

TRATADO
DE
DERECHO CIVIL

SEGUN EL TRATADO DE PLANIOL

por

Georges Ripert

*Miembro del Instituto
Profesor Honorario en la Facultad
de Derecho de Paris*

Jean Boulanger

*Profesor de Derecho Civil de
la Facultad de Derecho
de Paris*

TOMO IV
LAS OBLIGACIONES (1ª parte)

Volumen I

*Contratos - Nociones generales - Elementos -
Formación y prueba - Fuerza obligatoria -
Efecto relativo - Nulidad - Incumplimiento - Responsabilidad contractual*



LA LEY
BUENOS AIRES

Título del original.

TRAITÉ DE DROIT CIVIL

(R. Pichon et R. Durand-Auzias) Paris

Edición en francés de la "Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence"
(R. Pichon et R. Durand-Auzias) Paris

Supervisión por el doctor

JORGE JOAQUIN LLAMBIAS

*Profesor Titular de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica Argentina
"Santa María de los Buenos Aires" y en la Universidad del Salvador*

Traducción de la doctora

Delia García Daireaux

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Copyright © by LA LEY, Sociedad Anónima Edito-
ra e Impresora, calle Tucumán 1467 y 1471 (R. 34)
Buenos Aires. - República Argentina

SECCIÓN 4

EL DOMINIO DEL CONTRATO

92. PRINCIPIO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL. — No existe en el Código Civil una afirmación del principio de la libertad contractual. El art. 1134 dice que los convenios ocupan el lugar de la ley con respecto a aquellos que los han concertado, pero se trata de convenios *formados legalmente*. El art. 6 dispone: "No se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres". Debe deducirse de este texto que pueden derogarse todas las demás. Como, según el juego de las reglas de la prueba, es necesario probar que un convenio no está formado legalmente o que es contrario al orden público, la libertad de los convenios aparece como siendo la regla.

Esta libertad está inspirada en el pensamiento de los redactores del Código por el principio de la *autonomía de la voluntad*, pero la regla no está unida a este principio. Puede defenderse por simples consideraciones de utilidad práctica. Es mejor dejar que los hombres regulen ellos mismos sus relaciones jurídicas, que tratar de regularlas por la fuerza de la ley. En todo caso, es necesario acordarles el derecho de hacerlo mientras la ley no decida lo contrario. Así la regla de la libertad contractual ha dominado todas las variaciones de nuestra filosofía jurídica.

Cualquiera que sea su justificación, la libertad contractual tiene límites. Se puede reducirlos y, si hay demasiadas prohibiciones, no tiene más que un valor de principio. Ahora bien, en el Estado moderno el dominio del contrato se reduce ante el empuje de un creciente intervencionismo.

Bibliografía: De VAREILLES-SOMMIÈRES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, 1899. — BARTIN, *Des conditions impossibles, illicites et immorales*, 1887. — G. RIPERT, *La règle morale*, 4^a ed., 1949, núm. 43 y sig. — DEMOGUE, *Obligations*, t. I, núm. 773 y

sig. — SEND, *Des origines et du contenu de la notion des bonnes mœurs* (*Études Gény*, p. 53). — J. DE LA MORANDIÈRE, *L'ordre public en droit privé interne* (*Études Capitant*, 1939, p. 381). — BONNECASE, *La notion juridique des bonnes mœurs, sa portée en droit civil français* (*Études Capitant*, 1939, p. 91). — J. HÉMEAUD, *L'économie dirigée et les contrats commerciaux* (*Études Ripert*, t. II, p. 341). — Tesis: SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral* (Poitiers, 1918); MARMOXON, *Étude sur les lois d'ordre public en droit civil interne* (tesis, París, 1924); SKOUFI, *Essai sur le critérium et la réalité des obligations immorales et illicites* (París, 1925); TCHAVDAROFF, *La notion de bonnes mœurs* (Toulouse, 1929); OFFEA, *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand* (París, 1935); PASCANTIS, *La notion d'ordre public* (París, 1939); SAIGET, *Le contrat immoral* (París, 1939); SIMON, *L'ordre public* (Rennes, 1941); MALAURIE, *L'ordre public et le contrat* (París, 1953), DORAT DES MONTS, *La cause immorale* (París, 1955).

§ 1. — Límites de la libertad contractual

93. LEYES IMPERATIVAS Y FACULTATIVAS. — El art. 6 caracteriza las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres como leyes *imperativas*. Por oposición, se denomina a aquellas que se puede derogar, leyes *facultativas* o *interpretativas*. Cuando el art. 1134 da a los convenios de las partes fuerza de ley, no se trata sino de estas últimas. Los contratantes sustituyen la regla legal que les hubiese regido por la relación jurídica que establece su convenio. Todas las leyes tienen carácter obligatorio; no existen por lo tanto, hablando con propiedad, leyes facultativas. Pero las partes están en libertad de colocarse fuera del terreno de aplicación de ciertas leyes que están hechas únicamente para regular las relaciones de aquellos que no han provisto su régimen por sí mismos. Al contrario, la fuerza de los contratos se quiebra ante la ley imperativa. El legislador, por medio de una ley así, establece un orden que se impone a todos, un *orden público*. No puede tolerar que dos o más personas alteren ese orden público instituyendo para su propio uso un orden privado.

94. DETERMINACIÓN DE LAS LEYES IMPERATIVAS. — Cuando el legislador pretende que una ley sea imperativa, lo más sencillo es decirlo. Y lo hace a veces. Se encuentra entonces en el texto de la ley la fórmula: "bajo pena de nulidad de todo convenio (o cláusula) contrario" (art. 1595, 1660, 1780).

A la inversa, si quiere destacar que la ley no tiene ese carácter puede decir: "salvo convenio (o cláusula) contrario".

En las leyes modernas es bastante frecuente que el legislador, por una *disposición independiente* colocada en el encabezamiento o al final de la ley, señale todos los artículos de un carácter de orden público, reservándose indicar él mismo las excepciones (L. del 13 de julio de 1930 sobre el contrato de seguros, art. 4; L. del 13 de diciembre de 1926 relativa al Código de trabajo marítimo, art. 133; Ord. del 17 de octubre de 1945, art. 46 sobre el estatuto de arriendo).

A falta de tales disposiciones puede buscarse en la expresión legal el signo de lo imperativo. La palabra *debe*, *deberá*, son frecuentemente opuestas a las palabras *puede*, *podrá*. Pero ésas son búsquedas azarosas. En cualquier caso, no son sino medios de descubrir el verdadero carácter de la ley y, para hacer ese descubrimiento, es necesario ir más allá del texto.

95. CARÁCTER DE LAS LEYES. — Se trata en efecto de saber si la ley interesa o no al orden público. Eso supone un cierto concepto de este orden y, en consecuencia, el conocimiento de las razones que han llevado al legislador a establecerlo. Sobre ese punto, las ideas cambian con el tiempo. Así, cuando el Código civil da las reglas relativas a los diferentes contratos, las presenta como reglas interpretativas de la voluntad probable de las partes y destaca las que se imponen a éstas declarándolas de orden público. Cuando el legislador moderno reglamenta un contrato es, por lo contrario, más frecuentemente para prohibir a los contratantes disponer de otra manera ellos mismos sus relaciones jurídicas. Basta, para convencerse, comparar las reglas del Código sobre la locación de servicios, con las reglas actuales del contrato de trabajo, o también las de la locación de cosas con las disposiciones recientes sobre arrendamientos urbanos y rurales.

