

la distinción de los contratos en *consensuales* y *reales*, ya en los Códigos extranjeros modernos que se citan, ya en buena doctrina, como, por último, en el Derecho vigente en Castilla anterior al Código civil; y que sólo el Proyecto de 1851, por un prejuicio y por una preocupación, siempre digna de respeto, atendida la ilustración de sus redactores, es el que llevó al rigor de su letra la solución negativa.

En demostración de esta tesis, rectifiquemos en primer lugar el error que por aquéllos se comete respecto de los Códigos civiles francés é italiano.

En cuanto al primero, el art. 1.875 que define el *comodato*, el 1.892 que define el *préstamo mutuo*, el 1.915 que define el *depósito*, y el 2.071 que define la *prenda*, hacen manifiestamente depender la *perfección* de estos contratos, y consistir su esencia, no en el consentimiento por sí sólo, sino en el hecho de la *entrega de las cosas*, objeto de los mismos, como su causa especial y *característica* (1).

Se ve, pues, que los Códigos francés é italiano no desconocen y sí, por el contrario, admiten la idea de los contratos *reales*, como una nueva especie, cuya perfección se realiza por la entrega de las cosas; y que, en este punto, el criterio verdaderamente radical es el del proyecto de Código civil español de 1851, que, según hemos dicho, establece en el art. 978, como principio *absoluto*, que los *contratos se perfeccionan por el mero consentimiento*; así, como en el 981, que *la entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad*, como consecuencia de la doctrina del 548 de que *la propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción*.

Acumulamos aquí la cita de estos artículos, porque por lo mismo que son cosas bien distintas la regla del 978 ó la teoría de que los contratos tengan una ó varias especies, según la causa de su *perfección*; y las del 981 y 548 ó sea lo que se refiere á la teoría del *título* y el *modo* de adquirir la propiedad de las cosas ó lo que es lo mismo, si es bastante el contrato para ello ó si es un *mero título* y se necesita además el *modo*, cuestión antes examinada en este libro (2), puntos de vista esencialmente diferentes en el Derecho suelen, sin embargo, confundirse, aun por inteligencias peritísimas, creyendo que en los contratos *reales*, puesto que ha de mediar en ellos entrega de las cosas y

(1) Empleando los verbos *livrer, recevoir* y *remettre*—*entregar, recibir, entregar*—en el tiempo de presente de indicativo, con las frases, respectivamente, de *«livre une chose»*, *«livre à l'autre une certaine quantité de choses»*, *«reçoit la chose»*, y *«remet une chose»*; que en los arts. 1.805, 1.819, 1.835 y 1.878 del Cód. civ. italiano se ofrece de igual manera con las frases de *«consegna all' altra una cosa»*, *«consegna all' altra una data quantità di cose»* y de *«col quale il debitore dà al creditore una cosa mobile»*.

(2) Acepciones ya distinguidas en el Cap. VII, Tom. III.

suponiendo que esta entrega, que es tan sólo *tradición* en sentido *gramatical*, es lo mismo que la tradición en sentido *jurídico* (1), se produce un derecho *in re* y no sólo un derecho *ad rem*, como el que únicamente originan los contratos que no son *REALES* (2).

En este punto, tenemos por buena doctrina la contraria; esto es, la de que los contratos, cualquiera que sea su especie de *reales* ó *consensuales*, aun los que tienen por fin la traslación del dominio ó la constitución de un derecho *in re*—á cuya clase, por cierto, no pertenecen los de comodato y depósito, no obstante ser contratos reales,—no producen nunca, *por sí solos*, un derecho real, y sí un derecho *ad rem*; siendo, respecto del derecho real, *meros títulos de adquirir*.

Esta importante rectificación de la doctrina fué establecida en el Proyecto de ley de Bases para el Código civil de 7 de Enero de 1885 (3), leyéndose en la 19.^a que «los contratos, considerados como una fuente de las obligaciones, continuarán siendo *meros títulos de adquirir* sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas».

