

CAPÍTULO XVI. Octavo título general del código civil. — De los contra-	
tos	1.
SECCION II. División de los contratos . . .	7.
COMENTARIO.	12.

PRINCIPIOS DE LEGISLACION.

CAPITULO XVI.

*Octavo título general del código civil. —
De los contratos.*

Los contratos son unos actos de colacion ó de investidura, son unas convenciones, unas leyes mas ó ménos efímeras que los particulares proponen, y el soberano adopta con tal que sean válidas. ¿Pero qué contratos debe el soberano confirmar con el sello de su poder? todos: hé aquí mi respuesta; porque todas estas convenciones privadas se hacen siempre con la mira de algun provecho recíproco, y no se las puede limitar ó restringir, sin perjudicar en la misma proporcion á la felicidad de los individuos. Libertad entera en los contratos: esta será la regla general, y si hay algunos á que el legislador deba negar su

sancion, será siempre por alguna razon particular. Las razones para declarar inválidos ó ilegítimos ciertos contratos, se tomarán siempre de la naturaleza de las convenciones mismas, porque sean contrarias al interés público ó al interés de un tercero, ó al de las partes contratantes.

Las excepciones deben indicarse en un título á parte, y en el código mismo debe hallarse el catálogo de los contratos á que la ley niega su sancion, ya sea absolutamente, ya sea condicionalmente.

La ley debe obrar con franqueza, y cuando concede su sancion á un contrato, no se la debe quitar secretamente con condiciones no expresadas como tales.

Agravar los gastos de los pleytos, es violar la promesa que se ha hecho de sancionar los contratos: es hacer inaccessible la justicia á los pobres, es decir, á los que mas necesidad tienen de ella. Esta es una verdad que nadie se atreverá á negar, aunque sea vergonzoso el confesarla.

Me sirvo de la palabra *contrato* ó *transaccion* para explicar indistintamente un

acto de investidura , una convencion , ó un conjunto ó compuesto de convenciones formadas al mismo tiempo.

Esto supuesto , pueden dividirse las obligaciones en *originales* y *adjecticias* : llamo *originales* á las que se mencionan expresamente en el contrato mismo, y *adjecticias* á las que la ley tiene por conveniente añadir á las priméras. Las unas recaen sobre acontecimientos que las partes contratantes han previsto , y las otras sobre acontecimientos que no han podido preveer ⁽¹⁾. Así es como en todos los países la ley ha suplido la poca prevision de los individuos , haciendo por ellos lo que ellos hubieran hecho por sí mismos , si su imaginacion hubiera sabido anticipar la marcha de la naturaleza.

El legislador sábio , reconociendo estas

(1) Empréstito de un caballo : cae enfermo : ¿ quién debe pagar la cura, el que lo prestó ó aquel á quien fué prestado ? -- Un cuarto arrendado sin hacer mencion de tiempo , -- ¿ qué término se debe dar al locatario para dejarlo despues de haberle avisado que lo deje ? -- Segun la variedad de los contratos y de las cosas que son materia de ellos , es necesaria una variedad correspondiente de obligaciones adjecticias.

obligaciones facticias por lo que son, es decir, por obra de sus manos, las apoyara sobre razones sencillas y verdaderas, sacadas del principio de la utilidad. Los jurisconsultos han fundado estas obligaciones sobre algunas ficciones, es decir, sobre algunos hechos que por confesion de ellos mismos nunca han existido : donde no ha habido convencion, ellos la suponen : donde no ha habido mas que una ó dos, suponen mil, y tienen la desvergüenza ó la simpleza de atribuirnos que hemos querido cosas en que, segun ellos mismos, nunca hemos pensado, y esto es lo que entre ellos se llama *razonar*.

Descomponer un tal contrato, desmontar una á una todas las piezas que le forman, hacer ver el monton de obligaciones encerradas en él, es una especie de mecánica desconocida hasta aquí.

La ley impone obligaciones adjecticias no solamente al autor de la convencion fundamental, sino tambien á otras personas en virtud de alguna conexion ó relacion que tienen con la persona principal ; y así es como las obligaciones pasan á los here-

deros, y algunas veces á los acreedores ; ¿ por qué ? porque sus derechos respectivos solamente se extienden al valor líquido ó neto de los bienes del difunto.

Supongámos que á un efecto que solamente está bajo mi custodia sucede una pérdida ; ¿ seré yo responsable de ella ? Este es un caso que se divide en una infinidad de otros , el efecto puede ser un valor abstracto , una suma de dinero , una cosa en especie , ¿ se creará que está ó no bajo mi custodia ? ¿ la tengo á título de empréstito , de depósito ó de prenda ? y así de lo demas::: Nótese que aunque en estos casos se habla siempre de contrato , hay muchos en que yo puedo tener la cosa sin convencion , sin promesa , sin algun acto de voluntad que la concierna.

El legislador tiene dos escollos que evitar ; el de estrechar los servicios , y el de favorecer la negligencia : si se dá demasiada extension á la responsabilidad , se corre el primero de estos riesgos : si se la dá demasiado poca , se corre el segundo.

Yo no quiero entrar aquí en un exámen crítico de los contratos romanos : esta se-

ría una obra que causaría un fastidio mortal, y aunque se piensen en su división y en su nomenclatura todos los defectos imaginables, sería difícil exagerar. La idea de *promesas recíprocas, de disposiciones mútuas*, tan familiar á todo el mundo, se halla de tal modo oscurecida en este funesto y absurdo sistema de jurisprudencia, que los jurisconsultos que lo han explicado continuamente, conocen siempre la necesidad de nuevas explicaciones : en vano amontonan volúmen sobre volúmen : nunca de este cahos saldrá la luz.

