

la intervención de otra lícita y verdadera, si el contrato ha de subsistir.

4.º Cuando el contrato se haya de cumplir entre el deudor y los herederos del acreedor, aquél no podrá exigir á éstos, por falta de expresión de la causa en el contrato unilateral escrito, como podía hacerlo á su causante, manifieste cuál es la causa del contrato y quedará dicho deudor irrevocablemente obligado á su cumplimiento, si no prueba la inexistencia de toda causa eficaz (1).

g. Ya hemos dicho que la intervención de *causa* en los contratos es necesaria, y que sin ello son nulos; sólo se concibe que un hombre perturbado en su razón pueda contratar sin causa. Pero es de observar, para no confundir los supuestos, que en los contratos en los que las obligaciones de las partes son recíprocas y de carácter sucesivo, más ó menos periódico, cuando una de ellas deja de cumplir su obligación, releva de la recíproca á la otra, produciendo el efecto de *dejar sin causa* el contrato y haciéndolo imposible, por consiguiente, como en el caso antes citado de arrendamiento, en el cual sobrevenga durante la existencia del contrato la destrucción de la cosa arrendada.

h. Por la misma razón de la necesidad de la intervención de *causa* en el contrato, es preciso que ésta sea *verdadera* y no supuesta, aparente ó figurada. Que la *falsedad* de la *causa* vicia el consentimiento y anula el contrato, es, no sólo doctrina indudable de Derecho científico, sino también de antiguo Derecho de Castilla, que en multitud de leyes (2) así lo declararon. Aunque se haya tratado de garantizar el contrato con juramento ó pena, para que hubiesen sido cumplidas las obligaciones producto de contrato sin causa, podrá recobrase lo que por cumplimiento de las mismas se hubiese entregado; sucediendo lo propio cuando la causa se anula por Derecho ó haya sobrevenido su desaparición, á no ser que la causa fuera de carácter *sucesivo*, como tenemos dicho en el ejemplo del arrendamiento, si después de perfecto y consumado el contrato y estando produciendo todos sus efectos, perece la cosa arrendada; caso en el cual sería evidente injusticia exigir del arrendador la devolución de las rentas pagadas por el arrendatario, mientras subsistió el contrato y disfrutó aquél la cosa arrendada. La repetición, á que se refieren las doctrinas anteriores, comprende también la de los recibos ó prendas que se hayan entregado bajo la esperanza de un préstamo, que no se llegó á realizar. Si la falta de la causa que sobreviene es sólo *parcial* ó con respecto á una parte de lo

(1) En el contrato mercantil de cambio, para la letra que le realiza se necesita la expresión de la *causa* con las frases «valor en cuenta, valor recibido», etc.

(2) Citadas en la nota 3, núm. 12, Cap. XIX, Tom. II.

entregado, á esa sola parte se limitará la repetición de lo que se pagó (1).

i. Igualmente la *causa* ha de ser *lícita* ó lo que es lo mismo, no ser contraria á la ley y á la moral, que es la distinción que los escritores hacen con este motivo entre causa *injusta* y causa *torpe*. Otros escritores, y aun legislaciones (2) emplean la dición de que no sea prohibida por la ley, ó contraria á las buenas costumbres ó al orden público. La idea es la misma; ¿qué otra cosa son las buenas costumbres que la expresión de la moral observada en su conducta por la generalidad de las gentes, no como una moral *colectiva*, que no existe diferente de la individual, sino como distintas moralidades individuales, en lo que tienen de común? ¿Ni en qué aspecto de un contrato puede atacarse al orden público, que no se cometa infracción de la ley?

Por lo demás, la causa que no es lícita es como si no existiera para el Derecho y degenera, por tanto, en inexistente y no verdadera ó falsa para el mismo, produciendo el consiguiente resultado de viciar el consentimiento y anular el contrato, así como dando lugar á la repetición de lo entregado ó pagado, cuando la torpeza ó injusticia de la causa estuviese tan sólo de parte del que recibió aquellos pagos ó entregas; pero no procederá la repetición si la torpeza fuese común á ambas partes.

Son pactos reprobados y obligaciones prohibidas, por derivarse de causa ilícita, mencionados por las leyes de Castilla anteriores al Código civil, y aparte de los que la malicia humana puede inventar, los siguientes:

1.º El general que hemos indicado de ser contra ley ó moral, aunque se haya puesto pena ó juramento, para garantizar su observancia (3).

2.º La remisión del dolo futuro, aunque sí vale la del dolo pasado (4).

3.º La aprobación de cuentas, y pacto de no pedir más en razón de ellas, que tampoco valen en cuanto al engaño ú ocultación hecha por el que la rinda, si no se le han remitido expresamente; pero sí en cuanto á las otras cosas en que no los hubo (5).

