

§ 3.º

Explicación.

32. CONCEPTO LEGAL DEL CONTRATO.—Aunque no es, ni mucho menos, feliz y acertada la fórmula del art. 1.254 para determinar algo así como parecido al *concepto legal* del contrato, pues se limita á dar idea de su aparición ó existencia «desde que una ó varias personas consienten en obligarse respecto de otra ú otras á dar alguna cosa ó prestar algún servicio», y pudiera confundirse con la misma noción genérica de la *obligación*, viniendo de esta suerte á definir el *continente* por el *contenido*, es lo cierto que la idea de la coincidencia de voluntades concordadas sobre una prestación resulta de aquellas palabras.

Se confirma por los arts. 1.255 y 1.256 la doctrina de que el elemento esencial y característico de los contratos está en la voluntad concordada de los contratantes, como fundamento de sus reglas y muestra de la soberanía civil de las partes, que «pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios á las leyes, á la moral ni al orden público»; así como en la declaración de que «la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, ó sea que la eficacia lo mismo que el origen de la relación jurídica contractual pende de la voluntad concordada de los que la contraen».

CAPÍTULO IX.

SUMARIO.—**Fuentes de las obligaciones contractuales.** (Continuación.)

Art. I. DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de los SISTEMAS DE CONTRATACIÓN.*—1. Sentido de este epígrafe.—2. Cuatro sistemas de contratación (antiguo ó formalista; castellano ó espiritual; de la forma escrita y moderno).—3. 1.º Sistema de contratación *antiguo ó formalista.*—4. Su primera variedad, el sistema religioso.—5. Su segunda variedad, el sistema *civil ó romano.*—6. 2.º Sistema de contratación *castellano ó espiritual.*—7. 3.º Ídem de la *forma escrita.*—4.º Ídem *moderno.*

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—8. Sistemas de contratación.

Art. II. CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—9. Sistema de contratación.

§ 2.º *Jurisprudencia sobre el Código civil.*—10. Sistema de contratación.

§ 3.º *Explicación.*—11. Sistema de contratación.

ART. I.

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de los SISTEMAS DE CONTRATACIÓN.

1. El significado con que empleamos este epígrafe exige previas aclaraciones para evitar toda confusión, fácilmente nacida de la variedad de sentidos á que las palabras se prestan.

Sabido es, que por *sistema* se entiende la serie de bases armónicas, que organizan la práctica de un principio ó la realización de un hecho; es algo que dice relación á la conducta, al método, al procedimiento y al desarrollo, en fin, de una idea.

La contratación, fenómeno social y jurídico, constituido por la variada multitud de contratos, representa un *principio*, y un *hecho ó serie de hechos*. El *principio* corresponde á las ciencias económica y jurídica, primero, y se traslada, después, como institución, al orden legislativo, que lo desenvuelve y reglamenta. El *hecho ó hechos*, que constituyen la celebración de los variados contratos, son realidades que se producen en el orden social.

Sistemas de contratación, pues, equivale á decir, cuáles son las reglas, cuáles los procedimientos, cuáles, en suma, los mecanismos, mediante los que el *principio* científico del *contrato* se entiende realizado en el orden jurídico, y los *hechos* de la *contratación* producidos en la vida social de un pueblo; y como el instrumento práctico para la realización no es otro que la legislación, claro es que estos sistemas pueden, propia y francamente, llamarse *sistemas legislativos de contratación*, ya que es la ley la que ofrece los medios prácticos de dotar de realidad al principio y de consagrar la existencia del hecho.

Mas para precisar el concepto en que se emplea la frase nominadora de la tesis de este artículo, hay que restringir la inteligencia *literal* de ese epígrafe. Lo de *sistemas legislativos de contratación* no se entiende aquí como equivalente del total conjunto de preceptos, que en las legislaciones diferentes se refieren á toda la doctrina de los contratos, porque entonces sería entender una cosa igual á todo el *Derecho positivo de la contratación*, ó sea á la necesidad de un paralelo diferencial entre las legislaciones de los distintos tiempos y pueblos, con relación á la materia *entera* de los contratos.

El sentido es mucho más limitado, y su concepto se refiere tan sólo á determinar cuál es la *base*, bajo cuyo superior influjo se entienden formados, nacidos ó creados los contratos, según los diferentes criterios legislativos que se conocen.

