

## LOS CONTRATOS SOLEMNES

“Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, aut servitutum nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel proestandum”.

D. 46 - 7 - 3 - PAULO.

### I

#### INTERPRETACION LEGAL

1. Uno de los más eminentes jurisconsultos de la época<sup>1</sup> ha consagrado su inmenso talento, su vasta instrucción y aun el prestigio de su nombre a la defensa de la inflexible aplicación de los textos legales en materia civil, combatiendo con rudeza y energía la tendencia casi universal de los autores a subordinar los preceptos de la ley a las exigencias de sistemas científicos o de principios de equidad. Pues bien, este puritano de las leyes civiles, no tiene embarazo en confesar con Portalis que los códigos se hacen con el tiempo, que hablando propiamente no se les hace, que ellos son una obra tradicional y que para entenderlos es preciso emprender estudios históricos;<sup>2</sup> no tiene inconveniente en reconocer que no bastando el texto de la Ley para entenderla, pues sólo es una fórmula abstracta que es preciso vivificar relacionándola con el *desenvolvimiento sucesivo del derecho*, sólo la historia nos puede revelar el *sentido y el alcance* de las instituciones jurídicas;<sup>3</sup> no teme finalmente incurrir en contradicción con sus doctrinas de *dura lex, sed ita scriptum est*, sosteniendo que aunque

el código dice que la donación no es un *contrato* sino un *acto*, no por eso dejará de ser contrato la donación,<sup>4</sup> que aunque el Art. 1628 del código civil nulifica todo pacto que libre al vendedor de la responsabilidad por el hecho personal de la evicción, ese precepto *es muy absoluto* y debe *limitarse a los hechos del vendedor posteriores a la venta*,<sup>5</sup> que aunque el Art. 1071 del mismo código ordena que el defecto de la transcripción de una cesión no puede suplirse ni por el conocimiento de terceros interesados, esto debe limitarse al caso en que esos terceros no sean de mala fe,<sup>6</sup> que aunque no es lícito distinguir donde la ley no distingue, sin embargo cuando la distinción brota del *objeto mismo* del asunto puede establecerse aun cuando la ley no la establezca.<sup>7</sup>

2. Podríamos presentar todavía más numerosos y patentes ejemplos de la imposibilidad en que se ha visto Laurent para ser fiel a sus doctrinas y principios dominantes, pero bastan los citados para que se comprenda que si el apóstol más celoso, el defensor más autorizado de la servil obediencia al texto de la Ley, se ve precisado más de una vez a levantar los principios de la razón, de la lógica y de la ciencia sobre el texto literal de las leyes, es ciertamente porque su texto, por muy estudiado y meditado que haya sido, no puede informar, es imposible que condense, que describa en toda su universalidad y pureza el conjunto de relaciones jurídicas que pretende regular. A este ideal se oponen obstáculos insuperables: las deficiencias o imperfecciones del lenguaje o del idioma, pues no existe ninguno que por la precisión y abundancia de sus palabras y giros evite ambigüedades y confusiones: la impotencia de los redactores de leyes, que nunca pueden reunir los heterogéneos y eminentes conocimientos literarios, jurídicos, históricos y sociológicos que se necesitan para atinar con la fórmula precisa e inequívoca de los principios, para generalizar los hechos regulados por la ley y para prever y por lo mismo armonizar las innumerables consecuencias que puede producir un precepto legal en el inmenso caos de las relaciones jurídicas; y por último, el progreso y aumento incesante de nuevas relaciones jurídicas correspondientes a nuevos hechos, a nuevas necesidades, a nuevas instituciones, y sobre todo a los trascendentales cambios de la ciencia humana que día a día perfecciona la noción de la justicia y el sentimiento del derecho, como perfecciona todas las nociones y todos los conocimientos de la vida.

3. Esta inanidad del texto de las leyes positivas, oráculos fríos y mudos, ante la flexibilidad y complejidad creciente de los hechos, de

los sentimientos y de las ideas,<sup>8</sup> es la que ha obligado a Jurisconsultos, a Magistrados y a Legisladores a admitir la facultad de interpretación como un suplemento tan necesario de las leyes, que sin ella la aplicación literal de estas sería no sólo inicua, sino absurda, desatinada, imposible.<sup>9</sup> Por desgracia no se ha escrito aún la obra maestra, la obra fundamental en derecho que dé y enseñe los verdaderos criterios para interpretar las leyes, aquellos criterios que basados no en aforismos tradicionales, ni en fórmulas puramente verbales, sino en la verdadera naturaleza, origen y fines sociales de las leyes positivas, nos den la clave para adaptar la inteligencia de los códigos no a exigencias gramaticales o puramente ideológicas, sino a las exigencias de la vida social, a las exigencias del progreso efectivo de la vida humana, a las realidades de la actividad siempre creciente de la civilización.

4. La legislación de un pueblo presenta por lo regular dos fases o puede dividirse en dos grupos de leyes: unas correspondientes a las necesidades más movibles y transitorias de la vida social y que tienen por lo mismo cierto carácter de empirismo y actualidad; y otras que refiriéndose a necesidades más permanentes de la vida humana previstas, estudiadas, clasificadas y sometidas a métodos lógicos, presentan por este motivo un carácter científico y son la *expresión*, no de una voluntad empírica y fugaz del legislador, sino de los adelantos que la experiencia, el trabajo y las transformaciones de los sentimientos han producido en la concepción del derecho, en las relaciones jurídicas de los hombres, en la manera de juzgar y de regular los actos de la vida humana. A esta segunda categoría de leyes pertenecen por lo común todas aquellas que son objeto de códigos formales, como los que rigen los derechos llamados civil, penal, de procedimientos, constitucional, etc. Nadie, por ignorante que sea, deja de sentir la diferencia que existe entre una ley transitoria y sin filiación ni trascendencia jurídica sobre pago de un impuesto, represión enérgica del delito de plagio, cambio del sistema monetario, establecimiento de algunas oficinas, etc., y la ley que fija las condiciones de los contratos, define y establece las servidumbres, determina los sistemas hereditarios e hipotecarios, mide con el compás de la ciencia la responsabilidad de los delincuentes y clasifica los delitos graduando su penalidad.

5. A esta última clase de leyes es a la que se refieren todos los jurisconsultos y todos los filósofos al afirmar que los códigos no se ha-

cen, esto es, que no son obra, que no son creación de los individuos que los redactan, sino que son la obra de los siglos, el fruto lento de muchas generaciones. Efectivamente, los redactores de un código civil por ejemplo, ¿son acaso los que han inventado la división de los derechos en reales y personales, de los contratos en nominados e inominados, consensuales, y reales, de los bienes en fungibles y no fungibles, de propiedad pública y privada; son acaso los que han descubierto la naturaleza y efectos de la posesión y la prescripción, la división de condiciones esenciales, naturales y accidentales de los contratos y efectos de ella, la accesión natural, industrial y civil, lo que es dominio, lo que es servidumbre y las varias especies y efectos de éstas: son acaso los que han analizado últimamente la naturaleza íntima de las obligaciones civiles para clasificarlas magistralmente en condicionales y puras, conjuntivas y alternativas, simples y solidarias, de hecho, de cosa, etc? Evidentemente que no, que este trabajo estaba ya hecho, que ellos no han sido ni han podido ser los autores de ese lenguaje técnico, de esas clasificaciones precisas, de esas definiciones exactas, de esos desenvolvimientos lógicos y de esas síntesis y generalizaciones admirables que encarnan inmensas previsiones y seculares experiencias; ellos no han podido hacer esas obras maestras de lógica, de observación y de ciencia, porque esas obras suponen experiencias seculares, ensayos infinitos, esfuerzos de millones de inteligencias para venir a reducir a las sencillas proporciones de un código o catecismo de derechos, las infinitas necesidades, las inmensas relaciones, las heterogéneas y ampliadísimas manifestaciones de la vida humana.