El carácter de la ley depende por lo tanto de un *juicio* que será emitido sobre la *contribución que aporta a un orden obligatorio*. La ley es llamada de *orden público* cuando las reglas que

impone son juzgadas incompatibles con el convenio privado (DARBELLAY, *Théorie générale de l'illécite*, Friburgo, 1955).

96. LA NOCIÓN DE COMERCIO JURÍDICO. — Una idea muy antigua es la de que el contrato es ilícito cuando se refiere a cosas que están fuera del comercio. Está ya indicada por los jurisperitos romanos (GARBUS, *Institutas*, III, 97). La cosa *extra commercium* no puede ser objeto de una convención. La palabra *comercio* está tomada aquí en el sentido de comercio jurídico.

Cuando no nos contentamos con entender por la expresión *cosas fuera del comercio* los bienes materiales declarados inalienables por la ley, se generaliza la noción y se dice que *no se puede disponer de ciertos derechos* porque la voluntad humana es impotente para modificar su atribución o contenido (SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, t. VIII, p. 32). Esos derechos son los que afectan a la personalidad. Entonces nos vemos llevados a decir que los convenios únicamente pueden sufrir efecto sobre los *derechos patrimoniales*; todos los que se refiriesen a los derechos que afectan a la persona serían ilícitos (MARMON, tesis citada anteriormente).

Esta noción es demasiado estrecha. Sólo se refiere al objeto de los convenios, no a la *causa de los mismos*. Por otra parte, aun en lo que concierne al objeto es poco exacta, ya que si los convenios referentes a los derechos extrapatrimoniales son en general ilícitos, no lo es así necesariamente y, a la inversa, los contratos que afectan a los derechos patrimoniales están lejos de ser siempre lícitos.

97. NULIDAD DE LOS CONVENIOS ILÍCITOS. — Para impedir los convenios ilícitos, sería necesario prohibir contratar a las partes. Esto no puede hacerse útilmente sino cuando la conclusión del contrato exige la intervención de un funcionario público que rehusará su concurso. Como los contratos son en principio consensuales, no podría impedirse el acuerdo entre dos personas que quieran infringir la ley. Castigarlas penalmente no impediría la conclusión del contrato y la legitimidad de la pena supone que les es fácil conocer el carácter ilícito de su acto, cosa que no siempre ocurre. Hay otra manera de hacer respetar la ley imperativa: es *anular* el contrato contrario a la ley. La nulidad sin duda debe ser demandada. Pero siempre habrá una de las partes que se

sentirá tentada de hacerlo para sustraerse a su compromiso. Esta nulidad es una *nulidad absoluta* que puede ser pedida por los dos contratantes. A veces aun esa nulidad absoluta, calificada de *nulidad de orden público*, podrá ser planteada por el ministerio público e invocada en todas las instancias jurisdiccionales.

98. INEFICACIA DEL CONVENIO. — No debe confundirse el convenio *ilícito* que debe ser anulado con el convenio que es solamente *ineficaz*. Ocurre que las partes tratan de llegar por medio de un convenio a un efecto jurídico que no pueden lograr por ese medio. Se dice entonces con frecuencia que su convenio es nulo como contrario al orden público porque un interesado puede hacer caer, por una acción de nulidad, la apariencia que ha sido creada. Pero en ese caso no hay sino la apariencia de un efecto en realidad imposible. Así se dice corrientemente que son nulos los convenios por los cuales dos partes pretenden eludir las formalidades de publicidad requeridas para la validez de un contrato o para su oposición a los terceros (inscripción o transcripción, por ejemplo). Asimismo se dice, que es nula la promesa por tercero (art. 1119). En todas esas hipótesis se trata de un efecto jurídico que no puede resultar del contrato. El convenio es ineficaz.

99. PRUEBA DEL CARÁCTER ILÍCITO. — El demandante de la *acción de nulidad* tiene el cargo de la prueba; el defensor que invoca la *excepción de nulidad* también lo tiene. Uno u otro debe descubrir el carácter ilícito del convenio.

Esto ocurre con bastante facilidad cuando el objeto del contrato es ilícito, porque el convenio indica cuál es ese objeto y se trata de saber si la ley permite o no contratar sobre ese objeto.

Si el objeto parece lícito (y siempre es así cuando se trata de una suma de dinero), es necesario llevar la investigación más lejos, preguntarse por qué han contratado las partes, cuál es la *finalidad de su convenio*. Se puede entonces llegar al descubrimiento de la *causa* y aplicar el art. 1133 que declara nulo el convenio sobre causa ilícita (núm. 310 y sig., p. 205).

En este análisis no es siempre la estipulación principal la que parece culpable. Se trata de una venta, de una donación, de un préstamo, pero ese contrato está afectado por una *condición* que es ilícita. Existen entonces dos procedimientos jurídicos para destruir el efecto de la voluntad de las partes: 1º anular la condición y mantener el contrato; 2º anular enteramente el convenio con la condición que lo acompaña. El legislador emplea unas veces un procedimiento y otras el otro (arts. 900 y 1172). La jurisprudencia, buscando en esa condición, que es en apariencia un elemento accesorio, la *causa impulsiva y determinante* del convenio, ha sido llevada a corregir la aplicación de esas reglas legales.

§ 2. — *Nulidad de los convenios contrarios al orden público y a las buenas costumbres*

100. RESPECTO DEL ORDEN PÚBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES. — El art. 6 impone una prohibición de carácter general. Prohíbe faltar al *orden público* y a las *buenas costumbres*. Sin duda, tomado al pie de la letra, el texto contempla solamente los convenios *contrarios a las leyes* que interesan al orden público y a las buenas costumbres, de modo tal que se ha podido sostener que es necesaria una disposición legal expresa para anular el convenio. Pero esa solución restrictiva no ha triunfado. Fue presentada por desconfianza a la intervención del juez. Hoy ya no abrigamos ese temor.

La regla del art. 6 aparece como siendo una de esas reglas que están destinadas solamente a indicar el poder del juez, un *standard* jurídico, para emplear una expresión moderna, por otra parte censurable (t. I, núm. 341). La ley no dice lo que es el orden público ni cuáles son las buenas costumbres. Corresponde al juez aportar un *juicio de valor* sobre el convenio que le ha sido sometido en consideración de esta idea general.

Se ha querido definir el orden público y las buenas costumbres como abarcando el conjunto de las reglas *necesarias para la vida social* (Comp. DEMOLOMBE, t. I, núm. 16; AUBRY y RAU, t. I, § 36), o también el conjunto de leyes que tienen un *fin social* (DEMOLOMBE, t. I, núm. 13). Pero esa oposición de lo social a lo *individual* no puede dar ningún resultado satisfactorio. Toda ley tiene necesariamente un fin social y, si se intenta establecer entre esas leyes diferencias basadas en su carácter de necesidad o su grado

de utilidad, se carece de toda idea general que permita efectuar un juicio sobre el valor de un convenio.

101. NOCIÓN GENERAL. — El contrato tiene por finalidad crear un vínculo jurídico entre dos personas que hasta entonces eran independientes la una de la otra. Si se admite, con la teoría de la autonomía de la voluntad, que esas personas no están jamás ligadas sino por su voluntad, la primacía del contrato no encuentra más obstáculo que la prohibición formal de una autoridad superior. Si se establece, por lo contrario, que todo hombre *forma parte de agrupaciones* y que está sometido a múltiples obligaciones para con los miembros de esa agrupación (Estado, familia, orden, profesión), no se podría admitir que, mediante un convenio con una persona determinada, pudiera desligarse de sus *obligaciones sociales*. Todo convenio que lo sustrae a sus obligaciones sociales es ilícito.