Conviene, sin embargo, hacer todavía dos observaciones:

1.^a Que esta doctrina de los *sistemas de contratación*, así entendida, no porque se refiera á la *formación* de los contratos, es cosa igual al estudio más ó menos variado de sus *formas* ó elementos *formales*, ni, por consiguiente, aluda á la distinción de los contratos en *solemnes* y *no solemnes*. Antes, por el contrario, son ideas bien diversas: lo de la *forma*, que aquí se indica, es tan sólo aquella forma *tipo* dentro del sistema *común* á todos los contratos y, por tanto, superior y generatriz de ellos, á virtud de la cual solamente puede tener lugar su producción y aparición en el comercio jurídico; mientras que el ser un contrato más ó menos *solemne*, es independiente, posterior y aun secundario, respecto de aquella causa fundamental de su existencia, sin cuyo cumplimiento, ni ese contrato ni ninguno tienen el carácter de tales, conforme al sistema legislativo de contratación imperante.

2.^a Que tampoco es equivalente dicha doctrina de los sistemas de contratación, de las diferencias de *estados* en los contratos, que los hace *válidos firmes*, *válidos rescindibles* y *nulos*. Ciertamente tendrán esta última condición cuando inútilmente se hayan pretendido producir fuera del sistema, pero la nulidad no procederá siempre de esta característica, aunque sea la causa más frecuente, sino que cabe se origine

en otros motivos. Un contrato puede ser frecuentemente *válido* por la conformidad de su celebración con el sistema legislativo, bajo cuyo régimen se produzca, ó sea la *manera* con que se celebre, y ser, sin embargo, *nulo*, atendiendo á otros elementos de la relación, tales como que el objeto no sea lícito, ó las personas tengan prohibición general ó especial para celebrarle, como sucede, por ejemplo, con los Magistrados y Jueces y los clérigos para realizar contratos mercantiles, ó con el albacea para comprar las cosas del patrimonio del testador, en cuya representación las vende. Y nada hay que decir en cuanto á la rescisión, porque es mucho más evidente la diferencia entre lo que al sistema de contratación se refiere y lo que tiene que ver con las causas que hacen rescindibles los contratos, *de todo en todo* diversas y ajenas á los motivos de aquél, cualquiera que fuere el proclamado por la legislación en cada caso. No son, pues, cosas iguales la calidad de *válidos firmes*, *válidos rescindibles* y *nulos* de los contratos, que dice relación á la firmeza y subsistencia ó no de los mismos, ya supuesta siempre su celebración conforme al sistema adoptado, y el *modus faciendi* que este mismo sistema representa, en orden á la producción ó nacimiento de *todo contrato* dentro de una legislación determinada.

2. Á cuatro pueden reducirse los sistemas de contratación: *antiguo* ó *formalista*, *castellano* ó *espiritual*, *de la forma escrita* y *moderno*.

3. 1.^o *Sistema de contratación antiguo* ó *formalista*. En el orden histórico éste es el primero, y aunque esencialmente le caracteriza el *formalismo*, el *simbolismo* y la *ritualidad*, según la naturaleza y motivos de las formas que le constituyen, admite una subdivisión en dos especies.

4. Es la primera de ellas el que pudiéramos llamar sistema *religioso*, porque de predominante índole religiosa fué la constitución política, social y civil de los primitivos pueblos, y la contratación existió en ellos bajo la influencia de la sanción religiosa, produciéndose el contrato por religiosas ceremonias y solemnes fórmulas de esa índole. La fe de aquellos pueblos, fervorosos creyentes en sus respectivos dogmas, era el gran resorte de su vida, y el impulso y la garantía para todos los fines de la convivencia social.

Aparte este origen religioso, lo más apreciable para determinar la existencia del sistema de contratación imperante, era el carácter pronunciadamente formalista y litúrgico que la contratación revestía, porque además esto se acomodó mejor á la infancia de la vida, lo mismo de hombres que de pueblos, cuyos desarrollos con preferencia, sino siempre, por una natural tendencia de la edad primera, se representan con un simbolismo más ó menos apropiado y expresivo. Y no es que no latiera en el fondo del sistema la verdad de que la única fuente le-

gal de la contratación es la voluntad acorde, el consentimiento de las partes contratantes, sino que esta concordia de voluntades iba confundida con el acto externo y la forma sensible que le simboliza, sin cuyos signos externos, escrupulosamente observados, el contrato no existía, ó lo que es lo mismo, el propósito de celebrarlo no llegaba á producir el contrato, al faltar las precisas formalidades prescritas, ó sobrevenir cualquier defecto ó incorrección en la solemnidad preestablecida.