6. Si los autores o redactores de esos códigos, breviaros de la ciencia, no han sido los autores del espíritu de los mismos, ni de su lógica, ni siquiera de su lenguaje, sino tan sólo compiladores de una ciencia anterior y preexistente, redactores de un simple vocabulario de las últimas doctrinas y enseñanzas de la ciencia, entonces ¿a dónde iremos a tomar el verdadero espíritu, la voluntad, el alma de esos códigos, la intención del verdadero legislador? ¿Será acaso en las imperfecciones literarias, en las inexactitudes gramaticales, en las frecuentes antinomias, en las distracciones repetidas, en la mala inteligencia de las fuentes y de los textos aprovechados, en la imprevisión y lirismo de las aventuradas generalizaciones, en suma, en los innumerables descuidos y errores que precisamente tienen que deslizarse en la redacción de un código? A tanto equivaldría afirmar o sostener este carácter místico, inspirado

y seminfalible de un código, como a declarar que la Nación Mexicana, por ejemplo, ha sometido el gobierno de sus derechos civiles a la inteligencia, voluntad e instrucción de los Sres. Pombo y Ruiz y que abdicando sus derechos para consultar la ciencia, para penetrar en la filiación histórica de ese código, y en sus antecedentes que son la clave de su espíritu, ha querido convertir en oráculo al texto literal de ese código reduciendo al foro de la nación a la triste y pobrísima tarea de chicanear el sentido gramatical de los textos y sutilizar sobre la ortografía y prosodia de las frases.

7. No, ni el Gobierno, o sea el Ejecutivo que inició la redacción del código, ni el Congreso o Legislador que lo aprobó, ni la nación que tácitamente lo acepta, han creído jamás que los conocimientos gramaticales y jurídicos de los compiladores de ese código, como los de ningún otro, forman el *Silabus* del derecho mexicano y que allí muere, allí acaba, allí termina toda la ciencia legal, toda la filosofía jurídica, todo criterio histórico. No, la voluntad del legislador no ha sido, no ha podido ser otra, al aprobar el código civil: que aprobar lo que real y positivamente es un código civil; un compendio abreviado del Derecho, pero no del Derecho mismo: un compendio abreviado de los principios, de las doctrinas, de los progresos prácticos alcanzados por la ciencia y aceptados por el legislador. El espíritu, la inteligencia de ese compendio debe buscarse en las doctrinas, en los principios, en los antecedentes históricos, en las fuentes científicas de donde está tomado ese compendio; debe buscarse en los expositores de la ciencia que consultando la historia, que analizando escrupulosamente las consecuencias de los principios legales en la infinita complejidad de los actos civiles, que buscando la razón generadora o la causa verdadera porque se ha adoptado tal o cual principio de justicia, tal cual fórmula jurídica, que corrigiendo las imperfecciones de los textos legales que conducen a contradicciones y conflictos, que buscando la armonía y unidad de los principios de justicia, adoptada en este código, nos dan con sus enseñanzas y observaciones el verdadero sentido de la ley, nos revelan su verdadero objeto y propósito, nos conducen a penetrar la verdadera y natural tendencia del pensamiento de justicia imperfectamente vaciado en los textos legales.

8. Es cierto, y debemos consignar esta limitación a nuestra doctrina sobre la interpretación de la ley, es cierto que a veces ésta, aunque incorporada en un código formal, tiene un propósito local o concreto por

la voluntad del legislador que intencionalmente se apartó de todo motivo o consideración tradicional y jurídico, de toda mira de unidad y armonía y quiso preceptuar algo nuevo o particular sin referencia a doctrinas, ni precedentes ningunos. Tal sucede por ejemplo en nuestro código civil con los preceptos en que se establece la perpetuidad de la propiedad literaria, la nulidad de las renunciaciones de los beneficios legales si no se cita expresamente la ley cuyo beneficio se renuncia, el principio de que el mandato es oneroso por su naturaleza, la libertad del interés en el mutuo y otros. Cuando el legislador intencional y expresamente se aparta de todo sistema jurídico anterior y establece con tanta precisión un precepto, es inútil buscarle referencias científicas, sentidos distintos del que resuelven sus términos literales; pero ¡cuán pocas veces el legislador obra de este modo en sus códigos! En lo general, en el conjunto de sus preceptos no hace otra cosa que, o reproducir bajo una forma lacónica las doctrinas y las máximas del derecho acostumbrado y de los comentadores y códigos antiguos, o aceptar también bajo la forma lacónica de un precepto, algunas de las opiniones opuestas enseñadas o sostenidas por la ciencia y las legislaciones. Si a esto se reduce el papel de los redactores de un código,<sup>10</sup> entonces es ineludible la necesidad de consultar las fuentes de donde está tomado, y de seguir el desenvolvimiento científico de esas fuentes en los tratadistas y en la jurisprudencia, para comprender el espíritu, el sentido, el alcance de los preceptos de ese código, y para tener acopio de criterios suficientes a efecto de resolver los conflictos, las antinomias, y aún las iniquidades que resulten del texto literal.

9. Los que defienden la supremacía o la soberanía de ese texto literal, ignoran realmente lo que es un código, lo que es la ciencia del derecho, lo que es la legislación positiva. Espíritus pobres de ideas creen entender la ley porque entienden su sentido literal. Al amparo de un aforismo tan malamente comprendido, como bárbaramente explicado, al amparo del axioma que dice que no debe interpretarse la ley cuando es clara (*ubi non est ambiguitas non est locus interpretationi*) suponen que una ley es clara y debe aplicarse judaicamente cuando es claro el sentido de sus palabras, por más que esas palabras encierran un dislate jurídico o contengan un precepto notoriamente inicuo, notoriamente fuera del espíritu dominante en el conjunto del código, notoriamente extraño a todo antecedente jurídico. Ciertamente que no es esa la inteligencia del axioma citado, ciertamente que sí es una verdad y un principio

de legislación que el Juez no tiene facultad para enmendar y corregir las leyes y por lo mismo no debe corregirlas a pretexto de interpretarlas cuando son claras, por claridad de una ley no debe entenderse la claridad de sus palabras, del sentido gramatical de sus frases, sino la claridad jurídica de un precepto, la inteligencia perfecta de la voluntad del legislador, voluntad que como hemos visto, no reside en las palabras, en los defectos, en las inexactitudes de redacción, sino en los precedentes científicos e históricos del código, en las doctrinas y máximas que han inspirado a esos redactores.

10. ¿Hay acaso oscuridad en las palabras de la frac. 1ª del art. 1057 del Código civil que llama predio *dominante* en la servidumbre legal de luces el que está gravado con la servidumbre de no abrir ventanas en pared propia sino a cierta altura? No, las palabras de la ley son claras, pero su sentido jurídico es un dislate que envuelve un desliz de redacción, y nadie tomará a lo serio ese desliz. ¿Hay oscuridad en las palabras de los arts. 822 del Código civil y 1132 del de procedimientos civiles según los que siendo la *posesión el goce de un derecho*, pueden promoverse interdictos para defender la posesión del *derecho* real de hipoteca? ¿Y a quién le ha ocurrido entablar un interdicto para impedir una simulación de hipoteca o defender cualquiera otra violación de un derecho hipotecario? A ninguno, porque a pesar de que tal desatino cabe en los términos literales de los arts. 822 y 1132 citados, el Jurista, el Abogado y el Juez no son simples deletreadores de palabras, no creen que su deber se limita a estudiar las palabras del Código, sino que penetran su sentido jurídico con ayuda de la ciencia de donde él está tomado, y saben que en la ciencia del derecho, es un desatino el entablar un interdicto para defender un crédito hipotecario porque es otro desatino en dicha ciencia aplicar la idea de la posesión a los créditos. ¿Hay oscuridad en el art. 2342 que define el mandato “la facultad conferida por una persona a otra *de hacer en su nombre alguna cosa*?” Ninguna; sin embargo, nadie llamará mandato al acto o contrato por el cual uno faculta a otro para que en nombre del primero se encargue de estudiar un plano, de construir un edificio o de ejecutar cualquier trabajo que debe o quiere ejecutar el que da el encargo; y nadie llama mandato a este acto a pesar del precepto literal del código porque todo el mundo sabe que este código no quiso destruir la naturaleza esencial del mandato jurídico que consiste no en obrar *en nombre* de otro sino en *representación jurídica* de otro, y que por lo mismo, a pesar de la claridad del

