

ANALES

DE LA

UNIVERSIDAD CENTRAL

[Organo oficial de la Universidad Central del Ecuador]

ESTUDIOS DE LEGISLACION

SOBRE EL

LIBRO IV DEL CODIGO CIVIL ECUATORIANO

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

POR

JUAN A. VILLAGOMEZ

(Continuación)

Art. 1431

El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

Referencias

Contratos conmutativos, arts. 1783, 1888, 1898, 1906, 2040, 2104, 2209, n^o 2^o 2323, 2417, 2428.

Contratos aleatorios, arts. 2245, 2246, 2251.

Concordancias

Pr. de B. art. 1618, C. Ch. art. 1441.—C. de Nap. art. 1104.—*Il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle*; es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se considera como equivalente de lo que se le da, o se hace para ella.

Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aleatoire; cuando el equivalente consiste en una contingencia de ganancia o pérdida, para cada una de las partes, por un hecho incierto, el contrato es aleatorio.

El art. 1964 del propio Código de Napoleón añade: *“Le contrat aleatoire est une convention reciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dependent d'un événement incertain”*; el contrato aleatorio es una convención recíproca cuyos efectos, en cuanto a ganancias y pérdidas, sea para todas las partes, o para una o varias de ellas, dependen de un acontecimiento incierto”: esto es, estén subordinadas a un hecho incierto.—Cód. Ital. art. 1729.

Cód. Arg., art. 2051: “Los contratos serán aleatorios, cuando sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes, o solamente para una de ellas, dependan de un acontecimiento incierto.”

Cód. Esp., art. 1790: “Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa, en equivalencia de lo que la

otra parte ha de dar o hacer, para el caso de un acontecimiento incierto.

Observaciones

24.—La definición del contrato conmutativo que da el Código no la creemos muy exacta que digamos, por las razones siguientes:

a) En su primera parte el art. 1431 puntualiza: “El contrato oneroso es *conmutativo* cuando cada una de las partes se obliga a *dar* o *hacer* una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe *dar* o *hacer* a su vez”; inquirimos ¿por qué cada una de las partes no puede también obligarse a *no hacer* una cosa equivalente a una dación, facción o prestación?—El dueño del predio A consiente en no elevar más alto su edificio, en soportar el aumento de peso en sus paredes, en permitir una servidumbre de vista, en tolerar que las aguas lluvias desciendan por sus tejados, etc., etc., por una cantidad de dinero que le paga el dueño del predio B.—No es verdad que en todos estos casos el contrato es oneroso, sinalagmático o conmutativo, puesto que el dueño del predio A juzga que la no elevación (omisión), el soportamiento del aumento de peso (inacción), la permisión, tolerancia, etc., son equivalentes al *numerario* que en dinero le paga el dueño del predio vecino B? Luego el *no hacer* de una de las partes puede ser equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez.

b) Hemos visto que la definición de nuestro Código no es más que la traducción de la del art. 1104 del Código de Napoleón, y que ésta no es exacta por lo que hemos indicado y por lo que vamos a manifestar: el dueño del predio A se obliga a permitir una servidumbre de vista respecto del predio B; pero éste por su parte consiente respecto del predio A en soportar un aumento de peso, en no elevar más alto su edificio, etc., etc.; luego el *no hacer* de una de las partes es equivalente al *no hacer* de la otra parte, siendo, por tanto, oneroso, sinalagmático y conmutativo el contrato. En consecuencia, la definición ha podido y debido formularse de esta ma-

nera: “El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer *o no hacer*” una cosa, que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer *o no hacer* a su vez”; y

c) Advertimos además que el contrato conmutativo no siempre es bilateral, sino que puede ser también *unilateral*. Sobre este particular observa F. Laurent en su luminosa obra *Principes de Droit civil français*: “El préstamo a interés es un contrato conmutativo, puesto que el mutuante da la disposición de su dinero y recibe, como equivalente del goce de que él se priva, el interés que le paga el mutuario; al propio tiempo el mutuario que paga el interés, recibe como equivalente el libre goce del capital que le da el mutuante. El mutuo a interés es conmutativo; ¿podrá decirse que sea bilateral? No, porque el mutuario es el único obligado, mas no el mutuante; ya que el mutuo, aunque hecho a interés, conserva la naturaleza de todo préstamo, la de ser un contrato unilateral”; (T. 15, par. 436 de la obra citada).

