

dero contrato conmutativo; 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 diremos 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, 4^o). 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 1^o, pág. 20, núm. 7.

gan, están sometidos 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 esta 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 declarararía 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 juriconsultos 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. Compárese Durantón, tº 2, 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 trataremos 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.

CAPITULO II.

DE LAS CONDICIONES ESENCIALES.

450. Este es el título de la ley, y en cuanto á la cuestión que implica, responde el art. 1,108 en estos términos: "Cuatro condiciones son esenciales para la validez de un convenio: el *consentimiento* de la parte que se obliga, su *capacidad* para contratar, *objeto* cierto que forma la materia de la obligación y *causa licita* de ella." El Código coloca estas cuatro condiciones en el mismo lugar, pues todas se exigen igualmente para la validez del contrato; por el contrario, en la doctrina generalmente admitida, se distingue: tres de las condiciones enumeradas por el art. 1,108 se requieren para la "existencia" de un convenio, y son el consentimiento, el objeto y la causa, y la otra condición, la "capacidad," únicamente se requiere para la "validez" de un contrato. Esto quiere decir que si falta una de las condiciones necesarias para la existencia de un convenio, el contrato no existirá ante los ojos de la ley, pues será "inexistente" ó, como lo dice enérgicamente el art. 1,131, no puede tener ningún efecto, en tanto que si falta una de las condiciones requeridas para la validez de un convenio, éste no deja de existir y no es nulo de pleno derecho sino que, como dice el art. 1,117, da solamente lugar á una acción de nulidad.

El Código no tiene términos técnicos para distinguir los convenios que no tienen existencia legal de los que son