14. Resulta de lo expuesto: 1.^o Que aun suponiendo derogada la distinción de los contratos en *consensuales* y *reales*, atendida la causa de su perfección, y reducidos todos los contratos á *consensuales*, por dicho motivo, á virtud de la ley única, tít. 16 del Ordenamiento de Alcalá, en el Derecho vigente en Castilla antes del Código civil, dentro de la doctrina del art. 978 del Proyecto de 1851, nada tendría que ver semejante hipotética conclusión con la subsistencia y necesidad de la teoría jurídica del *modo y título de adquirir el dominio de las cosas y demás derechos reales*, siendo perfectamente compatibles, á la vez que diferentes, una y otra doctrina, y errónea la solidaridad que entre ellas se establece. 2.^o Que dicha ley del Ordenamiento no pudo tener, ni tuvo semejante alcance derogatorio respecto de la especie de contratos *reales*, según lo demuestra cuanto va dicho y lo comprueban las siguientes últimas reflexiones sobre el particular.

En efecto; una cosa es el *formalismo* erigido en sistema de contratación, como en Roma, y otra, muy distinta, la *naturaleza especial* de

(1) Núm. 1, Cap. IX, Tom. III.

(2) Don Antonio María Fabié, *Disertaciones jurídicas* sobre «El desarrollo histórico del Derecho, sobre las bases del Código civil y sobre la organización de los Tribunales», pág. 320, vol. XVII de la *Biblioteca jurídica de Autores españoles*.

(3) Presentado en sustitución del anterior por el entonces Ministro do Gracia y Justicia, Sr. D. Francisco Silvela, reproducido después por el Sr. Alonso Martínez; y aprobado, por cierto en condiciones de rapidez inesperada y no muy plausible, por el Congreso de los Diputados en la sesión de 9 de Abril de 1888.

la prestación contractual ó del contrato mismo, en su particular modo de ser, atendidas las causas y los fines de su individual especie. En las leyes romanas, lo que sucedía con los contratos reales, respecto á la necesidad de la entrega de la cosa, era que ésta ó su falta afectaban á los dos anteriores puntos de vista. Por el formalismo de su sistema de contratación, el contrato real, al que faltaba la entrega de la cosa, no sólo no era *real*, sino que no era *contrato*, y quedaba reducido á la mera idea de un pacto sin causa ni acción civil de obligar; puesto que el principio fundamental de toda la contratación era la solemnidad ó el formalismo, y en esta clase de contratos, llamados *reales*, servía de *solemnidad* también, para satisfacer aquel principio, el mismo requisito de la entrega de la cosa, que era á la vez condición de *esencia*, en la naturaleza especial de los contratos denominados *reales*. La ley del Ordenamiento, pues, al derogar el sistema de la contratación romana, y sustituirle con el espiritual, que en términos tan amplios establece, quitó á la entrega de las cosas, necesaria en los contratos reales — según el mismo Goyena confiesa que lo es (1) — el carácter de aplicación de este requisito al sistema general, pero no necesitó, ni pudo tampoco, por tal reforma, llegar á desconocer y derogar la otra aplicación del requisito de la entrega de las cosas, á la determinación de una especie particular y concreta de los contratos titulados *reales*. Es decir, que si en Roma sin la entrega no había *contrato*, ni éste era *real* en Castilla, después de la ley del Ordenamiento, aunque no medie la entrega habrá *contrato*, pero no será *real*.

Es evidente la posibilidad y la eficacia de una obligación contractual, cuyo contenido consista en el acuerdo de dos voluntades, para constituir después ó prometerse y aceptarse, un mutuo, depósito, comodato, ó prenda futuros, y tal convención tendrá todo el carácter y fuerza obligatoria de un contrato, dentro del sistema del Derecho anterior al Código civil en Castilla.

La única diferencia entre el Derecho de Castilla y el romano, respecto de este punto, se refiere á la eficacia civil de una convención semejante; ó sea la promesa de mutuo, comodato, depósito ó prenda futuros, sin la entrega de la cosa que fuera su objeto. En Roma daba lugar á un simple *pacto* sin fuerza civil de obligar, á no ser que se hubiera hecho con arreglo á las formas necesarias para la *stipulatio*, en cuyo caso produciría un contrato perfecto, concediendo al estipulante el derecho y la acción, eficaces para exigir del promitente la entrega de la cosa ofrecida en mutuo, comodato, depósito ó prenda, figurando entonces la estipulación como contrato *preparatorio* y el mutuo,

(1) Ob. y lug. antes cit.

comodato, depósito ó prendas prometidos, como contratos definitivos. Por el contrario, en Castilla, la promesa de uno de estos contratos reales, *cualquiera que sea la forma en que se verifique*, daría lugar á un contrato eficaz, y preparatorio del definitivo á que se refiera; que es el verdadero punto de diferencia y novedad entre una y otra legislación, después de la reforma de la citada ley del Ordenamiento.

