

CAPÍTULO XXVI.

SUMARIO.—De los contratos principales, consensuales, conmutativos. (Continuación.)—9.º DE LOS contratos innominados.

Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de los CONTRATOS INNOMINADOS.—1. Razón de plan.—2. Referencia á la doctrina general.—3. Sus fuentes legales.—4. Su perfección.—5. Su contenido y especies.—6. Consumación.—7. Extinción.

§ 2.º Jurisprudencia anterior al Código civil.—8. Contratos innominados (1).

ART. I.

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de los CONTRATOS INNOMINADOS.

1. Á partir de la base general de las declaraciones hechas (2), al fijar la naturaleza especial del *Derecho de obligaciones ó de la contratación*, y de las doctrinas especiales expuestas acerca de la clasificación, concepto y valor en el Derecho de Castilla anterior al Código civil de los contratos *nominados é innominados*, en lo que más particularmente se refiere á estos últimos (3), todo lo cual debe tenerse aquí por reproducido, vamos á limitarnos, en este lugar, á dejar consignadas ciertas indicaciones *complementarias* de todas aquellas doctrinas, respecto de los *contratos innominados*, cerrando con ello el estudio de este *primer grupo* de los *consensuales*, cuyas especies hemos estudiado hasta aquí, y que ofrecen entre sí la nota de identidad de ser calificadas de *conmutativos*.

(1) Se suprime en este Cap. el Art. destinado en todos al *Código civil*, en sus tres párrafos de *texto, jurisprudencia y explicación*, por no contener aquél disposiciones especiales acerca de los contratos *innominados*, cuyas convenciones contractuales se rigen por las *doctrinas generales*, acerca de las *obligaciones y contratos*, contenidas en los artículos 1.088 á 1.314, que son el asunto de los Caps. I al XVI de este Tom.

(2) Núm. 12, Cap. I de este Tom.

(3) Núm. 22, Cap. XV de este Tom.

2. Definidos los tenemos, así como enumeradas las especies que la ley (1) menciona.

3. Las *fuentes legales* de esta doctrina eran la *general* á todo el sistema de contratación, que es la ley 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Nov. Rec., y la *especial* de los contratos innominados, que es la 5.ª, tít. 6.º, Part. V; además de las principales declaraciones de la *jurisprudencia* sobre este punto, que anotamos en el párrafo 2.º de este Artículo.

Merece ser conocido ese texto legal, único de esta especialidad. Dice así: «Contratos innominados en latín, tanto quiere dezir en romance, como pleytos é posturas, que los omes ponen entre sí, é que non han nomes señalados: é son quatro maneras dellos. La primera es, quando alguno da su cosa por otra: este es cambio de que fablamos en las leyes antes desta. La segunda es, quando alguno da su cosa á otro (solo que non le den dineros contados), porque le faga otra por ella. Ca estonce dezimos, que si aquel non cumpliesse lo que prometió, en su escogencia es del otro, de demandarle la cosa que le dió por esta razon, ó quel peche los daños, é los menoscabos que por ende rescibió, los quales deuen ser creydos con su jura, é con estimacion del Judgador. La tercera es, cuando algun ome faze á otro alguna cosa señalada, porque le dé otra. Ca si despues que ouiesse fecha, non le diesse aquella que le auia prometido, puédela demandar como en razon de engaño, é déuele ser pechada con los daños é los menoscabos, así como de suso diximos. La quarta es, quando algun ome faze alguna cosa á otro, porque le faga aquel á quien la faze, otra por ella. En esta razon dezimos, que quando algunas de las partes fizo lo que deuia, que puede demandar á la otra quel compla lo que deuia fazer, é quel peche los daños, é los menoscabos que rescibió por esta razon, los quales deuen ser estimados segun sobre dicho es.»

4. La *perfección* de los contratos innominados se determina igualmente que en los demás, por la concurrencia de los elementos *personales, reales y formales*, cuyas reglas son, para estos casos, todas las establecidas en la doctrina general de la contratación.