texto inexacto de la ley, debe prevalecer la intención del legislador que no fué otra que aceptar el contrato de mandato tal como lo conoce y ha conocido la ciencia y la tradición. ¿Hay oscuridad alguna en las palabras de la frac. 2ª, art. 38 del Código civil que previene tengan entidad jurídica como personas morales las *corporaciones*? No; y sin embargo nadie reconocerá capacidad jurídica en derecho civil, capacidad para contratar, como particular, a un tribunal, a un Congreso, a un batallón, a un cuerpo de profesores de una escuela, a pesar de ser *corporaciones*, de ser cuerpos oficiales esas entidades; y esto, porque el sentido jurídico, la ciencia, la doctrina, la jurisprudencia que sirvió de base a ese artículo del código al explicar lo que son personas morales nos dice que sólo tienen y pueden tener ese carácter las corporaciones que entre sus atribuciones o libertades legales tienen la de administrar bienes. Podrían multiplicarse al infinito los ejemplos que demuestran hasta la evidencia que no es la *claridad literal* del texto la que excluye su interpretación, sino la *claridad jurídica*; pero la claridad jurídica no puede tenerse sino por el conocimiento de los precedentes científicos, históricos, doctrinales de donde esté tomada la ley, de las que ésta es una simple fórmula abreviada; en el estudio de esos antecedentes es donde está pues el espíritu, la inteligencia, el sentido verdadero de la ley, la voluntad cierta del legislador. <sup>11</sup>

## II

### APLICACIONES

Nos hemos permitido esta digresión preliminar sobre el criterio que debe emplearse para llegar a la sana inteligencia y justa aplicación de las leyes, porque precisamente tratándose de las que van a ser objeto de nuestro estudio, se ha llevado hasta el ridículo el abuso de los textos literales, se ha descendido a ruindades gramaticales, se ha resucitado la interpretación judaica, esa interpretación que la historia condena como enemiga de la ciencia, de la justicia y de la verdad; se ha convertido al jurisconsulto y al Magistrado en un maniquí gramatical, reducido a hacer silogismos verbales propios de una cátedra de lógica y no de un funcionario dispensador de la justicia.

12. Se ha aceptado que las antinomias, que las inconsecuencias gramaticales, que los vicios de redacción de las leyes son preceptos in-

flexibles que ligan al jurista y al Magistrado; y para resolver las inconsecuencias, las injusticias, las repugnancias que resulten de aplicar literalmente esos textos incorrectos o truncos, en lugar de aceptar los criterios racionales de interpretación que hemos explicado, se pretende aplicar la inflexibilidad judaica del texto literal por más que ella pugne con los precedentes científicos e histórico-jurídicos del código o de la ley, por más que ella contradiga el espíritu general y propósitos generales del legislador y las máximas de justicia que le han servido de guía, por más que ella conduzca a la canonización del fraude y de la mala fe. Lo racional, lo justo, lo jurídico es que si la ley, atendida no solo en sus preceptos aislados, *sino en su conjunto*, se presta a dos sentidos, jamás debe aceptarse el que importe la negación de los precedentes de la misma, el que pugne con los adelantos científicos, el que se preste a favorecer fraudes y estafas; sino al contrario, debe aceptarse aquella inteligencia que más cuadre con la buena fe de los actos civiles; con la justicia natural y con las exigencias del progreso jurídico. Pues bien, tratándose de la validez o solemnidad entera de los contratos se ha sostenido fundándose en algunos textos legales aislados, que casi todos nuestros contratos, sobre todo los relativos a inmuebles, son contratos *solemnes*, es decir, contratos en que el consentimiento de los individuos es impotente para producir vínculo jurídico alguno, pues este sólo puede producirse por la realización sacramental de ciertas formalidades extrañas. Si se imputa que al adoptar semejante interpretación de nuestro código se le atribuye un retardo de siglos, se comete un anacronismo jurídico injustificable suponiéndole exhumador de ridículas e inútiles fórmulas jurídicas condenadas explícitamente por la ciencia, por los adelantos sociales, por los precedentes de nuestra legislación patria y por nuestras tradiciones jurídicas, poco importa todo esto si así evitan los leguleyos el estudio honroso de la ciencia y satisfechas sus literales y pueriles discusiones hacen pasar por sabiduría del derecho el arte de sutilizar sobre palabras.

13. Para que se palpe y sienta hasta dónde, hasta cuántos absurdos e iniquidades puede conducir esa manera ruin profana y laica de entender las leyes, vamos a presentar el catálogo de contratos *solemnes*, según el texto literal de nuestro código, y se verá que casi todo nuestro sistema jurídico en materia convencional resulta *solemne, formal*; que hemos vuelto no ya a la época de la legislación de las Partidas, no ya a los tiempos anteriores a la Ley 1ª, tit. 1º, lib. 10, de la Novísima Re-

copilación, sino a los primitivos y mudos tiempos de las Doce Tablas, y que hoy como entonces la fórmula sacramental y no el libre consentimiento, es la base de las convenciones. Según nuestro código civil, siguiendo la rigidez de su letra y atribuyéndole ese sentido y efectos jurídicos, que no está en su espíritu, resulta que todos o casi todos los contratos son solemnes: los arts. 735, 1279 frac. 4<sup>a</sup>, 1322, 1323, 1351, 1629, 1679, 1779, 1787, 1788, 1811, 1856, 1864, 1889, 1907, 1911, 1981, 1982, 1984, 1985, 2018, 2073, 2113, 2131, 2122, 2152, 2156, 2224, 2225, 2300, 2352, 2353, 2383, 2471, 2532, 2607, 2608, 2611, 2697, 2707, 2763, 2785, 2920, 2921, 2924, 2935, 2947, 2948, 2949, 3082, 3104, 3111, 3118, 3142, 3153, 3168, 3191 y 3194 exigen formalidad de documento escrito o de escritura pública para los contratos de <sup>12</sup> división de inmuebles, a plazo por más de seis meses y cuyo interés pase de \$ 200, cesión de acciones, prenda, anticresis, hipoteca, capitulaciones matrimoniales y su novación, constitución de dotes, donaciones antenupticiales y comunes, sociedad de más de \$300, mandato, aparte de obras inmuebles de más de \$ 100, de aprendizaje, de seguros, compra-venta de inmuebles, arrendamiento de más de \$ 100 anuales, censos y varios contratos de incapacitados; de manera que sólo debieran considerarse como contratos consensuales los de fianza, sociedad de menos de \$ 300, mandato extrajudicial de menos de \$ 200, de prestación de obras exceptuando el aprendizaje, depósito, donación de menos de \$ 200, préstamo, excepto el que contenga interés superior al legal, contratos aleatorios excepto el de seguros y los mercantiles, venta y permuta de muebles, arrendamiento de menos de \$100, transacción de controversias pasadas y contratos a plazo menor de seis meses. Comparando el catálogo de los contratos formales con el de los consensuales ocurren desde luego varias observaciones: en primer lugar el número de los contratos formales es superior al de los simples que llamaremos enumerados: segundo, que aunque el Código exige o prescribe la formalidad de escrito privado o escritura pública para los contratos enumerados, no emplea el mismo lenguaje en todos ellos al someterlos a su formalidad, pues unas veces categóricamente dice que se usará tal forma *bajo pena de nulidad*, otras que los contratantes *deberán reducir a escrito* el contrato de que se trate, sin establecer formalmente la pena de nulidad, y otras, por último, usa de frases o palabras oblicuas como la de *este contrato no necesita para su validez formalidad alguna* sino en tal caso, sino tratándose de inmuebles por ejemplo; y tercero, que contratos de más trascendencia y

valor, que otros sometidos a formalidades externas, pueden celebrarse sin ninguna formalidad, hasta verbalmente, como la fianza, las transacciones, el mutuo, la renta vitalicia, etc., en los cuales pueden versarse cantidades muy fuertes o derechos muy importantes, más importantes y valiosos que un inmueble de \$ 100, que una sociedad, que un mandato, que un contrato a plazo cuyo interés pase de \$ 100 y en los que el Código exige la formalidad del escrito privado o de la escritura pública.

