

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Agosto de 1928

Núm. 44

## Convenciones de no-responsabilidad <sup>(1)</sup>

La jurisprudencia francesa ha hecho una aplicación imprevista de la distinción entre el comitente habitual y el de ocasión, en punto a la irresponsabilidad del primero. Sabido es que la jurisprudencia francesa funda la responsabilidad del comitente en la facultad de dar órdenes directas y vigilar la ejecución; pues bien, consecuente con este sistema, ella ha admitido en una sentencia reciente (Ch. Civ. 11 Julio 1913. S. 1.920), 1, 43) que si un automóvil de alquiler causa un daño, el ocupante del vehículo no es responsable, con la condición de que él no haya dado al chofer órdenes directas o indicaciones suficientemente caracterizadas para poder ser considerado como comitente de ocasión, e incurrir por esto en responsabilidad en lugar del comitente habitual (la empresa explotadora).

He aquí, a grandes rasgos expuesta, la delimitación entre las cláusulas de no-responsabilidad absolutamente nulas y ciertas convenciones que se asemejan a ellas por su fórmula, pero que son en su contenido verdaderas mutaciones del sujeto normalmente responsable. Con lo cual queda demostrado que la exoneración del comitente no nace de una pura y simple cláusula de no-responsabilidad.

\* \* \*

10. Tímidamente hemos indicado a lo largo de la precedente exposición la posible influencia de la doctrina del riesgo sobre nuestro problema; hora es ya de dar sobre este extremo una con-

(1) Véanse los dos números anteriores.

testación adecuada. Sería osado por parte nuestra intentar responder con un criterio personal, pero la falta de documentación sobre este punto nos deja a entera merced de nuestras apreciaciones.

No existiendo en el Código civil un precepto jurídico cuya redacción estilista revele con un rigor y una certeza evidentes la prohibición de las cláusulas de no-responsabilidad delictual, nos ha sido preciso extender el campo de nuestras consideraciones y discernir la solución con arreglo al sistema general del Derecho, y remontándonos del examen del artículo concreto, indujimos la nulidad de tales convenciones de una razón de orden público.

El orden público no se halla, sin embargo, substraído a toda mutación, pasivo e inerte. Es, por el contrario, esencialmente variable y dinámico; influido por las condiciones de lugar y tiempo, en correlación íntima con las circunstancias de la vida social, el orden público se presenta a nuestro espíritu como el ideal moral de una época. Por su manera de actuar, siempre idéntica, y por su contenido eternamente variable, podríamos compararlo a un canal por donde discurren aguas diferentes y siempre semejantes; su aparente inmovilidad es una ilusión óptica. A esta aptitud para variar su contenido se refiere Polacco, cuando dice (1): «que el orden público y las buenas costumbres son los órganos respiratorios del sistema jurídico positivo, por donde penetra en el cuerpo del Derecho el aire oxigenado de la vida moderna, que mantiene remozado y vigoroso el Derecho de un pueblo».

Sentado que el orden público se halla sujeto a una constante renovación, ocurre preguntar: Si en virtud de las ideas modernas se funda la responsabilidad en el hecho y no en la culpa, ¿podrá invocarse en contra de la validez de un convenio de no-responsabilidad delictual una razón de orden público? Y en todo caso, admitiendo la colisión entre el orden público y la cláusula, ¿podrá justificarse la prohibición legal por la *ratio juris* tradicionalmente invocada?

Decididamente, es inoportuno alegar en contra de la cláusula de no-responsabilidad aquiliana, que ella es una invitación a la negligencia, porque igual razón existe para negar validez al seguro de responsabilidad civil, el cual se halla plenamente admitido.

(1) C. de Diego, *Derecho civil*, I, p. 359.

Si el imperativo legal existe, en esta materia es de diferente entidad.

II. Deliberadamente decíamos en el capítulo tercero de esta tesis: «que las doctrinas de la responsabilidad objetiva significan algo más que una investigación minuciosa del sujeto responsable; ellas implican una modalidad en el planteamiento del problema, una visión distinta de la responsabilidad». Para las doctrinas clásicas, la obligación de reparar exige un acto culpable; para las nuevas direcciones, basta un acto destructivo; aquéllas aprecian la lesión en el autor; éstas en la víctima. Es decir, la teoría del riesgo invierte, por así decirlo, la jerarquía en que se hallaban situados los diversos factores cuya reunión engendra la responsabilidad.