(1) Toda esta doctrina es romana, fundada principalmente en los aforismos de «*causa data causa non secuta*» y de «*conditio sine causa*» que, con el Derecho científico, es necesario considerar supletoria de la constituida por las disposiciones especiales del Derecho de Castilla.

(2) Código de Napoleón, art. 1.133.

(3) L. 28, tit. 11, Part. V.

(4) L. 29, ídem id.

(5) L. 30, tit. 11, Part. V.

4.º El pacto de *cuota litis* entre el Abogado y su cliente, para que éste dé á aquél una parte determinada de la cosa litigiosa (1).

5.º Los pactos entre las mismas personas, ya para que el cliente dé al Abogado cantidad ó cosa, en el supuesto de ganarse el pleito, ya el de asegurar la victoria en el mismo por cierto premio; ya, finalmente, el de que los Abogados y los Procuradores acepten el seguir á sus propias expensas los pleitos, mediante una cantidad alzada (2).

6.º La renuncia de la prescripción trienal de los honorarios de los Abogados (3).

7.º El pacto entre dos para heredar el sobreviviente al premoriente, á no ser entre militares dispuestos á entrar en batalla ó amenazados de otro peligro análogo, cuyo pacto será válido aunque salgan ilesos de aquellos riesgos, siempre que alguno de ellos no le revoque posteriormente (4).

8.º El pacto hecho por los que se creen objeto de alguna manda ó institución en un testamento, antes de llegar el caso de su aplicación, sobre las mismas cosas ordenadas en su favor (5).

Se exceptúa el pacto sucesorio á que da lugar el caso de sociedad universal, en el cual se comprenden como bienes futuros que quedan sometidos á las resultas de dicho contrato hasta los que pueden adquirirse procedentes de herencia de personas que no se determinen (6), y cuya muerte aún no se haya verificado ni se sepa, por consiguiente, cuándo se abrirá su sucesión, siendo válidos también hasta los pactos sucesorios entre los socios que comprendan este caso de sociedad universal, aunque se refiera á la sucesión de persona determinada, siempre que ésta consienta y no retire su consentimiento antes de su muerte (7).

El criterio en Derecho español, respecto de los pactos sucesorios está inspirado en la influencia de la tradición romana y es principalmente

(1) L. 14, tit. 6.º, Part. III.

(2) L. 22, tit. 22, lib. v, Nov. Rec.

(3) L. 9.ª, tit. 11, lib. x, Nov. Rec.

(4) L. 33, tit. 11, Part. VI.

(5) L. 1.ª, tit. 2.º, Part. VI.

(6) «... diciendo que todas las ganancias que les viniessen de cualquier parte, por heredamiento que atendiessen heredar, non nombrando de quién.... estonce valdría el pleyto é auría cada vno su parte de tal ganancia».—L. 9.ª, tit. 10, Part. V.

(7) «Firmando ó faziendo alguno compañía, so tal pleyto que los bienes que entendieren heredar de algund ome, que nombrassen señaladamente, que fuessen comunales entre ellos, onde quier que los dassen, por ser establecidos por erederos ó de otra guisa, dezimos que tal pleyto non vale, pues que señalan la persona de aquél cuyos son los bienes. Fuera ende, si fuesse fecho con su plazer, de que durasse en esta voluntad fasta su fin: porque podría acaescer que alguno dellos se trabajarian de muerte deste atal por cobdicia de partir los bienes suyos entre sí. E por ende pleyto de que podrá naser tan grand mal como éste, defendemos que non vala.»—L. 9.ª, tit. 10, Part. V.

prohibitivo, existiendo, sin embargo, excepciones tan importantes como las indicadas.

Responde esta doctrina prohibitiva de los pactos sucesorios, ó más bien de la aplicación de la forma contractual á las sucesiones hereditarias, á una preocupación que, originada en el Derecho romano, se ha conservado á través de los siglos y ha tomado aún mayores proporciones que las de origen en alguna legislación moderna, como sucede en el Código civil de Italia.

La legislación italiana de una parte, y la prusiana y aun la sajona de otra, constituyen los dos sistemas legislativos más radicalmente contrarios en este punto.

Absolutamente prohibitivo de todo lo que pueda parecer pacto sucesorio, el italiano; permisivo y amplísimo, hasta el mayor grado de libertad, respecto de la sucesión contractual, contrato sucesorio, contrato de heredero—*Erbverträge*—el prusiano (1).

El Código civil de Italia (2) proscribde de un modo absoluto la aplicación del contrato á la sucesión futura, lo mismo á las instituciones directas de heredero ó legatario, que á cualquier pacto que tenga por objeto toda, parte, ó alguna cosa de la herencia de una persona viva, intervenga ésta ó no en el contrato y tome éste cualquier forma ó accidente que sea, estableciendo el principio absoluto de que «la sucesión se defiere sólo por ley ó por testamento» (3).