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 a 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 o la mente del legislador; y segundo, que el legislador tuvo espíritu, tuvo mente: ¿Y estamos seguros de que los autores o 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 sólo la variedad de redacción, que raya en ambigüedad, empleando 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 a escritura pública o judicial*”;<sup>13</sup> otras veces se usa de forma más enérgica, pues dice por ejemplo que “*el contrato necesita para ser válido constar precisamente por escrito*”;<sup>14</sup> muchas veces se emplea simplemente la expresión de “*el contrato X no necesita para su validez de formalidad alguna externa sino cuando se refiere a inmuebles*”;<sup>15</sup> y las más veces se limita el código a decir que “*tal contrato deberá reducirse a escritura pública o hacerse por escrito*”;<sup>16</sup> y por último emplea frecuentemente

las palabras “no producirá efecto legal, no podrá hacerse tal acto si no consta por escrito”.<sup>17</sup> ¿Por qué esta variedad de expresiones tratándose de una materia tan grave y trascendental como la de 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 sólo viene por inducciones, concordando textos, buscando las sinonimias de las palabras y de los conceptos? Entonces ¿qué significa esa diversidad de lenguaje legal? ¿Por qué la ley en unos casos dice terminantemente que tal acto será nulo o 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 o vicios de las solemnidades externas de los actos tenemos una regla soberana de interpretación que dice: “Et haec quidem interpretatio per quem actus sustinetur, dicetur regina aliarum interpretationum.” (Detius in leg. in testam. n. 11 Cód. de nulli testa). El jurisconsulto Solon (*Théorie sur le nullité des actes*, tom. I, n. 30) dice: “La nullité qui résulte d’un vice de forme est en général 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 a los contratos es la que les da vida jurídica poniendo a disposición del derecho en ellos establecido el auxilio de la fuerza pública, también lo es que, histórica y socialmente hablando, los contratos o convenciones son anteriores a 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 humanae quam est quae inter homines placuerunt servare*”. Esta primera causa de necesidad estaba fortalecida por razones de orden público, pues todo el mundo sentía que si faltaba a la fe prometida, la suprema ley sería el derecho del más fuerte, la violencia y el temor sustituirían a la jus-

ticia, 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 a la protección de que rodea a 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 a dicha convención, pretendiera que había tenido una causa ilícita. Habría sido peligroso dispensar una confianza ilimitada a las aserciones de uno no menos que a las negativas del otro. Era preciso que la convención o su injusta causa fuesen probadas: sin eso la equidad natural sería insuficiente; rara vez conduciría 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 a 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 a los hombres a 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 o 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, sólo con el propósito de prevenir fraudes, garantizar la buena fe y dejar a 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 a las condiciones, necesidades y exigencias del comercio humano; a las costumbres, a los adelantos que el comercio, la civilización y la rapidez de los negocios y transacciones civiles imprimen a 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 sólo es un anacronismo científico, sino un contrasentido inicuo, una verdadera perfidia del derecho a 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 HISTORICOS

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 a 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 sólo 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 del simple concurso de las voluntades,<sup>18</sup> la fuerza jurídica u obligatoria de los contratos no podía en aquella época fundarse sino en el grosero materialismo de ciertos actos o ceremonias solemnes más o menos ridículas, más o menos religiosas; a 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 lentamente 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 española en el ordenamiento de Alcalá (ley única, título 16, correspondiente a la 1ª, tit. 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, tit. 1º, lib. 10, de la Nov. Recop. y lo ha desarrollado estableciendo en el Art. 1546 que desde la perfec-

ción 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 o 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 que debe tener el derecho, la rapidez de las transacciones, la tendencia justísima de sobreponer la buena fe en los negocios a los sofismas y sutilezas de glosadores del derecho romano, exigen que la legislación se amolde, se adapte a 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 hayamos remontado a los orígenes y causas históricas de las fórmulas o 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 joven 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 joven el sistema que rodea a 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, pero 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 o 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 mutuo como el verdadero generador de vínculos civiles; ni el estado económico, ni las ideas morales, ni el derecho público de aquellos tiempos podían dar a la libertad individual el papel importante que le da el derecho moderno;<sup>19</sup> y una vez establecidas las fórmulas sacramentales al influjo de esta situación social y moral, basta la tradición, la buena fe que se opone a 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 a partir desde su emancipación del derecho romano y de sus glosadores de la edad media ha conservado o establecido por motivos ya racionales, ya no de tradición, algunas solemnidades externas con el carácter de sacramentales, esto ha sido sólo cuando la importancia y trascendencia del negocio reclama tomar precauciones de autenticidad notoria para precaver perjuicios de tercero o para asegurarse de la realidad de un acto que va a 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 a 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 o por lo común personas extrañas a los refinamientos y sutilezas de la legislación, en los que la costumbre y las necesidades del comercio han librado a 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 a la virtualidad de un escrito, hacer esto, es realmente un retroceso tan chocante, un anacronismo jurídico tan inexplicable, que no podemos aceptar en el legislador propósito e intención tan retrógrada, tan anticientífica, tan contraria a 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 OPINION

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 voulues 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 tout autre motif. La conséquence dont nous occupons forme précisément la différence essentielle entre les formalités exigées *solemnitatis causa*; c'est que les premières peuvent être supplées, pourvu que la preuve qui résulte de l'acte supplétif 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, *Théorie sur la nullité des actes*, tomo 2<sup>o</sup>, núm. 355.)

En el mismo sentido se expresa Laurent (tomo 15, núm. 446 y siguientes) y con él todos los autores, enseñando el primero que en los contratos solemnes "*la solemnité est exigée pour l'existence même de l'acte . . . Ces notions elementaires et l'on est étonné de les voir méconnues par de bons auteurs. M. Larombière semble nier la différence profonde qui sépare les contracts non solennels des contracts solennels 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 s'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 contrat mort-né.*"

La misma distinción consigna Gutiérrez Fernández en sus *Estudios fundamentales sobre derecho civil español* (tomo IV pág. 53 Ed. 1871.); y a este propósito y antes de sacar las consecuencias lógicas que se deducen de esa distinción axiomática, ya en el derecho moderno vamos a presentar un ejemplo de lo que decide la doctrina de los jurisconsultos

extranjeros en un caso en que a 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 núm. 33) enseña lo siguiente: “Sostenemos con toda confianza que la falta de la duplicidad del documento quitando solamente al acto su efecto directo, no impide que sirva ese documento de un principio de prueba por escrito.” Laurent (op. cit., tomo IX, núm. 227 y siguientes) enseña también que: “Las Cortes de Bélgica no han variado nunca. Desde los primeros años que siguieron a 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 habrá prueba literal; eso no impide que la convención sea válida salvo que las partes lo probarán por uno de los medios legales admitidos por el Código. En 1841 la cuestión fué llevada a la Corte de Casación. Se invocaba la Exposición de motivos de Bigot Prémameu y el informe de Jaubert; hemos dicho ya que los autores del Código, consagrando los verdaderos principios, los han fundado muy mal. He ahí como una redacción inexacta se convierte en una autoridad que se vuelve contra la ley”.