Esas agrupaciones sociales están sometidas a una cierta moral. No respetar la regla moral no constituye solamente una falta según la conciencia; es infringir la ley de la agrupación. El juez puede por lo tanto anular el convenio por ser contrario a las *buenas costumbres*.

Es imposible dar una noción más general o más precisa del orden público.²² Pasando revista a los convenios juzgados como contrarios al orden público y a las buenas costumbres es como se verá el conflicto entre la ley de la agrupación y el convenio.

A. El orden público

102. ORGANIZACIÓN POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. — Todo hombre, como ciudadano de un Estado o habitante de su territorio, está obligado a respetar el estatuto político y administrativo de ese Estado. No puede, por un convenio particular, es-

²² La expresión tiene otros sentidos. Se la encontrará nuevamente en el estudio de las nulidades; hay nulidades de orden público. Por otra parte, en derecho internacional, el orden público tiene, en materia de conflicto de leyes, un sentido especial. Finalmente, cuando se trata de la retroactividad de las leyes, la noción de orden público permite aplicar inmediatamente una ley nueva a los contratos en curso. (Ver. t. I, núm. 313).

capar a la aplicación de esas reglas. Es bastante raro que pueda intentarlo, ya que eso supondría casi siempre la complicidad o la negligencia de los funcionarios encargados de velar por su aplicación, y con frecuencia un acuerdo tal constituiría un delito penal. Sin embargo, no siempre es así y he aquí ejemplos de esos convenios ilícitos:

1º Los convenios relativos al *nombramiento de un funcionario público* son ilícitos (París, 30 de enero de 1857, S. 57. 2. 108; Lyon, 21 de julio de 1856, D. 56. 2. 263) y lo mismo aquellos que son relativos al *nombramiento de funcionarios ministeriales* en condiciones distintas de las autorizadas por la cancillería (contraloretres). Asimismo los *convenios entre funcionarios ministeriales* (Req., 29 de diciembre de 1845, D. 46. I. 57), o los que conciertan *los funcionarios y los administrados* (Civ., 5 de diciembre de 1911, D. 1913. I. 120, S. 1913. I. 267, nota de DEMOGUE) o los *funcionarios ministeriales con sus empleados o sus clientes* (Civ., 14 de mayo de 1888, D. 88. I. 487, S. 89. I. 12; Civ., 2 de febrero de 1886, S. 87. I. 25, nota de CRAVEGRAN; Cass. civ., 18 de diciembre de 1950, D. 1951, 169) cuando se trata de cumplir un acto que entra en las funciones legales del que suscribe el contrato;

2º Los convenios que tienden a la *organización de un servicio público* en condiciones diferentes de las autorizadas por la ley, por ejemplo las donaciones hechas a una comuna para establecer una escuela congregacionista (ver t. X), la cesión de concesiones de trabajos públicos sin el asentimiento de la autoridad concedente.

3º Los convenios relativos a la *carga de impuestos*, pero a condición de que la ley haya considerado que era imposible disminuir esa carga o hacerla recaer sobre otro. A este efecto quedan prohibidos los *contradocumentos* que entrañan un disimulo de los precios (L. del 27 de febrero de 1912, art. 7, art. 1793, C. ge. impos.), las cláusulas que imponen el pago de ciertos impuestos a quien la ley no considera gravado por esos impuestos (L. del 31 de julio de 1923, art. 40).

4º Los convenios relativos a la *moneda de pago*, si tienen por único fin remediar la depreciación monetaria. Estos serán estudiados a propósito del pago.

103. EL ESTATUTO FAMILIAR. — La *organización de la familia*, por su carácter estatutario no puede ser modificada por acuerdos privados. La voluntad de los interesados puede ser tomada en consideración para el establecimiento de ciertas situaciones: el casamiento, la adopción, el reconocimiento de un hijo natural. Su efecto proviene entonces de una disposición legal y no deben verse

contratos en esos acuerdos de voluntad (núm. 53). Todos los convenios mediante los cuales las partes trataran de establecer o modificar relaciones familiares establecidas por la ley son ilícitos. Eso se ha visto en el tomo I para las promesas de casamiento, las separaciones amistosas, los divorcios de común acuerdo, los convenios sobre la educación de los hijos, las transacciones sobre las acciones de Estado.

El legislador ha establecido igualmente el *estatuto patrimonial* de la familia. Pero este estatuto no es enteramente de orden público. Puede suceder, en efecto, que el convenio llegue a establecer un estatuto más favorable al orden familiar que el estatuto legal. He aquí los principales ejemplos:

1º El *contrato matrimonial* puede sustituir el régimen matrimonial de derecho común por otro régimen. La libertad dejada a los cónyuges por ley es por otra parte una libertad moderada (arts. 1337, 1388). Esto no puede ser explicado más que en el estudio especial de ese contrato (ver t. IX).

2º La *devolución sucesoria* está reglamentada imperativamente por el Código que prohíbe los *pactos sobre sucesión futura* (arts. 791, 1130, 1389, 1600). Sin embargo, pueden existir ciertas combinaciones útiles a los intereses familiares y la práctica ha ideado muchas. Se hubiera podido creer que la jurisprudencia atenúa su rigor a medida que se alejara el temor de ver a los particulares poner en jaque las reglas legales por resistencia al orden político nuevo que las habría instaurado. Pero no ha habido nada de eso. La prohibición ha sido mantenida severamente. La jurisprudencia ha anulado la renuncia anticipada a la colación legal, la conservación del fondo de comercio propio, la continuación de la sociedad con uno solo de los herederos. Este estudio de los pactos sobre las sucesiones futuras será reanudado a propósito de las sucesiones (t. X).

3º La *obligación alimentaria* es de orden público, pero su pago puede ser manejado libremente. Los convenios que tuvieran por objeto la supresión del derecho a pensión (Req., 26 de julio de 1928, D. H. 1928, 260; Civ., 11 de enero de 1930, S. 1930. I. 322) o su cesión (París, 11 de mayo de 1892, D. 92. 2. 239) son nulos. Los que fijan el monto de la pensión o regulan la forma de pago son válidos.

4º Los *convenios relativos a la hipoteca legal de la mujer casada* deberían ser nulos si se considerase a esa hipoteca como una protección de la mujer. La jurisprudencia, teniendo en consideración el interés de la familia, por el contrario, les había dado validez. El legislador los ha reglamentado, consagrando así su

validez (L. 23 de marzo de 1855 y 13 de febrero de 1889 y D. L. del 4 de enero de 1955). Ver. t. VIII.

104. EL ORDEN ECONÓMICO. — Se toca aquí una idea nueva, la de que existe en todo Estado un orden económico que los particulares no pueden alterar mediante sus convenios privados. Pero eso puede entenderse de dos maneras diferentes:

1º El Código civil ha fundado ese orden sobre la propiedad individual, la libertad de cambios y la libertad de trabajo. Ha prohibido las servidumbres a cargo o a favor de las personas (art. 686), las indivisiones voluntarias prolongadas (art. 815) y las locaciones perpetuas. La jurisprudencia desarrollando los principios del Código civil no ha permitido las *cláusulas de inalienabilidad* más que en condiciones restringidas (*infra*), ha prohibido los *ataques a la libertad de trabajo* y a la *libertad de comercio* no autorizando las cláusulas que prohíben el ejercicio de un comercio, de una industria o de un trabajo determinado más que si son limitadas en el tiempo y en el espacio;

2º La legislación moderna no confía más para la buena organización económica en la libertad de las convenciones; establece ella misma las reglas de la producción, la circulación y la distribución de las riquezas. Es el régimen de la *economía dirigida*. Tales reglas se consideran de orden público. Se tiene así la creación de un orden público nuevo, de naturaleza económica. No es diferente del otro; únicamente la organización del Estado es más compleja. Pero es más importante para el comercio jurídico porque interviene en materias en que los convenios privados tenían el hábito de establecer la ley de las partes. Sobre las minucias inverosímiles a que puede llegar esta reglamentación, ver G. RIPERT, *Le déclin du droit*, núm. 21 y sig.

