención de nuestros jóvenes lectores sobre la materia tan difícil que abordamos. Lo que contribuye á hacer más incierta la doctrina y la jurisprudencia, es la carencia de principios ciertos, y, por lo mismo, conviene insistir en los principios, aunque sean elementales. La ley prescribe ciertas formalidades para la validez de las actas en documento privado en que consten convenios sinalagmáticos, pues deben ser hechos como los originales de la parte que tenga interés opuesto, debiendo cada original mencionar el número de originales que se hayan hecho. ¿Qué sucederá si no se observan estas formalidades? El acta será nula; es decir, que las partes no tendrán prueba literal de sus convenios, lo que, sin embargo, no impedirá que sea válido el contrato si existen las condiciones requeridas para su validez. Muchas veces, dice el art. 1,325, la falta de mención

¹ Larombière, t. 1º, pág. 36, art. 1,108, núm. 4 (Ed., B., t. 1º, página 22). En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 4º, pág. 287, nota 6, pfo. 341).

del número de originales no podrá alegarlo el que ha ejecutado el convenio. ¿Por qué? Porque la ejecución del convenio es la mejor prueba de su existencia. Toullier deduce que el "convenio" no es obligatorio más que cuando una de las partes ejecuta su promesa, y agrega que éste es el "pacto nudo" de los jurisconsultos romanos; pero todo es error en esta doctrina. ¿Cómo podrá haber "pactos nudos" en nuestro derecho, si ya en el antiguo derecho Domat repudiaba la teoría de los pactos como una sutilidad romana? (443). El anotador de Toullier ha tenido cuidado de desvanecer este error. (1) Hay otro más grave, porque se le encuentra á cada instante entre los autores y en las sentencias. Cuando el "acta" privada es irregular, es "nula." ¿Equivale esto á decir que el "convenio" no es obligatorio y que no vendrá á serlo más que por la ejecución de la promesa? Esto es confundir la fuerza obligatoria del convenio con la prueba del convenio, y suponer que el "convenio" es "nulo" cuando el "acta" es "nula." Y esto no consiste en que Toullier ignore esta distinción elemental, puesto que la estableció muy bien más antes (en el núm. 23). La validez del convenio, dice, es independiente de la validez del acta, de su autenticidad y aun de la existencia de toda acta. No hay persona que ignore esto, y, sin embargo, en la aplicación se olvidan estas nociones esenciales y se cae en verdaderos errores, como el que acabamos de indicar.

448. ¿Puede un contrato no solemne venir á serlo si tal es la voluntad de los contratantes? Es decir, ¿pueden las partes convenir en que las formalidades que, en general, no se requieren más que para la "validez" del "acta" deberán observarse para la existencia del "contrato" de modo que éste no exista si no se extendió acta, ó si ésta es

¹ Toullier, t. 3º, 2, pág. 8, núm. 16, y la nota de Duvergier, pág. 9. Comparese Durantón, tº 3, pág. 46, núm. 64.

nula? Sí, las partes interesadas pueden hacer los convenios que juzguen convenientes, siempre que no sean contrarios al orden público y á las buenas costumbres (núm. 429), y, por lo mismo, nada impide que hagan de la formalidad una condición para la existencia de los convenios, lo cual no ataca á las buenas costumbres ni al orden público.

Todo el mundo está de acuerdo sobre este punto; pero el disentimiento comienza cuando se trata de aplicar el principio, y desde luego se pregunta cuál será el efecto de la cláusula. Esto depende del objeto que se propongan, el cual no podrá ser dudoso, pues si se han obligado á no tratar más que por escrito, faltando éste, ó siendo nula el acta, no habrá contrato. M. Demolombe se expresa mal, diciendo que hay, en este caso, "una especie de condición suspensiva," (1) pues los términos mismos prueban que, en el pensamiento del autor, no hay verdadera condición. ¿Qué significa la frase "una especie de condición?" ¿Una comparación? La comparación sería mala porque implica que las partes han tratado, mientras que, en su intención, el trato no existiría si no se hubiese hecho por escrito; y vale más decir, con la jurisprudencia, que cuando las partes han entendido contratar por escrito, el contrato no se perfecciona sino hasta que lo firman todas las partes contratantes. La Corte de Tolosa concluye que si una de las partes no ha firmado todavía, pueden las otras desdecirse, aun cuando ya hayan firmado, porque su intención ha sido hacer depender el convenio de la perfección del acta; (2) es decir, como lo explica la Corte de Rennes, que la "existencia" del contrato está subordinada á la redacción del acta. (3)

449. Resta saber en qué casos se puede admitir que las

1 Demolombe, t. 24, pág. 39, núm. 36.

2 Tolosa, 3 de Diciembre de 1806 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 74).

3 Rennes, 7 de Julio de 1845 (Daloz, 1851, 2, 182).

partes han tenido esta intención. ¿Bastará que convengan en que se extienda una escritura? La Corte de Rennes responde, en la sentencia que acabamos de citar, que al juez corresponde apreciar, según los hechos y las circunstancias, cuál ha sido la intención de las partes y si han convenido en recurrir á la escritura para hacer depender de ella el contrato, ó si han tenido por objeto procurarse un medio de prueba más seguro. Nos parece que se debe ir más lejos y resolver que se necesita una cláusula expresa para que el contrato, de no solemne que es por su naturaleza, se convierta en solemne, y la razón es porque ésta es una derogación del derecho común, ó lo que es lo mismo, una excepción. En general, la escritura que las partes extienden de sus convenios, no tienen otro objeto que el de facilitar la prueba del contrato, y por esto es que, por excepción, el acta viene á ser una condición de la existencia del contrato, pues la cláusula transforma la "prueba" en "solemnidad." Se necesita para esto una manifestación expresa de la voluntad, no términos sacramentales que la ley jamás exige, sino cuando menos una declaración de la voluntad. En este sentido se expresa Pothier: "El convenio que se celebra ante notarios no hace depender de tal acto su perfección, sino que se necesita que la intención de las partes haya sido la de hacerlo depender de eso." (1) La aplicación del principio da lugar á nuevas dificultades, que se presentan, sobre todo, en materia de venta, y tratarémos de ellas al examinar el título correspondiente.

1. Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 11, Compárese Aubry y Rau, t. 4º, pág. 293, nota 21, pfo. 343.