Todo en este punto está por hacer : hay que hacer olvidar una lengua que se dice sábia, y hay que enseñar una lengua sencilla y familiar; pero los que nada saben, tienen adelantado mas de la mitad sobre los que tienen que olvidar lo que los jurisconsultos llaman entre ellos *ciencia*.

SECCION II.

Division de los contratos.

Existe un contrato entre dos partes , cuando existe entre ellas una disposicion , sea de bienes , sea de servicios , ó una promesa legal hecha por la una en favor de la otra.

Una disposicion ó una traslacion de bienes , es un acto en virtud del cual se hace una mudanza en los derechos legales de dos ó muchas personas con respecto á un cierto objeto.

Los contratos pueden ser , ó momentáneos , ó permanentes.

Pueden dividirse en tres clases.

1^a Promesas.

2^a Disposicion ó traslacion de bienes de una parte á otra.

3^a Contratos mixtos que contienen disposiciones y promesas.

Las disposiciones y las promesas pueden ser *uni-laterales* ó *bi-laterales* , segun que haya ó no reciprocidad de obligacion.

I^o *Promesas uni-láteras.*

- 1^o Fianza.
- 2^o Pacto simple de donacion, etc.
- 3^o Promesa uni-látera de matrimonio.

II^o *Disposiciones uni-láteras.*

- 1^a Donacion gratuita.
- 2^a Legado.
- 3^a Empréstito gratuito en especie.
- 4^a Depósito gratuito para guardar.
- 5^a Hipotecacion *in futurum*.

III^o *Promesas bi-láteras.*

- 1^o Convenio sobre compra y venta.
- 2^o Convenio sobre permuta.
- 3^o Apuesta ⁽¹⁾.

(1) La especie de contrato llamado *apuesta*, debe ser objeto de una atencion particular. Segun la aplicacion que se hace de él, puede encerrar en sí toda la fuerza de una ley, y de una ley que obraria con una doble sancion, la de las penas y la de las recompensas. Se puede hacer uso de este contrato á manera de *soborno* para todos los delitos imaginables. Apostad, por ejemplo, que una persona no vivirá mas que tanto tiempo, y ved las consecuencias que una apuesta semejante puede producir.

En el caso de las pérdidas que pueden suceder por incendios ó por naufragios, el *seguro* no es otra cosa que

4º Convenio de obligacion á celebrar otro contrato cualquiera.

5º Promesas bi-láterales de matrimonio.

IVº *Disposiciones bi-láterales.*

1º Permuta.

2º Compra y venta.

3º Cambios de moneda.

4º Compra de letras de cámbio.

5º Compra de renta sin hipoteca.

6º Compra de renta con hipoteca.

Mixtas que contienen disposiciones y promesas.

1º Empréstito de dinero gratuito ó con interés.

una especie de apuesta, y son demasiado conocidos sus efectos como medio de soborno.

Puede tambien hacerse un mal uso de la apuesta por su aplicacion á la ley *adjetiva*, esto es, á la substanciacion judicial. En el tiempo en que se dudaba del sexo de la caballera ó del caballero de Eon, fué motivo de una apuesta. Sobre ella se puso un pleyto en uno de los tribunales de Westminster, y fuéron citadas muchas personas á comparecer y declarar en el asunto. A esta especie de apuesta se la podria dar el nombre de apuesta de inquisicion vejatoria.

- 2º Aseguración gratuita ó por premio.
- 3º Arriendo de casa, etc.
- 4º Arrendamiento de casa y hacienda de labor, etc.
- 5º Dación en prenda.
- 6º Contrato de matrimonio.
- 7º Contrato de aprendizaje.
- 8º Arriendo de criado : oficial de fábrica ó de economía rural ú otros trabajos productivos; de mancebo de mercader.
- 9º Alistamiento voluntario.
10. Donación en fideicomiso.
11. Legado en fideicomiso.
12. Contrato de sociedad en materia de comercio.
13. Depósito por vía de mandato.
14. Contrato de sociedad en materia de manufacturas.
15. Depósito á guardar por un precio que el deponente ha de pagar *in futurum*.
16. Empréstito de efectos por un precio á pagar *in futurum*.
17. Adopción.

Depósito. Especies.

Las especies se constituyen por los di-

ferentes fines, por los cuales se hace el contrato.

Iº Por cuenta del deponente.

1º Guardar simplemente la cosa : portero-mesonero.

2º Transportar simplemente de un lugar á otro : carruagero, — capitán de navío de transporte.

5º Mejorar : picador de caballos, — tinturero, — molinero, — sastre.

4º Emplear sin mejorar; pero sin consumir, es decir, sin destruccion entera : como herramientas, — capital fijo de fábrica, — criados.

5º Consumir : como leña para quemar, — drogas para teñir, — tinta para escribir.

IIº Por cuenta del depositario.

6º Depósito de cosa prestada á título gratuito.

7º Depósito de cosa arrendada por un precio.

III.^o *Por cuenta del deponente y del depositario.*

8^o Asociado en cosas adquiridas por un co-asociado en beneficio de la sociedad.

IV.^o *Por cuenta del uno ó del otro, segun el suceso.*

9^o Prendista, ó el que recibe en prenda.

COMENTARIO.