25.—Según el Código, el contrato es *aleatorio*, “si el equivalente consiste en una *contingencia incierta* de ganancia o pérdida.” A nuestro modo de ver esta definición es más concisa, adecuada y exacta que las contenidas en los otros códigos que las hemos ya transcrito, puesto que, comprendido el genuino significado de las palabras, obtenemos una idea muy explícita de la naturaleza del contrato. Como soberana expresión de la ciencia jurídica aceptó D. Andrés Bello esa definición en su Proyecto de Código, y la sometió al estudio del Congreso de Santiago.

La palabra *aleatorio* proviene del adjetivo latino *aleatorius a um*, derivado del sustantivo *alea*, azar, suerte, juego, incertidumbre, fortuna, eventualidad, riesgo. Suetonio. — *Alea jacta est*. — La suerte está echada. *Aleam adire*. — Probar fortuna. En consecuencia, muy bien se ha definido que lo *aleatorio* del contrato oneroso consiste en la contingencia incierta de ganancia o pérdida que deben soportar las partes, como en el contrato de seguros en general, en el de renta vitalicia, en el juego lícito, en la apuesta, etc., en que para ambas partes,

o para una sola de ellas, hay una expectativa subordinada a un hecho incierto o indeterminado, conforme a lo prescrito por el art. 1071 del Código. El día “es *cierto* pero *indeterminado*, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona.”

“Es *incierto*, pero *determinado*, si puede llegar o no: pero suponiendo que haya de llegar, se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veinticinco años.”

“Es *incierta e indeterminada*, si no se sabe si ha de llegar, ni cuándo, como el día en que una persona se case.”

Art. 1432

El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL
Referencias

Contrato *principal*, arts. 1705, 1783, 1888, 1892, 1906, 1988, 1995, 1998, 2005, 2040, 2103, 2161, 2183, 2198, 2202, 2223, 2245, 2246, 2251, 2417, 2428.

Contrato *accesorio*, arts. 41, 1525, 1868, 1872, 1877, 2317, 2366, 2389.

Concordancias

Proy. de B., art. 1620. Cód. Ch., art. 1442.

Observaciones

26.—La definición del contrato *principal* es muy obvia y no ofrece dificultad alguna, por lo cual sin duda

otros códigos no hacen la distinción del nuestro y se exigen de formular tales definiciones, como el Alemán, Francés, Español, Argentino, etc. Todos entendemos lo que es un contrato principal, como la compraventa, permuta, mutuo, depósito, etc., sin tener que acudir a ulteriores razonamientos, ni a concepciones *a priori* o elucubraciones metafísicas.

27.—Contrato *accesorio* el que “tiene por objeto *asegurar el cumplimiento* de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”; con perdón del sabio D. Andrés Bello, de la ilustre Legislatura chilena y de la ecuatoriana que la copió, nosotros opinamos que esa definición es mala por no convenir, sino en parte, con la materia que se trata de definir. Lo que ahí se define es una *caución*, mas no lo que es un contrato *accesorio en general*. En efecto, en el art. 41 tenemos ya que “la *caución* significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”; pero no se define en el art. 1432 los que se denominan pactos accesorios, como el de la compraventa con arras del art. 1793, el comisorio del art. 1868, el de retroventa del art. 1872, el del art. 1877, etc., etc. Frecuentemente la cláusula penal y las convenciones o contratos accesorios que hemos indicado, lejos de asegurar el cumplimiento del contrato principal, tienen por objeto el que se declare resuelto o insubsistente; su razón de ser es la de la resolución o anulación o cesación o insubsistencia de la obligación principal en todos sus efectos jurídicos. Pasemos a demostrarlo, si no es suficiente lo que se ha insinuado.

28.—En efecto, el mismo art. 1525 reconoce el hecho que la pena es también para el caso de no cumplir la obligación principal, puesto que muy bien puede el deudor arrepentirse de la ejecución del contrato substancial o desistir de él, pagando la pena; luego en estos casos la ejecución de lo accesorio le releva del cumplimiento de lo principal, que por lo mismo deja de subsistir, o mejor, queda insubsistente. En otros casos sí es una verdadera caución, como consta de las prescripcio-

nes que vamos a reproducir.—“Cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de *no cumplir la obligación principal*, o de retardar su cumplimiento”: el art. 1527: “Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino *cualquiera de las dos cosas* a su arbitrio; a menos que aparezca haberse *estipulado* la *pena* por el simple *retardo*; o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena *no se entienda extinguida* la obligación principal” Aclararemos esta disposición con un ejemplo: el ingeniero A se compromete con el empresario X a levantar un plano para la construcción de una calzada, plano que debe entregar el próximo mes de Marzo, día en que recibirá \$ 500 que le pagará X; pero se sujeta a que si no cumple con su obligación abonará \$ 50 de multa. A se arrepiente de su principal obligación de levantar y entregar el plano, y se conviene en pagar más bien los \$ 50. Preguntamos: ¿la cláusula penal sirvió para asegurar el cumplimiento del contrato principal? Evidentemente que no. Para lo que sirvió fue para que el ingeniero A pague a X la multa estipulada, y se exonere de la ejecución y entrega del plano, estipulado en quinientos sucres.