5. Es la segunda de estas variedades ó especies, dentro del común sistema antiguo y formalista, el que pudiéramos denominar *civil ó romano*, que tiene un primer período de crudeza formularia, y por sucesivos desarrollos é influencias racionales de época y de civilización va gradualmente entrando en otro posterior, que poco á poco modifica su carácter estricto originario y le infunde un espíritu más amplio y filosófico.

Todo el fondo del sistema romano era esencialmente *jurídico-positivo y civilísimo*. En este primer riguroso aspecto se conserva su sistema por una duración de tres siglos, y le sanciona en las Doce Tablas con aquel terminante precepto: «*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*» (1), prosiguiéndole después con la *stipulatio* y el *nomen transcriptitium*, y más tarde con el *instrumentum stipulationis*.

El desenvolvimiento gradual de las formas y especies de contratación en Roma, es la mejor expresión que puede ofrecerse de su sistema, así como de sus dos períodos *primitivo ó riguroso y modificado ó moderado*; con cuyo último carácter se facilitó el tránsito histórico al sistema meramente espiritual, fundado en el consentimiento, que más tarde penetró en las legislaciones cultas.

Las formas más antiguas y solemnes de la legislación romana son las que realizan las *conventiones legitimæ*, primero con el *nexus* y el *mancipium*, y después con la *dotis dictio*, la *literarum obligatio* y la *stipulatio*. Más adelante aparecen las *juris gentium conventiones*, basadas en el principio *re contrahitur obligatio*—de donde surgieron los contratos reales nominados y los contratos innominados—completándose luego con el otro principio, *solo consensu contrahitur obligatio*—que dió lugar á los contratos consensuales—produciéndose, por esta generación gradual, aquel considerable número de convenciones de primera categoría, cuyo nombre era *contractus*; la fuerza de obligar, la *causa civilis*, en sus variedades de formas solemnes, entrega de la cosa, letras quirografarias y consentimiento; y los efectos, una obli-

(1) 1. Tab. VI.—Bruns. *Fontes juris romani antiqui*, 5.^a edic., 1887.

gación sancionada por Derecho civil y asistida de una acción eficaz para apremiar á su cumplimiento.

Paralelamente con este desarrollo contractual, dotado de tanta eficacia por la sanción del *jus civile*, se encuentra en el movimiento jurídico legislativo de Roma una serie de convenciones, privadas de causa civil de obligar, que se llamaron *pactos*—*pacta* ó *pactiones*—ya fundados en la equidad del Derecho pretorio, ya en la jurisprudencia, ya en las Constituciones imperiales, que se califican, respectivamente, de *pacta prætoria*, *pacta adjecta*, *pacta legitima*, y que fueron perdiendo todo el valor usual en el comercio jurídico, por su propia influencia, á pesar de la regla *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (1).

Así, el reflejo de este sistema de contratación romana, es aquella otra distinción entre el *contractus bonæ fidei* y *contractus stricti juris*, que no es equivalente á la de *conventiones legitimæ* y *conventiones juris gentium*, fundándose solamente en la diferente naturaleza de la acción derivada de unos y otros contratos.

En el Derecho Justiniano, ya la misma *stipulatio* viene á convertirse en una especie de contrato escrito, á lo cual contribuyó la costumbre de reducirla á escritura; y por razones de facilidad probatoria, á la vez que por interés fiscal, es completa la sustitución, de la primitiva y verbal *stipulatio*, por la *cautio* ó el *instrumentum stipulationis*.

De todos modos, el sistema romano, ya riguroso ó primitivo, ya moderado ó posterior, ofrece la idea de una contratación esencialmente *formalista*, un sistema radicalmente civilísimo; cuyas conclusiones eran resultado, más que de motivos de razón, de una especie de dinámica, exclusivamente originada en la ley escrita, con la ineludible observancia de todas sus exigencias formales (2).

Es de advertir, no obstante, que el sistema formalista y simbólico, para todos los actos jurídicos, no fué exclusivo de Roma, se propagó á los pueblos bárbaros, y la vida jurídica de los germanos, contra lo que se ha creído ordinariamente, se vió muy influida por esta tendencia, que aparece vigorosa aun al correr los tiempos de la Edad Media (3).

(1) L. 7.^a § 4.^o, D. *De pactis*. Frag. de Ulpiano.

(2) V. Ortolán. *Generalización del Derecho romano*, págs. 116 y siguientes.