Sólo debemos advertir, con este motivo, que en nuestra opinión, contra lo que creen algunos escritores (2), estos contratos no eran *reales*, sino *consensuales*, después de la ley 1.ª, tít. 1.º, lib. x de la Nov. Rec., porque la entrega de cosa ó la prestación de hecho, cuya presencia parecen considerar como indispensable, no es causa de su *perfección*, sino de su *consumación* ó principio de ella, según que se realice por ambas partes ó por una sola, sirviendo á comprobar esto cuanto tenemos

(1) 5.ª, tít. 6.º, Part. V.

(2) Morató, t. II, págs. 467 y 468.

dicho acerca de la distinción de los contratos en *consensuales* y *reales* (1). Es decir, que los contratos *innominados* son en nuestro sentir *consensuales*, y, por consiguiente, se perfeccionan, como todos los de su clase, por el mero consentimiento.

5. En cuanto al *contenido* ó *efectos jurídicos* de estos contratos, toda vez que sus especies pueden ser tan variadas, como fecunda la voluntad de los contratantes, siempre que sus creaciones no contraríen los principios fundamentales de carácter general en la contratación, no haciendo la ley (2) otra cosa que mencionar las cuatro *especies* ó combinaciones, conocidas bajo las fórmulas jurídicas (3), «*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*», á manera de ejemplo, pero sin que excluya otras combinaciones ó supuestos (4), sólo cabría decir que la voluntad de las partes había de ser la ley que determine los efectos de todos los contratos que no tuvieran nombre ni reglamentación previa y particular, establecidos por aquélla. Respecto de los cuatro ejemplos citados por la ley, diremos:

1.º Que el caso de *do ut des—doy para que des*—es el de la permuta, por cuyas reglas se gobierna, según la equivalencia que la misma ley hace.

2.º Que el caso de *do ut facias—doy para que hagas*,—si lo que se da es dinero, constituye un verdadero contrato de *locación de servicios*; pero si lo que se da por uno de los contratantes no es dinero, el contrato es *innominado* y otorga el derecho y acción al que cumplió su prestación de dar para *elegir*, entre exigir la recíproca del servicio ó hecho y no cumpliendo el otro contratante con su prestación de hacer, pedir la rescisión del contrato y, por tanto, la devolución de lo entregado ó dado ó la indemnización de los daños y perjuicios, según declaración jurada del que los sufrió y apreciación del Juez.

3.º Que el caso de *facio ut des—hago para que des*,—siendo lo que se dé dinero, se convierte igualmente en locación de servicios, y si no es dinero constituye propiamente un contrato *innominado*, el cual, una vez perfecto y consumado por el que se comprometió á *hacer*, ó sea realizada la prestación de hecho ó el servicio á que por su parte se obligó, como la actividad empleada en realizar un hecho no se puede *devolver*, tendría derecho á exigir del otro contratante, *como en razón de engaño* (5), la cosa que le prometió, y además la indemnización de daños y perjuicios.

(1) Núms. 12, 13 y 14, Cap. XV de este Tom.

(2) 5.ª, tít. 6.º, Part. V.

(3) Tomadas de las *Sentencias de Paulo* en el frag. 5.º, tít. 5.º, lib. XIX Dig.

(4) Sent. 18 Junio 1862.

(5) Así dice la ley cit.

4.º Que el caso de *facio ut facias—hago para que hagas*—es un cambio de servicios, y la ley le atribuye el efecto de que el contratante que lo cumplió tenga el derecho de exigir del otro que cumpla la prestación de *hecho* ó recíproca á que se obligó, y *conjuntamente*—según se deduce de la conjunción copulativa que emplea la ley—le indemnice de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, apreciados por declaración del interesado y estimación judicial, en los mismos términos que antes se indican.

6. Por lo que se refiere á la *consumación* de los contratos *innominados*, nada hay que decir del cumplimiento *extrajudicial*; y respecto del *judicial*, la acción para demandarlo será la *ex stipulatu*, y no las antiguas romanas de *in factum vel prescriptis verbis*, porque responden á otro *sistema de contratación*, radicalmente distinto al de Castilla, y á la equivocada consideración de *reales* de los contratos *innominados*.

