

LOS CONTRATOS SOLEMNES.

(CONCLUYE.) (1)

14. ¿Cuál ha sido el espíritu, la voluntad, la mente del legislador, su pensamiento dominante, la síntesis filosófica y final de todos esos preceptos que ahora exigen formalidades externas en contratos sin importancia, ahora abandonan á las fugaces incertidumbres de las estipulaciones verbales la gravedad y trascendencia de contratos en que pueden versarse derechos de alta estima y trascendencia? Hay una regla de interpretación que enseña que ante todo debe prevalecer sobre la letra el espíritu de la ley (*non debet aliquis verba considerare, nudé et simpliciter, sed voluntatem et intentionem, quia non debet intentio verbis deservire, sed verba intentione*); pero esta regla supone dos cosas: primero que es posible conocer el espíritu de la ley ó la mente del legislador; y segundo, que el legislador tuvo espíritu, tuvo mente. ¿Y estamos seguros de que los autores ó redactores del código, tuvieron una mente, una voluntad, un propósito al esparcir aquí y allá bajo frases diversas y ambiguas la obligación de llenar ciertas solemnidades externas en los varios contratos de que se ocupan? ¿O la verdad es que copiaron aisladamente preceptos diversos de códigos extranjeros sin cuidarse de darles la unidad de propósito, de sanción y hasta de forma que en cada uno de aquellos tiene la materia de formalidades externas? Esto último es lo que ha pasado y así lo convence no solo la variedad de redacción,

(1) Véanse las páginas 169 y siguientes de esta *Revista*.—Tomo III.

que raya en ambigüedad, empleada en cada uno de los actos civiles cierta forma, sino los precedentes históricos, las noticias que tenemos sobre la formación del código vigente reformado de 1884. Unas veces se emplea la frase «*es nulo tal acto si no se reduce á escritura pública ó judicial:*» (1) otras veces se usa de forma más enérgica, pues dice por ejemplo que «*el contrato necesita para ser válido constar precisamente por escrito:*» (2) muchas veces se emplea simplemente la expresión de «*el contrato X no necesita para su validez de formalidad alguna externa sino cuando se refiere á inmuebles;*» (3) y las más veces se limita el código á decir que «*tal contrato deberá reducirse á escritura pública ó hacerse por escrito;*» (4) y por último emplea frecuentemente las palabras «*no producirá efecto legal, no podrá hacerse tal acto si no consta por escrito.*» (5) ¿Por qué esta variedad de expresiones tratándose de una materia tan grave y trascendental como la de la nulidad de los actos? ¿Acaso tienen gramatical y jurídicamente el mismo sentido unas frases que otras y debe producir el mismo efecto una ley que formal y categóricamente dice que «*tal acto será nulo, que tal cosa deberá hacerse bajo pena de nulidad,*» que otra ley en que esa nulidad solo viene por inducciones, concordando textos, buscando las sinonimias de las palabras y de los conceptos? Entonces ¿que significa esa diversidad de lenguaje legal? ¿Por qué la ley en unos casos dice terminantemente que *tal acto será nulo* ó emplea otra frase ingeniosamente idéntica, y en otros deja incierto el pensamiento por la debilidad, la palidez de la frase?

15.—Hay que advertir que en materia de nulidades por defectos de forma ó vicios de las solemnidades externas de los actos tenemos una regla soberana de interpretación que dice: *Et hæc quidem interpretatio per quem actus sustinetur, dicitur regina aliarum interpretationum.* (Detius, in leg. in testam. n. 11 Cód. de nulli. testa.) El jurisconsulto Solon (*Theorie sur le nullité des actes* tom. I n. 30) dice: «*La nullité qui résulte*

(1) Artículos 735, 1629, 1811, 1983, 2224, 2354, 2707, 3082.

(2) Artículo 1322.

(3) Artículo 2920 relacionado con los 2921 y 2924.

(4) Artículos 1788, 1856, 1981, 2225, 2491, 2532, 2067, 2947, 2948.