(3) Es por demás interesante, para comprobar lo que afirmamos en el texto, cómo se expresa un escritor del prestigio de Béliame en su *Filosofía del Derecho*, lib. IV, cap. VII, pág. 438: «Mais ce fut surtout au moyen âge que le système des symboles s'étendit à tous les actes juridiques. Transmission de la propriété, contrats, testaments, affranchissement des serfs, tout fut matérialisé. Le Germain barbare, plus à son aise sur le champ de bataille que dans le plaid où se rendait la justice, était mauvais appréciateur des faits psychologiques; l'écriture n'allait point à son humeur. Une poignée de main échangée, une

6. 2.º *Sistema de contratación castellano ó espiritual.*—Ya en tiempo de Justiniano, la distinción entre *pacto* y *contrato*, que es la radical manifestación del sistema formalista, había perdido mucha importancia, á pesar de los esfuerzos que en el siglo XII hizo la Escuela de los Jurisconsultos de Bolonia, con el renacimiento del Derecho romano, llevado por ella á la redacción de los Códigos de aquellos tiempos. En teoría, puede decirse que lo consiguió respecto de España, no sólo en Códigos de la trascendencia de las Siete Partidas, sino por la preponderancia científica que desde aquel tiempo, y muchos siglos después, logró adquirir en los estudios del Derecho romano, hasta el punto de obscurecer, y casi anular, el culto científico del Derecho nacional.

Pero no sucedió lo mismo en el terreno de los usos sociales de la práctica judicial, y del Derecho vigente en Castilla. Antes de ser, por lo menos demostrado en la esfera de los principios, y cierto, en la de los hechos (1), la autoridad legal de las Partidas, que aceptaron y reprodujeron el sistema de contratación romana, según el Derecho del tiempo de Justiniano, ya las sencillas costumbres de Castilla, que no se acomodaban bien con el carácter formalista de aquél, el buen sentido de los prácticos, influidos por corrientes más filosóficas, el espíritu de justicia del Derecho canónico, que consagró en su mayor latitud el principio moral y jurídico «*pacta sunt servanda*», atribuyendo igual fuerza obligatoria á los pactos que á los contratos, y, por último, la publicación del Ordenamiento de Alcalá de Henares en 1348, habían desterrado, por completo, de las costumbres, del criterio científico de la época y de la legislación vigente, aquel sistema romano, sustituyéndole por otro, de todo en todo contrario.

Es éste, el que proclamó la ley única del tít. 16 del referido Ordenamiento de Alcalá, trasladada á la 1.ª, tít. 1.º, lib. X de la Novísima Recopilación, que fué antes del Código, y aun es hoy, el capital fundamento del Derecho vigente en Castilla acerca de la contratación civil.

branche d'arbre livrée devant témoins, le convainquaient seules qu'un contrat était formé. Chez les Lombards, une flèche remise à l'esclave était le symbole de l'affranchissement; et c'est à peine si le maître croyait nécessaire de prononcer une parole pour exprimer sa volonté. Le roi Pépin veut-il faire une donation au monastère de Saint-Monou dans les Ardennes, il se dépouille de sa toge enrichie de pierreries et la dépose dans le trésor du convent en souvenir de sa libéralité. Pour le transport de la propriété on avait imaginé les symboles les plus variées et les plus bizarres, dans la tradition par le fétu, par le gazon, par le couteau, par le gant, par le missel et par d'autres objets, sur le sens desquels disputent les antiquaires. La veuve qui renonçait à la communauté devait déposer sa ceinture et ses clefs sur le cercueil de son mari, et cette coutume se conserva si longtemps, qu'à une époque voisine de nous, la renonciation devant notaire était jugée insuffisante si la femme ne prouvait pas qu'elle avait fait la descente.»

(1) V. Tom. I, 2.ª edic., *Códigos españoles*, Cap. XIV, págs. 298 á 302 de esta obra.

He aquí su interesante texto: «Paresciendo que se quiso un ome obligar á otro por promision, ó por algun contrato, ó en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos á quienes se obligó, é non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulacion, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho; ó que fue fecha á Escribano publico, ó á otra persona privada en nombre de otro entre absentes; ó que se obligó uno de dar, ó de facer alguna cosa á otro: mas que sea valedera la obligacion ó el contrato que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar á otro é facer contrato con él.»

El texto legal no puede ser más expresivo, su espíritu más amplio, su sentido más espiritual, y su contenido más innovador del antiguo régimen jurídico de Roma sobre la materia. Parece una enérgica protesta contra el exclusivo carácter formalista de la legislación romana, y una reacción violenta de las antiguas tendencias.