7. En orden á la *extinción* de esta clase de contratos, rigen las doctrinas generales de la contratación, relativas á los modos de extinguirse las obligaciones contractuales que les sean aplicables; y, á lo sumo, en el caso del de *do ut facias*, aunque hubiera un principio de *consumación* por parte del que *dió*, contra el que, á pesar de haber recibido lo dado, no *hizo* lo que *ofreció*, la llamada acción *causa data causa non secuta*, en otro lugar indicada (1); y siempre para todos, el principio de que en los contratos *bilaterales* es causa de su rescisión el incumplimiento de la obligación de cualquiera de los contratantes, cuando el otro está dispuesto á cumplir ó ha cumplido la suya, si es que cumplida ésta, es, por su naturaleza, de posible restitución al estado anterior al de su cumplimiento.

§ 2.º

Jurisprudencia anterior al Código civil.

8. CONTRATOS INNOMINADOS.—La ley 5.ª, tít. 6.º, Part. V, no establece que estén limitados á los ejemplos que contiene todos los convenios que puedan celebrarse sin un nombre especial y determinado (2).

Las leyes de Partida referentes á los contratos *innominados* no son aplicables á los contratos que tienen nombre en el Derecho (3).

La ley 5.ª, tít. 6.º, Part. V, al describir las cuatro clases de contratos *innominados*, manifiesta claramente que todos ellos han de versar sobre cosas ó

(1) Núm. 22, Cap. XV de este Tom.

(2) Sent. 18 Junio 1862.

(3) Sent. 24 Enero 1868.

hechos, que, respectivamente, han de dar ó ejecutar ambas partes contratantes, pero no sobre dinero, á no ser en el concepto único de verdaderos honorarios (1).

Los corretajes no tienen, ni han tenido nunca, el carácter de honorarios (2); y, por consiguiente, la exacción de ellos es contraria á la naturaleza del contrato innominado *doy para que hagas* (3).

Si bien la novación es un medio de modificar y extinguir las obligaciones, no hay tal novación ni nace el contrato *doy para que hagas*, cuando el comprador de una finca, autorizado por el vendedor, busca quien le sustituya en la compra; pues semejante autorización y los actos que la subsiguiesen no convierten la venta en dicho contrato (4).

Las leyes referentes al mandato no son aplicables al contrato innominado *doy para que hagas* (5).

(1) Sent. 22 Diciembre 1866.

(2) Idem id.

(3) Idem id.

(4) Idem id.

(5) Sent. 29 Enero 1867.

SECCIÓN TERCERA.

DE LOS CONTRATOS principales CONSENSUALES.

B. ALEATORIOS.

CAPÍTULO XXVII.

SUMARIO.—De los contratos aleatorios.—1.º DEL contrato de seguro.

Art. I. DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del contrato de seguro.*—1. Razón de plan.—2. Definición.—3. Caracteres.—4. Aplicaciones del contrato de seguro.—5. Su utilidad.—6. Observaciones.—7. Especies (á prima fija y mutuos).—8. Crítica.—9. Perfección.—10. Elementos personales.—11. Elementos reales.—12. Cosas aseguradas.—13. Riesgo; sus caracteres.—14. Precio del seguro (prima ó dividendo).—15. Elementos formales (póliza).—16. Su contenido: efectos jurídicos del contrato de seguro.—17. Consumación; distinción general.—18. Liquidación previa.—19. Acciones.—20. Extinción.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—21. Contrato de seguro.

Art. II. CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—22. Concepto de los contratos aleatorios.—23. Concepto y especie del contrato de seguro.—24. Elementos reales.—25. Elementos formales.—26. Contenido.

§ 2.º *Explicación.*—27. Razón de plan.—28. Concepto del contrato aleatorio.—29. Especies.—30. El contrato de seguro.

ART. I.

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del contrato de SEGURO.

1. Determinados el concepto y caracteres de los contratos *aleatorios* en otro lugar (1), procede ocuparnos, desde luego, del estudio de las reglas de Derecho, relativas á sus diferentes *especies*, haciéndolas asunto de este Capítulo y de los siguientes.

Ya dijimos también (2) que eran contratos *aleatorios* los de se-

(1) Núm. 21, Cap. XV de este Tom.

(2) Idem id.