Pero supongamos que hubiesen estipulado que por cada día de *retardo* de la entrega del plano, A pagará a X cinco sucres, entonces sí, la cláusula penal *asegura* el cumplimiento del contrato: si el ingeniero no entrega el plano el 10 de Marzo, incurre en la multa de los cinco sucres por cada día de retardo, y sin que por esto le exima de su obligación principal de la supradicha entrega.

29.—Lo propio que con la cláusula penal acaece en el contrato de compraventa con arras, conforme a lo que respectivamente se ha previsto por los arts. 1793 y 1795 del Código que estudiamos.

No podemos concebir los pactos comisorio, de retroventa, de señalamiento de día, etc., sin el contrato principal de compraventa; son esencialmente accesorios como los denomina el Código; pero no tienen por objeto asegurar la subsistencia del contrato, sino más bien la resolución, nulidad, ineficacia o insubsistencia.

“Por el *pacto comisorio* se estipula expresamente que no pagándose el precio al tiempo convenido, se *resolverá el contrato de venta*”, puntualiza el art. 1868.

“Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de *recobrar la cosa vendida*, entregando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación, lo que le haya costado la compra”, declara el art. 1872; luego a lo que esencialmente tiende ese pacto es a tener pendientes o suspensos los derechos del comprador de la voluntad del vendedor, quien puede obligarle a restituir la cosa comprada, dentro de cierto lapso de tiempo; (art. 1874).

El art. 1877: “Si se pacta que presentándose dentro de cierto tiempo (que no podrá pasar de un año) persona que mejore la compra, se *resuelva el contrato*, se cumplirá lo pactado, etc.”; el pacto tiende a la resolución del contrato, y no a darle más eficacia y firmeza; queda subordinado al cumplimiento de un hecho futuro e incierto, a una verdadera condición, de que un tercero mejore la compra, a menos que el comprador se allane a mejorar en los mismos términos su primitivo contrato.

En consecuencia, inferimos que la definición de contrato *accesorio* podía ser ésta: el que se añade o se agrega a una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella; definición que estaría en perfecta conformidad con las cosas que se denominan *accidentales* a un contrato, las “que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se agregan por medio de cláusulas especiales”; (art. 1434, parte final).

Art. 1433

El contrato es “real” cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que

se refiere; es "solemne" cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es "consensual" cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

Referencias

Contratos reales, arts. 1892, 2161, 2183, 2184, 2199, 2366, 2389, 2392, 2417, 2419.

Contratos solemnes, arts. 99, 1706, 1791 inc. 2º, 1889 Nos. 2º y 3º, 2083, 2110, 2256, 2391, 2420, 2428, 2442.

Contratos consensuales, arts. 1791, 1889, 1912, 2110.

Concordancias

Proy. de B., art. 1619.—El contrato es *real* cuando, además del consentimiento, se exige, para que sea perfecto, la tradición de la cosa a que se refiere el contrato; y es *consensual* cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

Art. 1621.—Finalmente, el contrato es *solemne* cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no puede subsistir.

C. de Ch. art. 1443 igual al art. 1433 del C. E.

C. Arg. art. 1140.—Los contratos son consensuales o reales. Los contratos consensuales, sin perjuicio de lo que se dispusiere sobre las formas de los contratos, quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento.

Art. 1441.—Los contratos reales, para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre que versare el contrato.

• Art. 1142.—Forman la clase de los contratos reales, el mutuo, el comodato, el contrato de depósito, y la constitución de prenda y de anticresis.

Proy. de Gar. Goy., art. 978.—Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan, no solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley.

C. Esp., art. 1254.—El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

Art. 1258.—Los contratos se perfeccionan por el *mero consentimiento*, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Instituciones de Justiniano

11. *Prins est ut de iis quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aequae quatuor sunt species; aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.*

PREVIAMENTE tratemos de las obligaciones que nacen de un contrato, las que son de cuatro especies: o se contraen por la cosa, o por palabras, o por escrito, o por consentimiento; de todas las que vamos en particular a considerar.