La jurisprudencia completa la obra del legislador. Investiga, por ejemplo, si las partes no destruyen la economía de un contrato estipulando *cláusulas de irresponsabilidad* que pueden ser peligrosas para el orden económico. Volveremos a encontrar esta cuestión en el estudio de la responsabilidad.

Se ha dicho con bastante frecuencia, en este caso, que el motivo de la regla imperativa es la consideración de la *protección de los contratantes* y se califica a esos contratos de *contratos de adhesión* para destacar la necesidad de esa protección (v. núm. 51, p. 47). En realidad, la ley no protege a un contratante determinado, como lo hace el Código civil con la teoría de las incapacidades o de los vicios del consentimiento, sino a una categoría de contratantes, es decir a una cierta clase social cuyos intereses defiende.

Ver G. RIPERT, *L'ordre public économique (Études Gény, 1927; J. HÉMARD, L'économie dirigée et les contrats commerciaux (Études Ripert, t. II, p. 341).*

105. CONVENIOS SOBRE LAS ACCIONES JUDICIALES. — La acción judicial es el medio de reclamar o defender el derecho. Cuando no se puede disponer del derecho no se puede naturalmente disponer de la acción; por ejemplo todas las renunciaciones o transacciones sobre las acciones de Estado son ilícitas. Pero, a la inversa, no es cierto que la persona que pueda disponer de su derecho sea igualmente libre de disponer de la acción judicial, ya que la acción corresponde a la administración de justicia y no puede admitirse que los particulares, con sus convenios, puedan trastornar esa organización. Así, la *cláusula compromisoria* que priva a una persona de recurrir a la justicia es nula y ha debido ser autorizada especialmente por la ley para los contratos comerciales (art. 631, C. com. mod. L. 31 de diciembre de 1925). Una cláusula destinada a reglamentar la *defensa ante la justicia* ha sido anulada (Civ., 31 de enero de 1956, *Gaz. Palais*, 1956. I. 212). La cláusula de renuncia a la *prescripción* no adquirida, la cláusula que prolongaría el término de la *prescripción* es nula. En derecho comercial es nula la cláusula que exige la opinión o la aprobación de la asamblea general para intentar la acción de responsabilidad contra los administradores (D. L. del 31 de agosto de 1937 mod. L. del 26 de julio de 1887, art. 17).

En cambio es válida la *cláusula atributiva de jurisdicción* que deroga las reglas de competencia, siempre que se trate de competencia *ratione personae*; lo mismo que los *convenios relativos a la prueba*, los *convenios que abrevian el término de la prescripción*, la *cláusula penal*. Hay en todas esas hipótesis motivos variados que imponen su validez o nulidad.

106. CONVENIOS CONTRARIOS A LAS REGLAS ESTATUTARIAS. — Es más difícil comprender cómo puede ser ilícito un convenio contrario a reglas cuyo origen es puramente contractual; se comprende que no pueda oponerse a los demás miembros de la misma agrupación, ¿pero por qué sería nulo entre las partes? Es porque ciertas reglas, si bien de origen contractual tienen cierto *carácter estatutario* y se imponen en virtud del mismo todos los miembros. Su ingreso en la agrupación es voluntario pero su adhesión les obliga a respetar las reglas del grupo. No ocurre esto más que cuando el convenio privado es de naturaleza que pueda perjudicar al grupo mismo.

En virtud de ello se considera que el *convenio colectivo* establece una regla corporativa superior a los convenios privados y las convenciones que derogar las condiciones del convenio colectivo son declarados nulos.

De la misma manera, en una *asociación* o una *sociedad*, son nulos los convenios privados que pudieran afectar al buen orden del ente social. No se podría, por ejemplo, en los estatutos de una sociedad por acciones imponer por adelantado la cesión de una acción a un precio inferior a su valor.

Pero, como el valor y el alcance de la regla corporativa están todavía muy mal establecidos en nuestro derecho, la validez de todas esas cláusulas es muy discutida.

B. Las buenas costumbres

107. CONCEPTO DE LAS BUENAS COSTUMBRES. — El convenio inmoral es nulo como el convenio contrario al orden público y el respeto de la moral entra, a decir verdad, en el del orden público. Pero es raro que el convenio sea inmoral por su *objeto*; lo es casi siempre por su *causa*. La acción de nulidad obliga por lo tanto al juez a investigar la *finalidad inmoral* perseguida por los contratantes. Tal indagación ha parecido bastante aterradora a los autores clásicos, en cuanto obliga al juez a transformarse en censor de las acciones humanas (HUC, t. I, núm. 197). Han salido de la dificultad afirmando que existe una moral corriente cuyos principios no son discutidos (AUBRY y RAU, IV, § 344). Más tarde se ha querido ver en la noción de las buenas costumbres una simple expresión de la opinión común (DEMOGUE, *Obligations*, II, núm. 773 bis) para dotar a la regla moral de una vestimenta sociológica.

En realidad la regla moral admitida en un país es una regla de origen religioso. En Francia, lo mismo que en los países de Europa y de América Latina, es el cristianismo el que ha impuesto una cierta moral. Las reglas de esa moral son seguidas por convicción, por hábito o por razonamiento, poco importa. El juez comprueba su existencia y no tiene que pronunciarse sobre su fundamento. Cuando verifica que el convenio de las partes quiere crear un vínculo jurídico que se-

ría contrario a las reglas de la moral o permitiría infringir una de esas reglas, debe anular la convención como contraria a las buenas costumbres.

Si la regla moral es sancionada por la ley penal, el carácter ilícito del convenio es evidente. No tiene interés citar ejemplos de esos convenios sino en el caso en que ninguna ley positiva prohíbe el acto culpable.

108. CONVENIOS CONTRARIOS A LA MORAL SEXUAL. — El carácter religioso de la regla moral se destaca particularmente en las reglas de la moral sexual. Son sin embargo las que el juez hace respetar con mayor severidad; tal vez porque la aplicación de la ley penal lo ha habituado a considerar como culpables ciertos ultrajes a las buenas costumbres (L. del 29 de julio de 1939, art. 119). Han sido declarados nulos:

1º Los convenios que tienen por objeto *crear, favorecer o mantener relaciones sexuales extramatrimoniales* (Req., 2 de febrero de 1853, D. 53. I. 57, S. 53. I. 218; Civ., 11 de marzo de 1918, D. 1918. I. 100; Civ., 21 de marzo de 1898, D. 1903. I. 403. S. 98. I. 513, nota APPERT) y, con mayor razón, las relaciones adulterinas (Paris, 14 de junio de 1955. J. C. P. 1956. 2. 9303). Por lo contrario, serían válidos los convenios destinados a asegurar la ruptura de las relaciones de concubinato (Remes, 7 de marzo de 1904, D. 1905. 2. 305, nota FLANCHOL, S. 1907. 2. 241, nota HÉMAR, Civ., 18 de noviembre de 1913, D. 1917. I. 161, S. 1914, I. 253; Req., 4 de mayo de 1914, D. 1916. I. 27). Los tribunales no solamente anulan las donaciones entre concubinos, sino también los contratos onerosos que se realizarían para asegurar relaciones de concubinato, como por ejemplo un préstamo;