Preocupado el Derecho más atentamente de la naturaleza del bien destruido que del carácter culpable o negligente del autor del daño, se deduce que el criterio para determinar la licitud de un convenio de no-responsabilidad no puede ser la gravedad de la culpa cometida, sino la importancia jurídica y social del bien lesionado. Hay bienes, en efecto, que poseen un valor no sólo individual, sino social; tales son: la vida, la integridad personal, etcétera; sobre ellos no puede recaer un convenio de liberación. Pero hay otras clases de bienes cuya conservación afecta exclusivamente al interés patrimonial privado, y respecto a éstos, la licitud de una cláusula de no-responsabilidad nos parece evidente. El orden público, en efecto, nada puede oponer a que dos propietarios de fincas de caza celebren convenio de no-responsabilidad por los daños que recíprocamente les causa su multiplicación.

Ignoramos hasta qué punto la solución propuesta sea justa; pero ella tiene en su apoyo el espíritu de la jurisprudencia francesa más reciente. La Corte de Lyon (6 Agosto 1907, Gaz. Pal., 1907, 2, 544) ha reconocido la licitud del convenio celebrado entre dos vecinos, estipulando la irresponsabilidad por los daños que la caza de los bosques de uno pueda causar a las cosechas de otro. Demogue, de quien está tomada la anterior sentencia, cita otras varias en su obra (1), que reconocen la validez de la cláusula de no-responsabilidad por daños causados por los animales, las cosas

(1) *Obligations*. V. núm. 1.199.

inanimadas, etc. «Todas estas soluciones concernientes a la irresponsabilidad del hecho de los animales, de las cosas inanimadas, provocan, sin embargo, una dificultad especial, dice Demogue (1), si el propietario quiere exonerarse de las consecuencias de la muerte de una persona o de lesiones corporales. Aquí es preciso mostrarse más vacilante. La jurisprudencia, que no admite que un patrono pueda exonerarse de responsabilidad respecto a sus obreros lesionados, admitiría difícilmente que un propietario de animales se declarara irresponsable respecto a todos los que penetraran por un motivo legítimo en el cercado donde se encuentra su ganado. Pero se podría admitir fácilmente que hay culpa lata de su parte.»

Es evidente, a nuestro juicio, que el criterio para determinar la licitud de una cláusula de no-responsabilidad es la naturaleza del bien jurídico a que afecta. Sin embargo, según se desprende del párrafo transcrito de Demogue, para el ilustre profesor francés el criterio reposa en la clásica graduación de la gravedad de la culpa. Acaso esta interpretación sea acorde con el espíritu de la jurisprudencia reseñada, pero tan artificial manera de justificar sus soluciones acusa con renovado vigor lo que las doctrinas tradicionales tienen de irreales y ficticias.

## PARTE SEGUNDA

### CLÁUSULAS DE NO-RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS

#### CAPITULO PRIMERO

##### *Generalidades.*

1. Con arreglo a los principios generales del derecho contractual, el deudor elude toda responsabilidad probando que el incumplimiento de sus obligaciones no le es imputable, porque éste obedece a causas extrañas (fuerza mayor y caso fortuito). Estas causas de liberación del deudor han resultado insuficientes en Derecho moderno, y se ha buscado en la convención un medio radical para

(1) Op. cit., loc. cit.

prevenirse contra la responsabilidad ; este medio consiste en estipular que el deudor no responderá del incumplimiento, ya obedezca éste a una causa extraña, o bien sea debido a la culpa del deudor o de sus dependientes.

Tal procedimiento para eludir la responsabilidad ha permanecido ignorado hasta mediados del siglo XIX ; su existencia no fué prevista por los legisladores, y los comentaristas de los Códigos tampoco se ocupan de él. «Hubiera sido preciso para tratarlo—ha dicho Lyon Caen (1)—que ellos hubieran tenido el don de la adivinación, porque en los comienzos del siglo XIX las cláusulas de no-responsabilidad eran desconocidas.»