30.—Ortolán respecto del texto de la instituta: *Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione*, advierte que ocupándonos sólo de los contratos que forman en este momento el objeto exclusivo de las Instituciones, haremos observar que hay cuatro cuya naturaleza es tal, que, aunque haya conformidad y acuerdo de voluntad entre las partes, la obligación esencial que les caracteriza no puede nacer, sino en tanto que ha ocurrido la entrega y prestación de la cosa. Estos son: el *mutuum*, que en el derecho francés se denomina *préstamo de consumo*; el

commodatum, llamado del propio modo *préstamo de uso*; el depósito (*depositum*) y la prenda (*pignus*).—El motivo es ineludible: en estos contratos la obligación esencial y por tanto característica es la de *entregar*; mas no puede haber cuestión acerca de *entregar*, sino lo que con anterioridad se ha *recibido*. No sólo en derecho romano, sino en toda legislación, no existirán nunca estos contratos, sino por la cosa, *re*. Se califican en las lenguas greco-latinas, pero no en la del Derecho romano, de *contratos reales*; (T. II pág. 154).

Observaciones

31.—Precisando más estas nociones tenemos que en el comodato, préstamo de uso, en el mutuo, préstamo de consumo, en el depósito y en la prenda, el comodatorio, depositario, prendario se obligan esencialmente a *restituir* la especie, y el mutuario a devolver la suma de dinero u otro tanto de igual género y calidad; pero, ¿cómo concebir que se *restituya* o se *devuelva* sin que se haya recibido?.... Luego indefectible, necesaria y esencialmente presuponen la *entrega* previa de lo que se ha prestado, o dado en depósito y prenda. En los casos en que la compraventa, la permuta son meramente consensuales y en el arrendamiento, tenemos las definiciones que caracterizan a estos contratos, y que diametralmente difieren de aquellos:

“Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a *dar* una cosa, y la otra a pagarla en dinero”, dice el art. 1783, apartándose del art. 1582 del Código francés que define: “Es una convención por la cual el uno se obliga a *entregar* una cosa, y el otro a pagarla”. Y no obstante siempre es meramente consensual, puesto que en el nuestro se obliga a dar y en el francés a entregar, pero en ninguno de los dos se exigen para las obligaciones que del contrato emanan que precisamente *den* o *entreguen*. De ahí que el inciso 1º del art. 1791, añada: “La venta se reputa perfecta desde que las partes se han convenido en la cosa y en el precio....”, y el 1805: “La venta de cosa ajena vale,

sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo"; por haberse obligado el vendedor exclusivamente a dar y no a entregar, como exige el Cód. de Napoleón. Por igual motivo el art. 169 del Cód. de comercio puntualiza: "La venta mercantil de cosa ajena es válida, y obliga al vendedor a adquirirla y entregarla al comprador, so pena de resarcimiento de daños y perjuicios".

Por idénticas razones se previene en el contrato de permuta: "El cambio se reputa perfecto por el mero consentimiento;" (art. 1889): y el art. 1906, define: "Arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado"

Pero los contratos reales se definen de un modo radicalmente diverso, precisando lo que es de la esencia de ellos, la entrega o tradición de la cosa materia de la obligación de devolver otro tanto o restituir en especie: "Comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes *entrega* a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de *restituir* la misma especie después de terminado el uso".— "Este contrato no se perfecciona sino por la *tradición* de la cosa"; (art. 2161).— "Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes *entrega* a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de *restituir* otras tantas del mismo género y calidad".— "No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la *tradición*, y la tradición transfiere el dominio". (arts. 2183 y 2184).— "Llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de *restituir*la en especie".— "El contrato se perfecciona por la *entrega* que el depositante hace de la cosa al depositario"; (arts. 2198 y 2199).— El art. 2366 previene: "Por el contrato de empeño o prenda se *entrega* una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito".— El Código ha evidenciado en todas las prescripciones que hemos

transcrito el principio de que todos esos contratos son por excelencia reales, *enim re contrahuntur* del Derecho romano.

Otro contrato real en el Código es el de cesión de créditos personales, cesión que no puede tener efecto alguno entre el cedente y el cesionario, sino en virtud de la entrega del título, (art. 1892). separándose en tan importante materia del Código de Napoleón, como más adelante veremos.