La legislación germánica, contrariando la preocupación sufrida por los pueblos de la raza latina, á virtud de la influencia del Derecho romano, ha proclamado el *contrato sucesorio* igualmente válido que cualquier otro, siendo de notar, como afirma el sabio Profesor de la Universidad de Roma (4), que esta forma contractual, aplicada á la sucesión, tuvo eficacia anterior á la misma introducción del uso de los testamentos.

Según el Código civil de Prusia, todo el que tenga capacidad civil para testar puede transmitir á otro, mediante contrato, ó pueden dos transmitirse recíprocamente, por un acto entre vivos, sus derechos de futura sucesión; y todas las cosas, todos los derechos de que se puede disponer por acto de última voluntad, se pueden también transmitir por el contrato sucesorio. Su forma es la misma que la del testamento común, y tiene este vínculo contractual la particularidad de que no

(1) Según el Sajón, cabe aplicar la forma contractual con toda libertad, sin limitar sus aplicaciones, ni por razón de institución de heredero, ni por legado, ni para asegurar bienes ni derechos en expectativa.—*Auwartschaft*.

(2) Arts. 954, 1.118, 1.380 y 1.460.

(3) Art. 720 Cód. civ. italiano.

(4) Enrico Cimballi, *La nuova fase del Diritto civile*, pág. 301, núm. 206.

priva al que hizo objeto su sucesión futura de un contrato de esta clase del derecho de disponer de sus bienes por cualquier otro acto *inter vivos*, pero sí de otorgar después última voluntad opuesta al contenido del contrato sucesorio, permitiéndosele, sin embargo, hacer legados hasta la vigésima parte del patrimonio, á no ser que en el contrato hubiera renunciado expresamente á tal facultad. Cuando el contrato no comprenda todos los bienes de la sucesión, puede compatiblemente deferirse el resto por testamento ó abintestato. El contrato sucesorio no se puede revocar por voluntad de una sola parte, sino por mutuo disenso, como los demás contratos *inter vivos*, salvo el caso de haberse reservado alguna de las partes la facultad de revocarle á su arbitrio; pero entonces se considera como testamento y se gobierna por sus reglas. Por el contrato sucesorio puede renunciarse válidamente, lo mismo la sucesión testamentaria que la intestada, si bien los contratos en que se renuncie á una sucesión futura ó se practique previamente una liquidación de la misma son únicamente válidos respecto de los herederos legítimos.

De todo esto resulta que, según el Código prusiano, la sucesión hereditaria se defiere por *testamento*, por *ley* y por *contrato*.

La novedad de este sistema, por lo completo y por lo radicalmente contrario á la tradición y sentido de las legislaciones de origen latino, nos ha impulsado á exponer sus principales doctrinas. Por lo demás, á pesar de ofrecer las leyes romanas el origen del sistema italiano é inspirarse igualmente en el sentido prohibitivo de los actos sucesorios, siendo entre las antiguas la romana el ejemplo, como puede serlo entre las modernas la francesa, que profesa igual criterio, es lo cierto que ninguna de ellas se extrema tanto como la italiana en el sentido de la prohibición de todo pacto sucesorio.

Antes bien, las leyes romanas registran excepciones tales, como la división anticipada de sus bienes que en vida hacía el padre entre sus hijos y descendientes, la sociedad universal, el pacto recíproco de sucesión entre los militares y hasta el pacto de sucesión de una tercera persona, siempre que ésta prestara su consentimiento y no le revocara antes de su muerte, que es el criterio adoptado por las leyes de Castilla, según dejamos antes consignado. La mayor dificultad consistía en precisar la naturaleza ambigua de la donación *mortis causa*, y Justiniano la resolvió considerándola principalmente un legado y facultando al que legaba para la revocación, por su sola voluntad, á virtud del *jus pœnitendi*.

En la legislación francesa es mucho más expansivo, respecto de este punto, su Derecho consuetudinario, que su Derecho escrito; acentuándose considerablemente el criterio de prohibición en el Código Napo-

leónico. No obstante su art. 893, que es la expresión del sistema, al decir, «nadie podrá disponer de sus bienes á título gratuito, mas que por donación entre vivos ó por testamento», aspira á representar un temperamento intermedio, entre la mayor prohibición del Derecho francés escrito y el consuetudinario, con inclinaciones más pronunciadas al primero, que algunas veces superan al estrecho sentido del Derecho romano. Es verdad que admite toda clase de excepciones, cuando las donaciones *mortis causa* se aplican en beneficio del matrimonio ó sus consecuencias (1), y que aun fuera de esa aplicación, todavía admite la validez de la división contractual de los bienes, hecha en vida por un ascendiente para su sucesión hereditaria por los descendientes (2), y el contrato señalando el padre á la madre, durante su vida, la mitad de lo que por herencia hubiera de pertenecer al hijo natural, á cambio de que éste renuncie á toda reclamación del resto de la otra mitad, después de la muerte de aquéllos (3); pero también lo es que, por los demás priva expresa y terminantemente de toda eficacia á cualquier pacto de sucesión futura (4).