Puestos enfrente ambos sistemas, son la contradicción ó antítesis y la repulsa más terminantes y acabadas, el uno del otro. El romano todo lo hace depender de la forma, todo lo fía al elemento externo de la solemnidad y del rito preestablecidos, sin preocuparse del fondo, del elemento interno, de la causa espiritual, de la voluntad. Al sistema español de la ley del Ordenamiento, le sucede todo lo contrario: «Mas sea valedera la obligacion ó el contrato, en cualquier manera, dice aquel legislador, que *paresca* que alguno se quiso obligar á otro, é facer contrato con él.» Para este sistema, radicalmente espiritual, todo lo es la voluntad, el fondo, el elemento interno y subjetivo del querer de los contratantes; nada importa la forma para la eficacia de la obligación y del contrato, hasta el punto de que el contratante quedará obligado, *cualquiera* que sea la forma y manera empleadas, con tal que *parezca*, es decir, no sólo cuando llana y expresamente así resulte, sino cuando *pueda y deba deducirse*, con recta razón, que se quiso obligar á otro.

La preferencia de justicia entre ambos sistemas, recae indudablemente en favor del sistema castellano de la ley del Ordenamiento; porque nada hay más legítimo, con elemental criterio de justicia y de lógica considerado, nada más racional, moral ni justo, que fundar la obligación contractual en la única firmísima base de la voluntad del que se obliga, con pleno conocimiento de causa en el orden intelectual, con entera libertad de acción en el orden moral, y con perfecta capacidad civil en el orden jurídico: y, asimismo, nada hay más irracional, monstruoso é injusto que hacer prevalecer el formalismo y el símbolo, hasta sobre lo mismo que simboliza; declarar bastante las formas, en lo externo guardadas como ritualidad del contrato, aunque falte, ó

sea contraria, la verdadera voluntad de aquel á quien se hace imputable la observancia de las mismas, para declararle constituido en la situación de deber y en la calidad de obligado.

Sabido es que no á otra parte llevará la lógica del sistema formalista romano, que á consagrar, como indiscutible fundamento de aquella legislación contractual, la absurda inmoralidad é injusticia que representa el conocido postulado, «*voluntas etiam coacta, voluntas est*»; fuente copiosa de las obligaciones llamadas *meramente civiles*, á cuyas consecuencias inicuas tuvo que poner freno el Derecho equitativo de los pretores, con las saludables excepciones para resistir su cumplimiento, *quod vis, quod metus causa*, y otras semejantes.

Bien distinto es el juicio que merece el sistema de contratación civil castellano, para las *treinta y nueve* provincias á que se aplica el mal llamado *Derecho común*, si se le juzga *en sí mismo*, sin paralelo alguno con el de la ley romana, y, sobre todo, no ya en su aspecto teórico ó de principios, sino más bien bajo un punto de vista práctico y de aplicación.

En efecto: nada más fácil de concebir y justo de *declarar*, que de cualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar, quede obligado; pero nada, tampoco, más difícil de *probar* en muchísimas ocasiones y, por consiguiente, más expuesto á errores y deficiencias y, en su virtud, á injusticias.

Los motivos, pues, de censura del sistema se concretan á la *prueba*, que, como base de la obligación contractual, tiene que acreditar dos extremos á cual más fundamentales: la *intención* y el *hecho* de obligarse. Bien puede existir la una sin el otro, ó éste sin aquélla; y como tan sólo de la concurrencia de los dos surgen completas, dentro del sistema, la noción de la *obligación*, y con la voluntad acorde de varios, la del *contrato*, claro es que la prueba parcial de uno de esos dos elementos sería insuficiente para dar por cumplidos, en un caso cualquiera, los principios del sistema.

Y nada más fácil, por otra parte, que allí donde existió realmente intención de obligarse y la consiguiente manifestación de ella, es decir, *voluntad* y *hecho* declarativo de la misma, por aquello de que *verba volant*, por las circunstancias de aislamiento con que el hecho se verificara, muerte posterior de las personas que en él intervinieron, le presenciaron ó tenían de él noticia y otros accidentes mil, puesta en tela de juicio la verdad de la obligación y del contrato, no puedan éstos acreditarse, por hacerse imposible para el acreedor la prueba del *hecho*. Aun probado éste, ¿cuándo *parecerá* que el que hizo la manifestación ó declaración de obligarse, lo quiso en efecto?