No es verdad, pues, lo que algún escritor (1) pretende de que los que opinan como nosotros por la subsistencia en el Derecho de Castilla de la clase de los contratos denominados *reales*, perfeccionados por la necesaria entrega de la cosa objeto de ellos, confundan ni confundamos la *perfección* con la *consumación* del contrato; ni tenemos por verdad, tampoco, que sea causa *bastante* de su perfección el consentimiento, de suerte tal, que pactado un mutuo, sin mediar la entrega de la cosa mutuada, se haya de entender *perfecto* por el mero consentimiento de las partes y *contenido* del mismo, como tal contrato de *mutuo*, «primero, la obligación de entregar las cosas al mutuuario, y, después, la obligación de restituir otras iguales al mutuante». Aparte que semejante equivocada idea engendra también el error de convertir en *bilateral* un contrato que, como el de mutuo, es indiscutiblemente *unilateral*, no cabe anomalía más grande que la de suponer que las obligaciones y derechos producto de las relaciones jurídicas creadas por un contrato, tengan, no sólo una causa diferente, sino que nazcan las obligaciones de una parte precisamente *después* de haberse cumplido las de la otra.

Los que opinan que los contratos que llamamos *reales* se perfeccionan sólo por el *consentimiento*, discurren de esta manera. El contrato de mutuo, por ejemplo, ni es real ni es unilateral; es consensual y bilateral. Por el mero consentimiento de mutuante y mutuuario se perfecciona este contrato, y en su virtud nacen dos obligaciones: la del mutuante para entregar al mutuuario la cosa convenida de dar en mutuo; la del mutuuario, *una vez cumplida la del mutuante de entregar la cosa dada en mutuo*, para devolver ó restituir, en el plazo y condiciones estipulados, otra de igual calidad y en la misma cantidad ó mayor, si el préstamo fuese con interés. Las dos obligaciones son *únicamente* producto del consentimiento y, si bien es verdad que la de restituir del mutuuario va precedida de la de entregar del mutuante, es atendido este supuesto, bajo el cual se obliga el mutuuario á la restitución, ya que nadie puede *restituir* lo que no ha recibido. La obligación del mutuante de entregar la cosa mutuada y su entrega consiguiente, es particular que se refiere, en la existencia del contrato, no á la *perfección* del

(1) Falcón, ob. y lug. cit.

mismo, sino al período de su *ejecución*, y lo que hay es que dicha ejecución total del contrato tiene lugar por partes y en tiempos distintos.

Bastaría observar, para apreciar el error de esta doctrina, como en ella misma no puede menos de reconocerse, que sólo mediante la previa entrega al mutuuario por el mutuante de la cosa mutuada, se declara que nace ó aparece la de restitución del mutuuario.

Sabido es que lo que en los actos jurídicos y, por consiguiente, en los contratos, es *causa* ó se refiere á la aparición de una relación ú obligaciones y derechos recíprocos, que son su contenido, es cosa que pertenece al período de su *perfección* jurídica (1); así como es evidente, que el cumplimiento de las unas y la satisfacción de los otros, es cosa que corresponde á su *consumación*, la cual, realizada, extingue, por el cumplimiento de sus fines, la relación que el acto jurídico creó, una vez perfecto. La *perfección* es sinónima y simultánea del nacimiento y de la existencia de la relación que el acto crea, y en los contratos, del vínculo obligatorio que antes no ligaba y desde entonces liga y relaciona á las partes contratantes; mientras que la relación, que nace por la *perfección* del acto, se extingue y desaparece por la *consumación* del mismo, que es el cumplimiento de sus fines. Son dos momentos, dos períodos en la vida del acto jurídico y del contrato, cuya generación es sucesiva, no simultánea; representan la *vida y muerte* de las relaciones que acto ó contrato produjeran entre las partes; son afirmaciones de *estados y tiempos*, condicionados, sí, pero diversos é incompatibles para su coexistencia. Afirmar lo contrario equivaldría á sostener que los efectos se producen antes que las causas; que lo posterior puede preceder ó ser simultáneo á lo anterior, que la muerte es anterior ó simultánea á la vida y compatible con ella.