Es, en efecto, a mediados del siglo XIX cuando las cláusulas de no-responsabilidad aparecen, insertándose en un gran número de contratos de adhesión. La causa principal de su nacimiento fué la extensión de la responsabilidad que la renovación de los medios de transporte trajo como consecuencia : la velocidad acelerada de trenes y navíos, el gran número de objetos transportados en cada expedición, la intervención necesaria de numerosos dependientes, multiplicaron la responsabilidad de los portadores de modo tan extraordinario, que éstos sintieron la necesidad de ponerse a cubierto de ella.

2. En su origen, las cláusulas de no-responsabilidad despertaron una gran agitación, siendo objeto de apasionadas controversias, y suscitaron numerosos litigios. Pero no sólo preocupó a la doctrina y a la jurisprudencia el estudio de tales convenciones, ellas han atraído también en diferentes países la atención del legislador.

En su aparición, las cláusulas de no-responsabilidad fueron recibidas hostilmente. Los autores tenían como un principio absoluto de derecho que nadie puede estipular la irresponsabilidad de sus culpas. Este principio había sido proclamado reiteradamente por Pothier, Emerigon, Valin, etc. ; el orden público, decían, se opone a que una persona se asegure por convención previamente la impunidad ; él exige, al contrario, que el hombre sea estimulado a obrar prudentemente por el sentimiento de la propia responsabilidad. Si no se puede estipular la irresponsabilidad de las propias

(1) *Rev. Crit.*, 1903, p. 518.

culpas, tampoco es lícito exonerarse de las de los dependientes y empleados, porque estando fundada la responsabilidad del dueño en un defecto de vigilancia o de elección, ella se reduce a una responsabilidad por culpa personal (1).

En el argumento expuesto se fundaba principalmente la ilicitud de las cláusulas, pero además se rechazaban, por el temor de que su empleo generalizado arrebataste toda seguridad a los transportes y al comercio. Y por una razón teórica y práctica, se concluía que tales convenciones debían declararse destituidas de efecto.

3. La hostilidad ante las cláusulas se atenúa por influencia de Troplong. El sistema por él inspirado y seguido por numerosos autores aspira a conciliar dos principios reputados ambos de valor absoluto: la inmoralidad de exonerarse de la culpa y la libertad de las convenciones. Para este sector de la doctrina, las cláusulas de no-responsabilidad son inmorales e ilícitas en cuanto significan un desconocimiento o menoscabo de la prohibición de exonerarse de la culpa; pero ellas no son absolutamente nulas, porque cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se la debe interpretar en el que puede producir algún efecto; e interpretando las cláusulas de no-responsabilidad en el sentido más favorable a su validez, pueden producir el efecto de invertir la carga de la prueba, haciendo cesar la presunción de culpa que pesa sobre el deudor (2).

Este sistema intermedio estaba predestinado a una corta vida. Pasajeramente admitido, advirtiéndose que él era solamente una sutileza jurídica para mantener el valor abstracto de los principios; en pura teoría, en el terreno ideal la responsabilidad era mantenida, pero en la práctica frustraban su aplicación las dificultades probatorias con que los acreedores tropezaban para demostrar la culpa del deudor. Esta imposibilidad de suministrar la prueba enervaba notablemente el recurso que a los acreedores estaba reservado y garantizaba a los deudores la impunidad.

Bien que mereciera escasa aceptación el sistema examinado, él había de ser extraordinariamente fecundo, por aportar a la discusión un nuevo elemento, en torno del cual debía girar el debate

(1) Danjon, *Droit maritime*, II, París, 1912, núm. 723.

(2) Troplong, *Traité du louage*, III, núm. 942. Laurent, *Droit civil*, XXV, número 531.532. Perreau, *Clauses de non garantie*. *Revue Crit.*, 1901, página 485 y ss. *Thaller Ann. Dr. Comm.*, I, p. 165, 188, 192 y 255-256.

más tarde; nos referimos al principio de la libertad de las convenciones.

4. En el año 1869, con motivo de un contrato de transporte marítimo, en el que debía formular sus conclusiones, como Abogado general en el Tribunal de Casación, sostuvo M. de Raynal (1) la licitud absoluta de las cláusulas de no-responsabilidad; poco tiempo después apareció en la *Revue Critique* (2) un artículo donde se confirmaba esta doctrina.