2º Los convenios relativos a los establecimientos de prostitución que, antes de que su explotación fuese reprimida por la ley penal (art. 335, Cod. pen. mod. L. del 13 de abril de 1946) eran llamados *casas de tolerancia*. La jurisprudencia ha anulado la venta del negocio o el contrato concertado para su explotación (Civ., 15 de diciembre 1873, D. 74. I. 222, S. 74. I. 241, nota DRIBORS; Req., 1º de abril de 1896, S. 96. I. 289, nota APPERT; Req., 17 de julio de 1905, D. 1906. I. 72, S. 1909. I. 188) y también la venta o alquiler de un inmueble para instalar en él una casa de ese género, el préstamo hecho para su compra o explotación (Poitiers, 3 de febrero de 1922, D. 1922. 2. 33, nota SAVATIER, S. 1922. 2. 116), la venta de suministros al patrón de tal casa (Seine, 16 de junio de 1928, D. 1928. 2. 187, nota MINVIELLE). No admitía que tal negocio fuese un fondo

de comercio y estuviese por lo tanto sometido a las leyes sobre la venta y la prenda de fondos de comercio.

109. CONVENIOS QUE RECAEN SOBRE EL CUERPO HUMANO. — No se pueden anular como teniendo un objeto fuera del comercio todos los convenios que afectan al cuerpo de un hombre; sería ciertamente nulo el convenio por el cual una persona cediera un órgano de su cuerpo, pero no sería así si el contrato tuviera por objeto los cuidados que deben prestarse al cuerpo en favor de la vida. Está permitido el *contrato de operación quirúrgica*; asimismo los convenios destinados a mejorar la *estética* de una persona. Pero debe considerarse como ilícito el contrato que pusiera en peligro la vida o la salud de una persona en beneficio de otra; por ejemplo, la extirpación de un órgano sano para injertarlo en un sujeto enfermo. No ocurre lo mismo si no hay peligro: por ejemplo, en las donaciones de sangre.²³ (Ver SAVATIER, *De sanguine jus*, D. 1954, *Chronique*, 141).

110. RESPETO A LA PERSONA HUMANA. — De manera general, es contrario a la moral que un hombre disponga sin motivo de su vida, su salud, su cuerpo o su libertad (Ver JOSSELAND, *La personne humaine dans le commerce juridique*, D. H. 1932, *Chronique*, p. 1; A. JACK, *Rev. critique*, 1933, p. 362).

1º Los convenios que *comprometen inútilmente la vida o la integridad corporal de la persona* son nulos, así como la promesa de exponerse a los golpes de otro (Comp. Douai, 3 de diciembre de 1912, D. 1913. 2. 198, S. 1914. 2. 217, nota ROUX), o de sufrir una operación dolorosa a título de propaganda (Lyon, 27 de junio de 1913, D. 1914. 2. 73, nota LALOU).

2º Los convenios relativos a la *práctica de un culto* (Toulouse, 14 de febrero de 1895, S. 95. 2. 93), a la obligación de adoptar o no adoptar una *profesión* determinada, de *habitar* un lugar determinado, son nulos cuando señalan la voluntad de someter una persona a la voluntad de otra.

3º Los convenios relativos a la *libertad de matrimonio* son numerosos. Las leyes de la Revolución los prohibían (L. 5-12 setiembre de 1791, 5 brumario 17 nivoso del año II) y la jurisprudencia se mostró severa al principio. Pero luego cedió y admitió en seguida la *cláusula de viudez* (Req., 8 de enero de 1849, D. 49. I. 16; 18 de marzo de 1867, D. 67. I. 332; Civ., 22 de diciembre de 1896, D. 98. I. 537, concl. DESJARDINS), y luego la *cláusula prohibiendo el ma-*

²³ La venta de sangre humana ha sido reglamentada (L. del 21 de julio de 1952, decret. del 24 de enero de 1956).

trimonio (Req., 11 de noviembre de 1912, D. 1913. I. 105, nota G. RIBERT, S. 1914. I. 185, nota NAQUET; Req., 8 de abril de 1913, D. 1915. I. 29, S. 94. I. 191, nota NAQUET). Pero la cláusula ha recibido validez solamente para las donaciones y en consideración del interés legítimo del donante. El convenio a título oneroso que contruviere esta cláusula estipulada arbitrariamente sería declarado nulo.

111. CONVENIOS CONTRARIOS A LOS DEBERES DE JUSTICIA. — El hombre tiene la obligación de no dañar a su prójimo y de dar a cada uno lo que le es debido (*meminem laedere, suum cuique tribuere*). La ley civil sanciona casi siempre ese deber moral, de tal manera que la convención que violara la ley moral sería al mismo tiempo ilícita. Por otra parte, si resulta un enriquecimiento del juego de las reglas jurídicas, es difícil reprochar a una persona la violación de la ley moral, puesto que está protegida por una aplicación de la regla civil; por ejemplo, no se podrá anular como inmorales un convenio lesivo, puesto que la ley civil admite su validez. Por esa razón, son más raros aquí los casos de nulidad. Se puede sin embargo citar ejemplos:

1º Los convenios realizados para permitir el *juego* —venta de material de juego, préstamo hecho a un jugador para permitirle jugar, asociación concluida con vistas al juego— (Ver, para una lotería-concurso, Trib. Sena, 15 de diciembre de 1952, J. C. P. 1953. 2. 7658).

2º El convenio por el cual una persona vende su influencia, aunque no haya delito (Req., 9 de abril de 1872, D. 73. I. 65; Civ., 3 de abril de 1912, D. 1915. I. 71, S. 1912. I. 382), con el propósito de una operación de contrabando en el extranjero o la preparación de una revolución en un Estado extranjero, la promesa de cometer un delito, de silenciar un escándalo, etcétera.

3º El convenio llamado de *bola de nieve* que, desde antes de la ley del 5 de noviembre de 1953 que ha promulgado expresamente la interdicción, la jurisprudencia había considerado como constitutivo de estafa (Cass. crim., 7 de mayo de 1951, J. C. P. 1951, 6314, nota de COLOMBINI) y por el cual una persona se compromete para obtener la propiedad de una suma o de un objeto, a colocarlo cierto número de veces sin sospechar la trampa de la imposibilidad (Ver ACHER, *Rev. générale*, 1905, p. 126; WAHL, nota al S. 1904. 2. 49; MARION, *Gaz. Palais, Doctrine*, 11 de abril de 1951).

4º A los efectos de *complacencia*, letras de cambio libradas sobre aceptantes complacientes que las aceptan únicamente para permitir su descuento (ver G. RIBERT, *Droit commercial*, núm. 1785 y sig.).

112. CONVENIOS CONTRARIOS AL IDEAL MORAL. — El cumplimiento de los deberes impuestos por la justicia no es suficiente; el hombre debe vivir honestamente (*honeste vivere*), lo que no quiere decir simplemente conformándose a las leyes, sino teniendo una conducta de vida que responda al ideal moral del hombre honesto. Los tribunales tienen en cuenta esta idea. No permiten la convención que degradara a un contratante, pero se concibe que en la aplicación de esta idea haya vacilaciones.