Una misma manifestación, bien apreciadas las circunstancias y tér-

minos en que tiene lugar, apreciación que no puede hacerse siempre bien y con perfecta seguridad *a posteriori*, puede ser expresión de una formal, seria y deliberada voluntad de contraer obligaciones, ó simplemente una broma, un pasatiempo, una declaración de accidentes exteriores que presenten cierta apariencia de verdad en el compromiso de deber que parece se contrae y, sin embargo, no ser ésta la verdadera intención y voluntad del que se supuso obligado. Esta hipótesis no será frecuente, pero es muy posible; y el sistema que examinamos, por lo menos, la autoriza, y deja expuesta la contratación á los riesgos de una cuestión judicial sobre tales extremos. El sistema, por tanto, no lleva *en sí mismo* los necesarios medios de fácil, simultánea y segura justificación de sus creaciones y aplicaciones dentro del comercio jurídico. Se nos dirá que ésta es una cuestión, hasta cierto punto, independiente de los principios del sistema, establecidos y definidos en justicia por el Derecho sustantivo y determinador y que al llamado adjetivo ó sancionador toca salvar esas dificultades por los medios probatorios y procesales, en su caso; pero esto deja en pie todas las dificultades y todos los peligros de dicho sistema, que es justísimo en sus bases, pero evidentemente incompleto y descuidado en sus aplicaciones.

Además, aparte de la confesión del contratante obligado, ó del reconocimiento y cumplimiento voluntario del contrato por parte del deudor, que no es el caso de la necesidad de la sanción y asistencia del Derecho y, por tanto, nada prueba en favor del sistema, ¿qué clase de medios probatorios son los que su justificación ulterior hace posible utilizar, como si no fuera bastante para su censura esta inseguridad que aleja toda idea de certeza y confianza, tan indispensables en las transacciones jurídicas, de que lo convenido se habrá de cumplir y de que el acreedor podrá seguramente disponer de los *medios* de desarrollo, que para él representa la obligación contraída por el deudor? Bien se ve que sólo cabe el uso de la prueba testifical; que sobre no ser siempre posible, por las circunstancias particulares del caso, es una prueba que inspira fundados recelos, que ha perdido todo su moral prestigio ante los Tribunales, y que además de los peligros de la fidedignidad de la memoria del testigo, de la más ó menos feliz forma de expresión, tiene, para convertirse en verdad judicial, el grave inconveniente de pasar por el tamiz de la apreciación de los Tribunales, según el valor *subjetivo* que los mismos—hombres, al fin, y falibles, como tales—crean justo hacer, sin otra medida que la teórica de aplicar las reglas de la sana crítica. ¿Como si fuera poco lamentable hacer del litigio medio *único* y *necesario* de poner en claro la existencia—no el contenido é interpretación—de cada contrato, desconocido ó negado por alguno de los contratantes!

7. 3.º *Sistema de contratación de la forma escrita.*—La evidente verdad de las precedentes consideraciones, produjo en este punto una enérgica reacción, representada en nuestro Derecho por el Código de Comercio de 1829.

Después de enumerar el art. 235 del mismo los diversos medios de celebrar sus contratos los comerciantes, todos ellos variedades de una misma forma, que es la escrita, el 236 salva la excepción de aquellos contratos que exijan por el Código formas y solemnidades particulares, las cuales deberán observarse, so pena de nulidad; el 237 permite, también por excepción, que puedan celebrarse verbalmente contratos eficaces, cuando el interés del contrato no exceda de mil reales, ó en ferias y mercados de tres mil; y el 238 consagra el sistema de la *forma escrita*, en todo su rigor, con el siguiente categórico texto: «Los contratos por mayor cantidad que las que van designadas en el artículo precedente, se reducirán *necesariamente* á escritura pública ó privada, *sin lo cual no tendrán fuerza obligatoria civil.*»

Para este sistema, pues, la *voluntad* es también la *causa* del contrato y, por consiguiente, de la obligación, pero siempre que esta voluntad conste en *forma escrita*.

La crítica del mismo tiene que reconocer las bondades de origen ó de principios que en el anterior, y salvados todos los inconvenientes de la inseguridad en la prueba de la existencia de los contratos, á que la latitud de aquél dará frecuente ocasión; pero, en cambio, éste ofrece cierto rigorismo y estrechez que fueron demasiado lejos, dificultando algo la libertad de la contratación, aparte de la radical antítesis que entre la contratación *civil* y la *mercantil* se establece, cuando son al fin manifestaciones ambas del *Derecho privado* de un mismo pueblo.