La nueva dirección conquistó gran número de adeptos; De Courcy, Labbé, Lyon Caen y Renault-Sainctelette, Boutaud, etcétera, la han defendido calurosamente. Ellos estudian el problema de las cláusulas de no-responsabilidad no sólo con relación a los contratos donde se insertaban prácticamente, sino desde el punto de vista general de todas las relaciones contractuales.

El principio en que reposan las opiniones anteriores, la inmoralidad de exonerarse de las culpas, ha sido combatido desde dos puntos de vista. En primer lugar se ha invocado en contra suya un argumento histórico: la licitud de la cláusula de no-responsabilidad en Derecho romano, presentándose el pretendido principio como una invención desdichada, porque «sería singular, como ha dicho Lyon Caen, que el legislador moderno más respetuoso con la libertad de las convenciones, prohibiera cláusulas cuyo valor en Roma es incuestionable» (3). En segundo término, se ha alegado, en contra de la opinión clásica, un argumento de analogía: la licitud del seguro de responsabilidad.

## CAPITULO II

### *La cláusula de no-responsabilidad en Derecho romano.*

1. Los preceptos jurídicos que rigen la responsabilidad entre contratantes tienen una misión secundaria: interpretan y suplen el querer de los individuos. Ellos derivan su energía vinculante de un acuerdo tácito que se presume haber mediado entre las partes, aceptando las prescripciones del Derecho común. Son, por tanto, normas permisivas cuya aplicación decae ante una declara-

(1) De Raynal, *Conclusions*. S. 69, 1.101; D. 69, I, 94.

(2) Tambour, *Rev. Crit.*, 1869, p. 193 y ss.

(3) Nota en S. 1.121.

ción contraria, porque la voluntad expresa debe prevalecer sobre la voluntad tácita.

En esto se funda el principio de la libertad de las convenciones, proclamado por el edicto del pretor: «Ait prætor: Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita senatus consulta, edicta principum, neque quo frans cui eorum fiat, facta erunt servabo» (1).

Una aplicación especial de este principio la encontramos en la ley *Contractus* de Ulpiano, donde, después de determinar la extensión normal de la responsabilidad en los diversos contratos, añade: «Sed hoc etia nisi si quid nominatim convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus: non hoc servabitur, quod initio convenit: legem enim contractus dedit» (2).

2. Vamos a estudiar principalmente las cláusulas de exoneración; pero para mostrar la exactitud del principio antes enunciado de que la responsabilidad contractual depende en su grado y extensión de la voluntad de las partes, es oportuno hablar brevemente de las convenciones que agravan la responsabilidad del deudor.

Las fuentes romanas muestran de ello numerosos ejemplos. La ley 1, p. 6, D. 16, 3, prevé y autoriza la posibilidad de hacer responsable al depositario de la culpa levísima, siendo así que normalmente sólo presta la culpa leve.

Pero las cláusulas de agravación más frecuentes son aquellas que ponen a cargo del deudor los casos fortuitos, substituyendo la regla, «Res perit creditor», por la excepción, «periculum delitoris est». Los textos mencionan tales cláusulas a propósito principalmente del depósito (3). Mas idéntico tratamiento se da al mandato (4), al comodato (5), etc.

Numerosos textos prueban que la agravación convencional de la responsabilidad es en Derecho romano harto frecuente.

3. Igualmente que las partes son dueñas de agravar la res-

(1) L. 7, p. 7, D. 2, 14.

(2) D. 23, D. 50, 17.

(3) L. 7, p. 15, D. 2, 14.

(4) L. 39, D. 17, 1.

(5) L. 1, C. 4, 23.

ponsabilidad normal del deudor, ellas pueden atenuarla y aun suprimirla por la convención.

Las obligaciones del comprador y del vendedor pueden ser reducidas por la convención. «In emptionibus seimus quid proestare debitor debeat, quidque ex contrario emptor; quod si in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id servari debet» (1). La garantía de la evicción puede suprimirse por la estipulación «nihil evictionis nomine prestatum iri» (2).

La garantía de los vicios ocultos no es más esencial a la venta que la garantía de la evicción; el vendedor tiene el derecho de excluir la garantía de ciertos vicios (3). En el comodato es lícito convenir que el comodatario responderá solamente de su dolo (4).