Ya se ve, pues, como a pesar de ser *gramaticalmente* claras e indudables las palabras de la ley (no son válidos *ne sont valables*) la doctrina de los más eminentes y rigoristas jurisconsultos y las decisiones de los tribunales han creído que esas palabras no son *jurídicamente* tan claras e indudables que excluyan la interpretación y que no estén sometidas a la diferencia cardinal entre formalidades *probationis causa* y formalidades *solemnitatis causa*. ¿Podrá sostenerse que nuestros legisladores han querido convertir en verdaderamente sacramentales y *solemnes*, en el sentido jurídico de esta palabra, casi todos los contratos, pues, de los veintisiete que define y reglamenta el código, dieciséis están sometidos a formalidades externas y sólo once (véase la nota anterior) están exentos de ellas? ¿Podrá sostenerse esto cuando recorriendo esos contratos sometidos a formalidades externas y comparándolos con los exentos de ellas aparecen entre estos últimos algunos de más gravedad

y trascendencia que los primeros? ¿No es más grave, importante y trascendental el contrato de depósito cuando se refiera a mercancías, valores, o alhajas de mucho precio, cuando pueden afectarse derechos de terceros por lo subrepticio del depósito, cuando el depositario abuse haciendo pasar por suyos los objetos depositados o cuando se coludan deponente y depositario para defraudar a un tercero,<sup>20</sup> no es más grave todo esto que un simple contrato a plazo de \$ 201 en el que no se afecte más interés que el de los dos contratantes? Un préstamo de un millón de pesos, una transacción sobre derechos, acciones o muebles cuyo interés puede ser de muchos millones de pesos, ¿no son contratos más graves, de consecuencias más comprensivas y trascendentales para el deudor, sus acreedores y los interesados en su situación civil, que un contrato de arrendamiento por \$ 120 mensuales, que el de prenda de un mueble que valga \$ 10, etc., etc.? Sin embargo el código exige formalidad externa para estos últimos y no la exige para los primeros.

El código no ha obedecido, pues, en su redacción sino a un empirismo jurídico anticientífico; no hay en él unidad de propósito, ni menos claridad en la redacción de sus preceptos; no hay un principio filosófico dominante, no hay un plan general y uniforme en sus preceptos en el punto que nos ocupa; no hay aquella trabazón y enlace lógico, aquella unidad de estilo que reflejan la armonía y la unidad de espíritu en la confección de una ley. Pero sí es evidente una cosa; sí es indudable que ese código no quiso inspirarse en la conciencia simbólica y mística de las antiguas edades del derecho; sí es notorio que sus autores y que el legislador que sancionó ese código, lo que menos conservaban era un respeto supersticioso por la tradición ya hace siglos extinta de fórmulas misteriosas y ritos pantomímicos; lo que nadie ignora es que los autores de esa ley obraban empapados en el espíritu moderno, espíritu profano, práctico, que ve la realidad de la vida civil y que sabe y está hondamente compenetrado de la noción universal, fundamental, radical de las sociedades y civilizaciones modernas, de la noción característica de nuestro siglo y que es, como hemos visto, el rasgo que más lo distingue de los tiempos antiguos, de la noción jurídica del *libre consentimiento de los contratantes* como la verdadera causa generadora del vínculo de las obligaciones convencionales, como el factor real y positivo de casi toda la vida civil, como el elemento en que descansa el mecanismo todo de las sociedades modernas, de su tráfico, de su comercio, de su actividad en la lucha por la vida.

Si es indudable que esta noción y los sentimientos y principios de ella derivados fueron los que inspiraron y han inspirado nuestro código como todos los códigos modernos; si es indudable que nadie ha pensado retrogradar a la época en que no se concebía la voluntad convencional sino a través de fórmulas místicas y sacramentales, entonces no cabe tampoco duda alguna en que nuestros legisladores no quisieron, no se propusieron establecer las innúmeras solemnidades externas que hemos visto contiene el código con el objeto de atribuirle una virtud simbólica, una eficacia mística, y un poder sacramental para producir obligaciones civiles, desconociendo así que la verdadera fuente de éstas es la voluntad y relegando ésta a la categoría de un accidente, despreciando sus funciones en la vida social, aminorando su legítima misión en el sistema de la moderna contratación; no, lo que se propusieron fué prevenir litigios y fraudes por medio de *pruebas formales* de los actos. Sabemos las fuentes de donde están tomadas esas precauciones *formalistas*, sabemos que están tomadas de la doctrina y de los códigos extranjeros modernos; sabemos que están tomadas de allí con más o menos discreción, aumentando o alterando el número de esas precauciones o de esas formalidades; alterando sin propósito la redacción de los preceptos que sancionan la necesidad de esas formalidades; sabemos que en todo no existe unidad de estilo, ni armonía en los propósitos; sabemos que se trabaja sobre el modelo de códigos extranjeros retocándolos sin cuidarse de la lógica del compuesto; y sabemos sobre todo que no se preocuparon mucho nuestros legisladores del sentido que la doctrina, la jurisprudencia, la costumbre y trabajos científicos de primer orden daban a los preceptos de esos códigos que sirvieron de modelo al nuestro.

Pero precisamente porque sabemos todo esto, podemos decir con toda seguridad que la luz que debe iluminar las tinieblas de nuestro código está allá, en los comentaristas de los códigos extranjeros, sobre todo el francés; que esos comentarios, esas doctrinas, esos trabajos de filosofía y coordinación son los que nos deben dar la clave para explicar y aplicar nuestra ley civil; que allá es un dogma que las formalidades externas de los contratos no son *sacramentales* sino cuando, no la prueba, sino la existencia misma del acto depende del cumplimiento de las formalidades externas. Así por ejemplo, no es simplemente nulo en el sentido de anulable el matrimonio contraído sin las formalidades substanciales de presencia del Juez del estado civil, acta en el libro respectivo, etc., sino es un matrimonio no existente, es la nada jurídica. Así también una hipoteca

constituída en instrumento privado, sin la formalidad de la escritura pública y su registro, es otra nada jurídica, que la voluntad de los interesados es impotente para convertir en acto válido. ¿Quién equiparará la nulidad o más bien la *no existencia* de estos actos por defecto de la forma con la nulidad de un contrato de mutuo con rédito de uno por ciento, de una sociedad con capital de más de \$ 300.00 etc., celebrados verbalmente y sin estar consignados en escrito privado o en escritura pública? En aquéllos, en los actos o contratos solemnes, ni el cumplimiento voluntario, ni la ratificación tácita o expresa, ni la prescripción, son bastantes a cubrir su nulidad, o mejor, a dar vida y existencia jurídica a un acto que jamás la ha tenido; en los segundos, cualquiera de esas circunstancias basta para purificar al acto de todo vicio de forma y hacer que el mismo produzca todos sus efectos jurídicos entre los interesados y respecto de los terceros. (Art. 1679 y relativos del Cod. Civ.) En los no solemnes la acción o la excepción de nulidad son personales a favor de los contratantes, y los terceros son extraños a esa nulidad; en los solemnes, como el acto no existe jurídicamente, cualquiera puede prevalerse de esa no existencia para impedir que en perjuicio suyo se le atribuyan efectos jurídicos. En los unos, la nulidad es una excepción que debe alegarse y se ha de decidir en juicio; en los otros, la nulidad o no existencia pueden y aún deben decidirse de oficio por los tribunales aún sin alegación alguna por parte de los interesados. En general, los actos solemnes, las solemnidades externas, tienen por objeto únicamente la protección de intereses privados.

Bajo estos principios, bajo estos propósitos, en este sentido fueron redactados en el punto que nos ocupa los códigos extranjeros de donde se tomó nuestro código civil de 1870; pero vino su reforma en el nuevo Código de 31 de marzo de 1884, y de la manera más imprudente, indiscreta y empírica, sin medir las consecuencias de lo que se hacía, sin tener en cuenta esa diferencia substancial entre formalidades *probationis causa* y formalidades *solemnitatis causa*; confundiendo en la rigidez dogmática de una misma fórmula las nulidades de derecho público y las de derecho privado; sometiendo a las mismas exigencias e hiriendo con igual pena los vicios de forma de los actos más menudos de la vida civil que aquellos cuyo carácter auténtico se desprende de su misma naturaleza, sancionó una innovación completa estableciendo en el artículo 1279 que “para que el contrato *sea válido* debe reunir las siguientes condiciones: I. Capacidad de los contratantes: II. Mutuo consentimiento: III. Que el

objeto materia del contrato sea lícito: IV. *Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley*". De esta manera las formalidades externas *ad probationem* parece que adquirieron el carácter de condiciones tan esenciales para la validez y existencia de un contrato como lo son las de capacidad de los contrayentes, el mutuo consentimiento y la licitud en el objeto material del contrato.