Se puede señalar, por ejemplo, la anulación del *corretaje matrimonial* porque envilece el matrimonio (Civ., 1º de mayo de 1855, D. 55. I. 147, S. 55. I. 337, informe LALOUÉ; París, 9 de agosto de 1904 D. 1908. 2. 81, nota FLANCOL); la anulación del *contrato de claqué* destinado a hacer una propaganda ruidosa a una obra de teatro (Req., 17 de mayo de 1841, S. 1841. I. 623, pero ver París, 5 de abril de 1900, D. 1903. 2. 279, S. 1900. 2. 244); la condena del convenio de *dicotomía*, por el cual el médico de cabecera comparte con un médico de consulta o un cirujano el beneficio de la consulta o de la operación que ha aconsejado; la imposibilidad de vender ciertas *cientelas civiles*, de médicos o abogados, que deben su valor a la calidad personal del titular.

Se podría colocar en la misma categoría los convenios y *cláusulas de irresponsabilidad*, por lo menos en la medida en que ellas exoneraran a una persona de su dolo o su culpa grave (núm. 363 y sig.), ya que entonces le permitirían conducirse mal con impunidad.

113. CARÁCTER PARTICULAR DE LA NULIDAD DE LOS CONVENIOS INMORALES. — Si se considera que el orden público supone el respeto de las leyes morales, los convenios inmorales son, en el sentido amplio de la expresión, contrarios al orden público. En este sentido, la nulidad que afecta a esos convenios tiene el mismo carácter que la que recae sobre los convenios contrarios al orden público. Veremos sin embargo que hay una característica de la acción de nulidad o la acción de repetición que les es propia. Está prohibido invocar ante los jueces un acto inmoral para hacer de este acto un principio de acción. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Resulta de esto que no siempre es posible perseguir los efectos de la anulación del convenio. Pero ese mantenimiento parcial de los efectos del convenio es un medio de castigar a la persona culpable de haberlo celebrado. *In pari*

causa turpitudinis cessat repetitio. Estos adagios serán explicados a propósito de la acción de nulidad (núm. 759 y sig., p. 449).

Ver CHOUKRI-CARDAHL, *L'execution des obligations immorales et illicites* (Rev. de droit comparé, 1951, p. 385); LARGUIER, *L'acte immoral devant la loi et la jurisprudence civile* (Informe de las jornadas franco-suizas de la Universidad de Montpellier, 1951; DORAT DES MONTS, *La cause immorale*, tesis, París, 1955, núm. 140 y sig.

§ 3. — Prohibiciones de contratar

114. CARÁCTER DE ESTAS PROHIBICIONES. — En cierto número de casos, la ley se interpone entre personas que serían susceptibles de vincularse por contrato y dicta una *prohibición* de contratar.

Esta prohibición no podría tener un carácter general, ya que nadie puede vivir sin celebrar contratos. Se aplica a contratos *determinados* concluidos con *personas determinadas*. El legislador no quiere admitir que puedan nacer obligaciones entre personas que no deben regular por sí mismas mediante sus acuerdos ciertos intereses materiales.

Por otra parte, las prohibiciones de contratar pueden provenir de una convención anterior por la cual las partes se han comprometido a no celebrar en el futuro ciertos contratos con otras personas.

A. Prohibiciones legales

115. MOTIVOS DE ESAS PROHIBICIONES. — Esos motivos varían según la naturaleza de los contratos y la personalidad de los contratantes. No se puede dar aquí sino ideas generales:

1º Las *donaciones* son más peligrosas que los actos a título oneroso: de ahí las prohibiciones de disponer y recibir a título gratuito que alcanzan a ciertas personas (ver t. X);

2º La cualidad de *cónyuge* o de pariente no permite siempre una discusión de intereses en el contrato; de ahí las reglas especiales para la venta entre esposos (t. VIII) o para la sociedad con un pariente en grado sucesible (t. X);

3º Consideraciones de interés podrían falsear la conducta de ciertas personas encargadas de contratar por otro; de ahí la prohibición de comprar, para el *mandatario* encargado de vender (art.

1595); de ser *contraparte* para un comisionista; de *adquirir derechos en litigio* para gentes de justicia (art. 1597); tratar con el pupilo para el *tutor* que todavía no ha rendido cuentas de su tutela (art. 472); de hacer el comercio de madera para los *agentes forestales* (Ord. 1º de agosto de 1827, art. 34).²⁴

4º En ciertas circunstancias excepcionales las interdicciones son agravadas; así por ejemplo, el *comercio con el enemigo* ha sido prohibido en las dos guerras últimas (D.-L. del 1º de setiembre de 1939, L. del 2 de junio de 1941, Ord. del 8 de octubre de 1943 y 29 de marzo de 1955).

Se puede reprochar a estas interdicciones legales las prohibiciones impuestas a los miembros de ciertas profesiones de concluir actos juzgados contrarios a los intereses o la dignidad de la profesión.

116. ASIMILACIÓN A LAS INCAPACIDADES. — La terminología un poco imprecisa del Código ha favorecido la confusión entre las incapacidades y las interdicciones legales de contratar; tanto para establecer una incapacidad como para dictar una prohibición, se emplea la misma fórmula "no puede... no podrá...". (Compárese por ejemplo la redacción de los arts. 483 y 1596). Pero esta cuestión de vocabulario debe sernos indiferente: la misma fórmula se encuentra en el art. 6º: "No se puede derogar las leyes que interesan al orden público", y es evidente que no se trata aquí de una incapacidad.

Son las consecuencias de las prohibiciones, de algunas de ellas al menos, las que han motivado esa aproximación: la persona en favor de la cual ha sido dictada la prohibición (el heredero del donante, por ejemplo, en la hipótesis considerada por el art. 909) es la única admitida a valerse de ella. Es lo propio de la nulidad relativa nacida de una incapacidad. Pero esa afinidad es engañosa: las prohibiciones legales de contratar no constituyen incapacidades.

En primer lugar no podría tratarse más que de una *incapacidad de goce*. En cuanto a las incapacidades de ejercicio, la ley reglamenta el procedimiento (representación, asistencia, autorización) según el cual el contrato que interesa al incapaz puede ser concluido válidamente. En la especie, por el contrario, el contrato es *prohibido*. Ahora bien, si hay incapacidad de goce la voluntad del pretendido incapaz está afectada por una ineficacia radical impuesta por la ley y habría que deducir de ello que el contrato no ha podido formarse, lo que es inadmisibles.

²⁴ Compárese con la noción de la *undue influence* del derecho inglés.

En segundo lugar, en ciertos casos, la nulidad no actúa en beneficio del pretendido incapaz, sino *contra él*. Cuando, por ejemplo, un mandatario compra, desdénando el art. 1596, el inmueble que estaba encargado de vender, evidentemente no es él quien podrá invocar la nulidad: es el mandante. Esta segunda comprobación basta para condenar la opinión aceptada comúnmente.

Finalmente, hay prohibiciones interdicciones de contratar que dan lugar a una *nulidad absoluta*; tal es la interdicción de comerciar con los súbditos de una potencia enemiga.

117. VERDADERA NATURALEZA DE LAS PROHIBICIONES LEGALES DE CONTRATAR. — Las prohibiciones legales de contratar, más bien que a las reglas que establecen las incapacidades, se asemejan a las que delimitan la *libertad contractual*. Es preciso ver en ellas la intervención más enérgica del legislador en el dominio del contrato. Corrientemente, el legislador deja que las partes concluyan el contrato. Hace simplemente pesar las amenazas de una anulación para el caso en que el contrato no reuniera todas las condiciones necesarias para su validez. Aquí, por lo contrario, trata de *prevenir la conclusión del contrato*. No restringe la libertad contractual, la *suprime*. Resulta de ello que si el contrato es concluido a pesar de la prohibición legal, la cuestión de la nulidad ni siquiera puede ser discutida. En definitiva, las interdicciones legales de contratar son *reglas preventivas* que imprimen un *carácter perentorio* a la nulidad de los contratos cuya solución no pueden impedir.

118. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA NULIDAD. — Existe, entre las interdicciones de contratar, una variedad demasiado grande para que el régimen de la nulidad sea siempre el mismo; hay que considerar la *finalidad* en vista de la cual ha sido impuesta la interdicción:

1º Cuando están en juego los *intereses de la colectividad*, la nulidad es absoluta y puede ser invocada por cualquier interesado, incluso a veces por el ministerio público;

2º Cuando por el contrario se establece la regla para la *protección de intereses particulares*, únicamente la persona que la ley ha entendido proteger puede hacer valer la nulidad. Lo mismo sucede con la nulidad derivada de una incapacidad, pero se ha indicado ya la diferencia capital; si se trata de una incapacidad la ac-

ción corresponde al incapaz que ha obrado violando la regla legal; si se trata de una prohibición de contratar, se niega la acción a la persona contra la cual está dirigida la regla legal, y es dada a la persona, plenamente capaz por hipótesis cuyos intereses teme la ley que sean lesionados.

Esta persona sigue siendo, a pesar de todo, juez de saber si el contrato le es o no perjudicial y si es posible la confirmación.

En cuanto a la prescripción, debe aplicarse la regla del art. 1304. Aun cuando sea de orden público, la nulidad es extinguida por la prescripción decenal, cuando protege intereses privados. Volveremos a encontrar todos estos puntos en la teoría general de las nulidades.

B. Prohibiciones convencionales

119. FINALIDAD DE ESTAS PROHIBICIONES. — Las prohibiciones de contratar o de no contratar sino bajo condiciones determinadas son siempre estipulaciones insertas en un contrato a fin de que produzca el resultado deseado por los contratantes. La cláusula tiene por objeto limitar la extensión de los derechos adquiridos, de manera que el contrato no pueda perjudicar al contratante que los suscribe. Así ocurre con la cláusula de no volver a establecerse, impuesta al vendedor de un comercio, o cláusula de no establecerse impuesta a un empleado superior de crear un comercio competidor; con el convenio de exclusividad, obligando a un comerciante a hacer todos sus pedidos a un proveedor determinado (L. del 14 de octubre de 1949); con la cláusula de reventa a precio fijado, que obliga a un minorista a vender al precio determinado por el productor.

La cláusula de inalienabilidad del bien vendido inserta en un contrato está inspirada en varios motivos; la mayoría de las veces tiende a la protección del adquirente, pero a veces es incluida por el vendedor en su propio interés. Se puede comparar esta cláusula con aquella que en las sociedades prohíbe a los accionistas ceder sus acciones a otros que no sean sus asociados.

Tales interdicciones deben estar estipuladas expresamente. Puede admitirse sin embargo que ciertos contratos lieven una interdicción en su misma naturaleza; así por ejemplo la jurisprudencia admite que el comisionista no puede actuar como contraparte del comitente, salvo convenio en contra (R. L. MONTIEL, *Le commissionnaire contrepartiste*, tesis, Lille, 1904; G. RUPERT, *Droit commercial* núm. 2663 y sig.).

120. NATURALEZA JURÍDICA. — Estas interdicciones derivan toda su fuerza del convenio entre las partes. No podrían crear una inca-

pacidad, ya que la incapacidad no puede resultar más que de una ley (art. 1123). En consecuencia, su efecto es limitado, ya que el contrato no tiene fuerza obligatoria sino para los contratantes. Debe deducirse que el convenio celebrado con un tercero, a pesar de la prohibición, no es nulo, a menos que el tercero, que se hace cómplice de un fraude, haya conocido esa prohibición; fuera de esta hipótesis, la violación de la obligación no puede ser sancionada sino con daños y perjuicios. Es preciso igualmente, concluir que el co-contratante puede válidamente levantar la interdicción: por ejemplo, un comisionista podría ser autorizado a actuar como contrapartista (Req., 28 de marzo de 1904. D. 1905. I. 65; nota LACOUR, S. 1904. I. 456).

Ver J. BOULANGER, *Les conflits entre les droits qui ne sont pas soumis à publicité*, *Rev. trimestrielle de droit civil*, 1935. 535; STARCZ, *Des contrats conclus en violation des droit contractuels d'autrui*, J. C. P., 1954, 1180.

121. VALDEZ. — Pero la cláusula puede ser anulada y hasta llegar a invalidar el contrato si se juzga que afecta al orden público. La jurisprudencia no autoriza la inserción de todas las cláusulas de inalienabilidad de un bien (*infra*).²⁵ No declara válida la interdicción de establecerse o de volverse a establecer más que si es limitada en el tiempo y el espacio. Se muestra vacilante sobre la validez de la cláusula de reventa a precio fijado. A veces el legislador ha intervenido para prohibir ciertas cláusulas: una ley del 14 de octubre de 1943 no permite la cláusula de exclusividad más que por un término de diez años. De modo general, las prohibiciones de contratar parecen contrarias al principio de la libertad comercial e industrial. Son además peligrosas para los terceros que están expuestos a ser acusados de ser cómplices de la violación de la obligación contractual.

C. Contratos entre esposos

122. CARÁCTER PARTICULAR DE ESTOS CONTRATOS. — Ninguna regla general del Código Civil prohíbe a dos esposos contratar

²⁵ El decreto-ley del 4 de enero de 1955 (art. 28, 2º) sobre la publicidad inmobiliaria prevé la publicación de los actos especialmente destinados para someter un inmueble a una inalienabilidad temporal, y no hace ninguna distinción, mientras que la jurisprudencia ha subordinado a condiciones precisas la validez de las estipulaciones de inalienabilidad; pero no debería deducirse de esto que las soluciones anteriores hayan sido eliminadas implícitamente.

entre ellos, pero la donación y la venta están impedidas especialmente. Se ha preguntado si los autores del Código, al reglamentar esos contratos, no partieron del principio de una prohibición legal de todos los contratos, o por lo menos de los que no parecían compatibles con las obligaciones personales de los esposos durante el matrimonio. La cuestión de la validez de los contratos entre esposos ha sido muy discutida. La supresión de la incapacidad de la mujer casada ha aportado nuevos elementos a la discusión. La jurisprudencia no se ha pronunciado todavía claramente sobre la validez de las *societades entre esposos* que el contrato más importante.

Ver JEAN HÉMAR, *Les contrats a titre onéreux entre époux*, *Rev. trimestrielle*, 1938, p. 671; LALOU, *Des contrats entre époux*, *Études Capitaines*, 1939, p. 417; CORNU, *Les contrats entre époux* (*Rev. trimestrielle de droit civil*, 1952, p. 461); DESSARD, *Les conventions entre époux*, tesis, Nancy, 1939.

123. PROHIBICIÓN EN EL DERECHO ANTIGUO. — El antiguo derecho francés prohibía en principio todo contrato entre esposos. DUMOULIN es bien categórico: "Nullum contractum, etiam reciprocum, facere possunt" (sobre el art. 156, *Cout. de Paris*, núm. 5). POTHELIER habla incluso de una prohibición general, comprendiendo "las diferentes especies de contratos que concertaran entre ellos durante su matrimonio (*Donations entre mari et femme*, núm. 78). La *Coutume de Normandie* decía: "Las gentes casadas no pueden cederse, darse, transportarse el uno al otro cualquier cosa que sea, ni hacer contratos (cap. XV, art. 410). Y la *Coutume du Nivernais*: "Gentes casadas, durando su matrimonio, no pueden contratar en favor el uno del otro" (cap. XXIII, art. 27).