El interés que nos inspiró la lectura de ese ilustrado escritor italiano (5) y el mismo del asunto, como tesis jurídica y problema de Derecho constituyente en España, nos han hecho, sin duda, traspasar los límites de nuestro propósito y los de la índole de este libro, y nos obligan aún á no cerrar este inciso, sino después de formular á propósito de él algunas últimas consideraciones.

Contra los pactos sucesorios, en todas sus formas y variedades, se ha declamado mucho por la fuerza de una tradición que empezó tal vez por una especie de sentimentalismo jurídico, y continúa siendo una preocupación muy arraigada. Cuando se fué haciendo viejo el argumento de que el pacto sucesorio llevaba implícito el *rotum captandæ mortis*, el deseo de la muerte, y quizá latente la amenaza contra la vida de aquél á cuya sucesión hereditaria se refiere el pacto, fueron aducidos (6) los de que la sucesión contractual hace de condición incierta la propiedad, merma el crédito de la inmueble y altera gravemente la economía del sistema hipotecario, á la vez que da lugar á que se pueda disponer, por aquél en cuyo favor el pacto se otorga, de

(1) Arts. 1.082 á 1.086 y 1.091 á 1.096 del Cód. civ. francés.

(2) Art. 1.075 Cód. civ. francés.

(3) Art. 771 Cód. civ. francés.

(4) «No se podrá renunciar á una sucesión no abierta, y hacer ninguna estipulación sobre ella, ni aun con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trate».—Art. 1.130 Código civ. francés.

(5) Cimbali, *ob. cit.*, págs. 287 á 311.

(6) Por Pisanelli y Vacca, con motivo de la formación del Cód. civ. de Italia; y Bigot-Prámeney, Jaubert, etc., con relación al Cód. francés.

bienes y derechos que no han entrado todavía á formar parte de su patrimonio, y á desposeer á la persona sucedida del derecho inalienable de disponer por testamento de sus bienes y herencia, atentando con ello á su individual libertad.

Con relación al supuesto *totum captanda mortis*, ni tal pesimismo moral puede inspirar la crítica de un sistema, ni por prohibir los pactos sucesorios dejaría de ser aquél presumible, mientras existan las sucesiones forzosas para los herederos legítimos, y más las abintestato, en general. Por igual motivo debían borrarse de las leyes aquellas otras instituciones contractuales á las que sirve de base también el supuesto y el cálculo de la muerte de una persona, como ocurre con los contratos de renta vitalicia y de seguros sobre la vida, y entre los derechos reales, con el mismo usufructo.

Decir que los pactos sucesorios hacen de condición incierta la propiedad, merman el crédito de la inmueble y perjudican al sistema hipotecario, además de olvidar que igual argumento puede aducirse respecto de los dos contratos que acabamos de indicar y contra cualquier acto jurídico, relativo á la propiedad inmueble, sujeto á las vicisitudes de la influencia de un plazo ó de una condición, es confundir las cosas, olvidando la diferencia que existe entre la propiedad misma, á cuyo derecho de disposición, por acto entre vivos de su dueño, no afecta el pacto sucesorio, con la simple expectativa de adquirir, que produce. ¡Como si la esperanza no fuera, en muy correcta doctrina jurídica, objeto posible y lícito de los contratos! Con notable oportunidad cita el enunciado Cimbali el ejemplo de Prusia, donde, consagrado sin limitación el pacto sucesorio, es, sin embargo, el país en el que mayores prestigios ha conquistado el crédito de la propiedad inmueble y mayores garantías presta su sistema hipotecario, el mejor de los conocidos.

Suponer que el pacto sucesorio autoriza para disponer de bienes y derechos que no han ingresado aún, y hasta que pueden no ingresar en el patrimonio de aquél en cuyo beneficio se otorgó el pacto, y que entraña asimismo la renuncia en el otorgante de un derecho inalienable de su libertad para ordenar la sucesión de su herencia en su testamento, es volver á incurrir en el error de confundir el objeto de la sucesión contractual, que es una esperanza y nada más, que da á aquél marcado carácter aleatorio, con los mismos bienes y derechos á los que en definitiva, *cumplido su supuesto*, puede referirse; y es, además, calificado como absurdo, con justicia por Cimbali, en cuanto que, confundiendo los términos, se olvida de que tales pactos no privan al que los otorga de disponer de sus bienes por acto entre vivos, y que cualquiera limitación que impongan, lejos de ser contra la libertad indivi-

dual de su otorgante, son la consagración de esa misma libertad, el resultado legítimo de su ejercicio, puesto que libremente los otorgó, como libremente pudo dejar de celebrarlos.