(5) Artículos 1856, 2068, 3111, 3168.

d'un vice de forme est en general odieuse; il convient donc de ne l'accueillir qu'avec circonspection, et dans les circonstances où la volonté du législateur est manifeste» Il est bien vrai que les nullités sont odieuses, lorsqu'il s'agit d'une nullité de pure forme, en d'autres termes, la nullité est odieuse quand elle devient l'arme de la mauvaise foi; elle doit être repoussée dans tous les cas où le législateur ne s'y oppose formellement.» Efectivamente, si es cierto que la ley prestando su sanción á los contratos es la que les dá vida jurídica poniendo á disposición del derecho en ellos establecido el auxilio de la fuerza pública, también lo es que, histórica y socialmente hablando, los contratos ó convenciones son anteriores á toda legislación, y por esto y con razón dice el autor citado (tom. II núms. 3 y 6) «las convenciones existían antes que las leyes civiles: la necesidad de su ejecución era generalmente sentida: se la encontraba en aquel principio de equidad que quiere que cada uno al cumplir sus compromisos use de la misma buena fe que desea usen con él sus contratantes: *Quid enim tam congruum est fidei humanæ quàm ea quæ inter homines placuerunt servare.* Esta primera causa de necesidad estaba fortalecida por razones de orden público, pues todo el mundo sentía que si se faltaba á la fe prometida, la suprema ley sería el derecho del más fuerte, la violencia y el temor sustituirían á la justicia, que el cuerpo social agitado por convulsiones continuas no tardaría en disolverse. Así, pues, la conciencia del hombre y sus propios intereses, han debido hacerle respetar las convenciones legitimamente realizadas y han debido hacerle desear que fuesen ejecutadas de buena fe» La primera condición que la ley civil ha puesto á la protección de que rodea á las convenciones es que sean probadas éstas. No podía bastar en efecto, que un individuo alegase la existencia de una convención para que tuviese el derecho de hacerla ejecutar: como tampoco sería suficiente que el que quisiera no someterse á dicha convención, pretendiera que había tenido una causa ilícita. Habría sido peligroso dispensar una confianza ilimitada á las aserciones de uno no menos que á las negativas del otro. Era preciso que la convención ó su injusta causa fuesen probadas: sin eso la equidad natural sería insuficiente; rara vez conduci-

ría al descubrimiento de la verdad, pues jamás se tienen jueces Salomones y pocas veces los litigantes son mujeres que se disputan la posesión de un hijo.»

La ley, pues, no ha venido á crear, no ha sido la creadora de los contratos; su origen está en las necesidades sociales, en el mismo impulso, en el mismo sentimiento, en la misma fuerza irresistible que obliga á los hombres á asociarse para buscar en el cambio recíproco de servicios las condiciones esenciales de vida, desarrollo y bienestar humano; y ese cambio se realiza por el medio de las convenciones ó contratos. La ley interviene en ellos para darles vida jurídica, esto es, para prestarles la caución de la fuerza pública, pero sin cambiar su esencia, sin desconocer su necesidad, solo con el propósito de prevenir fraudes, garantizar la buena fe y dejar á salvo los esfuerzos de la moral y del interés público. La ley tiene que seguir al reglamentar los contratos con ese propósito, tiene que seguir fielmente el desenvolvimiento progresivo, social y espontáneo de la actividad *convencional*, permítasenos la frase; tiene que adaptarse á las condiciones, necesidades y exigencias del comercio humano; á las costumbres, á los adelantos que el comercio, la civilización y la rapidez de los negocios y transacciones civiles imprimen á las manifestaciones convencionales. Una legislación, un derecho positivo en pugna con los adelantos sociales, con las manifestaciones y formas espontáneas de la vida convencional; una legislación cargada de símbolos anticuados, de exigencias sacramentales inútiles, de trabas al libre desenvolvimiento de la vida civil, no solo es un anacronismo científico, sino un contra sentido inicuo, una verdadera perfidia del derecho á su misión de justicia y de progreso, porque la ley debe ser la fórmula de las transformaciones y adelantos sociales y no el estorbo de todo progreso y adelantamiento.

III.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

16. Hoy estamos muy distantes de la época de las pantomimas sacramentales y símbolos sagrados del primitivo derecho romano: hoy es un arcaísmo imperdonable encadenar el movimiento convencional á fórmulas que si tuvieron razón de ser en una época en que el espíritu jurídico era impotente para concebir la idea abstracta de libre consentimiento, son hoy no solo perfectamente gravosas, sino verdaderamente ridículas. En efecto, el origen de todos los sistemas de fórmulas y solemnidades en los contratos no es otro que la impotencia de los primeros hombres para concebir que una obligación civil tuviese resultado de simple concurso de las voluntades, (1) la fuerza jurídica ú obligatoria, de los contratos no podía en aquella época fundarse sino en el grosero materialismo de ciertos actos ó ceremonias solemnes más ó menos ridículas, más ó menos religiosas; á medida que el espíritu humano progresaba emancipándose de lo sobrenatural y que penetraba en el fondo real de los fenómenos y las cosas, se daba cuenta muy lenta-