32.—Son contratos *solemnes*, según el sistema del Código civil: el matrimonio por ser el vínculo esencial para la ordenada propagación de la especie humana, base y fundamento imprescindible de todo orden jurídico, núcleo ineludible de toda organización social, política y religiosa, el acto de más trascendentales e importantes consecuencias en la vida, considerada en todas sus faces e innumerables relaciones.

De ahí la magnífica definición formulada por Portalis y aceptada por el art. 99: "Matrimonio es un contrato *solemne* por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Es también *solemne* el contrato de donación en varios casos, pero especialmente en el art. 1397; "La donación a título universal, sea de la totalidad o de una cuota de los bienes, exigen, además de la insinuación y del otorgamiento de escritura pública, y de la inscripción en su caso, un inventario *solemne* de los bienes, so pena de nulidad".—Los motivos son tan obvios como poderosos. No es del ánimo del Legislador autorizar la prodigalidad, derroche o dilapidación de los bienes de quien intenta desprenderse del todo o de una gran parte de ellos; quiere más bien que la donación sea la consecuencia de una voluntad firme, libre, reposada y reflexiva, mas no el parto de la ligereza, imprecación e imprevisión. Anhela oponer un dique a las pretensiones insidiosas de los captadores de fortuna, a las innumerables seducciones provenientes de causas y objetos ilícitos, a los halagadores y obstinados conatos de la malicia y mala fe, a las acariciadoras simulaciones del dolo y el frau-

de. Opone una serie de trámites y requisitos para que no se lesionen y perjudiquen los derechos de terceros, acreedores, deudos y parientes.

De los contratos solemnes como son la venta de bienes raíces, servidumbres y censos, la de una sucesión hereditaria, constitución de una hipoteca, etc., hemos insinuado ya al indicar el sistema del Código sobre enajenación de bienes inmuebles; constitución y transferencia de derechos reales, y limitaciones de dominio en tan importante especie de bienes, para que de una manera gráfica, cual lo hemos enunciado, conste el dominio territorial y los gravámenes a él inherentes.

33.—La constitución de la renta vitalicia es un contrato real y solemne, puesto que según declara el art. 2256: “El contrato de renta vitalicia deberá precisamente otorgarse por *escritura pública*, y no se perfeccionará sino por la *entrega* del precio” —La ley a virtud de estas formas y solemnidades asegura la plena, debida y fehaciente constancia de la aquiescencia de los contratantes en una convención sujeta a todo género de eventualidades, peripecias y fraudes.

Pueden también las partes contratantes convenir por estipulaciones expresas que un contrato revista solemnidades especiales, conforme a lo previsto por el art. 1792 y por los números 2º y 3º del art. 1953; y entonces tendremos que respectivamente el contrato no se perfecciona sin aquellos en el primer caso, y asegura en el 2º con más eficacia los derechos de una de las partes. El primer art. previene al efecto: “Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inc. 2º del art. precedente” (1791) “no se reputa *perfecta* hasta el *otorgamiento* de *escritura pública o privada*, podrá cualquiera de las partes *retractarse* mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida”. Tocante al segundo, dispone: “Estarán obligados a respetar el arriendo: 2º Aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador, a título oneroso, si el arrendamiento se ha hecho por *escritura pública*; exceptuados los acreedores hipotecarios:—3º Los acreedores hipotecarios, si el arrendamien-

to se ha hecho por *escritura pública, inscrito en el registro* del anotador antes de la inscripción hipotecaria. —El arrendatario de bienes raíces podrá requerir por sí solo la inscripción de dicha escritura". —Las partes son muy libre para dar las solemnidades que quieran a sus contratos, ya para asegurar la prueba o para garantizar la eficacia de sus relaciones jurídicas; no es de la ley el impedirlo o prohibirlo.

Art. 1434

Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente: son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

Referencias

Cosas de la esencia de un contrato, arts. 1784, 1799, 1804, 1806, 1892, 1907, inc 1º 1988, 2042, 2107, 2108, 2161, inc. 1º 2206, 2325, inc. últ. 2367, 2392, 2419, 2428, inc. 2º.

Cosas que corresponden a la naturaleza de un contrato, arts. 129, 1536, 1708, 1739, 1815, 1816, 1828, 1830, 1848, 1850, 1863, 1864, 1891, 1897, 1898, 1915, 1929, 1937, 1968, 1976, 1984, 1989, 1995, 2007, 2052, 2057, 2105, 2119, 2165, 2191, 2207, 2208, 2228, 2336, 2339, 2351, 2360, 2383, 2386, 2403, 2407, 2410, 2420, 2444, 2445, 2447.