Bentham, que tiene siempre tanto placer en exagerar los vicios de la jurisprudencia romana, se desencadena en este título contra el sistema de ella sobre los contratos; sistema que llama funesto y absurdo, despues de haber dicho, que aunque se le atribuyan todos los defectos imaginables, será difícil ponderar. Yo pienso al contrario, que el sistema de las leyes romanas sobre los contratos, su division y su nomenclatura, aunque no esté absolutamente exento de defectos, es sin embargo bastante sencillo y claro, y está al alcance de una inteligencia mediana; y que el de Bentham es obscuro, complicadísimo, ininteligible, y diria absurdo, si no me detuviera el respeto que por tantos títulos justísimos se debe á este célebre jurisconsulto filósofo. Esta proposicion debe parecer muy

osada , y yo no me atreveria á escribirla , si no estuviera en estado de sostenerla con pruebas irreplicables. Luego las verá el lector en el exámen que pienso hacer de las divisiones y nomenclatura de Bentham ; pero ántes creo conveniente dar un compendio muy breve del sistema de la jurisprudencia romana sobre los contratos ; para que teniendo á la vista uno y otro pueda compararlos y juzgarlos. Yo desconfio mucho de mis luces ; porque precisamente me hallo en la posicion de aquellos de quienes dice Bentham , que para entender su nueva doctrina , necesitan olvidar la que han aprendido , y trabajar la mitad mas que los que nada saben.

Los contratos son convenciones , leyes mas ó ménos pasajeras , que los particulares proponen , y el legislador confirma con su sancion , con tal que no sean contrarias al interés público , al de algun tercero , ó al de los contrayentes mismos. Los contratos opuestos á alguno de estos intereses , son los únicos que el legislador no debe adoptar : estas son las excepciones ; la regla general debe ser , dar libertad entera á los contratos , y dejar obrar al interés individual. Esta doctrina de Bentham es muy conforme á la de los jurisconsultos romanos , y lo que es mas á la sana razon. La ley pues debe en general dar su sancion á todos los contratos , obrando con franqueza , y cuando la concede , no debe despues quitarla por medios indirectos

y torcidos, como por ejemplo , agravando las costas de los procesos , costas que hacen inaccesible la justicia á los pobres , es decir , á los que mas la necesitan. Júzguese por aquí de los derechos de timbre , de registro , de papel sellado , y otros parecidos que la rapacidad del fisco, que en todo halla una materia de impuesto, arranca á los desgraciados litigantes, como para agravar su desgracia , y obligarlos á sufrir mas bien que se les despoje de lo que es suyo , que á recurrir á la justicia.

Despues de haber mi autor dividido las obligaciones en principales, que son aquellas de que se hace expresa mencion en el contrato, y accesorias ó adjecticias, que son aquellas que la ley tiene por conveniente añadir á las primeras, dice que los juriconsultos han fundado estas últimas sobre ficciones, es decir, sobre ciertos hechos, que, segun ellos mismos, nunca han existido. Suponen una obligacion donde ninguna hay : donde hay una ó dos, suponen mil, y tienen la impudencia ó la simpleza de atribuirnos una voluntad que nunca hemos tenido, y esto es á lo que llaman *razonar*. Yo no sé contra qué juriconsultos se dirige esta amarga censura ; pero sé de cierto que los romanos á lo ménos no la merecen, porque no han fundado las obligaciones adjecticias sobre ficciones, sino sobre la ley : no suponen convenciones que no hayan existido expresa ó tácitamente, ni atribuyen á los contrayentes otra

voluntad que la de hacer lo que las leyes y la buena fé piden que se haga , aunque expresamente no se haya pactado. Esta voluntad existe realmente , porque los que compran y venden , por ejemplo , tienen evidentemente la voluntad de celebrar un contrato firme y eficaz , de someterse á las condiciones que prescriben las leyes , y de ligarse con las obligaciones que son inherentes é inseparables de la naturaleza del contrato , aunque nada hayan dicho sobre esto. Estas obligaciones adjecticias son consecuencias precisas de la obligacion principal , y quien quiere el principio , quiere las consecuencias necesarias de él. Los contrayentes no deben ignorar á qué se obligan por el contrato que celebran , y si lo ignoran , justo es que sean tratados como si lo supieran , sin que puedan defenderse con una ignorancia inexcusable de derecho. Las leyes de España en ciertos contratos obligan á los escribanos que los autorizan á instruir á los contrayentes en las obligaciones con que se ligan , y expresar en la escritura que así lo han hecho ; y convendria que esta providencia se generalizase mas , extendiéndola á todos los contratos , y velando sobre la observancia de ella : entónces sería expresa la voluntad de conformarse con todas las disposiciones de la ley sobre el contrato.

Todas las responsabilidades de que no se ha hecho mencion en el contrato , y nacen de la naturaleza de él , son obligaciones adjecticias ,

y á cerca de estas responsabilidades establecen las leyes romanas unas reglas generales de facilísima aplicacion. En aquellos contratos de que solamente resulta utilidad al deudor ó al obligado, este responde de todos los daños que con una diligencia suma hubiera podido evitar : esto es una consecuencia del principio de justicia que enseña, que el daño debe ser de quien es el provecho. Yo presto gratuitamente mi caballo á Ticio : el caballo perece por una muy pequeña negligencia que un hombre diligentísimo hubiera prevenido : ¿ de quién debe ser la pérdida? De Ticio ; pero será mia , si, á pesar de haber tenido el mayor cuidado, el caballo ha perecido , como si lo ha muerto un rayo : en este caso la regla es que las cosas perecen para su señor. En aquellos contratos de que resulta utilidad á los dos contrayentes , la responsabilidad no es ni debe ser tan fuerte , y basta cuidar de la cosa que versa en el contrato como un hombre ordinariamente diligente cuida de las suyas. Yo alquilo mi caballo por un cierto precio, el arrendatario ántes ó despues de servirse de él, le pone en la cuadra con otro suyo, y cierra la puerta con llave : el caballo ha sido robado : ¿ para quién es la pérdida? Para el dueño , porque el arrendador ha hecho por guardar el caballo arrendado lo mismo que por guardar el suyo ; y lo que hacen generalmente todos los hombres por guardar sus caballos. El robo se hubiera evitado , si á mas de la llave,