El problema es esencialmente *técnico*. Se trata, tan sólo, de determinar, si por la causa *exclusiva* del consentimiento se crea el contrato y la relación obligatoria del mismo, respecto de todas las partes contratantes, de igual manera en los contratos que llamamos *consensuales* que en los que se denominan *reales*. En un arrendamiento, origina la aparición eficaz de *todas* las relaciones obligatorias del contrato; y en un comodato, ese consentimiento, *por sí solo* no es causa bastante, ni hecho matriz suficiente, para que aparezca el vínculo entre comodatario y comodante, para que nazca, ni exista la relación obligatoria, por la cual aquél venga sometido en favor de éste á las prestaciones de conservación y restitución de la cosa, objeto del como-

(1) Núm. 16, Cap. XIX, Tom. II.

dato. Es evidente que se necesita *algo más* que el consentimiento, en el segundo ejemplo, respecto del primero, sea éste *algo* lo que fuere; que en este caso, como en el de todos los contratos *reales*, es la *entrega de la cosa* por parte del comodante al comodatario.

Declarar que sólo el consentimiento, aun en este caso, no es baldío, que liga y constituye en relación obligatoria de *alguna manera* las personas que han convenido en dar y en aceptar en comodato una cosa, que, sin embargo, todavía no se ha dado, no autoriza para suponer *nacidas* las obligaciones, de conservar y restituir, por parte del comodatario, respecto del comodante, la cosa que aquél no recibió de éste; será un contrato eficaz, como *previo ó preliminar* del comodato, pero no cabe duda que no es el comodato mismo, porque aún no pueden declararse *nacidas* sus relaciones características, ni en condiciones de realizarse el fin esencial de este contrato, que consiste en hallarse cumplidos todos los requisitos *necesarios* para el uso de la cosa por el comodatario y obligación consiguiente de devolverla, sin detrimento, al comodante, terminado que sea el uso para que se concedió. ¿Y no es manifiestamente erróneo é ilusorio, proclamar la existencia de un contrato, declarar *ultimada* la creación de un vínculo contractual, que á tanto equivale suponer completa la *perfección* de los contratos reales por el mero consentimiento, antes de aparecer las relaciones y prestarse los medios necesarios á los fines propios y característicos del contrato? Tenemos por indudable la afirmativa, mientras se entienda y deba entenderse *por perfección* de los contratos y de los actos jurídicos, en general, lo que, sin contradicción de los que niegan la existencia de los contratos reales y los reducen todos á consensuales, se reconoce y acepta como verdadero concepto de la *perfección* de los mismos.

Son, pues, contratos *consensuales* todos los que se *perfeccionan* tan sólo por el *consentimiento*; y tienen este carácter todos los contratos, excepto los que citaremos como *reales*, y aquellos en los que, para su validez, se exige algún especial requisito, como el otorgamiento de escritura pública.

Son contratos *reales* los que para su perfección necesitan la entrega de la cosa objeto de los mismos; tales como el *mutuo, comodato, depósito y prenda*.

15. C. Es causa del *tercer grupo* de la clasificación la *solemnidad especial* de ciertos contratos, respecto de la generalidad de ellos. Esto de la *solemnidad* es una doctrina de *excepción*. La excepción se refiere á la *forma*, á la ritualidad.

Los contratos, para los cuales no están prevenidas formas especiales, ya se perfeccionen por el mero consentimiento, ya por la entrega

de la cosa, *consensuales* ó *reales*, porque en ambos casos la causa de su perfección no se refiere á la forma ó solemnidad del contrato, sino á la esencia y naturaleza de las obligaciones contractuales, que son su contenido, se llaman *comunes* ó *no solemnes*.