Accidentales a un contrato, arts. 1709, 1710, 1793, 1854, 1868, 1872, 1877, 1891, 1918, inc. últ. 2128, 2129, 2130, 2209, 2413.

Concordancias

Proy. de B. art. 1622; Cód. Ch. 1444.

Observaciones

34.—Los códigos vigentes en las naciones cultas no contienen la prescripción que comentamos, sino que más bien la dejan o relegan al estudio, de la Jurisprudencia; de ahí que muchos intérpres del Código francés no la tratan en manera alguna. La obra de Pthier publicada en 1761 con el título de *Traité des Obligations* se ocupa de este punto, que vamos a traducir por su importancia: “Tres cosas que se deben distinguir en cada contrato.—5º Cujacio no distinguía en los contratos, sino las cosas que son de la esencia del contrato, y las que le son accidentales.—La distinción que han hecho muchos jurisconsultos del siglo XVII es muy más exacta: distinguen tres diferentes cosas en cada contrato: las que son de la *esencia* del contrato: las que solamente son de la *naturaleza* del contrato; y las que son puramente *accidentales* al contrato.—6º—1º Las cosas que son de la *esencia* del contrato, son aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir. Falto de una de estas cosas, o no hay contrato, o es otra especie de contrato.....

7º—2º Las cosas que solamente son de la *naturaleza* del contrato, son las que, sin ser de la esencia del contrato, hacen parte del contrato, aunque las partes contratantes no se hayan explicado, siendo de la naturaleza del contrato que estas cosas estén en él contenidas y subentendidas.....

8º—3º Las cosas que son *accidentales* al contrato, son las que, no siendo de la naturaleza del contrato, no están comprendidas en él sino por una cláusula particular añadida al contrato”.—Al respecto trae el libro de Pothier muchos y variados ejem-

plos en el contrato de compraventa, ejemplos que en una manera más lacónica nos ofrece D. Juan Sala comentando el antiguo Derecho español.

Advierte éste en su obra "Ilustración al Derecho Español": "En la venta es circunstancia esencial el precio, natural la evicción, y accidental el pagarlo en oro o en plata. Es circunstancia esencial el precio, porque si éste falta, ya no hay venta sino donación, aunque se usara de la palabra venta: como si dijera Pedro que me vendía su caballo de balde: es circunstancia natural la evicción, porque siempre se entiende, a no ser que expresamente se excluya por voluntad de las partes: es accidental pagar en oro o plata, porque no afecta la substancia del contrato, que permanece el mismo con ella o sin ella".— No queremos multiplicar los ejemplos respecto de éste ni de otros contratos, puesto que es suficiente coordinar las "referencias" de los artículos del Código ecuatoriano que hemos anotado.



La Legislatura de Santiago de Chile juzgó del caso no aceptar el art. 1623 del Proyecto de D. Andrés Bello, nosotros juzgamos del caso reproducirlo y concordarlo para advertir el acierto con que se haya procedido.

Proy. de B. art. 1623.

Todos los contratos, tanto los que se conocen con denominaciones particulares, como los que carecen de nombre, están sometidos a reglas generales, que serán la materia de los siguientes títulos. Las reglas particulares de los contratos sobre objetos que tienen conexión con el beneficio de minas, pertenecen al Código de Minería; y las reglas particulares de los contratos comerciales pertenecen al Código de Comercio.

Concordancias

Cód. de Nap, art. 1107.—*Les contrats, soit qu' ils aient une dénomination propre, soit qu' ils n' en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui son l' objet du present titre;*—los contratos, sea que tengan una designación propia, sea que no la tengan, están sometidos a reglas generales, que son las del presente título.

Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d' eux; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce; las reglas particulares a ciertos contratos están establecidas en los títulos relativos a cada uno de ellos; y las reglas especiales para las transacciones mercantiles por las leyes concernientes al comercio.

Proy. de Gar. G., art. 984.—Todos los contratos están sujetos a las reglas generales contenidas en este título, sin perjuicio de las que, se prescriban en los respectivos títulos sobre cada uno de ellos.

Cód. Arg. art. 1143.—Los contratos son nominados, o innominados, según que la ley los designe o no, bajo una denominación especial.