El principio de que el deudor puede liberarse convencionalmente de la responsabilidad de su culpa, tiene, sin embargo, una excepción: el marido obligado a la restitución de la dote no puede exonerarse de sus culpas. «Pomponius ait, maritum non posse pacisci ut dolum solummodo in dotem proestet: videlicet propter utilitatem nulemtium» (5). Esta prohibición se explica fácilmente, dado que la restitución de la dote se consideraba de orden público. «Reipullicoe interest mulieris dotes salvas habere» (6).

Los textos revelan igualmente ejemplos de convenciones tácitas de irresponsabilidad. Si el comprador conoce el peligro de la evicción, se entiende que renuncia a la garantía (7). Igualmente regula un caso de convención tácita de irresponsabilidad la ley 18, pr. D. 13, 6: Si una persona entrega a otra una vajilla para obsequiar a un amigo común, el comodatario sólo debe responder del dolo.

4. De los textos citados se desprende que el límite de las convenciones es el dolo. Exceptuando éste y la culpa lata, con la cual viene equiparada en numerosos pasajes del Digesto (8), la volun-

(1) L. 43, D. 2, 14.

(2) L. 63, D. 21, 2.

(3) L. 14, p. 9, D. 21, 1.

(4) L. 5, p. 10, D. 13, 6.

(5) L. 6, D. 23, 4.

(6) L. 2, D. 23, 3.

(7) L. 27, C. 8, 45.

(8) L. 29, pr. D. Mand., 17, 1, 7; p. 1, D. 26, 10, 8, p. 3, D. 43, 26, 1, p. 1, D.

dad de las partes decide soberanamente la exceptuación de la responsabilidad contractual.

\* \* \*

5. Después de citar los anteriores textos, sentimos el deseo de hacer una exposición, a la que convendrían bien los signos de un paréntesis : de la formación histórica de la garantía de evicción en la venta consensual. Acaso al ocuparnos aquí de esta materia resulte inoportuno ; sin embargo, su estudio es rico en suscitaciones ; él muestra hasta qué grado las normas jurídicas que rigen la responsabilidad entre contratantes tienen un valor presuntivo de voluntad, porque la formación histórica de ellas ha obedecido a la reiteración de una serie de casos particulares con contenido uniforme, expresando la ley solamente la forma general de comportamiento.

Es indudable que esta demostración puede hacerse sobre cualquier contrato, pero hemos preferido la evicción como ejemplo ; primero, porque la garantía nace en la venta, y segundo, porque unánimemente Códigos y tratadistas consignan expresamente la validez de la renuncia de la evicción.

6. El vendedor responde normalmente al comprador del derecho con que realiza la venta y de las cualidades de la cosa vendida, y hay evicción, como dice Saleilles, «todas las veces que el comprador, por un acto al cual él no puede oponerse, pierde el beneficio del derecho que había creído adquirir» (1).

Veamos cómo la garantía de evicción se forma. Originariamente, la venta mancipatoria era un contrato de enajenación real. Como dice Brinz (2), vender no es prometer ; vender es dar ; la responsabilidad deriva de un daré. De la mancipación, no de la venta, surge el deber de preservar al comprador de toda perturbación futura. «En tanto que el comprador no ha tenido tiempo de usucapir, su vendedor—escribe Girard (3)—debe asistirle en justicia contra los terceros (auctoritatem prestare). Si él no quiere o no puede hacerlo, si él deja despojar a su comprador, debe

(1) *Etude de l'obligation*, etc., p. 228.

(2) *Paná.*, t. II, 1, p. 280 (ed. 1879, p. 335).

(3) *Droit romain*, p. 583.

entregarle el doble del precio, y para exigírselo tiene el comprador la «*actio auctoritatis*» (1).

Al lado de la venta mancipatoria, existe para las cosas «*nec mancipi*» la venta no formal, desprovista de toda garantía. Para dotarla de efectividad obligatoria era preciso un pacto expreso, un negocio jurídico singular, una forma especial de constituirse responsable. Así surgió la «*stipulatio duplae*», a manera de un recurso para dotar a la venta no formal de aquellos efectos que la «*mancipatio*» producía naturalmente. Al lado de la «*stipulatio duplae*» surgió la promesa «*habere licere*» para las cosas de escaso valor. En la «*stipulatio duplae*», la indemnización consistía en el doble. En la promesa «*habere licere*» se limita al perjuicio (2).