Por el contrario, aquellos contratos que exigen *forma especial* para su celebración, sin cuya estricta observancia no se reputan *perfectos*, se llaman *solemnes*.

Cuando en un contrato de la clase de los *solemnes* falta la solemnidad que para su celebración se halla establecida, el contrato no existe jurídicamente, ni puede suplirse la falta de la solemnidad por ningún medio de prueba. Por el contrario, el contrato *no solemne* ó *común* existe por el solo *consentimiento* y, además, la *entrega de la cosa*, según que sea *consensual* ó *real*, cualesquiera que fueren las dificultades de prueba que puedan sobrevenir después de su celebración.

La *solemnidad* y la *prueba* en los contratos no son términos sinónimos; la primera se refiere á las *condiciones especiales externas* y *necesarias* para la existencia jurídica de un contrato; y la segunda dice relación á los medios por los cuales se justifica la verdad y circunstancias de su celebración: es la misma diferencia que entre el acto, que el contrato representa, y la fuerza obligatoria del mismo, según que se hayan cumplido ó no las solemnidades de Derecho para él establecidas; todo lo relativo al *acto*, es cuestión de *prueba*; todo lo concerniente á la *fuerza obligatoria* del contrato, es cuestión de *solemnidad*, cuando de los contratos solemnes se trata, y de ella se hace depender su condición jurídica de tales.

Son compatibles, en esta clase de contratos, las hipótesis de *inexistencia del acto y fuerza obligatoria del contrato* ó viceversa. Será el acto *inexistente*, cuando falte la prueba de su celebración ó sea cuando no se declare probada ésta; pero no por esto carecería de fuerza obligatoria el contrato, que si se declara probado, lo sería, por lo demás, con las condiciones de solemnidad exigidas como necesarias, para su eficacia. Si, en cambio, el acto estuviera probado, pero no así la concurrencia de las solemnidades necesarias para que el contrato existiera, según el Derecho se obtendría la *prueba* del acto, pero no de la *fuerza obligatoria* del contrato. En suma: son dos esferas distintas, aunque necesariamente relacionadas, la de la *prueba* y la de la *solemnidad* en los contratos.

Son especies de los *solemnes*, el contrato de *esponsales*, el de *censo*, el de *compra-venta de efectos públicos*, el de compra-venta de cualquiera clase de cosas si los contratantes estipularon como requisito de perfección el otorgamiento de escritura, el contrato de donación *intervivos*, en los casos en que sea necesaria la insinuación judicial y

todos los demás antes citados (1). Son *comunes* ó *no solemnes* todos los demás.

16. D. El *cuarto grupo* de la clasificación de los contratos se funda en sus *finés jurídicos*.

Éstos pueden ser: 1.º, trasladar el dominio de las cosas; 2.º, transmitir su uso; 3.º, servir de garantía; 4.º, prestar un servicio.

Realizan el fin de *trasladar el dominio de las cosas ó derechos*, los contratos de *compra-venta*, *permuta*, *censo*, *mutuo*, *donación*, *cesión de bienes*, *derechos* y *acciones*, *sociedad*, por lo que se refiere á la enajenación de las aportaciones respectivas de los socios en favor de la nueva personalidad social, *renta vitalicia*, *decisión por suerte*, si ha de tener resultados de enajenación, *contrato de edición*, los de *juego* y de *apuesta*, si las consecuencias de este último contuvieran un acto de enajenación y los innominados de *do ut des*, *do ut facias* y *facio ut des*.

Se proponen *transmitir el uso de las cosas*, los contratos de *arrendamiento de cosas* y *comodato*.

Tienen por fin *servir de garantía* los contratos de *prenda*, *hipoteca*, *fianza* y *seguros*.

Se celebran para *prestar un servicio* los contratos de *locación de servicios*, *mandato*, *depósito* y los innominados de *facio ut facias*.

17. E. El *quinto grupo* de clasificación se funda en el *objeto* del contrato, según que éste consista en cosas ó en derechos patrimoniales ó en prestaciones de hecho ó de omisión del deudor, toda vez que unas y otras pueden ser objeto lícito de los contratos, y dar lugar á las obligaciones de *dar*, *hacer* ó *no hacer*.