se hubiera asegurado la puerta con un cerrojo ó una barra , como lo habria hecho un hombre cuidadoso en sumo grado ; pero el arrendador no está obligado á tanto. En aquellos contratos de que solamente resulta utilidad al acreedor ó al que tiene el derecho, aun es menor la responsabilidad del deudor ó del obligado ; y este llena toda su obligacion con tal que no dé lugar maliciosamente , ó por una negligencia crasa , que en los contratos equivale al dolo , á la pérdida de la cosa que es materia del contrato. Yo doy á Ticio mi caballo para que me lo guarde gratuitamente : Ticio lo pone en la cuadra con el suyo ; pero es un hombre descuidado , mas que lo son regularmente los hombres , y deja abierta la puerta , como siempre lo habia hecho : roban mi caballo : ¿ para quién es la pérdida ? Para mí ; pues el robo no se ha ejecutado por malicia ó por dolo de Ticio que ha custodiado mi caballo como el suyo , y como dice perfectamente un jurisconsulto romano , el que confia sus cosas á un hombre tan descuidado , debe imputarse á sí mismo las resultas de esta imprudencia. Por estas reglas , que con una mediana atencion pueden muy bien entenderse , no es difícil responder á la cuestion que propone Bentham : un efecto que guardo tiene una pérdida , ¿ soy yo responsable de ella ? Basta saber por qué título ó contrato está la cosa en mi poder , y las reglas se aplican naturalmente y sin esfuerzo alguno. Digo lo mismo

del caso del caballo prestado , de que Bentham habla en una nota , y en cuanto á la cuestion sobre el término que debe darse al arrendador de una casa despues de haberle prevenido que la deje , esto depende de las convenciones , ó de las leyes , ó de la costumbre particular de cada pais ; y el que toma en arriendo una casa , tiene la voluntad de someterse , si no dice otra cosa , á lo que prescriben estas leyes ó estas costumbres. Voy á acabar de desempeñar la promesa que hé hecho á mi lector de darle un compendio muy abreviado del sistema de los juriscultos romanos sobre los contratos , ciñiéndome siempre á los primeros elementos ; porque una explicacion circunstanciada de todo el sistema , exigiria muchos volúmenes.

Empecémos por definir el contrato , supliendo la negligencia de nuestro autor , que , no sé por qué , no nos ha dado una definicion precisa de él : pues cuando se habla de una cosa , conviene sobre todo saber de qué se habla. Es pues el contrato un pacto ó convencion que tiene un nombre especial , ó sin él , una causa civil para obligar ; y supuesto que todo contrato es un pacto , para saber que sea un contrato , es indispensable saber que es un pacto. El pacto es el consentimiento ó la voluntad de dos ó mas personas sobre una misma cosa , y es , ó desnudo , ó vestido : el pacto desnudo ó puro , es el consentimiento solo , nada mas que el consentimiento , y no produce obligacion civil ,

ni por consiguiente accion, á no ser que se añada inmediatamente á un contrato de buena fé, con el cual se incorpora y hace un todo, en cuyo caso produce la obligacion y accion del contrato mismo con que se ha incorporado; ó que la ley por una razon particular le dé la fuerza y eficacia del contrato, por lo que este pacto se llama legítimo, y tal es el pacto de sponsales. El pacto vestido es el que á mas del consentimiento de los pactantes tiene un nombre especial, ó sin él una causa civil de obligar, y así el pacto vestido no es otra cosa que el contrato. Llámase causa civil de obligar una cosa dada, ó un hecho ejecutado por uno de los contrayentes, de lo que nace la obligacion del otro.

Los contratos pues se dividen en nominados é innominados; nominados, son los que tienen un nombre particular, como la compra y venta, la locacion y conduccion, el depósito, etc.; pero no se crea que deben al nombre su fuerza obligatoria: la deben á la ley, que por la importancia de ellos, ó por su uso mas general y frecuente que el de los otros, ha creído conveniente darles un nombre especial. Los contratos innominados son aquellos que sin tener un nombre particular, tienen una causa civil de obligacion, y son cuatro: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut facias*, *facio ut des*. Los contratos nominados producen una accion que tiene el mismo nombre que el contrato de que

nacen : *actio empti et venditi* , *actio locati conducti* , *actio depositi* , etc. ; los contratos innominados tambien producen una accion innominada como ellos , y que se llama con un nombre general *actio prescriptis verbis*.

Los contratos nominados se distinguen en *consensuales* , *reales* y *verbales* : ya en otra parte hé dado razon de estas denominaciones , y solo me queda que advertir que los contratos innominados son todos reales ; porque para que produzcan obligacion y accion , no basta el consentimiento de los contrayentes , sino que es necesario que intervenga un hecho ó una cosa ; pero si se reflexiona un poco , se verá que todos los contratos se reducen en última analisis á la permuta , que es el principio y origen de ellos ; porque en todos se trata de cambiar ó permutar cosas por cosas , cosas por hechos , ó hechos por hechos : aun los contratos que parecen mas gratuitos , son verdaderas permutas , ó del servicio que se hace por el servicio que se espera , ó del servicio por el placer que resulta de hacerlo , ó del servicio por el reconocimiento de la persona favorecida.