La justicia, pues, conforme al Derecho natural, de los pactos sucesorios es evidente. Su único peligro consiste en que por su índole aleatoria y el cálculo de esperanza en que se fundan, y hasta su probable aplicación en favor de gentes más jóvenes que los otorgantes á cuya sucesión se refieran, se prestan á ser objeto de cesiones lesivas, pacto de usureros arriesgados y calculadores, é innegables motivos de indirecta perturbación y alarma alguna vez en el seno de las familias; pero todo esto marca el abuso de esos medios jurídicos por los peligros de su aplicación, pero no su injusticia, y asimismo la necesidad de rodear los pactos sucesorios de mayores precauciones y garantías en su reglamentación por las leyes positivas.

Como no somos partidarios del recurso rescisorio de lesión, no le convertimos en remedio de gran parte de estos males, como lo hace el brillante Profesor italiano, ni por el tipo de la mitad, si el pacto sucesorio se consumara y la posterior cesión de su esperanza llegara á ser un hecho para el tercer adquirente, con deducción de los intereses de la suma pagada por aquélla, ni por otro tipo alguno; ya que en este problema la cuestión de cantidad es muy secundaria, si no indiferente. Más esencial es el principio, *res inter alios acta tertio nec nocet, nec prodest*, según el cual, en nada estorba ni limita la disposición de sus bienes por acto *inter vivos* al otorgante de pacto sucesorio sobre su herencia futura, la enajenación que de su expectativa ó esperanza puede hacer aquél en cuyo favor se otorgó, respecto de un tercero.

9.º El pacto de devolver el dendor al acreedor, fuera de los casos y motivos justos según el Derecho, mayor cantidad que la recibida por aquél de éste, pero sí será válido el pacto de restituir menos (1).

10.º El pacto *comisorio*, que se estudia en el contrato de prenda (2).

11.º Los préstamos en mercaderías (3).

12.º Los pactos simulados, por ejemplo, el de suponer vendida la finca, que en realidad se da en prenda al prestamista para que perciba sus frutos y no le sean demandados por usura (4).

13.º La obligación de pagar lo perdido en el juego, en los términos que decimos en su lugar (5).

(1) LL. 31, tít. 11, Part. VI, y 21, tít. 1.º, lib. x Nov. Rec.

(2) LL. 41, tít. 5.º, y 12, tít. 13, Part. V. Del pacto *antierético*, en relación con la ley de 14 de Marzo de 1856, hablamos en el contrato de *mutuo*.

(3) L. 24, tít. 1.º, lib. x Nov. Rec.

(4) L. 40, tít. 11, Part. VI.

(5) L. 15, tít. 23, lib. XII Nov. Rec., cuyo estudio de las doctrinas concordantes lo hacemos en el contrato aleatorio de *juego*.

14.º Los pactos que resultan ú obligaciones que se pretenden crear por las cantidades entregadas al fiado á los hijos constituidos en poder de los padres sin la venia de éstos, fuera de ciertos especialísimos casos; y á los menores, sin licencia de sus guardadores, en análogos términos; así como á los mayores de edad, haciendo depender el pago del hecho y tiempo en que se casaren, heredasen, sucedieren en algún mayorazgo, ó cuando mejorasen de renta ó caudal, extendiéndose la ineficacia de las obligaciones nacidas de estos pactos á la de las que produciría la fianza otorgada para garantizarlos (1).

15.º Los pactos comprensivos de renunciaciones de ciertos privilegios otorgados por varias de nuestras leyes (2) á los labradores en aquellos extremos en que continúan vigentes, por ejemplo, en la excepción de ejecución y embargo de los instrumentos y bestias de labranza, y en sus sembrados y mieses que después de segadas existan en los rastros ó en las eras, hasta que estén limpios y entrojados los granos, sin perjuicio, en su defecto, de la intervención ó fianza, como garantías para el acreedor (3).

§ 3.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de los elementos esenciales del contrato con relación al OBJETO.