Son contratos, cuyo objeto consiste en *cosas ó derechos patrimoniales*: los de *compra-venta*, *arrendamiento de cosas*, *censo*, *mutuo*, *comodato*, *depósito*, *prenda*, *hipoteca*, *permuta*, *donación*, *cesión de bienes*, *derechos* y *acciones*, *seguros*, el *juego* y la *apuesta*, cuando consistan en cosas, lo mismo que la *decisión por suerte*, si á ellas se refiere, la *renta vitalicia* y los contratos *innominados* de *do ut des*, así como el de *sociedad*, respecto del socio capitalista.

Son contratos cuyo *objeto* consiste en *prestaciones del deudor de acción* ó de *omisión*, los de *locación de servicios*, *sociedad* respecto del socio industrial, *mandato*, *depósito*, *compromiso*, y los innominados de *facio ut facias*, y los de *renuncia de ejercicios de ciertos derechos*.

Pueden decirse *mixtos*, con relación á los dos grupos anteriores, según los términos por los cuales su objeto consista en cosas ó en prestaciones personales del deudor; el contrato de *sociedad*, respecto del

(1) Núm. 22, Cap. X de este Tom.

socio capitalista é industrial ó gerente, el de *transacción* y los *innominados facio ut des* y *do ut facias*.

18. F. Sirve de criterio al *sexto grupo* de clasificación de los contratos, la *naturaleza de las obligaciones que éstos producen*, distinguiéndolos en *unilaterales* y *bilaterales*, según que tengan aquéllas uno ú otro carácter.

Ya se ha expuesto lo fundamental de esta doctrina en otro lugar (1), que debe tenerse aquí por reproducido, especialmente en lo que al concepto del contrato unilateral y bilateral se refiere, y á la impugnación de la especie de los titulados *intermedios* ó bilaterales *ex post facto* ó *imperfectos* (2).

El contrato bilateral se llama también *sinalagmático* (3).

Es contrato *bilateral* ó *sinalagmático* aquel en que los contratantes se obligan los unos recíprocamente respecto de los otros, procediendo directamente las obligaciones de todos del contrato mismo.

Es contrato *unilateral* aquel en que, por consecuencia *directa* del contrato, sólo uno ó varios de los contratantes se obligan respecto de otro ú otros de los mismos, pero no viceversa.

En los contratos *bilaterales* los contratantes han de tener el mutuo y recíproco carácter de deudores y acreedores entre sí; y esto ha de dar á conocer como *causa* la naturaleza del contrato. En los unilaterales, unos contratantes tendrán sólo el carácter de deudores otros el carácter exclusivo de acreedores, atendida la naturaleza del contrato.

Todo contrato bilateral ó sinalagmático lleva implícitamente contenida en su naturaleza una condición resolutoria en favor y contra cada una de las partes contratantes, para que el incumplimiento de la obligación de las unas se entienda que autoriza el incumplimiento de la respectivamente contraída por las otras, pudiendo dar lugar al nacimiento, por este motivo, de una causa y consiguiente acción *rescisoria* del contrato.

La naturaleza bilateral del mismo, aplicada á la teoría de la *mora* en los contratos, da lugar á la doctrina de la *compensatio mora* (4) por la reciprocidad de causa y existencia en unas obligaciones respecto de las otras, al efecto de que la tardanza en el cumplimiento de una obligación por parte de uno de los contratantes autorice la dilación en el cumplimiento de la suya respectiva por parte del otro, re-

(1) Núms. 1 al 12, Cap. IV de este Tom.

(2) Núm. 10, ídem íd.—Bilateral, cuya etimología latina es de *bis* y *latus lateris*.

(3) Sinalagmático, cuya etimología griega es la preposición *σύν* (*cum*) y el verbo *ἐλλάσσω* ó *ἐλλάττω* (*rem aliquam cum aliá permutare*).

(4) V. núm. 7, Cap. XIII de este Tom.

levándole de toda responsabilidad por razón de mora; y, por consiguiente, no cae en esta situación jurídica ningún contratante por contrato bilateral, sino después de cumplirse la obligación respectiva por el otro. Todo lo contrario sucede en el contrato unilateral.