Al sistema exageradamente espiritualista del Ordenamiento, en que fundó la contratación civil, se opuso, para la mercantil, el no menos exagerado de la precisa forma escrita, como *única* eficaz de contratar y obligarse.

4.º *Sistema de contratación moderno.*—Se dió lugar con todo esto á que apareciera nuestro Derecho, y proyectos de su reforma, un cuarto sistema, que, aunque de base pronunciadamente espiritualista, y en esto consustancial del sancionado por la ley del Ordenamiento, muestra una especie de tendencia *ecléctica* ó *intermedia*, más ó menos acentuada, hacia las excelencias de la forma escrita, y aun de otras solemnidades, en gran número de casos.

El Código de Comercio de 1885, vigente desde 1.º de Enero de 1886, expresa su sistema de contratación en los arts. 51 y 52. Dice el primero de ellos: «Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, *cualesquiera que sean la forma y*

el idioma en que se celebren, la clase á que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el DERECHO CIVIL tenga establecidos. Sin embargo, la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, *á no concurrir con alguna otra prueba.*»

«La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reunan las condiciones ó signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubieren pactado.»

Y añade el art. 52: «Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

»1.º Los contratos que, con arreglo á este Código ó á las leyes especiales, deban reducirse á escritura ó requieran formas ó solemnidades necesarias para su eficacia.

»2.º Los contratos celebrados en país extranjero, en que la ley exija escrituras, formas ó solemnidades determinadas, para su validez, aunque no las exija la ley española.

»En uno y en otro caso, los contratos que no lleven las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio.»

La simple lectura de los preinsertos artículos del Código mercantil vigente, pone de relieve que el sistema de contratación, por él aceptado, no es el riguroso de la *exclusiva forma escrita* que estableció el Código de Comercio de 1829, ni tampoco el del Ordenamiento en toda su latitud extraordinaria, y que por él no se anticipan reglas ni medios para la justificación de *existencia* de los contratos, ni menos aún se fijan categorías y alcance relativo á la cuantía del contrato, en cuanto á esos *medios*.

Igual tendencia ecléctica é intermedia, aunque con diferencia de accidentes en la reglamentación, presenta el proyecto de Código civil español de 1851.

Según su art. 1.001, «cuando la ley exige expresamente una forma determinada para cierta especie de obligaciones, no serán éstas válidas, si se otorgaren en una forma diferente.» «Toda obligación—añade el 1.002—que tenga por objeto una cosa ó cantidad de valor de cien ó más duros, debe redactarse por escrito, y únicamente podrá probarse por otros medios en algunos supuestos (1).

(1) Que son los que menciona el cap. VII del mismo tit. 5.º, lib. III, que trata de la prueba de las obligaciones.

»Esta disposición es aplicable á cualquier acto por el que se otorgue la liberación ó descargo de una obligación de la misma cuantía.

»Exceptúanse de lo dispuesto en este artículo las obligaciones consumadas por ambos contrayentes en el acto de contraerlas.»

Por último, el art. 1.003 previene que se debe otorgar escritura pública en ciertos casos (1).

§ 2.º

Jurisprudencia anterior al Código civil.

8. SISTEMAS DE CONTRATACIÓN.—La ley 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Novísima Recopilación, se refiere á las formas y circunstancias externas de los pactos, como derogatoria de las prescripciones contenidas en el segundo extremo de la ley 1.ª, tít. 11, Part. V, cuya primera parte es la que consagra directamente la fuerza de las convenciones y la que debería citarse cuando se trata de la fuerza de los contratos, en vez de la del Ordenamiento de Alcalá (2).

La ley 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Nov. Rec., presuponiendo la fuerza de los contratos, no hace más que suprimir las solemnidades preconstituidas de la estipulación (3).

La ley 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Nov. Rec., prescindiendo de fórmulas y solemnidades externas, y atendiendo sólo á la voluntad de los que contraen, sanciona el principio general de que de cualquier manera que aparezca que uno quiso obligarse, quede obligado (4).