(1) Les hommes ne sont pas arrivés du premier coup à concevoir qu'une obligation civile peut résulter du simple concours de deux volontés. Pour que l'engagement fût considéré comme irrévocable, il fallait dans les temps les plus anciens, quelque chose de plus; par exemple une prestation faite par l'une des parties et ainsi, pour parler le langage technique les contrats réels ont précédé partout les contrats purement consensuels. La vente, chez les Egyptiens, était un contrat réel.—Rodolphe Dareste.—Etudes d'histoire du droit.—p. 7.—Ni l'ancien droit ni les autres documents historiques ne nous montrent une société complètement privée de l'idée de contrat. Mais cette idée, lorsqu'elle se montre pour la première fois, est évidemment rudimentaire. On ne peut lire aucun texte ancien digne de foi sans apercevoir que l'habitude d'esprit qui nous porte à tenir une promesse est encore imparfaitement développée et que des actes de perfidie flagrante sont mentionnés souvent sans aucun blâme et quelques fois avec approbation. Dans les poèmes homériques, par exemple, la finesse trompeuse d'Ulysse est présentée comme une vertu du même ordre que la prudence de Nestor, la constance d'Hector et la bravoure d'Achille. L'ancien droit nous indique encore mieux la distance qui sépare la forme primitive grossière du contrat de sa forme plus avancée. Au commencement on ne trouve rien que ressemble à l'intervention de la loi pour forcer à l'exécution d'une promesse. Ce que sanctionne la loi, ce n'est pas la promesse, c'est la promesse accompagnée d'une cérémonie solennelle. Non seulement les formalités ont autant d'importance que la promesse elle-même, mais elles ont presque une importance plus grande; car cette analyse délicate que

mente de que en realidad la voluntad humana el libre consentimiento de los contratantes era el verdadero factor, la causa eficiente de las obligaciones civiles; pero como en la naturaleza nada se verifica *per saltum*, como todo progreso y todo avance sigue forzosamente la ley de la sucesión gradual, no fué posible romper bruscamente con la tradición secular de las fórmulas, sino que este adelanto jurídico se realizó lenta y sucesivamente. Fué por lo mismo un verdadero progreso científico el fruto de una concepción más naturalista, de un espíritu jurídico manumitido del misticismo antiguo, la gran reforma iniciada por el derecho romano y consumada en 1348 por la legislación española en el ordenamiento de Alcalá (ley única título 16 correspondiente á la 1ª tít. 1º lib. 10 Nov. Recop.) y confirmada en el art. 1546 del Código civil del Distrito federal de 1870, cuyos autores se expresan así en la exposición de motivos: «El artículo 1392 consigna el principio absoluto de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. En este particular la comisión siguió el espíritu de la ley 1ª tít. 1º lib. 10 de la Nov. Recop. y lo ha desarrollado estableciendo en el art. 1546 que desde la perfección del contrato el riesgo de la cosa es de cuenta del que la adquiere, y en el 1552 que la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición.»

17. Nuestros legisladores han reconocido, pues, que la supresión

le droit perfectionné appliqué aux conditions d'esprit dans les quelles on accorde un assentiment verbal est appliquée dans l'ancien droit, aux mots et aux gestes qui entrent dans la cérémonie. Aucun engagement n'est obligatoire si une seule formalité a été omise ou mal placée; mais aussi, si on a procédé avec les formes régulières, on n'est pas admis à plaider que la promesse a été arrachée par la violence ou la fraude. On voit bien dans l'histoire du droit comment cette ancienne manière de comprendre le contrat s'est transformée jusqu'à devenir le contrat que nous connaissons. D'abord on est dispensé d'une ou deux parties du cérémonial; ensuite on simplifie les autres ou l'on permet de les négliger sous certaines conditions, enfin quelques contrats particuliers sont séparés des autres et peuvent être fait sans cérémonie, et ces contrats sont justement ceux dont dépendent l'activité et l'énergie des relations sociales. Peu à peu, mais tirés clairement, l'engagement mental se divorce des formalités, et devient enfin le seul élément sur lequel se concentre l'intérêt du jurisconsulte. Cet engagement mental manifesté par des actes extérieurs était appelé *pacte* ou *convention* par les Romains; et lorsque'on a compris une fois que la convention était le noyau du contrat les progrès de la jurisprudence ont tendu à mettre de côté les formalités et cérémonies. On n'a plus gardé de formes que celles qui étaient nécessaires pour garantir l'authenticité, et montrer qu'on avait agi sérieusement, après délibération. Alors l'idée de contrat a été pleinement développée, ou pour parler comme les Romains les contrats ont été absorbés par les pactes.