Los contratos nominados son ademas bi-laterales , ó uni-laterales : bi-laterales , son los que obligan directamente á todos los contrayentes ; y uni-laterales , los que solo obligan directamente á una de las partes. Todos los consensuales son bi-laterales , la compra y venta , la locacion y conduccion , la sociedad , el

enfitensis ; y por el contrario todos los contratos verbales y reales son uni-laterales : la estipulacion , la fianza , el comodato , el depósito , el mútuo , la prenda . Estos contratos uni-laterales pueden por accidente producir una obligacion y accion que se llama contraria : yo deposito una cosa en Ticio : solamente Ticio es por lo comun obligado por este contrato ; pero él ha hecho algunos gastos para guardar la cosa depositada : yo tengo la obligacion de resarcírselos , y él puede demandármelos por la accion que se llama *depositi contraria*.

Se dividen tambien los contratos nominados , en contratos de buena fé , y contratos de rigoroso derecho , *stricti juris* ; no porque en todos no sea necesaria aquella buena fé que excluye el dolo , sino porque en algunos esta buena fé se extiende mas que en otros , y es necesaria de un modo mas particular : en los contratos de buena fé los contrayentes se obligan no solo á lo que expresamente han pactado , sino tambien á todo lo que exige la probidad y la equidad ; pero en los de rigoroso derecho los contrayentes á nada mas quedan obligados que á lo que han convenido , á lo que expresan las palabras del contrato . Hay entre ellos otra diferencia , y es que los pactos añadidos *incontinenti* á los contratos de buena fé , producen obligacion y accion , y no los que se añaden á los contratos de rigoroso derecho . Todos los contratos consensuales son de buena fé ; los verbales y reales

son *stricti juris*; y á esta clase pertenecen por consiguiente los contratos innominados.

Son á sí mismos los contratos, ó principales que existen por sí mismos con independencia de cualquiera otra convencion, ó accesorios que no pueden existir sin otros contratos: tales son la fianza y la prenda, que no son mas que unas garantías ó seguridades de los contratos en que se exigen, y que producen una obligacion accesoria, que solo existe miéntras existe la principal, y se acaba con ella.

Por el modo de contraerlos, se dividen igualmente los contratos, cualquiera que sea la clase á que pertenezcan, en puros, condicionales, ó con dia, *in diem*: los primeros son los que se contraen sin circunstancia alguna que no sea de la naturaleza del contrato: ¿ *prometes darme ciento?* *prometo*: los segundos son los que se contraen bajo de cierta condicion ó calidad: ¿ *prometes darme ciento si llega el navio de la Asia?* *prometo*: y los contratos con dia ó *in diem*, son los que se celebran con señalamiento del dia en que deben cumplirse. ¿ *Prometes darme ciento en el dia primero de Mayo proximo?* *prometo*. Los contratos puros en el momento en que están perfeccionados producen la obligacion, y una accion eficaz que puede deducirse en juicio; los condicionales no la producen hasta que se verifica la condicion, y nunca, si esta nunca se realiza; y los contratos *in diem* producen desde luego

obligacion y accion ; pero una accion que no es eficaz hasta que llega el dia señalado , puede ántes ser repelida por una excepcion. Hay contratos que tienen la apariencia de condicionales , y son puros , v. g. *te daré ciento si mañana sale el sol* ; otros que parecen condicionales , y son *in diem* : *te daré ciento si llega el dia primero de Mayo* ; y otros en fin que parecen *in diem* , y son condicionales : *te daré ciento en el dia que el navio de la Asia llegue*.

Estos son los elementos de la jurisprudencia romana sobre los contratos , y estoy seguro de que cualquiera que los conozca podrá prontamente señalar al contrato que se le presente el lugar que le corresponde en las divisiones referidas. Estas por otra parte son claras , son completas , porque contienen todo el dividendo , pues no hay contrato que no pueda clasificarse en alguna de ellas ; y no son redundantes , porque nada contienen que no sea el dividendo , es decir , que no sea contrato.

No tienen estas calidades las divisiones de Bentham : contienen cosas que no son contratos : confunden á cada paso cosas que son muy diversas , y no siempre son claras. A estas divisiones precede una máxima general que no me parece cierta. Un contrato existe entre dos partes , dice Bentham , cuando existe entre ellas una disposicion ya sea de bienes , ya sea de servicios , ó una promesa legal hecha por la

una en favor de la otra ; pero lo primero , puede existir una disposicion de bienes sin que exista algun contrato , como cuando se dispone de alguna cosa por legado ó por donacion ; y lo segundo , no toda promesa legal de una de las partes en favor de la otra es un contrato ; para que lo sea es necesaria la aceptacion , pues que todo contrato es un pacto , y el pacto no puede existir sin el consentimiento de dos personas á lo ménos. Bentham hubiera hecho muy bien en darnos una definicion general, clara y precisa del contrato , en vez de estas descripciones que carecen de exactitud , y que , para que parezcan verdaderas , necesitan ser muy explicadas y modificadas.

Divide Bentham los contratos en tres clases : 1.^a los que contienen promesas : 2.^a los que contienen disposicion ó traslacion de bienes de una parte á otra : 3.^a los que contienen disposiciones y promesas. De los tres miembros de esta division , los dos primeros contienen cosas que no son contratos , y el otro solo comprende el dividido entero. Con efecto ya hemos visto que las promesas por sí solas no son contratos ; porque todo contrato es una convencion , y en una convencion son necesarias á lo ménos dos personas. La misma voz *convencion* significa esto bien claramente , pues *convenir* es lo mismo que estar de acuerdo , estar conformes , como *contratar* significa tratar uno con otro. El voto parece á primera vista una promesa simple

obligatoria ; pero el voto mismo no obligaria , si no fuera aceptado y consentido á lo ménos tácitamente ; á mas de que puede ser el voto un acto obligatorio, sin ser un contrato ; porque no todas las obligaciones vienen precisamente de contrato ¿ y no pudiera decirse tambien que el voto es una especie de permuta , un contrato innominado ¿ *facio ut des* ? El frayle que hace sus votos se obliga á ciertos ejercicios y mortificaciones , porque Dios le dé el premio que por ellas tiene prometido. Ni aun puede decirse que toda promesa aceptada sea un contrato : pues puede ser un pacto puro que no es obligatorio ; y si se me dice que no debe juzgarse de las divisiones de Bentham por la doctrina de los jurisconsultos romanos que él mismo combate , yo diré que en cualquiera sistema , confundir cosas que tienen caratères esenciales muy diversos , es un vicio que produce obscuridad , tinieblas impenetrables , y hace de una ciencia un embrollo ininteligible.