El comprador no tiene originariamente una garantía directa y carece hasta de la facultad de constreñir al vendedor a pactar la indemnización.

Posteriormente, lo que al principio necesitó un pacto expreso para existir, acabó por incorporarse al contrato de compraventa, por influencia de la buena fe, sancionada por la «*actio empti*». Sobreentendiéndose una estipulación requerida por el uso (3).

De este breve examen, dos consecuencias se derivan con marcada precisión: 1.ª Si la «*stipulatio duplae*» tiende a dotar a la venta no formal de los efectos jurídicos de la *mancipatio*, el contrato consensual será el negocio jurídico causal de la *mancipatio* o de la *traditio*, y, por tanto, el vendedor quedará obligado a realizar un acto formal—mancipar tradir—, no estando obligado a hacer al comprador propietario, sino a ponerlo en condiciones de serlo. El comprador que descubre que la cosa vendida no pertenece al vendedor, no puede reclamar la cosa y negar el precio; solamente el día en que sea perturbado podrá accionar contra el vendedor (4). Una excepción consignan los textos: el comprador de buena fe podría exigir inmediatamente, sin esperar a la evicción, una indemnización de daños *ex-empto* del vendedor de mala fe que a sabiendas le hubiere vendido una cosa ajena (5).

(1) V. Paul. Sent. 2, 17, 3, m. 3.

(2) Girard, N. R. H., 1884, p. 396-401.

(3) Girard, *Droit romain*, p. 583 y ss.

(4) Africano, 30, 1, p. 19, 1. Ulpiano, 25, 1 y 28, D. 18, 1.

(5) Cf. Mair, *Historia del Derecho romano*, II, p. 172.

La segunda consecuencia que se desprende de la formación histórica de la garantía de evicción es que si la garantía se debe en virtud de un pacto que la ley presume, las reglas jurídicas que la conciernen deben tener carácter permisivo; ellas expresan solamente el modo general de presentarse el contrato, el valor normal del derecho. La norma se ha formado por una generalización de ventas del mismo tipo, no ha sido ella deducida de un principio superior de justicia. Luego si la evicción se debe en virtud de un pacto tácito, ella debe cesar ante una declaración expresa en contra.

### CAPITULO III

#### *La «natura contractus».*

1. En el capítulo precedente hemos visto que la posibilidad de modificar convencionalmente la responsabilidad entre contratantes es incuestionable en Derecho romano. Esta idea es susceptible de ser percibida en direcciones diversas; conocida la naturaleza permisiva de las normas jurídicas que rigen la responsabilidad contractual, ocurre preguntar: ¿Qué parte de las disposiciones legales concernientes a un contrato se halla substraída a la autonomía privada? ¿Qué consecuencias engendra necesariamente la celebración de un contrato? Es decir, ¿qué grado de resistencia ofrece el contrato legal y objetivo, el contrato individualidad jurídica existente en la ley, al contrato substancial y subjetivo que surge en la vida como un medio puesto al servicio de las economías privadas?

Esta nueva visión del problema es en extremo interesante. Admitida la existencia de la cláusula de no-responsabilidad en Derecho romano, se trata ahora de dilucidar cuáles son los elementos pasivos y permanentes de un contrato; en este aspecto se estudia la cláusula de no-responsabilidad como un medio perturbador de la pureza originaria del contrato tipo.

2. Sabido es que en Derecho romano el pacto es el elemento perturbador del contrato, y según que él sea in continenti o ex intervalo, él actúa más o menos enérgicamente. Pero para graduar su eficacia es preciso conocer previamente la naturaleza del contrato. «Es sobre este punto de vista, escribe Paturini, donde

es preciso situarse si se quiere estudiar bien las diferentes modalidades de los contratos resultantes de su modificación por los pactos» (1).

Según el lenguaje de los textos, los pactos se dividen : en *secundum natura* y *contra naturam contractus*.