Observaciones

35.—Cierto que en Derecho Romano fue de cardinal importancia la distinción de los contratos en nominados, según que ellos tengan o no en el Derecho civil un nombre cierto y causa de obligar, (*contractus est conventio nomen habens a jure civili vel causam.*—*Innominati contractus: do tibi ut des; aut do ut facias; aut facio ut des; aut facio ut facias*); pero no en el Derecho moderno en que todo contrato produce una acción, siempre que se haya celebrado conforme a los principios generales que regulan esa especie de obligaciones. Conviene sin embargo advertir que el Código francés enuncia esa distinción en el inc. 1º del art. 1107, y que Domat la justifica en su obra *Lois Civiles, Livre I, p. 20, n. VIII.*

F. Laurent en el párrafo sobre contratos nominados e innominados, refiriéndose a dicho autor, expone: Domat explica en que sentido se admitía en Derecho francés la clasificación de contratos nominados e innominados. Entre las diferentes especies de convenciones, hay unas de un uso tan frecuente y tan universalmente conocido, que tienen un nombre propio: como la compraventa, el arrendamiento, el préstamo, el depósito, la sociedad, el mandato y muchos otros. Y hay contratos que carecen de nombre propio, como en el caso que una persona da a otra una cosa para que la venda en cierto precio, con la cláusula de que si obtiene mejor precio podrá retener el aumento en provecho suyo: pues todas las convenciones, ya sea que tengan o no un nombre, siempre tienen su efecto, y obligan a lo que se ha convenido”.

En la nota al art. 1143 del Código argentino se indica: Durantón sostiene la división diciendo: que en cuanto a la acción, los efectos son los mismos en los contratos innominados que en los que tienen nombre; pero que la diferencia entre unos y otros, en cuanto a sus efectos posibles y a la extensión de la obligación, *no puede dejar de existir*.—Suponed que dos vecinos, cada uno de los cuales no tiene sino un buey, convienen que el uno se lo preste al otro durante una semana para trabajar su campo, y que este último le dará el suyo a su turno la semana siguiente. Esta convención no es un alquiler, porque el precio no es dinero; no es tampoco un préstamo, porque tal contrato no es a título gratuito de una y otra parte; tampoco es un cambio, porque la propiedad no es traspasada; ni sociedad, porque es convenio hecho en mira de intereses distintos y separados. Sería un contrato innominado. Suponed ahora que el buey del uno ha perecido en poder del otro por una *culpa levísima*. En tal evento no se pueden aplicar los principios ni del comodato, ni del mutuo, ni de ninguno de los contratos que tienen nombre; y aquel en cuyo poder el buey ha perecido, no será responsable de la pérdida, sino en el caso de una

culpa que traiga responsabilidad en los contratantes interesados por una y otra parte.

Marcadé al respecto añade: Los diferentes contratos por los que las personas pueden entre sí obligarse varía de tal suerte, que casi es imposible asignar un nombre especial a cada uno de ellos. *Entre nosotros* como en Roma *hay contratos nominados e innominados*; pero más allá no subsiste la analogía. En Roma todo contrato que no tuvo *nombre*, especial y nominativamente previsto por la ley, no podía resultar del solo consentimiento, del simple acuerdo de las partes, acuerdo que no era sino un mero pacto y que civilmente no obligaba; el pacto no subsistía sino por la ejecución de lo pactado, *re*, de suerte que no había *contrato innominado* sino en cuanto se estaba en un caso previsto por alguna de estas fórmulas: *do ut des* (doy para que des),—*do ut facias* (doy para que hagas),—*facio ut des* (hago para que des),—*facio ut facias* (hago para que hagas). Al contrario, entre nosotros, los contratos innominados se formaron por el solo consentimiento del propio modo que los contratos nominados, puesto que no es de nosotros los *nudos pactos*, y el mero convenio de obligarse crea inmediatamente la obligación y constituye el contrato.

“Por lo demás, en tanto que el contrato *nominado*, designado por la ley, estará necesariamente sometido a las reglas especiales que el Código nos presentará, el artículo 1107 no podía someter los contratos *innominados*, sino en globo a los principios generales que consagra nuestro título; pero esto no obsta para aplicar a un contrato innominado en todo o en parte las reglas del nominado con el que se encuentre en más analogía; (*Explication théorique et pratique du Code Civil*, T. V. n.º 391).

Aparte de las razones aducidas por esos insignes jurisconsultos, había entre nosotros, para acoger la primera parte del artículo del Proyecto de Bello, el poderoso motivo de que estuvo muy arraigado en las costumbres de los pueblos Hispano-americanos el sabio precepto de la famosa Ley 2, Tít. 16, Lib. de la Nueva Recopilación, precepto tan admirablemente encomiado

por Montesquieu, reproducido por el código que rige en España, esto es, de que todo contrato (o convención) sea nominado o innominado está sujeto a las reglas del título II del Libro IV del Código civil.