Disposicion ó traslacion de bienes de una parte á otra : :: pero ¿ qué entiende Bentham por disposicion ó traslacion de bienes ? ¿ entiende el acto mismo de trasladar los bienes de uno á otro , de hacerlos pasar de una mano á otra , en una palabra , lo que se llama tradicion ? Pero esta puede hacerse á consecuencia de un contrato , como puede hacerse tambien sin él , y no es ella misma un contrato. La tradicion por sí sola no traslada el dominio : es necesario que

sea precedida de un contrato ó de otro título legítimo, y si Bentham llama disposicion al convenio de entregar seguido de la entrega, esto es lo mismo que los romanos llaman contrato consumado, y no forma una clase particular de contratos, sino que los contiene todos en general, pues todos pueden ser consumados ó no consumados.

Contratos mixtos que contienen disposiciones y promesas. — Aquí sin duda entiende Bentham por disposiciones una cosa distinta de las promesas; pero ¿qué entiende? ¿entiende por contratos mixtos aquellos en que la promesa de trasladar se reúne con el hecho de la traslacion? Entónces todo contrato consumado es un contrato mixto, y esta clase no es distinta de la anterior, ó por decirlo mejor, no es una clase, pues comprehende á todos los contratos de cualquiera clase que sean. En efecto todo contrato produce una obligacion, y toda obligacion es una necesidad legal de dar ó hacer alguna cosa, y siempre es hablar con poca exactitud, confundir el contrato mismo con la ejecucion ó consumacion de él.

Bentham subdivide las promesas y las disposiciones en uni-láterales y bi-láterales, y nos presenta por ejemplos de las primeras la fianza, el pacto simple de donacion y la promesa unilátral de matrimonio. La fianza es mas que una simple promesa, es un verdadero contrato que produce una obligacion accesoria de otra obliga-

cion sin la cual no puede existir. El pacto simple de donacion no aceptada ó consentida, ni es contrato, ni produce obligacion, y digo lo mismo de la promesa uni-lateral de matrimonio. En una division de los contratos, no debian comprehenderse mas que contratos.

En la subdivision siguiente de las disposiciones uni-laterales, se confunden los contratos con cosas que no lo son : la donacion gratuita y el legado no son contratos ; el empréstito gratuito y el depósito gratuito, son contratos verdaderos. No entiendo lo que es *hipotecacion in futurum*, á no ser que sea la promesa ó el pacto de hipotecar en cierto tiempo, y si es así, no es un contrato, sino un pacto desnudo que no produce obligacion, y es muy diverso de la hipoteca, que es un contrato real, el cual no es perfecto y obligatorio sin la intervencion ó entrega de la cosa hipotecada. Si Bentham se hubiera tomado el trabajo de explicar la locucion, *hipotecacion in futurum*, habria hecho un gran servicio á los talentos como el mio.

Ninguna de las promesas bi-laterales son verdaderos contratos : el convenio sobre compra y venta, el convenio sobre permuta, son solamente unos pactos desnudos : la apuesta es una donacion condicional como el juego : el convenio de hacer un contrato cualquiera, es tambien un pacto desnudo, y la promesa bi-lateral de matrimonio, es igualmente otro pacto desnu-

do ; pero de aquellos que la jurisprudencia romana llama legítimos ; porque la ley , haciendo en ellos una excepcion á la regla general , ha querido que sean obligatorios sin elevarlos , no obstante , á la clase de contratos.

Las que Bentham llama disposiciones bi-lá-terales , son verdaderos contratos bi-laterales , el cambio ó permuta de una cosa por otra , es el contrato innominado *do ut des* , y las otras disposiciones bi-laterales referidas por Bentham , no son mas que un contrato de compra y venta. El cambio mismo de la moneda no es otra cosa : pues realmente se reduce á comprar una moneda con otra moneda , doblones con duros , etc. Las compras de renta que se hacen perdiendo el capital son verdaderas ventas , ora sean hipotecarias , ora no lo sean ; porque la hipoteca que es , como hemos dicho , un contrato accesorio , no muda la naturaleza del contrato principal , como tampoco la muda la fianza ; de manera , que no parece que Bentham ha debido hacer dos especies diferentes de la compra de renta , con hipoteca y sin hipoteca , pero si la adquisicion de la renta se hace prestando solamente el capital , y sin enagenarlo irrevocablemente , entónces el contrato es un mútuo con interés.

El catálogo de los contratos mixtos que contienen disposiciones y promesas es un caos , un laberinto de que no es fácil salir ; porque prescindiendo de que todos los contratos consu-

mados son mixtos, es decir, contienen promesas y disposiciones en el sentido que puede darse á estas voces, como acabamos de verlo, se vén mezclados en el catálogo los contratos con títulos de adquisicion que no son contratos; y por otra parte, de una sola especie de contrato se hacen dos. El empréstito gratuito de dinero, ó con interés, es un mismo contrato, un mútuo; y el empréstito de efectos por un precio pagable *in futurum*, si es tambien mútuo, no debia componer una clase á parte; porque del mismo modo que en dinero, puede el mútuo consistir en especies fungibles (voz cuyo significado hemos dado en otra parte), como trigo, vino, etc. Digo, si es tambien mútuo, porque realmente yo no sé con bastante certeza, qué especie de contrato sea; porque un mútuo con precio, sería una venta, á no ser que por precio se entienda los intereses; pero esto sería hablar con demasiada inexactitud; ¿por qué Bentham no se tomará el trabajo de explicarnos estas frases inusitadas?