13. En rigor de doctrina, el fondo *objetivo* de los contratos es la *relación jurídica* que ellos crean, así como el de ésta las *obligaciones* mutuas y recíprocas entre ambas partes contratantes, ó de una, tan sólo para con la otra; á su vez, el de esa obligación ú obligaciones, es la *prestación* en que ellas consisten, y que, por la necesidad de Derecho en que colocan al obligado, ha de ser cumplida por éste, que puede ser apremiado á su cumplimiento á instancia del acreedor; é igualmente el de la prestación, por último, una *cosa*, un *hecho* ó una *omisión*: *dar, hacer, no dar, no hacer*. La generación *objetiva* será, pues, partiendo de la idea del *contrato*, la siguiente: *relación, obligación, prestación y cosa, hecho ú omisión*.

14. Este indisoluble engranaje de las ideas sirve á destruir cierta preocupación de obscuridad y duda que se apodera del ánimo del jurista cuando de este punto se trata; y es también útil para explicar de un

(1) L. 17, tit. 1.º, lib. x Nov. Rec.

(2) 6.ª y 7.ª, tit. 11; 5.ª, tit. 8.º, lib. x, y 14 y sig., tit. 31, lib. xi Nov. Rec.; de las cuales, y de su valor legal de aplicación actualmente, nos ocupamos en los contratos con que se relacionan.

(3) Art. 10. Dec. de Cort. de 8 de Junio de 1813.

modo satisfactorio, cómo escritores y Códigos profesan opuestos criterios acerca de él, que no dejan, sin embargo, de ser razonables, bajo su respectivo punto de vista. Por ejemplo, Acollas (1), comentando los artículos 1.126 á 1.130 del Código Napoleónico, censura con tonos enérgicos á sus redactores, ya porque han plagiado irreflexivamente á Pothier, ya porque es, dice, irracional confundir el *objeto del contrato* con el *objeto de la obligación*, y argumenta de esta suerte: «El objeto de una relación jurídica es la cosa que se aplica la relación, ó sobre la que dicha relación recae; el contrato es un concurso de voluntades capaz de producir, modificar ó anular una acción; y la obligación es la necesidad jurídica de cumplir cierta prestación. Pues bien, supongamos el caso de un contrato que destruye ó extingue una acción: ¿no es evidente que en este caso, el contrato sin *producir obligación*, tiene, sin embargo, un objeto propio? Pero vamos más lejos, añade, y supongamos el caso del contrato que produce ó que modifica una acción, y hay que hacer la distinción siguiente: ó el contrato es *por sí mismo* traslativo de derecho real ó es simplemente productivo de una obligación. Si el contrato es por sí mismo traslativo de derecho real, como no es necesario entonces que produzca al mismo tiempo obligaciones, resulta también evidente, en esta nueva hipótesis, que el contrato es susceptible de tener un objeto propio. En fin, si el contrato es simplemente productivo de obligación, no es imposible que el contrato y la obligación que de él resulta, tenga dos objetos diferentes; la transacción, v. gr., tiene por objeto un derecho probado, y la obligación impuesta por la transacción á una de las partes puede, por ejemplo, tener por objeto una suma de dinero.» Por virtud de todas estas reflexiones, concluye con el siguiente postulado: *es un error identificar, en principio, el objeto del contrato con el objeto de la obligación*.

15. La conclusión es cierta, pero no lo son los términos absolutos en que se formula, ni todos los razonamientos en que se funda.

Verdad es que cabe distinguir entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación; pero no divorciarlos ni juzgarlos como ideas completamente extrañas la una á la otra. Sin contrato no hay relación, que es su *verdadero objeto*, y no la cosa, el hecho, el derecho ó la esperanza, á los que se refieran en definitiva los resultados ó consecuencias del contrato y del total desarrollo de la relación contractual; así como, sin relación no hay obligaciones que formen su contenido, ni prestaciones en que éstas consistan, ni en último término, cosas, hechos ú omisiones, sobre que aquéllas recaigan. De suerte, que unas ideas condicio-

(1) *Manuel de Droit civil*, tom. II, 2.ª edic., pág. 774.

nan las otras, y las condicionadas son el supuesto necesario para la existencia de las condicionantes.

De esta evidente serie de categorías y derivaciones, lo que se deduce es, que todos los términos inferiores respectivamente en la escala de esa generación, son materia ó objeto *más ó menos próximos* de todos los superiores; y esto autoriza, con manifiesta razón, lo mismo á la sinonimia del objeto de la obligación, respecto del objeto del contrato, sin perder de vista por ello los diversos grados en la generación de estas ideas que, en estricta doctrina analítica, á la distinción y consideración separada de ellas.

Además, no tenemos por cierta, ni mucho menos, una de las bases de la argumentación, que afirma existir contratos productores, *por sí mismos*, del derecho real (1), ni tampoco creemos digno de suscribirse el aserto de que haya contratos *que no producen obligaciones*, pues en el mismo caso, que en comprobación cita el sabio escritor francés, de un contrato por el cual se extinga una acción, es decir, un derecho y una relación, antes existentes, surge de aquel contrato la visible obligación de una omisión por parte del contrayente, que antes del contrato podía hacer valer esa acción, ahora por él extinguida.