19. La distinción de Pothier y otros escritores de unos contratos bilaterales sinalagmáticos *perfectos* y otros *imperfectos* (1), que son aquellos que no producen, una vez perfecto el contrato, y por razón del mismo, más que obligaciones respecto de una de las partes contratantes y derechos respecto de la otra y, después, *per accidens* (2), ó sirviendo el contrato unilateral de *ocasión* (3), aunque no de *causa*, y en virtud de hechos posteriores relacionados con las consecuencias naturales del contrato, se origina alguna obligación de parte del acreedor, que antes no las tenía, no es aceptable en buena doctrina, según ya tenemos demostrado (4).

Sin embargo, escritores de tanta autoridad, como Acollas (5), consideran importante esta distinción bajo el punto de vista del derecho de *retención*; juicio de que participa Giorgi (6), añadiendo que es también muy aplicable á la *exceptio inadimpleti contractus*.

El *jus retentionis* consiste en la facultad de detener, sin responsabilidad, el cumplimiento de una obligación de parte de un contratante, mientras el otro contratante no cumple la que es recíproca. Semejante derecho tiene su perfecta aplicación á los contratos bilaterales *perfectos*, según hemos hecho notar: el vendedor puede abstenerse impunemente de entregar la cosa, mientras el comprador no le entregue el precio y viceversa.

En los llamados bilaterales *imperfectos*, *ex post facto* ó *intermedios*, de los cuales se dicen que producen una obligación *principal*, la que se deriva de la naturaleza del contrato—en el comodato, la del comodatorio de restituir la cosa recibida, terminado que sea el uso para que se concedió—y otra *secundaria*, la que se deriva de hechos posteriores, que, una vez perfecto el contrato, pueden ocurrir ó no—la de indemnizar el comodante al comodatario de los gastos, daños ó perjuicios que le sean imputables por las malas condiciones de la cosa—se cree aplicable, y lo es en efecto, el *jus retentionis* en favor del comodatario, para detener la restitución de la cosa al comodante, en tanto

(1) Que los Sres. Laserna y Montalbán califican de *intermedios*, ya impugnada en el núm. 10, Cap. IV de este Tom.

(2) Según se expresa Giorgi, ob. cit., vol. III, pág. 28.

(3) Acollas, ob. cit., tom. II, pág. 740.

(4) Núm. 10, Cap. IV de este Tom.

(5) Ob. y lug. cit.

(6) Ob. y lug. cit.

que éste no satisfaga aquellas indemnizaciones, si hubieren sobrevenido *después del contrato* los hechos, motivos ó causas que produjeron esta obligación posterior. Pero obsérvese, además de todo lo dicho (1), que los mismos partidarios de esta doctrina reconocen que igual criterio ha de observarse respecto de todos los casos de obligación, cualquiera que sea su fuente, contrato, cuasi contrato, hecho ilícito ó disposición de la ley (2). Así es, efectivamente; porque para que tenga lugar el derecho de retención no es preciso que las obligaciones retenidas, por el incumplimiento de otras, sean *producto directo y contenido propio* de un mismo acto, de un mismo contrato, de igual vínculo, de la propia relación jurídica creada, ó sea de un idéntico motivo de derecho, sino que basta que tengan entre sí cierta relación externa, que se den entre las mismas personas, y por una coincidencia de las cosas y de las prestaciones á que se refieren, aunque no sea la misma la *causa jurídica* que las origine. Y éste es el principal punto de vista en la cuestión, que nos hace disenter de esos escritores en cuanto parece quieren afirmar que el *jus retentionis* es la demostración de la verdad de naturaleza y propia existencia de los contratos bilaterales *ex post facto* ó *intermedios*, siendo así que la generalidad de las aplicaciones de ese derecho, expresión de un principio de justicia absoluta, no presta justificación especial bastante, ni menos exclusiva, al reconocimiento, con propia naturaleza, de esa pretendida especie de contratos bilaterales imperfectos; y lo único que ocurre en las hipótesis en que los suponen existentes, y convertido el contrato, originariamente unilateral, en intermedio ó bilateral imperfecto, es que tiene lugar la aplicación del principio de la responsabilidad de los contrayentes, ó de otro modo, las fuentes de las obligaciones contractuales, están, no sólo en el contrato mismo, sino también en sus *accidentes* ó *incidencias*, posteriores á su perfección jurídica; que sólo en el momento de realizarse esta perfección es cuando surge la entidad *contrato* y cuando puede juzgarse, y no después, cuál sea su verdadera naturaleza, en cualquiera de los puntos de vista bajo los cuales puede ser considerado.