ó reducción de las fórmulas y solemnidades externas de los contratos es un verdadero progreso jurídico, tanto más digno de encomio, cuanto que las necesidades de la moderna actividad social, el carácter popular y sencillo debe tener el derecho, la rapidez de las transacciones, la tendencia justísima de sobreponer la buena fe en los negocios á los sofismas y sutilezas de glosadores del derecho romano, exigen que la legislación se amolde, se adapte á las costumbres civiles desembarazando al comercio y los negocios de trabas inútiles y ridículas. Quizá para algunos parecerá extraño y aun efecto de un prurito de erudición que tratándose, como tratamos en este artículo, del estudio de nuestro Código civil, nos háyamos remontado á los orígenes y causas históricas de las fórmulas ó solemnidades de los contratos; pero la verdad es que hemos creído necesario este estudio filosófico, porque con grande asombro escuchamos de los labios de un jóven abogado, en un debate en casación, teorías tan arcaicas y retrógradas que no pudimos menos de formarnos el propósito de combatir las. En concepto de ese ilustrado jóven el sistema que rodea á los contratos de fórmulas y solemnidades importa un progreso en el derecho, porque así se previenen los litigios, se evitan los fraudes y se aseguran más eficazmente los derechos.

18. Esto no es verdad, pues aunque lo fuese, no por eso sería cierto que el sistema de fórmulas en los convenios importa un progreso. Ya hemos visto que esas fórmulas no tuvieron su origen en ninguna de las consideraciones modernas de interés público ó privado, sino simplemente en la impotencia intelectual de los primeros legisladores y de las primeras sociedades para conocer la verdadera causa de las obligaciones civiles, para proclamar el consentimiento mútuo como el verdadero generador de vínculos civiles; ni el estado económico, ni las ideas morales, ni el derecho público de aquellos tiempos podían dar á la libertad individual el papel importante que le dá el derecho moderno (1); y una vez establecidas las fórmulas sacramenta-

(1) «Pocas proposiciones generales relativas al siglo en que vivimos parecen estar tan completamente aceptadas como esta.» La sociedad de nuestro tiempo se distingue principalmente de la sociedad de las antiguas generaciones por el grande lugar que ocupa en las nuestras el contrato.»..... En los innumerables casos en que el derecho antiguo fijaba de una manera irrevocable la posición de un hombre desde su nacimiento, el derecho moderno le permite creársela por sí mismo, por medio de convenios. Las raras excepciones á esta regla que aun existen son denunciadas diariamente con una indignación apasionada.» [Sumner Maine op. cit.]

les al influjo de esta situación social y moral, basta la tradición, la buena fe que se opone á todo cambio y la costumbre para que ellas se perpetuaran en el derecho, aunque hubieran perdido su razón de ser. Este en general es el origen de casi todas las fórmulas jurídicas; y si el derecho moderno á partir desde su emancipación del derecho romano y de sus glosadores de la edad media ha conservado ó establecido por motivos ya racionales, ya no de tradición, algunas solemnidades externas con el carácter de sacramentales, esto ha sido solo cuando la importancia y trascendencia del negocio reclama tomar precauciones de autenticidad notoria para precaver perjuicio de tercero ó para asegurarse de la realidad de un acto que va afectar intereses muy graves del hombre.

Pero generalizar esas precauciones y exigir las en casi todos los contratos, en los que son frecuentísimos en la práctica, en los que es preciso se repitan día á día en el comercio humano, en los que el éxito del negocio depende de la celeridad de su realización, en los que no se versan más intereses que los transitorios y privados de los contratantes, en los que figuran siempre ó por lo común personas extrañas á los refinamientos y sutilezas de la legislación, en los que la costumbre y las necesidades del comercio han librado á la buena fe del consentimiento la validez y eficacia de las obligaciones; exigir en todos estos contratos solemnidades externas, no para el efecto de comprobarlos, sino como condición sacramental de su validez subordinando así la voluntad libre de los contratantes á la virtualidad de un escrito; hacer esto, es realmente un retroceso tan chocante, un anacronismo jurídico tan inesplicable, que no podemos aceptar en el legislador propósito é intención tan retrógrada, tan anticientífica, tan contraria á las necesidades de la sociedad y al desenvolvimiento y progreso del derecho. Más bien debemos suponer que hay inexactitud en la redacción gramatical de la ley y que ella tiene un sentido diverso del que parece indicar su texto literal.