Pero como es imposible que la ley luche con la realidad, como las necesidades sociales de la vida civil tienen que sobreponerse a las exigencias imprudentes del derecho escrito, como no se puede llevar la consecuencia de los dogmas metafísicos hasta la negación de la realidad, resulta que por más que ese Código en el artículo 1279 haya querido asimilar absolutamente los contratos solemnes con los que no lo son o haya querido convertirlos a todos en solemnes, no lo ha hecho, porque no ha cuidado de reglamentar en todas sus consecuencias el principio sancionado en el artículo 1279; no ha cuidado de establecer que en virtud de ese precepto los contratos que carecen de las solemnidades legales ni son susceptibles de ratificación, ni se purga su nulidad por la prescripción y el cumplimiento voluntario, ni deja de ser exclusiva de los contratantes la acción y excepción de nulidad, ni deja de ser preciso hacer valer esa nulidad por vía de acción o excepción. Lejos de haber hecho esto el moderno código, reprodujo los preceptos del antiguo sobre nulidad, prescripción, ratificación, etc. (artículos 1664 a 1682); y aunque ese capítulo de nuestro código es quizá uno de los más deficientes, de los que más vacíos contienen, de los más oscuros, sin embargo él sólo basta para que adquiriera carta de naturalización o patente de legitimidad en nuestro derecho la racional y purísima doctrina extranjera sobre diferencia entre contratos solemnes y contratos no solemnes, entre formalidades *probationis causa* y formalidades *solemnitatis causa*, y sobre consecuencias jurídicas derivadas forzosamente de esta distinción. En efecto, basta que el artículo 1679 haya preceptuado que "la ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad en cualquier tiempo en que se hagan extinguen la acción respectivamente, es decir, de alegación de hecho o derecho que debe someterse a un debate judicial y limite el ejercicio de ellas a las partes principales y a sus fiadores; basta que no haya precepto *expreso* que en la generalidad de los casos excluya a los contratos nulos por falta de formalidades externas de la aplicación de esos dos preceptos, para que esas formalidades no deban considerarse *solemnitatis causa* y para que tome legítimo asien-

to en nuestro derecho toda la teoría o doctrina relativa a la ratificación tácita o expresa de los contratos nulos por ese defecto y a los demás medios de justificar esa nulidad.

Esos medios no existen jamás respecto de los contratos solemnes cuya nulidad es irreparable; y aplicables como son a los contratos no solemnes tenemos desde luego que una de las formas de ratificación tácita es el silencio en juicio, por parte del que puede alegar la nulidad y no la alega como excepción en tiempo oportuno. “La ratification tacite (dice Solon *op cit.* núm. 457 tomo 2º) résulte souvent du silence gardé sur une interpellation judiciaire. Par exemple: Mevius est créancier de Titius pour une somme de 1000 f; mais son titre est susceptible d’être rescindé: Mevius en poursuit néanmoins l’exécution et voulant s’assurer le paiement de sa créance, il somme Titius de déclarer s’il a remboursé cette somme à son créancier: cette réponse une fois faite et les conclusions prises dans ce sens, Titius n’est plus recevable à demander la rescision de son engagement: son silence est pris pour *aveu de la dette et dès lors pour ratification tacite*”. Además, en nuestro sistema de enjuiciamiento la nulidad es una excepción, y toda excepción debe alegarse expresa y precisamente al contestarse la demanda, so pena de no tomarse en consideración en el debate judicial, ni en el fallo: de donde se deduce que el demandado que no alega la nulidad por falta de forma renuncia ese medio de defensa quedando purificado de ese vicio el contrato respectivo. Pero supongamos que alegó la nulidad del contrato por vicio de forma y ésta no sea de aquellas establecidas *idemnitatis causa*: pues todavía en este caso, y precisamente en este caso, creemos que esa alegación no puede tener otro efecto que el de privar al actor de la prueba, testigos, presunciones, documentos privados, etc., pero no de la prueba de la confesión judicial, porque desde el momento en que se acepte que la ley no ha nulificado a determinados contratos por defecto de forma sino con el único objeto de evitar litigios e incertidumbres en la prueba de las obligaciones desde el momento en que la ley acepta la ratificación tácita en los vicios de forma ¿qué inconveniente jurídico hay en aceptar la confesión judicial expresa como una ratificación de las obligaciones contraídas, como una prueba más perfecta y segura que toda otra preconstituida? Si mi deudor reconoce deberme \$ 3000 sobre una alhaja, que me empeñó, ¿por qué no tendré derecho a retener esa alhaja, puesto que el deudor reconoce su obligación en forma tan solemne que la exigida por la ley? ¿No es cierto que todos los pe-

ligros que la ley quiso conjurar y las precauciones que quiso vincular con las formalidades externas están conjurados, más ciertamente los primeros y satisfechas con más fidelidad las segundas, por medio de la prueba por excelencia la confesión judicial? Si a esto se agrega que el efecto de la confesión no es prejuzgar ni perjudicar derechos de tercero, ni resolver cuestiones en que se compliquen intereses extraños, sino que el efecto de esa confesión debe limitarse a dar por justificado el *vínculo personal* entre los obligados, no es posible dejar de aportar a esa confesión sus efectos naturales y circunscritos, los de que se declare que uno está obligado a dar o a hacer algo a otro: *obligationum substantia non in eo consistit ut aliquid corpus nostrum aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel proestandum.*

Sin embargo de lo dicho, que puede tener aplicación en los Estados donde esté vigente el Código civil del Distrito, debemos confesar que en éste y en los lugares en que existan preceptos semejantes a los consignados en el artículo 8º de nuestro Código de procedimientos civiles no es posible llegar a la práctica de la doctrina propuesta, porque no es posible legalmente entrar a juicio sin un contrato que carezca de las formalidades externas exigidas por la ley.

“Ninguna acción (dice el citado artículo), sea real o personal, puede intentarse si no se acompaña el título legal que la acredite en todos los casos en que el Código civil exige para la validez de los contratos que se otorguen en escritura pública o en escrito privado; los Jueces desecharán de plano toda acción de esta clase que se intente sin este requisito, bajo la pena de suspensión de uno a seis meses”. Ante precepto tan severo y que combinado con el 1279 del Código civil viene a poner el último sello sobre esa innovación empírica que hace depender la existencia de los contratos de su forma exterior, ante ese precepto tan severo, parecería que puede sostenerse que según nuestro derecho civil todos los contratos sometidos a una forma exterior son solemnes y que respecto de ellos ha desaparecido la filosófica y universal distinción entre virtualidades *probationis causa* y virtualidades *solemnitatis causa*. Y sin embargo, creemos lo contrario, creemos que esta distinción subsiste, no sólo teóricamente, cosa que ya hemos demostrado, sino con efectos prácticos. El artículo del Código de Procedimientos no puede exigir que se presente el documento en que se funda la acción cuando éste se ha perdido o se ha destruido: no puede exigirlo cuando habiénd-

dose confirmado el contrato nulo por falta de forma tácita o expresamente<sup>21</sup> la acción se funda en esa ratificación o confirmación o en el cumplimiento voluntario del contrato: no puede exigirlo cuando el vicio de falta de formalidad proviene de dolo del obligado que de alguna manera pretenda aprovecharse de las ventajas de hecho derivadas de actos de su coestipulante que obró de buena fe. Fuera de estos casos es inconcuso que los tribunales deberán ver siempre con indulgencia omisiones de poco monto en los contratos no solemnes, deberán atender de preferencia, hacer que prevalezca la buena fe de las convenciones contra las chicanas que buscan en las irregularidades de forma un arbitrio para sustraerse al cumplimiento de las obligaciones que legítimamente aceptó y deberán por lo mismo tener como regla de interpretación y de alta justicia la enseñada por el jurisconsulto tantas veces citado (Solon *op. cit.* tom. I, núm. 30). “La nullité qui résulte d’un vice de forme est, en général, odieuse, il convient donc de ne l’accueillir qu’avec circonspection et dans les circonstances où la volonté du législateur est manifeste”.