Son contratos *unilaterales*: los de *mandato gratuito*, *préstamo mutuo sin interés*, *préstamo comodato*, *depósito no retribuido*, *prenda*, *hipoteca*, *fianza*, *promesa*, si no es mutua; *donación intervivos*, si no es remuneratoria; *cesión de bienes*, *derechos y acciones*, si fuere á título gratuito.

Son contratos *bilaterales*: los de *compra-venta*, *edición*, *arrenda-*

(1) En el núm. 10, Cap. IV de este Tom.

(2) Giorgi, ob. cit., vol. II, pág. 462.

miento, *sociedad* (1), *mandato retribuido*, *censo*, *préstamo mutuo con interés* (2), *depósito judicial* ó *retribuido*, *permuta*, *promesa mutua*, *donación remuneratoria*, *cesión de bienes*, *derechos y acciones á título oneroso*, *seguros*, *juego y apuesta* (3), *decisión por suerte*, *renta vitalicia*, *transacción*, *compromiso* y *los innominados*.

20. G. Este séptimo grupo de la clasificación de los contratos se funda en la *naturaleza del título de pedir* y *causa de deber* en los mismos, distinguiéndolos en contratos á título oneroso y á título *lucrativo*, cuya clasificación fué explícitamente reconocida por nuestras leyes (4).

Con variedad se han definido las ideas de contrato á título *gratuito* y contrato á título *oneroso*. El Código italiano (5), por ejemplo, ha dicho que el primero es aquel en el cual uno de los contrayentes obtiene una ventaja sin equivalente alguno para el otro; y el segundo es aquel en que ambos contrayentes obtienen, mediante equivalente, ventajas mutuas.

No son del todo exactas estas definiciones en cuanto excluyen de la naturaleza de contratos *onerosos* aquellos en los que las prestaciones de un contrayente no sean ventajas para el otro, pero puedan serlo para un tercero, en cuyo caso es cierto que nada recibirá el contratante que hace la prestación ventajosa al otro; en cambio, éste, que la recibe, no la obtiene á título gratuito, sino á cambio de otra prestación, en beneficio de un tercero. Es cuestión de puntos de vista: el Código italiano atiende para considerar gratuito el contrato al contratante que hace la prestación, respecto del cual tiene que ser siempre oneroso el carácter del contrato, pero no al que la recibe, que, si es á cambio de otra, aproveche ó no al contratante respectivo, el contrato no podrá ser gratuito; es decir, que sólo cuando un contrato proporciona á una de las partes ventajas sin imponerle recíprocas prestaciones, es cuando resulta realmente gratuito ó á título *lucrativo*.

(1) Éste es más bien *plurilateral*.

(2) Si se atiende sólo á que, contraído en esos términos el préstamo, hay obligaciones mutuas entre ambas partes; pero no deja de ser unilateral si se mantiene la doctrina de que la estipulación de interés en el préstamo es un pacto agregado; nuestra creencia consiste en que siempre es unilateral.

(3) La unilateralidad ó bilateralidad de este contrato es muy cuestionable, y depende de los términos de cada contrato de esta clase y de los puntos de vista en que se considere; cosa análoga ocurre con el contrato de *decisión por suerte*.

(4) En el proemio de la Part. V se lee: «E porque estos pleytos e posturas a que llaman en latin *contractus*, son los unos de gracia y de amor que se fazen los unos á los otros: e los otros son por razon de su pro de amas las partes; por ende Nos queremos aquí fablar de los pleytos de gracia porque son los fechos dellos mas nobles e mas onrados a los que les fazen, asi como de emprestar e dar.... Despues fablaremos de cada uno de los otros.»

(5) Art. 1.101.