Es circunstancia accidental y no afecta á la esencia y verdad de una obligación, el que la escritura en que se consigna no se haya extendido en el papel

(1) Son éstos los siguientes: los contratos translativos de inmuebles, ó por los que se imponga obligación ó gravamen sobre los mismos; las particiones de herencias cuyo valor pase de 500 duros, ó las en que haya bienes inmuebles, aunque su importe sea inferior á dicho tipo; el contrato de sociedad ó su prórroga, si fuese universal, ó siendo particular su valor llegase á 100 duros, ó fueren inmuebles algunos de los bienes aportados; los arrendamientos de inmuebles por seis ó más años; las capitulaciones matrimoniales, la constitución y aumento de la dote y la carta de pago dotal, siempre que la cuantía de cualquiera de estos actos exceda de 200 duros; las donaciones; los censos y la constitución de renta vitalicia; la cesión, repudiación y renuncia de derechos hereditarios ó de la sociedad conyugal; el poder para contraer matrimonio; el general para pleitos; los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquiera otro que tenga por objeto un acto redactado ó que debe redactarse en escritura pública ó en que tenga interés un tercero; las transacciones sobre la cuantía de 100 ó más duros ó sobre inmuebles; la cesión de acciones sobre hechos procedentes de un acto consignado en escritura pública; todos y cualesquiera otros actos que sean accesorios, explicatorios, derogatorios ó modificativos de contratos redactados en escritura pública; y los pagos de la obligación consignada en escritura pública, á excepción de los parciales, y de todos los relativos á intereses, alquiler, renta, canon y otras anualidades.

(2) Sents. 30 Junio 1883; 19 Mayo 1884.

(3) Sent. 4 Junio 1884.

(4) Sent. 18 Diciembre 1860.

correspondiente, cuyo reintegro se verificó después, y no es, por lo tanto, motivo de casación (1).

La ley 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Nov. Rec. tiene por único objeto la validez de las obligaciones, y no su extensión é interpretación (2).

La ley 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Nov. Rec., al ampliar las maneras de obligarse que entonces existían, nada dispuso que pueda servir de regla para fijar dentro de cada obligación, reconocida como válida, la inteligencia y extensión que haya de dársele, pues esto se rige por la ley del mismo contrato (3).

La ley 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Nov. Rec. establece el modo de contraer las obligaciones, pero nada determina sobre sus efectos y extensión (4).

La invocación de la ley 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Nov. Rec. no es oportuna, cuando no se niega por ninguno de los contendientes la obligación contraída, y gira el debate únicamente sobre su extensión (5).

Según la jurisprudencia constante del Supremo Tribunal, la ley 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Nov. Rec. supone siempre la existencia de una obligación probada de una manera legal y fehaciente, puesto que su objeto no es tasar la prueba de las obligaciones, sino restringir las solemnidades ó formas externas para su constitución. (6).

No puede apreciarse la infracción alegada de la ley del contrato cuando se hace con generalidad y sin precisar la ley ó doctrina relativa al cumplimiento de la obligación contraída que se haya infringido (7).

Cuando en una ley ó Código especial se establecen ó exigen ciertas formalidades, para que sean eficaces los actos ó contratos que se hallan sujetos á sus disposiciones, por la aplicación de éstas en las sentencias que se pronuncien en los pleitos sobre tales actos ó contratos, no se infringe la ley 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Nov. Rec., que derogó las formas y solemnidades externas de las obligaciones y contratos que se rigen por el Derecho civil común (8).

No infringe la ley 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Nov. Rec. la sentencia que manda cumplir las obligaciones y contratos en la manera en que se hicieren, sin que en nada pueda tergiversarse su contexto ni restringirse los efectos, que de ellos naturalmente se deriven (9).

El principio general consignado en la ley 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Novísima recopilación está subordinado á las condiciones y circunstancias de cada contrato y á la prueba de su existencia, que es indispensable para fundar en su infracción un recurso de casación (10).

(1) Sent. 8 Enero 1861.

(2) Sent. 19 Enero 1866.

(3) Sents. 11 Mayo 1861; 17 Septiembre y 16 Octubre 1866; 1.º Julio y 13 Octubre 1880.

(4) Sent. 8 Junio 1866.

(5) Sent. 12 Mayo 1860.

(6) Sent. 29 Octubre 1872.

(7) Sent. 13 Febrero 1867.

(8) Sent. 8 Abril 1874.

(9) Sents. 15 Octubre 1859; 24 Enero y 27 Octubre 1868; 12 Julio 1869.

(10) Sents. 5 y 28 Diciembre 1860; 13 Diciembre 1862; 21 Junio 1864; 7 y 20 Octubre, 9 Noviembre y 22 y 30 Diciembre 1865; 6 y 20 Marzo 1866; 18 Marzo, 24 Abril y 7 Mayo 1867; 6 Octubre 1868; 14 Diciembre 1883.