¿Qué significa la expresión *natura contractus*? M. M. Monnier y Platón, en la parte publicada de su comentario sobre la *Meditatio de nudis pactis* (del autor anónimo bizantino), han intentado decirlo (2).

Uno de los textos más importantes en la materia es la scholia εἰρητικῆν. Basilicas, ley 43, libro XI, I (t. I, p. 629) (3).

La ley dice, resumiendo un texto de Paulo (43. D. 2, 14), que : se puede, por pacto, reducir indiferentemente la prestación del vendedor y la del comprador, y la scholia explica que desde que hay acuerdo entre las partes sobre el precio, quedan obligadas ; y desde que el comprador ha pagado el precio al vendedor o dado satisfacción de otra manera, el vendedor debe entregarle la cosa y prometerle la restitución al doble en caso de evicción ; y el scholiasta añade que para llegar a estos dos últimos resultados no hay necesidad de convenciones particulares, porque «el vendedor no puede decir que él no ha convenido entregar la cosa al comprador, o prometer la restitución al doble en caso de evicción. Desde que el precio ha sido fijado entre él y el comprador, se ha convenido hacer todo esto».

«Nosti quando specialibus pactis opus est, si scilicet pacisci quid relim quod secundum naturam contractui non inest. Verbi causa legibus praesumitur, venditorem vacuum rei venditoe possessionem tradere emtori debere. Non est igitur necesse ut conventio de vacua possessione tradenda fiat ; sed per contrarium si velit non vacuum tradi possessionem, specialis conventione opus est. De his enim, quae secundum naturam contractum sequuntur, pacisci non est necesse.»

Por otra parte, el comprador debe entregar el precio al vendedor igualmente debido, según la naturaleza del contrato.

(1) Paturini, *Pactes et contracts en Droit romain et byzantin*, Paris, 1917, p. 9.

(2) *Nouvelle Revue Historique de Droit*, 1913, p. 632 y ss.

(3) V. Paturini, op. cit., p. 10.

La scholia termina con estas palabras: «Si tamen in contractu aliquid eorum exceptum sit, quoe secundum naturam sequuntur hoc etiam servari oportet.»

De esto se deduce, escribe Paturini (1): «que la presunción legal es que cada contrato tiene su tipo, su estructura normal, que implica ciertas consecuencias: su naturaleza». Según ello, define este autor la natura contractis: «Los efectos, las consecuencias agregadas por la ley a la formación y a la existencia del contrato. Desde que las partes han dado nacimiento al contrato, es como si ellas hubieran querido expresamente las consecuencias que la ley relaciona a la existencia de este último.»

3. La expresión «naturaleza» está aquí empleada como reveladora de la realidad total de un ser. Es decir, como el conjunto de todos los elementos que dan a un contrato individualidad y fisonomía. Es preciso jerarquizar estos elementos, discernir su valor propio, separar aquella parte sin la cual el contrato no puede existir como figura jurídica de aquella otra que no implica tal carácter de necesidad.

Aplicándose a esta tarea de análisis, la scholia enseña que se debe distinguir entre la naturaleza y la esencia. Las consecuencias tácitas que derivando de la ley definen la naturaleza del contrato, no encadenan la voluntad de las partes. La ley reserva a éstas la facultad de determinar libremente la naturaleza del contrato celebrado. Actuada la voluntad de los contratantes, el contrato subsiste desprovisto de su figura ordinaria, deformado; la scholia presenta el contrato de venta subsistiendo cuando, por la voluntad de las partes, el vendedor ha sido dispensado expresamente de prometer la restitución al doble en caso de evicción (2).

La parte del contrato substraída a la voluntad constituye la esencia. Modificar la esencia es destruir el contrato mismo o hacerle recibir una figura jurídica diferente. Es, por tanto, la parte inerte de la estructura contractual que persiste a través de todas las deformaciones individuales.

«Substantialia contractus—dice Schneidewini (3)—ea sunt quoe

(1) Op. cit., p. 11.

(2) Paturini, op. cit., p. 12.