No sé que los romanos conociesen el contrato de aseguracion, que se ha hecho tan frecuente en nuestros dias, y cuya utilidad en la vida civil es tan evidente. El contrato de aseguracion gratuita, será una especie de donacion condicional, *si se pierde la cosa asegurada*; y la aseguracion por premio, será un contrato innominado, *do ut des*, el cual produce una obligacion pura en el dueño de la cosa asegu-

rada, que paga el premio en todo caso ; y condicional en el asegurador , que nada tiene que dar sino en el caso de que se pierda la cosa.

El arriendo de una casa , y el arriendo de una labranza , no debian formar dos especies separadas , como las forman en el catálogo de Bentham , pues que son una misma especie sin diferencia ; ó habriamos de hacer tantas especies de contratos , cuantas cosas hay que pueden arrendarse , venderse , etc.

La dacion en prenda es el contrato de prenda que contiene disposiciones y promesas como todos los contratos ; y el contrato de matrimonio es un contrato de sociedad.

El contrato de aprendizaje es el contrato innominado *do ut facias* : el aprendiz dá una cierta cantidad al maestro para que este le enseñe el oficio : lo que se llama arriendo de criados , de oficiales de fábricas , de mancebos de comerciantes , es un contrato innominado , *facio ut des* , ó *do ut facias* , y á la misma clase pertenece el alistamiento voluntario del soldado ó del marinero.

La donacion en fideicomiso , y el legado en fideicomiso no son contratos , porque como hé dicho , en el contrato se necesita la intervencion y el consentimiento de dos personas á lo ménos , y en la donacion como en el legado , que es tambien una especie de donacion , solamente interviene y consiente la persona del donante ó del testador , á no ser que yo no entienda las

expresiones *donacion en fideicomiso*, *legado en fideicomiso*, como podria muy bien suceder ; porque para mí son expresiones nuevas, que si no significan la donacion y el legado que se hace á uno para que entregue á otro la cosa donada ó legada , no sé que quieren decir. Bentham ha debido explicárnoslo, y no creer que escribia solamente para hombres de gran talento que entienden las cosas á media palabra. La obscuridad nace en gran parte de confundir la idea del legado con la del fideicomiso, que los que hemos estudiado la jurisprudencia romana no podemos confundir ; porque el legado se hace con voces imperativas, *doy*, *mando*, *ordeno*, y el fideicomiso con voces suplicatorias, *ruego*, *pido*, *encargo*.

Yo no sé por qué de la sociedad en materia de comercio, y de la sociedad en materia de manufacturas se han de hacer dos especies diferentes, cuando nada hay en la una, que no haya en la otra, á excepcion de la materia ; pero si la diversidad en esta bastára para hacer diversas especies de sociedad, habria tantas especies de esta, cuantas especies hay de materias sobre que puede contraerse : sociedad en materia de agricultura : sociedad en materia de pesca : sociedad en materia de caza, etc., etc.

El depósito de que alguno se encarga por un precio pagable *in futurum* por el deponente, no es un verdadero depósito, que es por su naturaleza un contrato gratuito. Si se permite

al depositario el uso de la cosa depositada pagando un interés, el contrato es verdaderamente un mútuo, si el depósito consiste en dinero ó en cosas fungibles; ó un contrato de locacion y conduccion, si la cosa depositada es de la clase de aquellas que no se consumen con el uso. Si el deponente promete pagar al depositario un premio por la custodia, el negocio es un contrato innominado, *do ut facias*. Depósito con precio es una implicancia en los términos, y es indiferente que el precio se pague de presente, ó se haya de pagar en otro tiempo.

La adopcion entre los romanos era un contrato de compra y venta; porque el padre natural, como señor de su hijo, le vendia al padre adoptivo. Aun despues que desapareció la realidad de esta venta, quedó por mucho tiempo la fórmula, y la adopcion se hacia *per æs et libram* con intervencion del librepende ó pesador, y un cierto número de testigos que debian ser ciudadanos romanos. Ultimamente, vino á ser la adopcion un contrato innominado, *do ut facias*, ó *facio ut des*, el hijo adoptivo se obliga á hacer todos los servicios filiales al padre adoptivo, y este se obliga mútuamente á dar todos los derechos de hijo legítimo y natural á su hijo de adopcion.

Trata al fin Bentham del depósito y sus especies, y dice que estas se constituyen por los diferentes fines con que se hace el contrato; pero por desgracia en el catálogo que nos pre-

senta de estas diferentes especies, no hay una sola que sea un verdadero depósito, á no ser que sea el de la cosa prestada á título gratuito, ó de la cosa arrendada por precio. Aun en esto no se entiende bien á Bentham, y yo á lo ménos no percibo si quiere hablar de la cosa prestada ó arrendada al depositario por el deponente, ó de la cosa prestada ó arrendada á este por un tercero, y puesta despues por él en depósito; en cuyo caso solamente sería el negocio un verdadero depósito; porque en el otro, ó sería un mútuo, ó un arriendo. En ninguno de los otros casos referidos por nuestro autor hay depósito; ya porque el depósito es gratuito, y en muchos de estos casos media un interés; y ya porque todo depósito se contrae en beneficio ó provecho del deponente solo, y Bentham cuenta algunos que se contraen en beneficio del depositario solo; otros contraidos en beneficio del deponente y del depositario al mismo tiempo; y otros, que segun el suceso, pueden ser en beneficio del deponente o del depositario. El que quiera presentar á los lectores un ejemplo de oscuridad y confusion, no tiene mas que presentarles este catálogo de los depósitos: yo voy á ver si puedo hacerle inteligible, y no necesitaré impugnarle de otro modo.