JACINTO PALLARES

NOTAS

1 M. F. Laurent.

2 Principes de Droit civil, tomo 1º núm. 274.

3 *Op. cit.* núm. 272.

4 *Op. y cap. cit.* núm. 275.

5 *Op. cit.* tomo 24, núm. 256.

6 *Op. cit.* tomo 24, núm. 488.

7 *Op. cit.* tomo 5, núm. 309.

8 On comprend mieux tous les jours que la loi n'est pas le droit et ne peut pas en être. Elle n'aura jamais ni la finesse, ni la souplesse nécessaires pour prévoir et résoudre convenablement tous les problèmes qui se présentent; cette tâche ne peut être remplie d'une manière satisfaisante que par des volontés vivantes capables d'apprécier les positiono. La loi n'est qu'une forme incomplète, une limite approximative destinée à s'opposer aux écarts excessifs des individus particuliers ou fonctionnaires, etc. (Les Révolutions du Droit par Henri Brocher. Tomo 1º pág. 5.)

9 No es posible aceptar la aplicación textual de la ley sin encontrar a cada paso absurdos y desatinos magistrales. He aquí algunos ejemplos: El Art. 16 constitucional declara derecho del *hombre* el de que *nadie* puede ser molestado en su persona sin mandato *escrito* de autoridad competente, es así que los niños son personas, luego no podrán ser corregidos, molestados, etc., por sus padres o tutores en su persona sin mandato *escrito*.

10 Y así lo confiesan los redactores del Código Civil del Distrito de 1870 en la exposición de motivos: "Los principios del derecho romano, nuestra ampliada legislación, los códigos de Francia, de Cerdeña, de Austria, de Holanda, de Portugal y otros y los proyectos formados en México y en España han sido los elementos con que la comisión ha contado unidos a las *doctrinas rasonadas* y al conocimiento de nuestro foro. Apenas contendrá el proyecto uno u otro artículo exclusivo de la comisión... el proyecto aumentado lo que la *ciencia moderna*, considera como útil, y ofrece en un volumen la legislación que hoy está derramada en materias y la presenta con más orden y consta en el idioma que todos hablamos".

11 Precisamente la diferencia que hay entre un jurisconsulto o abogado y un tinterillo, rábula o leguleyo, consiste en que el primero conociendo la ciencia del derecho puede conocer el espíritu de las imperfectas fórmulas de la ley; y el segundo ignorando la ciencia sólo sabe argucias y cualidades gramaticales sobre el texto de las mismas. Si así no fuera bastaría saber leer para ser Abogado, Magistrado y Jurista.

12 Art. 935. "La división de bienes inmuebles es nula si no se hace con las mismas formalidades que para su venta exigen los arts. 2921 y 2924". Art. 1179. "Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones... que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley". Art. 1322. "Todo contrato a plazo por más de seis meses y cuyo interés exceda de \$ 200, necesita para ser válido constar precisamente por escrito, ya sea otorgándose el contrato mismo en documento privado, ya otorgándose recibo u otra constancia cierta, salvo los casos comprendidos en disposiciones especiales. Si las prestaciones fuesen periódicas su cuantía será regulada por una anualidad. Cuando la persona que deba firmar un documento no supiere escribir, firmará por ella otra persona a su ruego ante dos testigos". Art. 1323. "Ningún contrato necesita para su validez más formalidades externas que las expresamente prevenidas por la ley". Art. 1361. "La resolución del contrato fundada en la falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no se ha estipulado expresamente y ha sido inscrito en el registro público, en la forma prevenida en el título 22 de este libro." Art. 1629. "Es nula la cesión de acciones si no se hace por escrito privado cuando el valor del derecho cedido no excede de \$ 500, o por escritura pública cuando excede de dicha suma, o cuando conforme a la ley deba constar en escritura pública el derecho cedido." Art. 1679. "La ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo que se hagan, extinguen la acción de nulidad; exceptuándose los casos en que la ley expresamente dispone lo contrario". Art. 1779. "Cuando la cosa dada en prenda sea un título de crédito que legalmente deba constar en el registro público, no surtirá efecto contra tercero el derecho de prenda, sino desde que se inscriba en el registro". Art. 1787. "La prenda debe constituirse por escrito en todo caso y en instrumento público siempre que el valor de la obligación pase de \$500." Art. 1788. "El derecho de prenda, sea cual fuere la cantidad de la obligación principal, no surtirá efecto contra tercero si no consta en la forma que previene el artículo anterior". Art. 1811. "Este contrato (anticresis) es nulo si no consta en escritura pública". Art. 1856. "La hipoteca sólo puede ser constituida en escritura pública". Art. 1864. "El crédito hipotecario puede enagenarse o cederse a un tercero en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública de que se dé conocimiento al deudor, y que se inscriba en el registro". Art. 1907. "Es nulo el registro hecho en contravención a lo dispuesto en los arts. 1897, 1898 y 1906". Art. 1889. "La hipoteca no producirá efecto alguno legal sino desde la fecha y hora en que fuese debidamente registrada". Art. 1981. "Las capitulaciones (matrimoniales) deben otorgarse en escritura pública". Art. 1982. "Cualquiera alteración que en virtud de las facultades que concede el art. 1980 se haga en las capitulaciones, deberá otorgarse en escritura pública y con intervención de todas las personas que en ellas fueren interesadas". Art. 1984. "Sin el requisito prevenido en el artículo anterior (registro) las alteraciones no producirán efecto contra tercero". Art. 1985. "Los pactos celebra-