IV.

NUESTRA OPINIÓN

Efectivamente, antigua y moderna, de la ley y de doctrina, universalmente aceptada en todos los pueblos de derecho escrito, es la distinción entre formalidades *probationis causa* y formalidades *solemnitatis causa*. ¿Que doit-on entendre par acte ou contracte solennel? Pour répondre à cette question, il faut rappeler la distinction que les lois établissent entre les formalités volues seulement *probationis causa*, et celles qui sont requises *solemnitatis causa*. Une formalité est prescrite *probationis causa*; quand son seul but est de prouver l'existence du fait. Elle est au contraire établie *solemnitatis causa*, quand elle n'est pas seulement exigée pour prouver le fait, mais parce que le législateur a raison de l'importance de l'acte, a voulu l'entourer d'une plus grande solennité; soit pour en rendre la suppression ou la supposition plus difficiles, soit pour tout autre motif.—La conséquence dont nous occupons forme précisément la différence essentielle entre les formalités exigées *probationis causa* et celles exigées *solemnitatis causa*; c'est, est que les premières peuvent être suppléées, pourvu que la preuve qui résulte de l'acte suppletif soit aussi parfait que celle qui résulterait de la formalité même, tandis que au contraire, les secondes n'ayant pas été prescrites dans le seul but de prouver le fait, l'acte auquel il manquerait une seule de ces formalités n'en serait pas moins nul, quand même il n'y aurait aucune doute sur la sincérité de son contenu. Cette nullité attaquerait l'acte dans son principe, elle ne pourrait être couverte ni par la ratification ni par le laps de temps; *omnis actus legitimus*, dit Cujas in leg. 77 D. de reg. jur., *momento temporis perficitur.*» (Solon *Theorie sur la nullité des actes* tome 2^o n^om. 355.)

En el mismo sentido se expresa Laurent (tomo 15 n^om. 446 y siguientes) y con él todos los autores, enseñando el primero que en los contratos solemnes «la solennité est exigée pour l'exis-

tence même de l'acte... Ces notions sont élémentaires et l'on est étonné de les voir méconnues par de bons auteurs. M. Larombière semble nier la différence profonde qui sépare les contractes non solennels des contractes solennel on ne voyant dans les solennités qu'une question de preuve. Sans doute, un contract que l'on ne peut pas prouver est comme s'il n'existait pas; néanmoins on ne doit pas confondre la preuve avec les conditions requises pour l'existence d'une convention. Quand il on agit d'un contract non solennel, le demandeur peut toujours faire interroger le défendeur sur faits et articles et se prévaloir de l'aveu de la partie adverse; il peut encore lui déférer le serment. Il en est tout autrement des contrats solennels. Vainement le donateur avouerait-il la donation, vainement déclarerait-il qu'il la veut maintenir, quoique nulle en la forme; il ne le peut car il ne peut pas donner la vie à un contract mort-né.»

La misma distinción consigna Gutiérrez Fernandez en sus *Estudios fundamentales sobre derecho civil español* (tomo IV pág. 53 Ed. 1871); y á este propósito y antes de sacar las consecuencias lógicas que se deducen de esa distinción axiomática ya en el derecho moderno vamos, á presentar un ejemplo de lo que decide la doctrina de los juristas extranjeros en un caso en que á pesar de que la ley pronuncia la nulidad, se ha interpretado que esa nulidad no priva de toda existencia al acto respectivo.

El art. 1325 del Código civil francés previene que: «los actos que constan en documento privado y que contienen contratos sinalagmáticos no son válidos (*ne sont valables*) si no están escritos en tantos originales cuantos son los distintos interesados que allí figuran.» A pesar de ser bastante explícita la frase *no son válidos*, Solón (op. cit. tomo I n^om. 33) enseña lo siguiente: «Sostenemos con toda confianza que la falta de la duplicidad del documento quitando solamente al acto su efecto directo, nada impide que sirva ese documento de un principio de prueba por escrito.» Laurent (ob. cit. tomo IX n^om. 227 y siguientes) enseña también que: «Las Cortes de Bélgica no han variado nunca. Desde los primeros años que siguieron á la publicación del Código civil, la corte de Bruselas ha establecido muy bien que las formalidades del art. 1325 no tenían por objeto sino la prueba literal, lo cual resulta del lugar que ocupa; si el acto es nulo, no