16. Ya lo dijimos en la *Parte General* de esta obra (2). «En orden al *objeto*, materia de un acto jurídico, son condiciones esenciales, el que tenga existencia real ó pueda tenerla, conforme á la naturaleza y á la ley, que ofrezca un interés *apreciable*, y que no sea demasiado general é indeterminado; esto es, que el *objeto* debe ser *real ó posible, lícito, determinado con claridad y útil.*»

Aplicada esta indicación general á la materia especial del *Derecho de la contratación*, con relación al objeto del contrato ó al objeto de la obligación, en los términos antes explicados, en los que esta sinonimia es legítima, resulta que los *caracteres* de este *objeto* son los siguientes: *cierto*, en cuanto ha de ser *real ó posible, lícito determinado*, ó de fácil determinación sin nuevo acuerdo de las partes y *susceptible de apreciación pecuniaria*, ya sea la materia de ese objeto, cosas, *hechos, omisiones, riesgos ó esperanzas*. También pudiéramos decir, mirando á la distinción de los derechos, en cuanto unos son inherentes á la persona y los otros relativos á su patrimonio, que la contratación sólo puede tener por materia los derechos *patrimoniales*.

17. Son *reglas de Derecho*, respecto de este punto:

1.^a Que pueden ser *objeto* de los contratos ó de las obligaciones to-

(1) V. Tom. II, págs. 384 á 397.

(2) Tom. II, pág. 196.

das las cosas enajenables, y todos los hechos que no estén prohibidos por las leyes, ni se opongan á las buenas costumbres (1), con tal que el objeto sea *cierto* (2).

2.^a En su consecuencia, no pueden ser objeto de los contratos las cosas sagradas, santas ó religiosas, y todas las que se hallan fuera del comercio humano, ó no son enajenables (3).

3.^a Pueden serlo también las cosas que no existan de presente, con tal que puedan existir más ó menos probablemente, como los frutos por nacer, las crías de los animales, etc. Si no sobreviene la existencia de estas cosas, queda libre el obligado á entregarlas, salvo el caso de que hubiera intervenido malicia por su parte (4).

4.^a Igualmente pueden ser objeto del contrato la *esperanza* y el *riesgo*, con tal que la primera no sea una esperanza descabellada ó irracional de realización imposible, y el segundo proceda de causa lícita; por ejemplo, lo que cace ó pesque un sujeto en cierta ocasión, ó el riesgo de incendio ó de otra catástrofe posible, á que las cosas estén *naturalmente* expuestas (5).

5.^a Objeto de los contratos pueden ser, lo mismo que las cosas, los hechos y las omisiones, con tal que sean posibles, lícitos y valorables en dinero (6).

§ 4.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de los elementos esenciales del contrato con relación á la FORMA.

18. Dentro del sistema que imperó en Castilla para la contratación civil, que sentaba el amplísimo principio, «que de cualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar quede obligado», es el asunto del epígrafe una materia *excepcional*.

19. Motivos superiores de la ley, razones de cierto interés público, índole especial de algunos contratos y la voluntad misma de los con-

(1) LL. 20, 28 y 38, tit. 11, Part. V.

(2) L. 1.^a, tit. 11, Part. V.

(3) «Ome libre é cosa sagrada, religiosa ó santa, ó lugar público..... non se pueden vender nin enagenar.» «Sagrada cosa, nin santa, nin religiosa, nin ome libre por siervo, non puede ningun ome prometer de dar á otro.»—LL. 15, tit. 5.º, y 22, tit. 11, Part. V.

(4) «Las cosas que están en poder de los omes, aun no nacidas, se pueden prometer así como los frutos de viña ó huerta.» «Mas si un ome prometiese á otro dar ó facer cosa que non pudiese ser, segun natura, como darte el sol ó facerte un monte de oro, tal promision non valdria.» LL. 20 y 21, tit. 11, Part. V.

(5) L. 11, tit. 5.º, Part. V.

(6) Las leyes antes citadas.

tratantes en algún caso, son las causas de que alguna vez las *formas* se constituyan, por excepción, en elementos *esenciales* del contrato.

20. De aquella prolijidad de formas, solemnidades y mecanismos, más ó menos simbólicos, base y esencia de la contratación romana, todo queda reducido entre nosotros, cuando la forma es indispensable requisito para la perfección del contrato, al otorgamiento de escritura pública.

21. Necesitan *formas especiales* que consisten, por lo general, en constar en escritura pública, las convenciones contractuales *civiles* siguientes:

1.^a El absurdo é inmoral contrato de *esponsales*, acerca del cual no eran admisibles demandas en ninguna clase de Tribunales, si aquél no constaba en escritura pública (1).