dos con infracción de los arts. 1981 y 1982 son nulos". Art. 2018. "No pueden renunciarse los gananciales durante el matrimonio; pero disuelto éste o decretada la separación de bienes, pueden renunciarse los adquiridos y vale la renuncia si se hace en escritura pública". Art. 2073. "En las capitulaciones que establecen separación de bienes, se observará lo dispuesto en los arts. 1977, 1979 a 1985". Art. 2113. "Son aplicables a las donaciones antenuptiales las reglas de las donaciones comunes, en todo lo que no fueren contrarias a este capítulo". Art. 2130. "Para que el inmueble comprado según el 4º caso del art. 2129 se considere dotal, es necesario que las dos circunstancias que en él se exigen, consten en la escritura y en el registro". Art. 2122. "En la constitución de la dote y en su aumento se observará lo dispuesto en los arts. 1980 a 1985 y en el 1992". Art. 2152. "Las enagenaciones que consienten los arts. 2150 y 2151 (Enagenación de la dote) se hará en pública subasta con autorización judicial". Art. 2156. "Para hipotecar los referidos bienes, se requiere también la autorización judicial y la audiencia del marido en su caso". Art. 2224. "La sociedad será nula cuando consistiendo en bienes no se hiciere de estos un inventario que firmado por las partes deberá unirse a la escritura cuando ésta sea necesaria". Art. 2225. El contrato de sociedad debe hacerse constar en escritura pública siempre que su objeto o capital exceda en valor de \$ 300". Las variaciones que para la Administración se hagan durante la sociedad, no surtirán efecto contra tercero si no se anotan en la escritura original y en el protocolo. Art. 2352. "El mandato debe otorgarse en escritura pública: 1º Cuando sea general: 2º Cuando el interés del negocio en que se conviene exceda de \$ 1,000: 3º Cuando en virtud de él haya de efectuar el mandatario a nombre del mandante algún acto que, conforme a la ley, deba constar en instrumento público: 4º Cuando se otorguen para asuntos judiciales, salvo lo dispuesto en el artículo 2383". Artículo 2352. "El mandato debe constar por lo menos en escrito privado, cuando el interés del negocio para que se confiere exceda de \$ 200 y no llega a \$ 1,000." Artículo 2383. "El mandato judicial será otorgado en escritura pública; mas cuando el interés del negocio no excediere de \$ 1,000, podrá otorgarse en documento privado autorizado con la firma de dos testigos o ratificado por el mandante ante el Juez, quien, cuando lo estime necesario, podrá decretar la ratificación antes de admitir al procurador y aun después de admitido." Artículo 2354. "La omisión de los requisitos establecidos en los dos artículos que preceden anula el mandato en cuanto a las obligaciones contraídas entre un tercero y el mandante; que sólo deja subsistentes las contraídas entre el tercero que haya precedido de buena fe y el mandatario, como si éste hubiera obrado en negocio propio." Artículo 2471. "Siempre que el empresario se encargue por ajuste cerrado de obra en cosa inmueble cuyo valor sea de más de \$ 100, otorgará el contrato por escrito, incluyéndose en él una descripción pormenorizada y en los casos que los exigieran, un plano o diseño de la obra." Artículo 2532. "El contrato de aprendizaje celebrado entre mayores de edad o en el que se interesen menores legalmente representados, se otorgará por escrito ante dos testigos; si algunos de los interesados no supiere firmar, lo hará por él y en su presencia, otra persona distinta de los testigos." Artículo 2607. "Si el valor de los muebles donados excede de \$ 200, la donación deberá otorgarse en escritura pública." Artículo 2608. "Si la donación fuere de bienes raíces, sólo podrá hacerse en escritura pública, sea cual fuere su valor; y no producirá sus efectos contra tercero, sino desde que sea debidamente registrada." Artículo 2611. "Si la aplicación (de la donación) se hiciere en escritura diversa, se notificará en debida forma al donante: y la notificación se hará constar en las dos escrituras." Artículo 2707. "El contrato de seguro es nulo si no se otorga por escrito." Artículo 2763. "Es nulo el seguro de cosas fungibles, si no se expresan claramente, en número, peso, medida, cantidad y calidad." Artículo 2785. "En los casos del artículo anterior (constitución de renta vitalicia) se observarán, para la validez y pago de la renta vitalicia, las disposiciones relativas a la solemnidad externa del acto en que se constituyese." Artículo 2920. "El contrato de compraventa no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre cosa inmueble." Artículo 2921. "La venta de un inmueble cuyo valor no exceda de \$ 500, se hará en instrumento privado, que firmarán el vendedor y el comprador ante dos testigos conocidos." Artículo 2924.

"Si el valor del inmueble excede de \$500, se reducirá a escritura pública." Artículo 2925. "La cuenta de bienes raíces no producirá efecto, con relación a tercero, sino después de registrada en los términos prescritos en este Código." Artículo 2935. "Con excepción de lo relativo al precio, son aplicables a este contrato (permuta) las reglas de compraventa, en cuanto no se oponga a los artículos anteriores." Artículo 2947. "El arrendamiento debe otorgarse por escrito cuando la renta pase de \$ 100 anuales." Artículo 2948. "Si el predio fuere rústico y la renta pasare de \$ 1,000 anuales, el contrato se otorgará en escritura pública." Artículo 2949. "La forma del arrendamiento de los bienes nacionales y de cualquier establecimiento público, se regirá por las ordenanzas administrativas." Artículo 3082. "Todo censo debe constituirse en escritura pública bajo pena de nulidad." Artículo 3104. "La valuación y deslinde (del predio dado en censo enfiteútico) serán hechos por peritos nombrados a voluntad de los contratantes, y el dictamen de aquéllos se insertará en la escritura del contrato." Artículo 3111. "La distribución (de la enfiteusis en lotes) se hará por peritos nombrados por las partes, y no tendrá valor legal sino cuando el dictamen de aquéllos se haga constar en escritura pública, incluyéndose en ésta el consentimiento expreso del dueño." Artículo 3118. "Los predios de menores y demás incapacitados no pueden ser dados en enfiteusis, sino con autorización judicial solicitada por el tutor de acuerdo con el curador, y con audiencia del Ministerio público." Artículo 3142. "El dueño (en el censo enfiteútico) no podrá exigir las pensiones atrasadas de más de cinco años, sino por acción formal, en caso de que el crédito conste en escrito firmado por el enfiteuta con dos testigos más, o reconocido ante un notario." Artículo 3153. "La transacción que previene controversias futuras, debe constar por escrito, si el interés pasa de \$ 200." Artículo 3152. "La transacción se rige por las reglas generales de los contratos en lo que no esté expresamente prevenido en este título." Artículo 3168. "El fiador sólo queda obligado por la transacción cuando consiente en ella por escrito." Artículo 3191. "Sólo pueden inscribirse los títulos que constan en escritura pública y las sentencias y providencias judiciales certificadas legalmente." Artículo 3194. "Los actos y contratos que conforme a la ley deben registrarse, no producirán efecto contra tercero, si no estuvieren inscritos en el oficio respectivo." A los artículos anteriores hay que agregar los 516, 518, 382, 197 y 198 relativos a contratos de incapacitados y mujeres casadas y los 9 y 10 del Código de Procedimientos civiles relacionados con todos los anteriores del Código civil y que preceptúan que: "ninguna acción sea real o personal puede intentarse si no se acompaña el título legal que lo acredite en todos los casos en que el Código civil exige para la validez de los contratos que se otorguen en escritura pública o en escrito privado; los Jueces desecharán de plano toda acción de esta clase que se intente sin este requisito, bajo la pena de suspensión de uno a seis meses: que siempre que sea obligatorio por la ley o por convenio de las partes que un contrato conste en escritura pública, y se niegue alguno de los contratantes a firmarla, podrá el otro obligarle a hacerlo o a que le indemnice los daños y perjuicios. A este efecto los notarios no extenderán en su protocolo ningún instrumento sin exigir previamente que los interesados firmen ante ellos la minuta o borrador; o que si no saben firmar den su consentimiento expreso ante el mismo notario y dos testigos mayores de toda excepción, lo cual se hará constar en el instrumento." "En los casos en que se hubieren llenado los requisitos que previene el artículo anterior, y la parte que se oponga a firmar no justifique las excepciones que tenga para no hacerlo, firmará el Juez haciendo que se anote en la escritura; y ésta después que el fallo cause ejecutoria será considerada como título perfecto."

13 Artículos 735, 1629, 1811, 1983, 2224, 2354, 2707, 3082.

14 Artículo 1322.

15 Artículo 2920 relacionado con los 2921 y 2924.

16 Artículos 1788, 1856, 1981, 2225, 2491, 2532, 2067, 2947, 2948.

17 Artículos 1856, 2068, 3111, 3168.

18 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

fut 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 quelquefois 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 qui ressemble à l'intervention de la foi pour forcer à l'exécution d'une promesse. Ce qui 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 elle ont presque une importance plus grande; car cette analyse délicate que le droit perfectionné applique aux conditions d'esprit dans lesquelles on accorde assentiment verbal, est appliquée dans l'ancien droit 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 où l'on permet de les négliger sous certaines conditions, enfin quelques contrats particuliers sont séparés des autres et peuvent être faits 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 juriconsulte. Cet engagement mental manifesté par des actes extérieurs était appelé *pacte ou convention* par les Romains; et lorsqu'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.

19 Pocas proposiciones generales relativas al siglo en que vivimos parecen estar tan completamente aceptadas como ésta: "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 a esta regla que aún existen, son denunciadas diariamente con una indignación apasionada". (Sumner Maine op. cit.)

20 Actualmente hay muchos ejemplos de este abuso hasta el grado de simularse delitos para defraudar a un tercero.

21 Aplicando esta doctrina se resuelve la gran dificultad que tiene el actor en varios contratos y sobre todo en el de arrendamiento para impedir que el inquilino por falta de contrato escrito, se prevalezca de esta omisión para convertirse en verdadero usurpador de la finca y llegue hasta el escándalo de colocar a su arrendador en la situación de que no pudiendo ejercer la acción *locati conductis*, tenga que verse en el extremo de tener que ejercer la reivindicatoria contra su propio inquilino.