Prescribía la ley citada que tanto se inculcó en los pueblos suramericanos: "*Que si parece que alguno se quiso obligar a otro por promisión, o por algún contrato, o en otra manera, sea tenido que cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepción que no fue hecha estipulación, que quiere decir prometiéndolo con cierta solemnidad de derecho, etc., . . . mandamos que todavía vala la dicha obligación y contrato que no fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro;* prescripción reproducida, cual la insinuamos en el Código español.

Art. 1254.—El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar un servicio.

Art. 1258 — Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Aceptándose como aceptó la Legislatura de Santiago de Chile el artículo del Proyecto de Bello sobre las cosas de esencia, naturaleza y puramente accesorias del contrato, que no están formuladas en los Códigos de las naciones cultas, y eliminando del Código chileno, transcrito por el del Ecuador, la disposición tan acertada como jurídica de que "*todos los contratos, tanto los que se conocen con denominaciones particulares, como las que carecen de nombre, están sometidos a reglas generales, que serán la materia de los siguientes títulos*", a más de incurrir en un enorme vacío, daba, como puede darse a entender, que por haber cambiado de sistema acerca del Derecho español, únicamente podían ser obligatorios los contratos que tienen una designación especial; y si no se creyó conveniente la primera parte de ese artículo ha debido reproducirse, traduciendo, el inc. 1º del art. 1107 del Cól. de Napoleón que consta ya en las "concordan-

cias". En nuestro concepto de la manera siguiente: Los contratos, sea que tengan una designación propia, o no la tengan, están sujetos a las reglas de los siguientes títulos.

36.—Tampoco en nuestro concepto procedió con la debida cordura el Congreso de Chile al no aceptar la 2.^a parte del art. 1623 del Proyecto original de D. Andrés Bello, puesto que esa disposición no se contrae sino a reproducir el inc. 2.^o del art. 1107 del Código francés, respecto del cual jurisconsultos tan eminentes como Duranton, Aubry et Rau, Lacombière, etc., juzgan que era necesario para determinar y precisar mejor la materia del Código civil, distinguiéndola del de Comercio, de Minas, etc.

Para el sistema del Código, para su armonía y recta correspondencia era mejor que conste esa parte, esto es, "Las reglas particulares de los contratos sobre objetos que tienen conexión con el beneficio de minas, pertenecen al Código de Minería; y las reglas particulares de los contratos comerciales pertenecen al Código de Comercio"; puesto que en el mismo Código encontramos la necesidad de dicha reproducción que surge de las disposiciones generales y especiales de los artículos que pasamos a transcribir.

Art. 4.^o—En el juzgamiento sobre materias arregladas por leyes especiales, no se aplicarán las disposiciones de este Código, sino a falta de esas leyes.

Al tratar de la necesidad de un principio de prueba por escrito, puntualiza el inc. 3.^o del art. 1701:—Excepción también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los *Códigos* especiales.

Acerca del contrato de transporte previene el art. 2013:—Las reglas anteriores se observarán sin perjuicio de las especiales para los mismos objetos, contenidas en las ordenanzas particulares relativas a cada especie de tráfico, y en el Código de Comercio.

Art. 2046.—La sociedad puede ser civil o comercial.—Son sociedades comerciales las que se forman pa-

ra negocios que la ley califica de *actos de comercio*. Las otras son sociedades civiles.

Art. 2051.—Las sociedades civiles anónimas están sujetas a las *mismas reglas* que las sociedades *comerciales anónimas*.

Art. 2245. — Los principales contratos aleatorios son:—1º el contrato de seguros:—2º El préstamo a la gruesa ventura:—3º El juego:—4º La apuesta:—5º La constitución de renta vitalicia.—Los dos primeros pertenecen al Código de Comercio.

Art. 2400.—La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves.—Las reglas particulares relativas a la hipoteca de las naves pertenecen al Código de Comercio.

De todo lo expuesto lógicamente deducimos que el Congreso de la República de Chile hubiese procedido con recto criterio, aceptando en su totalidad el art. 1623 del Proyecto, e incorporándolo a su Código vigente en ella; y que, así con esa incorrección es el que rige en el Ecuador, que ese vacío aún no lo ha llenado, en la serie de Congresos que se han sucedido, ni pensando llenarlo.

(Continuará).