2.^a El contrato de compra-venta de bienes inmuebles, si ha de ser eficaz contra terceros, por su inscripción en el Registro, pues de otro modo su perfección entre los contratantes no necesita de esta solemnidad (2).

3.^a En general, todos los contratos que, según la ley Hipotecaria, deben ser inscritos en el Registro, no por lo que se refiera á su perfección, sino por la necesidad misma de la inscripción (3).

4.^a El contrato de compra-venta, cuando las partes hayan pactado expresamente, y como requisito para su validez, el otorgamiento de escritura (4).

5.^a El contrato de censo, respecto del cual es de advertir que, según hemos hecho notar en otro lugar (5), hay algún ilustrado escritor que no cree necesaria la calidad de *pública* de la escritura en la que se ha de consignar el censo, para lo cual no le falta razón si se atiende al tenor *literal* de las leyes de Partida que establecen este requisito formal (6); pero no es ésa la doctrina vigente, habida consideración á la constante inteligencia que ha merecido este punto á la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (7), y al sentido complementario de otras disposiciones (8). Más fundada nos parece la duda, en cuanto á

(1) L. 18, tit. 2.º, lib. X Nov. Rec.

(2) L. 14, tit. 12, lib. X Nov. Rec., y arts. 2.º, 3.º y demás concordantes de la L. Hip.

(3) Arts. 2.º y 3.º L. Hip.

(4) L. 6.ª, tit. 5.º, Part. V.

(5) Tom. II, pág. 587, nota 5.

(6) LL. 3.ª, tit. 14, Part. I, y 28, tit. 8.º, Part. V.

(7) En multitud de sentencias, de las cuales citamos algunas en el Tom. III, 2.ª edición, pág. 711, nota 4.

(8) Como los arts. 2.º y 3.º y concordantes de la L. Hip., y 21 y siguientes de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á Registro, de 9 de Noviembre de 1874.

haber extendido el uso la necesidad de la escritura pública á las demás especies de censo, siendo así que las dos leyes de Partida antes citadas no hablan más que del enfitéutico; pero aparte de ser la razón de naturaleza jurídica, la misma para el reservativo y para el consignativo, de fecha muy posterior á la de aquellas leyes, es lo cierto que las demás disposiciones legislativas modernas citadas en la nota precedente se refieren en general á todos los censos.

6.^a Los contratos que las Corporaciones, Pueblos, Provincias ó el Estado celebren, que han de verificarse en los términos preceptuados por las leyes, y por diversas disposiciones administrativas.

7.^a Los contratos de los españoles residentes en el extranjero, que, para que sean válidos ante los Tribunales españoles, han de reunir los requisitos exigidos por el Real decreto de 17 de Octubre de 1851; y, por consiguiente, en los puntos en los que exista Cónsul español, se otorgarán las escrituras en la Cancillería del Consulado, y si no lo hubiera, ante cualquiera de los funcionarios con fe pública en aquel país y con la legalización necesaria por alguno de los Cónsules españoles (1).

8.^a El contrato en que se pacte la estipulación de réditos é intereses por causa de préstamo, que si no constara por escrito sería nulo (2).

9.^a La procuración ó mandato para usos judiciales, notariales y administrativos.

10.^a La donación *inter vivos*, en cantidad superior á la de 500 maravedises de oro, que exige la forma escrita y la aprobación del Juzgado (3).

11.^a El depósito judicial por exigir, dada su naturaleza, una serie de actuaciones judiciales.

12.^a El contrato de compromiso que, ya se refiera al juicio de árbitros, ya al de amigables componedores, ha de formalizarse necesariamente en escritura pública, siendo nulo en cualquiera otra forma en que se contrajese (4).

13.^a El contrato de préstamo sobre prendas, celebrado con los establecimientos ó casas que á ellos se dedican (5).

14.^a Todos los casos en los que los contratantes hayan estipulado,

(1) R. D. cit. y el de 29 de Septiembre de 1848.

(2) Art. 2.º, L. 14 de Marzo de 1856.

(3) L. 9.ª, tit. 4.º, Part. V, «pero si quisiera dar á otro ome ó á otro lugar, puédelo fazer sin carta fasta 500 maravedis de oro. Mas si quisiere fazer mayor donacion, lo que fuesse dado de más non valdria. Fuera ende si lo fiziesse con carta e con sabiduria del mayor Juzgador de aquel lugar do fiziesse la donacion.»

(4) Art. 792 L. Enj. civ. de 1881.

(5) El prestamista que no diere resguardo de la prenda ó seguridad recibida, será castigado con una multa del duplo al quintuplo de su valor. Art. 560 Cód. pen.