Cinco especies nos cuenta Bentham del depósito contraido por utilidad del deponente solo: 1.^a el depósito que se hace para guardar simplemente la cosa, como en el portero y el

mesonero ; pero el portero y el mesonero reciben un precio por custodiar las cosas que se ponen en su poder : luego el contrato que interviene con ellos , no es un verdadero depósito que debe ser gratuito , sino un contrato de locacion , ó un contrato innominado, *do ut facias* : 2.^a depósito que se hace para transportar simplemente la cosa de un lugar á otro , como en un arriero , en un carretero , en un capitán de navío de transporte : digo sobre esta especie lo mismo que hé dicho sobre la anterior : 3.^a depósito que se hace para mejorar la cosa depositada , como de un caballo en el picador para que le dome y enseñe : de una ropa en un tintorero para teñirla : de trigo en un molinero para hacerlo harina : de una tela en un sastre para hacer un vestido ; pero tan lejos está de que esta especie de contrato sea un verdadero depósito , que apenas se le parece en algo ; ya porque el depósito es por su naturaleza gratuito , segun tantas veces hemos dicho , y ya porque el depositario está obligado á volver la cosa depositada en el mismo estado en que la recibió sin alguna alteracion. Este contrato no es pues otro que el contrato innominado, *do ut facias* : 4.^a depósito que se hace para que se use de la cosa depositada sin mejorarla , pero sin consumirla , es decir , destruirla enteramente , como el depósito de herramientas , de un capital fijo de fábrica , de un criado ; pero ¿cómo pueden confundirse estos contratos con

el depósito? Si pongo en poder de un artesano algunas herramientas para que se sirva de ellas sin mejorarlas y sin destruirlas, y me las vuelva luego, este contrato, si es gratuito, será un comodato; y si interviene precio, será un arriendo: si entrego á un gefe de una manufactura un capital fijo para que use de él, y me lo restituya sin aumento ni disminucion, el contrato es un mútuo regular: si doy un criado mio á un individuo, para que se sirva de él por un tiempo, el contrato será un comodato ó un arriendo, segun que intervenga ó no precio en él: 5.^a depósito para consumir, como de leña para quemar, de drogas para teñir, de tinta para escribir; pero ¿no es necesario hacer la mas evidente violencia á las palabras para llamar depósito á la entrega que se hace á un individuo de ciertas cosas para que las consuma? Este contrato será un mútuo, ó una donacion, ó una venta; y si se le puede llamar depósito, no habrá contrato alguno á que no pueda aplicarse este nombre.

Del depósito por utilidad del depositario, nos presenta Bentham dos especies: 6.^a el depósito de cosa prestada á título gratuito: 7.^a el depósito de cosa arrendada por un precio; pero la entrega de una cosa prestada gratuitamente, es un mútuo, si la cosa es fungible, ó de aquellas que se consumen con el uso; y comodato, si pertenece á la clase de las que pueden usarse sin consumirlas.

Del depósito por utilidad del deponente y del depositario al mismo tiempo, no hay mas que una especie, el que se hace en un sócio de cosas adquiridas por otro en beneficio de la sociedad; pero si las cosas adquiridas por un sócio en beneficio de la sociedad se ponen en poder de otro, no para que las administre y negocie, ni use de ellas, sino únicamente para que las guarde gratuitamente, este negocio es un depósito regular, como otro cualquiera, y no forma una especie á parte. El socio depositario responde á la sociedad deponente de las cosas depositadas, y sus obligaciones son las mismas que las de otro cualquiera depositario.

Por utilidad del deponente ó del depositario, segun el suceso, tampoco hay mas que una especie de depósito, el de la prenda que se pone en poder del que presta sobre ella; pero no sé cómo puede Bentham llamar depósito á un contrato que no tiene alguno de los caracteres distintivos del depósito, y que es claramente un verdadero contrato de prenda.

Ha visto el lector el sistema de la jurisprudencia romana sobre los contratos al lado del de Bentham, y si despues de comparados con atencion y con imparcialidad, no dá decididamente la preferencia al primero, yo no los hé examinado y comprendido bien: habrá pocos que á primera vista no entiendan la doctrina de los jurisconsultos romanos, y no serán muchos los que entiendan la de Bentham por

mas que trabajen y la estudien. Yo no estoy seguro de haber entendido bien á mi autor en este tratado de su obra : todo en él me parece desórden , confusion y acinamiento : no veo mas en él que el furor de innovar , queriendo que los contratos sean lo que nunca han sido , y dándoles otros nombres que los que siempre han tenido : ¿ y se gana algo en la novedad ? Yo creo haber puesto á mis lectores en estado de poderlo juzgar por sí. Mi máxima sobre todas las cosas es la de los jurisconsultos romanos sobre las leyes : *evidens esse utilitas debet , ut recedatur ab eo , quod diutius utile visum fuit* ; y no veo que en la clasificacion y nomenclatura de los contratos que Bentham quiere substituir á la de los jurisconsultos romanos , se halle esta utilidad evidente.

CAPITULO XVII.

Nono título general del código civil. De los estados domésticos y civiles.

ESTE título general se establecerá para servir como de depósito de las leyes tocantes á los diversos delitos contra estos estados respectivos. Aquí es donde debe hallarse el catálogo de las clases de personas que tienen algunos derechos, ó algu-