(3) I. Schneidewini in quator Institutionum Imperalium. D. Justiniani libros Comentarum. Coloniae Agripinae, 1740, in 4.º, lib. III, t. 14, p. 20.

secundum originalem naturam uniuscujusque contractus dant esse non substantiam, formam atque perfectionem ipsi contractui, sine quibus contractus consistere nequit, ut sunt in contractu emptionis et venditionis, consensus, pretius et merx. Nam sine his contractus iste non potest consistere; quod illa interveniant, emptio perfecta et absoluta dicitur. Si quid vero horum desit contractus nullus est.»

De estos elementos se distinguen los naturalia. «Naturalia contractus...—prosigue Schneidewini—ea dicuntur quae secundum naturam uniuscujusque, contractus, tacite in uno quoque contractu veniunt, bicet non fuerit expressa; et tamen pacto expresso vel tacito removeri possunt ab illo contractu citra ejus corruptionem.»

La división es tripartita; ella comprende un tercer término, los elementos accidentales que, según nuestro autor (p. 23), son: «ea quae contractui—praeter ipsius naturam—pacto contralsentium accedunt: Exempli gratia, si is, qui vendit domum, paciscatur cum emptore, ut emptor domum emptam venditori pro certo pretio definitum tempus locet. Nam hoc non est de substantia vel natura actionis ideoque accidentali emptionis dicitur.»

«Se puede, pues, decir—escribe Paturini (1)—que todo contrato se presenta bajo la forma de una masa formada por tres zonas concéntricas: Un núcleo central, la esencia, los essentialia; una zona rodeando este núcleo, las naturalia; en fin, la zona exterior, envolviendo esta última, los accidentalia.»

4. Estas tres zonas ofrecen un grado de resistencia decreciente del centro a la periferia. ¿A qué serie de elementos pertenece la responsabilidad? La respuesta, fundada en el examen de los textos precitados, no puede ser dudosa: la responsabilidad pertenece a la natura contractis. En efecto, según el ejemplo propuesto por Schneidewini, no puede concebirse una venta sin la existencia de la cosa y del precio, pero puede perfectamente darse, y así lo reconoce la scholia expresamente, una venta sin la garantía de evicción (2).

Pero no se limitan a la compraventa los argumentos que pueden invocarse. En la scholia, a las Bas. ley 7, XI, 1. (t. I., p. 561)

(1) Op. cit., p. 16.

(2) Scholia a la ley 43, Bas. XI, 1 (t. I, p. 629).

se aplica idéntica doctrina a los contratos de depósito y comodato. «Los prudentes—dice el texto—han atribuido desde el principio a cada contrato su figura propia; al contrato de depósito, la naturaleza de no comportar para el depositario otra responsabilidad que la del dolo; al contrato de comodato, la de no comportar para el comodatario responsabilidad por los casos fortuitos. Si, pues, por pacto se conviene que el depositario o comodatario respondan el uno de toda diligencia, el otro del caso fortuito, el pacto irá contra la naturaleza de nuestros dos contratos.

5. No queremos terminar este estudio sin reproducir las certeras frases con que Rotondi define la *natura contractis*: «La expresión «*natura contractis*», dice este autor, se emplea para designar la estructura concreta impuesta por la ley a una relación determinada, o la síntesis de elementos que sirven para darle una figura autónoma, o todavía algunos de sus elementos, en tanto que ellos determinan el contenido de la relación, o especialmente, en tanto que ellos son más o menos susceptibles de recibir modificaciones por la voluntad de las partes (1).

La formación de la noción de la *natura contractis* es una prueba de la influencia helénica en Derecho romano, y si los jurisconsultos bizantinos no llegaron a la noción de la fuerza obligatoria de la voluntad pura, es porque, como dice Pablo Collinet, «ellos mantenían el punto de vista romano de que cada contrato tiene su figura propia y autónoma. Ellos reconocen que la voluntad de los contratantes puede moverse libremente en más o en menos reglas normales, esto es, *secundum naturam contractis*, y hasta declaran que la voluntad puede cambiar la *natura contractis*, expresándose en los pactos, cuyo fin normal es precisamente éste. Es en este sentido y con las reservas hechas como es preciso entender el adagio del scholiasta: la voluntad es la madre de los contratos» (2).

FAUSTO VICENTE GELLA.

Abogado.

(1) *Natura contractis*. Roma, 1911, p. 13.

(2) *Etudes historiques sur le Droit de Justinien*, I, p. 138. París, 1912.