Esta prohibición de todo contrato entre esposos era la consecuencia de otra prohibición: el derecho consuetudinario francés había prohibido las *donaciones entre esposos* fuera de la donación mutua; era por lo tanto necesario prohibir todos los contratos que hubieran podido permitir a uno de ellos superar al otro. Esta regla estaba admitida en las costumbres sin explicación alguna.

El motivo de la prohibición determinaba la extensión de la misma. En primer lugar la nulidad no alcanzaba, como lo dice claramente POTHELIER, sino a los contratos "por los cuales transportaban el uno al otro alguna cosa de sus bienes" (núm. 78 ya citado). La costumbre de Normandía decía igualmente que estaba prohibido a los esposos hacer contratos "por los cuales los bienes de uno pasan

al otro". Era, en efecto, inútil prohibir los contratos que, por razón misma de su naturaleza, no podían servir para hacer una donación.

En seguida fue necesario admitir excepciones. Hubo casos en que el contrato fue necesario y en donde la *causa de la adquisición* era conocida; al ser alejada toda sospecha de donación, el contrato era permitido. A eso hacía alusión DUMOULIN diciendo: "Nullum contractum facere possunt, nisi ex necessitate" (*loc. cit.*).

124. MODIFICACIÓN REALIZADA POR EL CÓDIGO CIVIL. — El Código civil ha cambiado el principio en materia de *donación entre esposos*; en lugar de prohibirlas, las permite (art. 1096). Pero no hay que apresurarse a llegar a la conclusión de que la antigua prohibición de contratar ha desaparecido. Aun a la vista de las reglas que rigen las donaciones entre esposos, es posible encontrar todavía motivos que hacen peligrosos entre esposos los contratos a título oneroso. 1º La donación entre esposos es esencialmente revocable; si se autoriza todos los contratos entre esposos les será fácil hacerse donaciones disimuladas y, al ser más tarde muy difícil hallar la prueba de ese disfraz, la facultad de revocación se verá suprimida indirectamente. 2º Las donaciones entre esposos no son permitidas más que hasta la concurrencia de una cierta cuota, llamada *cuota disponible*, cuando el donante tiene herederos; los contratos onerosos permitirían a los esposos hacerse donaciones que sobrepasaran la cuota disponible. Sin duda el art. 1099 prevé la nulidad de las donaciones simuladas entre esposos y no solamente la reducción (t. X). Pero ahí también hay que tener en cuenta la extrema dificultad de la prueba; la mayor parte de las veces no podrá ser aplicada la sanción.

La modificación del principio relativo a las donaciones deja por lo tanto intacta la cuestión de saber si, en principio, están permitidos o no los contratos entre esposos. El Código civil no contiene a este respecto ninguna disposición general; simplemente ha mantenido la antigua prohibición de la *venta entre esposos* (art. 1595).

125. DISCUSIÓN DE LA VALIDEZ. — La nulidad de los contratos entre esposos ha sido sostenida bajo el imperio del Código de 1804, en razón de la *incapacidad de la mujer casada*. Sometida a la autoridad marital, la mujer no podía defender sus intereses en la discusión de un contrato. El argumento se ha debilitado grandemente después de haber desaparecido la incapacidad de la mujer casada. Queda sin embargo que el marido es el jefe de familia (art. 213), que tiene legalmente la administración de los bienes de la mujer, en el régimen

de la comunidad de bienes, y que los contratos preparados por él pueden ser peligrosos para ella.

Por otra parte, el régimen de los bienes entre esposos es fijado desde el día del casamiento, y ese régimen no puede ser modificado por ellos en el curso del matrimonio (art. 1395). La *inmutabilidad de los convenios matrimoniales* se opone a su modificación más o menos disimulada por un convenio ulterior entre los esposos (ver t. IX).

No se puede, pues, dar una regla general sobre la validez o nulidad de los contratos entre esposos. Es necesario examinar en cada contrato si las obligaciones que entraña en razón de su naturaleza pueden *sustituir a las obligaciones legales* existentes entre los esposos.

126. CONTRATO DE TRABAJO. — Los esposos se deben ayuda mutuamente. El trabajo de uno de ellos al servicio del otro entra en principio en el cumplimiento de esta obligación legal. El Código de comercio (art. 4) decide que la mujer no es comerciante cuando ayuda al marido en su comercio, pero no la considera como empleada de su marido. La reglamentación legal del contrato de trabajo tiende a modificar las soluciones tradicionales. La mujer que trabaja para su marido mediante una remuneración fijada de común acuerdo goza del estatuto legal del trabajador. Puede por lo tanto admitirse que hay un contrato de trabajo válido entre esposos (Cass., 8 de noviembre de 1937, *Gaz. Palais*, 1938. I. 43).

Se admite con más dificultad que el marido pueda ser considerado como empleado de su mujer si ésta ejecuta un trabajo separado (ROUAST y DURAND, *Précis de législation industrielle*, 4ª ed., 1951, núm. 275). No hay sin embargo razón alguna para hacer esa distinción. La ejecución de ese contrato de trabajo debe conciliarse con la de las obligaciones legales entre esposos. Se trata en realidad simplemente de reglamentar la atribución del salario (Ver GENEVIEVE TIREX, *Les relations juridiques de travail a l'intérieur de la famille*, tesis, París, 1941).

127. SOCIEDAD ENTRE ESPOSOS. — El problema es mucho más importante para la validez del contrato de sociedad. ¿Pueden los dos cónyuges formar entre ellos una sociedad civil o comercial, o entrar el uno y el otro en sociedad con un tercero? No se trata más que de sociedades de personas o de sociedades de responsabilidad limitada, porque dos cónyuges pueden poseer el uno y el otro a título perso-

nal acciones de la misma sociedad. La jurisprudencia se mostró antes contraria a la validez de las sociedades entre esposos. Las juzgaba incompatibles con la autoridad marital y la inmutabilidad de los convenios matrimoniales. A pesar de la supresión de la incapacidad de la mujer casada, la Corte de casación ha mantenido la prohibición (Cass. com., 25 de enero de 1950, 212). Pero decisiones recientes de las cortes y los tribunales han admitido por lo contrario la validez de las sociedades de responsabilidad limitada en las que estaban asociados los dos esposos, ya sea antes de su matrimonio o después por la atribución de una parte sucesoria (París, 7 de diciembre de 1954, D. 1955, 353, J. C. P., 1955, 2. 22526, nota SOLUS, *Gaz. Palais*, 1954. 2. 409; Colmar, 17 de junio de 1955, D. 1955, 309, *Gaz. Palais*, 1955. 2. 216, J. C. P., 1955. 2. 8959, nota BASTIAN).

Estas decisiones han sido aprobadas por una parte de la doctrina, a veces con una reserva para el caso de combinación fraudulenta destinada a eludir la regla de la inmutabilidad del régimen matrimonial. Parece sin embargo difícil admitir que dos esposos puedan sustituir las relaciones legales que nacen del matrimonio con relaciones jurídicas de asociados, dictadas exclusivamente por el interés pecuniario. Y si hay otros asociados es chocante ver a dos esposos formar una mayoría entre ellos, y más aún aliarse a terceros para tomar decisiones que no sustentan en su acuerdo común (ver t. VIII). Ver G. RIPERT, *Traité de droit commercial*, 3ª ed., núm. 630; *Les sociétés entre époux*, VIES (*Mélanges Simonius*, p. 299); VASSEUR, *Les problèmes, des sociétés entre époux* (*Rev. trimestrielle de droit commercial*, 1955, p. 219); HÉMAR, *Sociétés*, 1955, p. 130; CHARRON, *Gaz. Palais*, 1955, I. doctr., p. 23.